

PRATIQUE MÉDICALE EN MILIEU DE DÉTENTION

EFFECTIVITÉ DES DIRECTIVES DE L'ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES SUR «L'EXERCICE DE LA MÉDECINE AUPRÈS DE PERSONNES DÉTENUES»

DOMINIQUE SPRUMONT
GAËL SCHAFFTER
UELI HOSTETTLER
MARINA RICHTER
JEAN PERRENOUD

Neuchâtel, mai 2009

TABLE DES MATIÈRES

<u>LISTE DES ABRÉVIATIONS.....</u>	<u>IV</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>VI</u>
<u>TABLE DES RÉFÉRENCES DE JURISPRUDENCE</u>	<u>X</u>
Arrêts du Tribunal fédéral.....	X
Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme	XI
<u>INTRODUCTION</u>	<u>12</u>
Mandat	12
Organisation du travail et méthodologie	12
Délimitations.....	14
<u>PARTIE I : ETUDE DU CADRE JURIDIQUE DE LA PRATIQUE MÉDICALE DANS LES PRISONS À LA LUMIÈRE DES DIRECTIVES DE L'ACADÉMIE</u>	<u>17</u>
1.1 Les droits des patients.....	19
1.1.1 <i>Fondements</i>	19
1.1.2 <i>Les droits des patients proprement dits (typologie)</i>	20
1.1.3 <i>Titularité et restriction des droits fondamentaux</i>	33
1.2 Les directives de l'académie suisse des sciences médicales « Exercice de la médecine auprès de personnes détenues »	38
1.2.1 <i>Historique</i>	39
1.2.2 <i>Fondements et inspirations</i>	41
1.2.3 <i>Rôle des directives par rapport aux droits des patients</i>	42
1.2.4 <i>Valeur juridique des directives de l'ASSM en général</i>	42
1.2.5 <i>Analyse du contenu des directives</i>	43
1.3 Droit fédéral en matière de soins aux détenus.....	58
1.4 Analyse comparative par thème	59
1.4.1 <i>Soins : droit, accès et organisation</i>	60
1.4.2 <i>Libre choix</i>	60

1.4.3	<i>Médecins : statut, indépendance et objection de conscience</i>	61
1.4.4	<i>Information du patient</i>	65
1.4.5	<i>Autonomie de la volonté (consentement et refus de soins)</i>	65
1.4.6	<i>Soins sous contrainte et utilisation de celle-ci</i>	67
1.4.7	<i>Confidentialité (dossier et secret médical)</i>	68
1.4.8	<i>Etablissement de Bostadel à Menzingen (ZG)</i>	69
<u>PARTIE II : RAPPORT DE SYNTHÈSE</u>		73
2.1	Méthodes	73
2.2	Pratique médicale pénitentiaire	74
2.2.1	<i>La taille de l'établissement</i>	78
2.2.2	<i>Le mandat d'exécution</i>	78
2.2.3	<i>Le contexte cantonal</i>	79
2.2.4	<i>Le degré d'intégration de l'établissement en milieu urbain</i>	79
2.2.5	<i>La santé dans l'entreprise</i>	80
2.2.6	<i>Le sexe des détenus</i>	80
2.2.7	<i>La situation sanitaire des détenus</i>	80
<u>CONCLUSIONS / SCHLUSSFOLGERUNGEN</u>		82
<u>REMARQUES FINALES</u>		85

Remarques :

Tous les liens internet figurant dans ce document ont été vérifiés le 24 février 2010.

Tous les liens vers les règles cantonales citées dans le présent rapport se trouvent à son annexe III.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

all.	allemand(e)
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (publiés)
BE	(canton) de Berne / bernois
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BS	(canton) de Bâle-Ville / bâlois
CC ou CCS	Code civil suisse (RS 210) ¹
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cf.	<i>Confer</i> (voir)
Cit.	Cité(e)
CMPS	Conférence des médecins pénitentiaires suisses
CO	Code des obligations (RS 220)
CP	Code pénal suisse (RS 310) ²
CSED	Conférence suisse des établissements de détention
Cst.	Constitution fédérale suisse (RS 101) ³
Ed./Eds	Editeur(s)
fr.	français
GE	(canton) de Genève / genevois
GR	(canton) des Grisons / grison(s)
IDS	Institut de Droit de la Santé
JdT	Journal des Tribunaux
JU	(canton) du Jura / jurassien

¹ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf>.

² <http://www.admin.ch/ch/f/rs/3/311.0.fr.pdf>.

³ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/1/101.fr.pdf>.

LAMal	Loi fédérale sur l'Assurance-maladie (RS 832.1) ⁴
loc. cit.	<i>loco citato</i> (phrase citée)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1) ⁵
LU	(canton) de Lucerne / lucernois
NW	(canton) de Nidwald / nidwaldois
op. cit.	<i>opere citato</i> (ouvrage cité)
p.	page(s)
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
réf.	référence
s	et suivant(e)
SG	(canton) de Saint-Gall / saint-gallois
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
TI	(canton) du Tessin / tessinois
VD	(canton) de Vaud / vaudois
VS	(canton) du Valais / valaisan
ZG	(canton) de Zoug / zougais
ZH	(canton) de Zurich / zurichois
ZVW	Zeitschrift für Vormundchaftswesen (Zürich)

⁴ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/832.10.fr.pdf>.

⁵ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/235.1.fr.pdf>.

BIBLIOGRAPHIE

- ACHERMANN CHRISTIN ET UELI HOSTETTLER, *Infektionskrankheiten und Drogenfragen im Freiheitsentzug. Rapid Assessment der Gesundheitsversorgung*. Freiburg i.Ü. 2007. <<http://www.bag.admin.ch/evaluation/01759/02062/03822/index.html?lang=d>>
- ADOLPHE MONIQUE, Compte rendu de la séance de l'Académie nationale de médecine consacrée à « la santé en prison », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2008, 192, n° 7, 1413-1422, séance du 21 octobre 2008.
- AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux*, 2^e éd., Berne 2006.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution*, Zurich 2003.
- BEER DANIEL, *Médecine générale en milieu de détention*, in : DOMINIQUE BERTRAND ET GÉRARD NIVEAU (Eds), *Médecine, santé et prison*, Chêne-Bourg 2006, p. 159-172.
- BERTRAND DOMINIQUE ET AL. (Eds), *Médecine et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales*, 2^e éd., Chêne-Bourg 2003.
- BERTRAND DOMINIQUE, *Consentement à l'acte médical et refus de traitement*, in : BERTRAND DOMINIQUE ET AL. (Eds), *Médecine et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales*, 2^e éd., Chêne-Bourg 2003, p. 89-95.
- BERTRAND DOMINIQUE / NIVEAU GÉRARD (Eds), *Médecine, santé et prison*, Chêne-Bourg 2006.
- BRUNNER NATHALIE, *Droits des professionnels de la santé: L'objection de conscience*, in: Institut du droit de la santé, cahier n°9, Neuchâtel 2001.
- CLÉMENT THIERRY / HÄNNI CHRISTIAN sous la direction de SPRUMONT DOMINIQUE, *La relation patient-médecin : état des lieux*, in: Rapport IDS n°1, Neuchâtel 2003, p. 51 ss.
- FELLMANN WALTHER, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, in : *Arztrecht in der Praxis* (3. Kapitel), MORITZ W. KUHN / THOMAS POLEDNA (EDS.), Zurich 2007, p. 103 – 233.
- GÄCHTER THOMAS / VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht, Ein Kurzlehrbuch*, ANDREA BÜCHLER ET AL. (Eds), Bâle 2008.
- GRAVIER BRUNO, *L'indépendance professionnelle du personnel de santé travaillant en milieu pénitentiaire*, in: *Médecine et détention*, NICOLAS QUELOZ ET AL. (Eds), Berne 2002, p. 143-161.
- GRAVIER BRUNO ET SPRUMONT DOMINIQUE, *Soins en prison : quelle formation, pour quels personnels ?*, in: *Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?*, NICOLAS QUELOZ ET AL. (Eds), Berne 2003, p. 219-239.
- GUILBERT PATRICK ET AL., *Jeûne de protestation*, in : DOMINIQUE BERTRAND ET GÉRARD NIVEAU (Eds), *Médecine, santé et prison*, Chêne-Bourg 2006, p. 370-382.

- GUILLOD OLIVIER, *Le consentement éclairé du patient* (thèse), Neuchâtel 1986.
- GUILLOD OLIVIER, *Le droit médical : Quelques (r)évolutions récentes*, in : BERTRAND D. ET AL. (Eds), *Médecin et droit médical : présentation et résolution de situations médico-légales*, 2^e éd., Chêne-Bourg 2003, p. 25-44.
- JENDLY MANON, *La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté* (thèse), Neuchâtel 2005.
- JENDLY MANON, *Le secret médical du personnel soignant pénitentiaire: une pomme de discorde ?*, in: PIERMARCO ZEN-RUFFINEN (Ed.), *Les secrets et le droit*, Zurich 2004, p. 89-137.
- JENDLY MANON, *Le secret de fonction et le secret médical incarcérés: proposition d'un modèle de partage des informations confidentielles en exécution de peine privative de liberté*, in: *Revue pénale suisse* (n°124), Berne 2006, p. 245-273.
- JENDLY MANON, *Le secret médical du médecin pénitentiaire en droit pénal suisse*, in: *Revue pénitentiaire et de droit pénal* (n°3), Paris 2006, p. 571-594.
- JENDLY MANON, *La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions : un régime hors-la-loi ?*, in: *Revue suisse de droit de la santé* (n°3), Genève 2006, p. 125-144.
- KELLER KARINE, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich* (Dissertation), Zurich 1993.
- KUHN MORITZ, POLEDNA TOMAS ET AL., *Arztrecht in der Praxis*, 2e éd., Zürich, Schulthess, 2007.
- KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, *Bekämpfung von Infektionskrankheiten im Freiheitsentzug: Rechte und Pflichten von Inhaftierten und von Bund und Kantonen*, in: *Revue suisse de droit de la santé* 11/2008, p. 71-103 (également in: *Jusletter* 7. Mai 2007)
- KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, *Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung*, Studie zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit, Sektion Aids, Bern 2007.⁶
- LEUBA AUDREY / TRITTEN CELINE, *Les directives anticipées en Suisse : quelques aspects juridiques*, in: *Les Cahiers de l'action sociale et de la santé*, 2005, p. 22-26.
- MANAÏ DOMINIQUE, *Le devoir d'information du médecin*, in : BERTRAND DOMINIQUE ET AL. (Eds), *Médecine et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales*, Chêne-Bourg 2003, p. 63 – 70.
- MANAÏ DOMINIQUE, *Les droits des patients face à la médecine contemporaine*, Bâle 1999.
- MANAÏ DOMINIQUE, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne 2006.

⁶ Rapport disponible via l'adresse suivante : <http://www.bag.admin.ch/evaluation/01759/02062/03821/index.html?lang=de>.

MASIA MAURIZIA / ACHERMANN CHRISTIN / HOSTETTLER UELI / RICHTER MARINA, *Auswertungsbericht zum Fragebogen "Analyse von Präventionsmassnahmen und Behandlungsangeboten zu Infektionskrankheiten und Drogenabhängigkeit in Schweizer Anstalten des Freiheitsentzugs"*. Mandant: Bundesamt für Gesundheit, Sektionen Aids, Drogen und Grundlagen, Vertrag Nr.: 06.001327 / 2.25.01.-1040. Freiburg i.Ü.: Departement Sozialarbeit und Sozialpolitik der Universität Fribourg, 2007,

<http://www.bag.admin.ch/evaluation/01759/02062/04558/index.html?lang=de>

MOOR PIERRE, *Droit administratif*, vol. I, 2^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 1994.

MOOR PIERRE, *Systématique et illusion du principe de proportionnalité*, in : GREWE C. ET AL., *Les droits individuels et le juge en Europe*, mélanges offert à Michel Fromont, Strasbourg 2001, p. 319-341.

RESTELLINI JEAN-PIERRE / BERTRAND DOMINIQUE, *Santé et médecine dans les lieux de détention sous l'angle des règles pénitentiaires européennes*, in : DOMINIQUE BERTRAND ET GÉRARD NIVEAU (Eds), *Médecine, santé et prison*, Chêne-Bourg 2006, p. 101-112.

RESTELLINI JEAN-PIERRE, *Die medizinisch-ethische Richtlinien des SAMW für die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen*, in : BRIGITTE TAG / THOMAS HILLENKAMP ET AL. (Eds), *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, Berlin – Heidelberg 2008, p. 441-444.

RICHTER MARINA / ACHERMANN CHRISTIN / HOSTETTLER UELI, *Plus d'information et de prévention. Une enquête sur les maladies infectieuses et les questions de drogue dans l'exécution des peines*. In : *Information sur l'exécution des peines et mesures - bulletin info* 2007(2):13-16.

DE ROUGEMONT FRANÇOIS, *La coexistence des secrets: le secret médical et le secret de fonction*, in: *Médecine et détention*, NICOLAS QUELOZ ET AL. (Eds), p. 79-91, Berne 2002.

SANDOZ SUZETTE, *Directives anticipées et représentant thérapeutique : droit fédéral et droit vaudois*, in : ZVW 2003 p. 280 ss, Zurich, Schulthess.

SPRUMONT DOMINIQUE, *Le service public et les services d'intérêt public : l'exemple de la santé*, in: *Le service public*. Genève etc., Schulthess, 2006, p. 161-192.

SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, in: *Médecine et détention*, NICOLAS QUELOZ ET AL. (Eds), p. 27-43, Berne 2002.

SPRUMONT DOMINIQUE, *Droit des patients : survol de la législation*, in : *Plädoyer* 4/1998, p. 41-46.

SPRUMONT DOMINIQUE / PERRENOUD JEAN *Organisation des services de garde dans le canton de Genève : "de lege lata, de lege ferenda"*, in: *Revue suisse de droit de la santé*, 2005, no 7, p. 21-31.

STAUB THOMAS, *Die Rolle des Arztes im schweizerischen Strafvollzug*, in : BRIGITTE TAG / THOMAS HILLENKAMP ET AL. (Eds), *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, Berlin – Heidelberg 2008, p. 435-440.

STÖVER, H. / ELGER B., AG 3 Charta „Gesundheitsfördernde Haftanstalten“ - Präsentation und Diskussion. In: akzept e.V. et al. (Hg.) 3. *Europäische Konferenz zur Gesundheitsförderung in Haft. Dokumentation*, Berlin 2008, p. 126-135.

TAG BRIGITTE / HILLENKAMP THOMAS ET AL. (Eds), *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, Berlin – Heidelberg 2008.

TAG BRIGITTE, *Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen*, in : BRIGITTE TAG / THOMAS HILLENKAMP ET AL. (Eds), *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, Berlin – Heidelberg 2008, p. 1-38.

STAUFFER VINCENT / PERRENOUD JEAN, sous la direction d'OLIVIER GUILLOD, *Devoir de fonction et secret professionnel, Droits et obligations du médecin hospitalier*, avis de droit non publié, octobre 2003.

STEFFEN GABRIELLE, *Droit aux soins et rationnement : approche d'une définition des soins nécessaires* (thèse), Berne, Staempfli, 2002.

STEFFEN GABRIELLE, *Le droit aux soins : Pourquoi un droit aux soins? Quel droit? Quels soins? Pour qui?*, in: *Droit aux soins* (13^{ème} Journée de droit de la santé), OLIVIER GUILLOD / DOMINIQUE SPRUMONT / BÉATRICE DESPLAND (Eds), p. 41-64, Berne 2007.

TERCIER PIERRE, *Précis de droit des obligations*, 3^e édition, Zurich 2004.

Communiqué de presse de l'ASSM du 9 janvier 2002. (www.assm.ch pas de lien direct existant)

TABLE DES RÉFÉRENCES DE JURISPRUDENCE

Arrêts du Tribunal fédéral

98 Ia 508	Règles de l'art
98 Ia 508, 514	Restriction des droits fondamentaux
99 Ia 407	Restriction des droits fondamentaux
99 Ia 747	Restriction des droits fondamentaux
99 IV 208	Consentement
101 Ia 575, 577 c. 3 c	Libre choix
102 Ia 279 (=JDT 1997 IV 158)	Conditions de détention
102 Ia 302 (=JDT 1978 IV 31)	Libre choix
102 Ia 302 c.2	Libre-choix
103 Ia 295	Restriction des droits fondamentaux
103 Ia 295	Restriction des droits fondamentaux
105 II 284, 286	Consentement
105 II 284, 288	Droit à l'information
105 II 284, 288	Droit à l'information
105 II 284, 288	Droit à l'information
105 II 284, 289	Droit à l'information
106 Ia 277	Conditions de détention
106 Ia 277	Libre choix
106 IV 321 (=JDT 1982 IV 98)	Conditions de détention
108 II 59	Droit à l'information
108 II 59, 61	Droit à l'information
108 II 59, 61	Droit à l'information
108 II 59, 61	Règles de l'art
108 II 59, 62	Droit à l'information
111 Ia 231, 237 c 4 bb	Libre choix
111 Ia 231, 237 c 4 bb	Droit à l'information
111 Ia 231, 238	Libre choix
113 Ib 420 (=JDT 1989 I 26)	Droit à l'information
113 Ib 420 (=JDT 1989 I 26)	Droit à l'information
114 Ia 350, 358	Droit à l'information
114 Ia 350, 360	Consentement
114 Ia 350, 360	Droit à l'information
115 Ib 175, 182	Droit à l'information
116 II 519 (=JDT 1991 I 634)	Droit à l'information
118 Ia 427 (=JDT 1994 I 566)	Restriction des droits fondamentaux
117 Ia 472	Restriction des droits fondamentaux
117 Ib 197 (=JDT 1992 I 214)	Droit à l'information
BJM 1992 269	Consentement
119 II 456, 460	Droit à l'information
123 I 112 c. 7 cc	Règles de l'art

123 I 112, 124	Restriction des droits fondamentaux
123 I 221, 235s	Libre choix
124 IV 258 (=SJ 1999 I 247)	Consentement
125 II 473 (=JDT 2002 I 322, 324)	Droit d'accès au dossier
125 III 169	Consentement
126 I 112 (=JDT 2002 I 404)	Restriction des droits fondamentaux
126 I 112 (=JDT 2002 I 404)	Consentement
127 I 6, 10	Libre choix
127 I 6, 26 c. 9	Consentement
127 IV 254 (=JDT 2006 IV 219)	Consentement
130 I 75	Droit aux soins
6A.43/2005 (arrêt non publié)	Conditions de détention
134 II 235 = 2C_5/2008 du 2 avril 2008	Consentement

Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme

Hurtado c. Suisse du 28 janvier 1994	Droit aux soins
D. c. Royaume-Uni du 3 juillet 1997	Droit aux soins
B.B. c. France du 7 septembre 1998	Droit aux soins
Tatete c. Suisse 6 juillet 2000	Droit aux soins

INTRODUCTION

Mandat

L'Institut de droit de la santé (IDS) de l'Université de Neuchâtel (UniNe) a été mandaté par la Conférence suisse des médecins pénitentiaires (CMPS) sur requête de la Fédération des médecins helvétiques (FMH) en vue de la réalisation d'un rapport sur l'effectivité des directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) intitulées : « *Exercice de la médecine auprès de personnes détenues* »⁷, respectivement leur portée sur la pratique médicale en milieu pénitentiaire.

Cette étude a été réalisée en deux étapes ; la première consiste en l'identification puis l'analyse de la réglementation s'appliquant à l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues ; la deuxième consiste en l'analyse de la pratique actuelle dans deux établissements présentant un large éventail des problèmes auxquels sont habituellement confrontés les médecins pénitentiaires en Suisse.

Organisation du travail et méthodologie

Sous la direction du Professeur Sprumont, ce rapport a été établi en collaboration avec M. Gaël Schaffter, collaborateur scientifique de l'IDS, et la participation de M. Jean Perrenoud, également collaborateur scientifique de l'IDS. En ce qui concerne la visite des établissements lors de la phase II, elle a été rendue possible grâce à la participation du Dr. Ueli Hostettler et la Dr. Marina Richter, du Département de travail social et politiques sociales de l'Université de Fribourg, qui sont les auteurs principaux de cette partie du rapport.

Il a aussi été créé un groupe de pilotage afin de jouer le rôle de « facilitateur » auprès des personnes amenées à collaborer à l'étude. Ce groupe était constitué de représentants issus de la Conférence suisse des établissements de détention (CSED), de la CMPS et du groupe d'experts de l'IDS, à savoir :

- M. Martin Lachat, président de la CSED
- M. Peter Fäh, directeur de l'établissement „Schöngrün“ (SO) (CSED)
- Mme Marianne Heimozy, directrice des établissements de Hindelbank (BE) (CSED)

⁷ Cf. Annexe I.

- M. Dr med. Matthias Hirrle, médecin rattaché à l'Hôpital psychiatrique cantonal de Perreux (NE) (CMPS)
- Mme Dr med. Helena Slama, médecin rattachée au Regionalspital Emmental de Burgdorf (BE) (CMPS)
- M. Dr med. Thomas Staub, médecin rattaché à l'établissement „Pöschwies“ (CMPS)
- M. Prof. Dr iur. André Kuhn (UniNe)
- M. Prof. Dr iur. Dominique Sprumont (UniNe).

Le groupe de pilotage s'est réuni à 4 reprises afin de préparer les travaux des experts, mais également se prononcer sur les différentes versions de ce rapport. Lors des deux dernières séances, il a aussi pu compter sur la participation de la Dr. Christin Achermann de l'Université de Neuchâtel.

Dans le but de couvrir une palette la plus large possible de situations selon le type d'établissements et de tenir compte des réalités dans les différents concordats, le groupe de pilotage a établi une liste d'établissements dont la réglementation a été analysée dans la phase une. Les critères ayant présidé cette démarche ont été la langue, la taille, le type d'exécution, les groupes de personnes pris en charge par l'établissement. Compte tenu du mandat et des ressources disponibles, il a été décidé de ne pas inclure dans l'étude les lieux de détention de police (sous la direction des commandants de police), de même que les établissements de détention en vue de l'expulsion (Ausschaffungsgefängnis). En outre, s'agissant des établissements pour enfants, adolescents et/ou jeunes adultes, seul celui de Pramont a été retenu tout en reconnaissant que leur problématique mériterait en soi une étude spécifique.

Les établissements finalement étudiés sont les suivants :

- Concordat Suisse nord-ouest et centrale (AG, **BE**, BL, **BS**, **LU**, OW, **NW**, SO, SZ, UR, **ZG**) :
 1. [Anstalten Hindelbank](#), Hindelbank (BE) ;
 2. [Massnahmenzentrum St. Johansen](#), Gals (BE) ;
 3. [Untersuchungsgefängnis Basel-Stadt Waaghof](#), Basel-Stadt (BS) ;
 4. [Wauwilermoos](#), Egolzwil (LU) ;
 5. [Kantonales Untersuchungs- und Strafgefängnis des Kantons Nidwalden](#), Stans (NW) ;
 6. [Interkantonale Strafanstalt Bostadel](#), Menzingen (ZG) ;
- Concordat Suisse orientale (AI, AR, GL, **GR**, **SG**, SH, TG, **ZH**) :

7. [Kantonale Strafanstalt Sennhof](#), Coire (GR) ;
 8. [Strafanstalt Saxerriet](#), Salez (SG) ;
 9. [Strafanstalt Pöschwies, Regensdorf](#) (ZH) ;
- Concordat latin (FR, **GE, JU, NE, TI, VD, VS**) :
 10. [Prison de Champ-Dollon](#), Thônex (GE) ;
 11. Prison de Porrentruy, Porrentruy (JU) ;
 12. [Penitenziario Cantonale „La Stampa“](#), Lugano (TI) ;
 13. [Etablissements de la Plaine de l'Orbe](#), Orbe (VD) ;
 14. [Centre éducatif de Pramont](#), Granges (VS).

Après avoir établi la liste de ces quatorze établissements, il a été procédé dans le cadre de la phase I de l'étude à une analyse approfondie de la législation applicable en matière de soins en prisons dans l'ensemble des cantons concernés. Cette analyse a été complétée par la distribution d'un questionnaire aux directeurs d'établissements et aux médecins concernés afin de s'assurer que nous avons bien identifié les bases légales applicables, ainsi que pour mieux connaître les normes auxquelles il est fait concrètement appel dans la pratique.

Si la phase I concernait quatorze établissements situés dans treize cantons, la deuxième phase s'est limitée à deux établissements pour des questions tant scientifiques que financières. Ce choix a été établi par le groupe de pilotage. Non seulement les établissements visités n'ont pas la même organisation en matière de soins, mais ils assument des tâches différentes (préventive, exécution de peine) et n'ont pas la même taille, sans parler du fait qu'ils ne relèvent pas du même concordat et que l'un est alémanique, l'autre romand. Soulignons que l'objectif ici était d'illustrer la réalité de la pratique médicale dans les prisons suisses, sans prétention de généraliser. Il y avait aussi le souci de préserver la confidentialité des données ceci afin d'encourager les personnes interviewés à faire preuve de transparence. Nous nous sommes ainsi engagés à éviter tout élément qui puisse permettre d'identifier directement les établissements visités. Dans ces conditions, le rapport sur la phase II reste plutôt dans les généralités tout en offrant un aperçu de la situation actuelle.

Délimitations

Le mandat ne portait pas de manière générale sur la pratique de la médecine dans les établissements de détention, mais spécifiquement sur l'effectivité des directives de l'Académie suisse des sciences médicales. Le spectre des questions traitées est ainsi limité. Certains thèmes ne sont abordés que de manière succincte ou indirecte, d'autres sont tout simplement passés sous silence. Les chercheurs et les membres du groupe de pilotage sont cons-

cients de la frustration que pourraient ressentir les lecteurs en l'absence de réponses sur ces questions importantes. Un des résultats indirects de cette recherche est justement de mettre en évidence le besoin réel de se préoccuper davantage de la santé et de la médecine dans les prisons, d'autant que de telles recherches pourraient s'avérer aussi utiles afin de mieux saisir des phénomènes plus larges de société. Par exemple, la médecine pénitentiaire est un véritable laboratoire pour la médecine communautaire. Elle concentre et amplifie les problèmes de santé publique auxquels doivent faire face les médecins et les services de santé lorsqu'ils prennent en charge les groupes les plus défavorisés de la population. Il se pose là les mêmes problèmes d'indépendance vis-à-vis des autorités de police et de financement.

Il convient ainsi de souligner que la recherche n'a pas traité directement du financement des soins dans les prisons, en particulier sous l'angle de l'assurance-maladie. Cette question n'est abordée brièvement que sous l'angle de l'accès aux soins et du libre-choix du traitement. Il est vrai cependant que dans certains établissements, la prise en charge des traitements relève en grande partie du budget ordinaire. Il peut ainsi arriver que la direction administrative puisse être tentée d'interférer dans le choix d'un traitement coûteux. Les données font toutefois défaut pour savoir dans quelle mesure il y a véritablement un risque pour les droits des personnes détenues à ce sujet.

La distribution des médicaments n'est pas davantage approfondie. Cette question relève en effet plus de la police sanitaire que des droits des patients au sens strict. Il en va cependant de la sécurité des détenus et de la protection de leur sphère privée. Ce n'est pas seulement la question de savoir quelle formation fournir au personnel pénitentiaire pour pouvoir participer à la remise des médicaments. Le principe même d'une telle remise s'avère en effet contraire aux règles consacrées par la loi fédérale sur les produits thérapeutiques du 15 décembre 2000⁸. Cette question mériterait à elle seule que les milieux pénitentiaires et sanitaires renforcent leur dialogue en vue de délimiter leurs champs de compétence et adoptent des solutions répondant aux besoins des uns et des autres.

En ce qui concerne les besoins de formation du personnel pénitentiaire, des médecins et du personnel soignant, nous ne pouvons ici que constater qu'ils sont importants et mériteraient une analyse détaillée. Il sort cependant du cadre du présent travail que d'apporter des précisions à ce sujet en définissant davantage comment ladite formation pourrait être améliorée. Nous n'avons pas non plus abordé la question de la santé des détenus et des moyens actuellement mis en œuvre pour la protéger. La lutte contre les épidémies présente à ce pro-

⁸ Voir à ce propos GRAVIER BRUNO ET SPRUMONT DOMINIQUE, *Soins en prison : quelle formation, pour quels personnels ?*, in: Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, NICOLAS QUELOZ ET AL. (Eds), Berne 2003, p. 233s.

pos un intérêt tout particulier, qui n'est pas sans incidence avec les droits des détenus en tant que patients⁹.

Enfin, il convient de souligner que nous avons dû restreindre l'étendue des documents de référence étudiés. Pour des raisons de ressources, les standards de qualité développés par les différents concordats n'ont pas été analysés. Nous avons cependant pu constater que, en ce qui concerne la santé, il ne semble pas faire mention aux directives de l'Académie ainsi qu'aux autres normes de base applicables en matière de droit des patients. D'autres recherches paraissent ainsi utiles pour suivre l'évolution de ces documents.

⁹ KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, *Bekämpfung von Infektionskrankheiten im Freiheitsentzug: Rechte und Pflichten von Inhaftierten und von Bund und Kantonen*, in: Revue suisse de droit de la santé 11/2008, p. 71-103 (également in: Jusletter 7. Mai 2007)

PARTIE I : ÉTUDE DU CADRE JURIDIQUE DE LA PRATIQUE MÉDICALE DANS LES PRISONS À LA LUMIÈRE DES DIRECTIVES DE L'ACADÉMIE

L'exécution des peines est *a priori* du ressort des cantons (art. 123 al. 2 Constitution [Cst.]), la Confédération *pouvant* néanmoins légiférer en la matière (art. 123 al. 3 Cst.). Le Code pénal, aux articles 74 et suivants, et la Constitution (art. 48a al.1 let. a Cst.) imposent ainsi aux cantons un cadre minimal en matière d'exécution des peines et mesures, de même que l'obligation d'instaurer une collaboration intercantonale dans ce domaine. Mais, dans la mesure où la Confédération n'a pas épuisé son pouvoir législatif, le droit cantonal reste en vigueur. La répartition actuelle des tâches entre la Confédération et les cantons engendre de grandes disparités liées notamment aux concordats (au nombre de trois), aux organisations propres à chaque canton en matière de méthode et de systématique législative et d'organisation de l'exécution des peines. Ces différences ont engendré un travail de recherche de grande ampleur dans les réglementations de chaque canton soumis à l'étude, ainsi que de synthèse et de compilation des normes identifiées. Les directives internes des établissements et les standards professionnels, telles que les directives de l'Académie suisse des sciences médicales ont aussi été pris en compte dans cette analyse.

Les directives de l'ASSM sont le noyau, le dénominateur commun de l'étude. Dans leur préambule, elles mentionnent comme cadre de leur application les cas de refoulement de personnes vers l'étranger, de détention par la police et d'incarcération dans des établissements pénitentiaires (étant encore précisé que le terme « établissements pénitentiaires » comprend, au sens des directives les maisons d'arrêts, les institutions pour l'exécution des peines, les établissements de détention préventive et les centres de rétention administrative ; dès lors les directives ne s'appliquent pas aux cas de privation de liberté à des fins d'assistance au sens des articles 397a ss CCS). Les auteurs des directives, conscients de la difficulté de l'élaboration de directives vu le système fédéraliste suisse et compte tenu de la complexification de la tâche en présence de cas relevant de la psychiatrie et du droit des tutelles alors en voie de révision, n'ont pas cherché à « épuiser le sujet »¹⁰.

En pratique, l'exercice de la médecine en milieu carcéral est tiraillé entre les exigences de la privation de liberté et celles de l'exercice d'une médecine respectueuse des droits des patients, ce qui n'est pas sans engendrer des frictions qui ne sont pas toujours aisées à gérer ou à solutionner pour le praticien. Les directives ont été établies comme garantie

¹⁰ Cf. directives p. 2.

minimale dans le cadre de la pratique dont le médecin est dans cette acception le dernier gardien des droits des patients-détenus¹¹, voire sur certains sujets un acte *de lege ferenda*¹².

Les directives n'ayant pas vocation juridique, ni de portée normative, leur structure n'est pas celle d'une loi ou d'un autre type d'acte normatif. En effet, parmi les différents paragraphes des directives, respectivement à l'intérieur d'un paragraphe, un juriste décryptera différents droits, alors que du point de vue d'un professionnel de la santé il s'agira d'une thématique traitée dans ce qu'elle a de problématique d'un point de vue éthique. Ces deux manières de voir le même thème posent le problème d'une grille de lecture commune.

Il va donc s'agir, dans le cadre de la présente étude, d'aller rechercher derrière les règles éthiques posées par les directives ce que le droit prévoit par rapport aux thèmes abordés, respectivement de dégager les règles de droit sous-jacentes aux problèmes éthiques qu'abordent les directives, et d'ériger ces règles en grille de lecture. Pour ce faire, une approche transversale des directives est nécessaire. En effet, les droits des patients interagissent entre eux pour créer un système de normes compactes et vastes que l'on retrouve dans beaucoup de types de règles de droit, qu'elles soient pénales, administratives ou encore civiles. Les directives ne seront ainsi pas traitées selon leur structure propre, mais au travers des droits des patients.

Une fois les droits qu'elles contiennent identifiés, la législation cantonale concurrente sera comparée et l'on percevra la marge de manœuvre des professionnels de la santé dans laquelle les directives agissent.

L'étude et la mise en perspective des directives ne pourront se faire qu'une fois rappelées les bases du droit des patients (1.1). Ensuite, nous expliquerons le rôle des directives dans l'arsenal juridique (1.2), puis nous les analyserons en faisant ressortir les droits des patients qu'elles abordent (1.3).

Dans la dernière partie (1.4) et dans la mesure du possible, nous nous efforcerons de dégager des groupes-types de législations cantonales en fonction des droits touchés par les directives, de sorte que chaque groupe reflète sa position particulière par rapport aux droits des patients et aux directives.

¹¹ Sur le rôle du médecin dans l'exécution des peines et mesures en Suisse, cf. STAUB THOMAS, *Die Rolle des Arztes im schweizerischen Strafvollzug*, p. 435 ss.

¹² Cf. directives p. 2 *in fine* ; dans la mesure où les directives utilisent parfois le conditionnel, elles s'adressent non seulement aux autorités administratives et exécutives suisse, mais également législatives.

1.1 Les droits des patients

Avant de se pencher sur les directives, il convient de considérer l'ensemble des droits des patients pour pouvoir ensuite mieux cerner ceux que touchent les directives, les comprendre et analyser leur portée.

1.1.1 Fondements

Les droits des patients se fondent sur le droit international, le droit constitutionnel, les droits de la personnalité, les règles applicables à la relation thérapeutique (le mandat), les normes publiques de protection des patients, de même que celles sur l'exercice des professions médicales, et le droit pénal de protection des individus. Il s'agit de droits généraux appliqués spécifiquement au domaine médical, qui avec le temps ont été codifiés dans les droits cantonaux.

En matière internationale, les droits des patients trouvent leur fondement dans des normes de différentes natures, à savoir notamment :

- La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹³, aux articles 2, 3 et 8 (d'application directe dans le système juridique suisse).
- Le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels¹⁴, aux articles 6, 12 et 15 (ne peut être appliqué directement en Suisse).
- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁵, aux articles 6, 7 et 17 (dont l'application directe est admise par le Tribunal fédéral [TF]).
- Convention relative aux droits de l'enfant¹⁶, aux articles 2, 6, 19, 23 et 24 (d'application partiellement directe, respectivement certaines dispositions le sont d'autres non, selon leur degré de précision).

S'agissant du droit suisse, au niveau du droit fédéral, nous retiendrons en premier lieu les droits que confère la Constitution fédérale par ses articles 7, 10, 12, 13, 20, 31 sur les droits fondamentaux, l'article 41 Cst. sur les droits sociaux et les articles 64, 74, 110, 111, 112, 118, 119, 119a et 120 Cst. sur les compétences de la Confédération.

En ce qui concerne le droit fédéral de rang non constitutionnel, de par le grand nombre de lois fédérales qui contiennent des dispositions ayant des effets sur les droits des patients, nous ne mentionnerons que quelques lois exemplaires, mais non exhaustives, comme par exemple :

¹³ RS 0.101, <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.101.fr.pdf>.

¹⁴ Pacte ONU I – RS 0.103.1, <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.103.1.fr.pdf>.

¹⁵ Pacte ONU II – RS 0.103.2, <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.103.2.fr.pdf>.

¹⁶ RS 0.107, <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.107.fr.pdf>.

- Le Code pénal suisse qui réprime notamment les atteintes à l'intégrité physique et qui consacre le secret médical (art. 321 CP) ;
- Le Code civil suisse qui protège la personnalité (27 ss CC) ;
- La Loi fédérale sur la protection des données qui par exemple garantit à une personne un droit d'accès à toute donnée la concernant (art. 8 LPD) ;
- La Loi fédérale sur l'assurance-maladie qui permet à un patient de choisir librement un praticien admis et apte à le traiter (art. 41 LAMal).

Les domaines du droit qui peuvent avoir un effet sur les droits des patients sont transversaux. Ils vont du droit pénal au droit civil, en passant par le droit administratif et public. Il n'est donc pas possible d'être exhaustif dans l'énumération des lois qui infèrent sur les droits des patients.

Les cantons ont eux aussi créé dans leur droit des dispositions sur les droits des patients¹⁷. Il y a plusieurs manières de codifier, d'intégrer les droits des patients dans le droit cantonal. Le canton de Zurich par exemple a édicté une loi cantonale sur les droits des patients (Patientinnen- und Patientengesetz – LS 813.13¹⁸) ; le canton de Berne a pour sa part intégré dans sa législation sanitaire un chapitre nouveau sur les droits des patients (Loi sur la santé publique – RSB 811.01¹⁹, en particulier chap. III.) précisé par des dispositions d'exécution prévues dans une ordonnance (Ordonnance sur les droits et devoirs des patients et des patientes et des professionnels et professionnelles de la santé – RSB 811.011²⁰) ; le canton du Jura a quant à lui uniquement intégré un chapitre sur les droits des patients dans sa Loi sanitaire (RSJU 810.01²¹ – art. 24 à 32) ; le canton de St.-Gall ne dispose que d'un article dans sa loi de santé (art. 32bis Gesundheitsgesetz – sGS 311.1²²) déléguant la tâche de l'édiction d'une ordonnance au pouvoir exécutif (Verordnung über die medizinische und betriebliche Organisation der kantonalen Spitäler, psychiatrischen Kliniken und Laboratorien – sGS 321.11²³).²⁴

1.1.2 Les droits des patients proprement dits (typologie)

« Le rapport patient-médecin se trouve au confluent d'un enchevêtrement normatif médical, juridique et éthique, si bien que celui qui s'attend à trouver un droit médical constitué en un

¹⁷ Pour les règles de droit cantonales citées dans ce rapport, voir son annexe III. Nous mettons cependant quelques références ci-dessous à titre exemplatif.

¹⁸ LS 813.13

¹⁹ [http://www2.zhlex.zh.ch/ Appl/zhlex_r.nsf/WebView/284C1585E12CC203C1256F4A00448D65/\\$File/813.13_5.4.04_47.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/ Appl/zhlex_r.nsf/WebView/284C1585E12CC203C1256F4A00448D65/$File/813.13_5.4.04_47.pdf)

²⁰ RSB 811.011 http://www.sta.be.ch/belex/f/8/811_011.html disponible également en allemand.

²¹ RSJU 810.01 http://rsju.jura.ch/extranet/groups/public/documents/rsju_page/loi_810.01.hcsp

²² sGS 311.1 <http://www.gallex.ch/gallex/3/311.1.html>

²³ sGS 321.11 <http://www.gallex.ch/gallex/3/321.11.html>

²⁴ Pour plus de détails, se référer à l'annexe IV, du présent rapport.

*corpus de règles juridiques spécifiques sera nécessairement découragé, car un tel droit n'existe pas. »*²⁵

Les droits des patients sont constitués de plusieurs composantes qui vont être exposées ci-dessous. Ils peuvent être définis comme « *l'ensemble des droits visant à protéger la personnalité des patients dans le contexte biomédical* »²⁶.

Si les droits fondamentaux ne sont pas une notion récente, en tant que tels les droits des patients ne le sont pas non plus, mais leur expression dans les législations cantonales et la jurisprudence tant fédérale que cantonale, elle, est récente. Il y a une trentaine d'années, le cadre légal des droits des patients était largement lacunaire, actuellement il y a pléthore de normes.²⁷

Les droits des patients, respectivement les obligations des médecins, s'appliquent fondamentalement de la même manière en droit privé et en droit public.²⁸

A. Le droit à la santé (ou droit d'accès aux soins)

Le droit à la santé est probablement l'un des plus difficiles à appréhender dans la mesure où sa portée dépend de ce que l'on entend par santé. Par exemple, en se référant à la Constitution de l'OMS²⁹, « *[la] santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »³⁰. On constate que la santé contient en soi trois composantes : physique, mentale et sociale. Les droits cantonaux ne reprennent pas la même formulation. Ainsi le canton du Jura prévoit que « *[la] santé consiste en un état de bien-être physique, mental et social; elle relève des droits de la personne* » (art. 1^{er} al. 2 Loi sanitaire) ; le canton de Genève a prévu une autre formulation de la santé : « *La santé consiste en un état physique, psychique et social qui favorise à tout âge l'équilibre de la personne au sein de la collectivité* » (art. 2 al. 1 Loi sur la santé).

Ces deux formulations mènent encore à une distinction, pour le canton du Jura, la santé est un droit (comme sa définition le dit *in fine*), alors que pour le canton de Genève la santé est un bien juridique (aucun droit n'est mentionné s'agissant de la santé, si ce n'est à l'art. 42 en tant que « *droit aux soins qu'exige son état de santé* »).

²⁵ MANAI DOMINIQUE, Les droits des patients face à la médecine contemporaine, p. 67.

²⁶ SPRUMONT DOMINIQUE, Droit des patients survol de la législation, p. 42 ; dans le même sens : CLÉMENT THIERRY / HÄNNI CHRISTIAN, La relation patient-médecin : état des lieux, p. 52.

²⁷ Cf. GUILLOD OLIVIER, Le droit médical : Quelques (r)évolutions récentes, et SPRUMONT DOMINIQUE, *Droit des patients : survol de la législation*, p. 41.

²⁸ Cf. GÄCHTER THOMAS / VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht, Ein Kurzlehrbuch*, p. 148.

²⁹ Disponible sous : <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/i8/0.810.1.fr.pdf>.

³⁰ Cf. §2 du Préambule de la Constitution de l'OMS.

Nous pouvons donc en conclure que le droit à la santé est un droit que l'Etat doit respecter, et qui l'engage à mettre en place une infrastructure permettant à tout un chacun de recevoir des soins en vue d'atteindre le meilleur état de santé possible.

Le droit à la santé peut être vu sous deux aspects. Le premier est celui qui prévoit pour un individu le droit à la protection de sa santé. En droit suisse, ce droit est garanti par la Constitution (art. 10 Cst.) en tant que droit fondamental à l'intégrité physique et psychique, par le Code civil (art. 28 CCS), par le Code pénal (112 ss CP) et par l'obligation qu'a l'Etat de protéger la santé de la population (art. 118 Cst.). Le deuxième aspect est celui qui pose un droit à des mesures médicales au sens large ayant pour but de rétablir, de maintenir ou de préserver la capacité de pouvoir être de la personne ; soit le droit aux soins, terme qui ne tranche pas la question de savoir de quels soins il s'agit. En Suisse, il n'y a pas de droit justiciable à la santé.³¹

« [Le droit à la santé] offre tout d'abord une protection contre les atteintes éventuelles à la santé. Il rejoint dans ce sens les droits fondamentaux dits de première génération et dont la portée est essentiellement défensive, comme le droit à la vie ou le droit au respect de l'intégrité corporelle, consacrés notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH]. En droit national, ces droits sont d'ailleurs non seulement reconnus comme droits fondamentaux, ce qui signifie de manière générale que le législateur est tenu de s'y conformer, mais ils sont également garantis en droit privé, en droit pénal et en droit administratif. La santé en tant que bien juridique, bénéficie ainsi d'une protection étendue. Cette protection demeure toutefois passive. Elle a pour effet d'interdire les atteintes à la santé, mais ne permet pas à un individu d'exiger des mesures particulières en vue de rétablir ou d'améliorer son état de santé »³².

S'agissant de l'aspect du droit aux soins, l'article 12 Cst. prévoit que *« [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 »* et à ce sujet il faut souligner que ce droit est invocable devant les tribunaux³³. Il sied par ailleurs de rappeler l'article 41 al. 1 let. b Cst. qui pose notamment comme but social (non justiciable) le droit de toute personne à bénéficier des soins nécessaires à sa santé ; et l'article 8 Cst. qui établit l'égalité de tous les êtres humains devant la loi ainsi que l'article 7 Cst. qui garantit le respect et la protection de la dignité humaine.

³¹ Cf. STEFFEN GABRIELLE, *Droit aux soins et rationnement*, p. 84.

³² SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, p. 32.

³³ SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, p. 33.

Le Tribunal fédéral, décrivant le contenu du droit à des conditions minimales d'existence, a déclaré qu'il incluait notamment, et depuis peu, les soins médicaux de base³⁴.

Le droit à la santé peut se définir comme un système avec un « "bloc, deux piliers" » :

- « *Le bloc de base correspond au droit aux soins essentiels, tiré du droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse. Ce droit est à classer dans la catégorie des droits justiciables. Il est la conséquence nécessaire et logique du droit à des conditions minimales d'existence et représente un minimum absolu (art. 12 Cst.), garanti envers et contre tout.*
- « *Le premier pilier est formé par le but social de mise à disposition des soins nécessaires (art. 41 Cst.) ; il correspond à une « obligation d'effort » à fournir de la part de l'autorité et sert de ligne directrice à la détermination des soins que l'Etat met à disposition.*
- « *Le deuxième pilier est formé par le droit fondamental justiciable à l'égalité d'accès aux soins mis à disposition, fondé sur le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de discriminer (art. 8 Cst.). »³⁵*

B. Le droit de choisir le fournisseur de soins et l'objection de conscience

« Dans leur évaluation de la situation clinique aussi bien le médecin que le patient doivent se sentir libres et hors de toute contrainte. [...] La liberté de choix est une condition de validité de la décision du patient, alors que l'absence de pression est nécessaire pour que le médecin puisse poser son diagnostic dans le respect des règles de l'art. »³⁶

« La liberté de choix des patients est une condition essentielle pour permettre à la relation patient-professionnel de la santé de se fonder sur des rapports de confiance. L'exercice de ce droit dépendra toutefois des circonstances »³⁷.

Sous l'empire de l'ancienne Cst., le TF avait déjà jugé que le droit constitutionnel non écrit de toute personne à disposer librement de son corps contenait celui de choisir librement le fournisseur de soin³⁸. Depuis la révision de la Cst., le droit de choisir le fournisseur de soins, ou libre choix du praticien, se déduit de l'article 10 al. 2 Cst. (droit à la liberté personnelle) qui donne à tout être humain le droit à l'intégrité physique et psychique.

³⁴ ATF 130 I 75 (en allemand), commenté par STEFFEN GABRIELLE, in : Le droit aux soins : Pourquoi un droit aux soins? Quel droit? Quels soins? Pour qui?, p. 47.

³⁵ STEFFEN GABRIELLE, Le droit aux soins : Pourquoi un droit aux soins? Quel droit? Quels soins? Pour qui?, p. 52.

³⁶ MANAI DOMINIQUE, Les droits des patients face à la médecine contemporaine, p. 61.

³⁷ SPRUMONT DOMINIQUE, Droit des patients : survol de la législation, p. 43.

³⁸ ATF 101 Ia 575, 577 cons. 3 a).

Il faut en outre préciser que « [le] patient soigné dans un établissement hospitalier public se trouve, avec l'Etat, dans un rapport de subordination pour tout ce qui concerne, notamment, la discipline interne ou le tarif des prestations; le droit au libre choix d'un médecin traitant étranger à l'établissement n'est également pas reconnu; de même le patient doit se soumettre aux conditions de nourriture et de logement et ne peut poser des exigences particulières qui seraient en contradiction avec les disponibilités prévues par l'établissement. De telles restrictions découlent non seulement des nécessités du fonctionnement d'un hôpital public, mais aussi du principe de l'égalité de traitement que l'Etat doit respecter dans l'administration de promotion (Leistungsverwaltung) »³⁹.

Le libre choix trouve également son fondement dans la liberté contractuelle « qui correspond d'ailleurs aux fondements libéraux de notre société »⁴⁰.

L'objection de conscience

Ce dernier aspect du libre choix nous amène à nous pencher sur son corollaire : le droit d'un praticien à refuser lui aussi de contracter, c'est-à-dire de refuser de fournir sa prestation. En effet, si la liberté contractuelle permet en principe de choisir librement son cocontractant, donc dans le cadre de notre étude le fournisseur de prestation, il apparaît que lui aussi bénéficie d'un droit à contracter ou à refuser de contracter. « Un patient ne peut donc pas exiger d'être soigné par un médecin particulier contre la volonté de ce dernier »⁴¹.

Toutefois, le droit de refuser de fournir une prestation doit être mis en balance face à celui du patient à être soigné. Dès lors en présence d'un cas d'urgence, un praticien ne pourra refuser de traiter un patient si par là il met la santé du patient en danger. A l'inverse, lorsque le praticien ne dispose ni des moyens, ni des compétences nécessaires en vue de la fourniture de la prestation il s'abstiendra. Dans la même mesure, un praticien qui exerce dans un établissement de soins publics ou subventionnés, verra son droit de refuser de soigner soumis à des restrictions (alors même qu'un médecin exerçant à titre privé est en mesure de refuser de traiter un patient, sous réserve du droit à la santé du patient comme évoqué ci-dessus).⁴²

Hormis l'aspect contractuel pur évoqué ci-dessus, un médecin peut et doit même refuser de soigner un patient s'il ne s'estime pas compétent, respectivement insuffisamment formé, sous peine d'engager sa responsabilité⁴³. Toutefois, ce devoir doit être tempéré par l'obligation de porter secours qui impose d'apporter des soins en situation de détresse.

³⁹ ATF 111 Ia 231, 237 cons. 4 bb.

⁴⁰ SPRUMONT DOMINIQUE, *Droit des patients : survol de la législation*, p. 44 ; dans le même sens CLÉMENT/HÄNNI, op. cit., p. 67.

⁴¹ SPRUMONT DOMINIQUE, *Droit des patients : survol de la législation*, p. 43.

⁴² SPRUMONT DOMINIQUE, *Droit des patients : survol de la législation*, p. 43.

⁴³ SPRUMONT DOMINIQUE, *Droit des patients : survol de la législation*, p. 43.

Le libre choix pour le patient est également tempéré par la réalité économique du système de soins suisse. En effet, dans le système de soins suisse, la LAMal bien que consacrant le principe du libre choix du praticien à son article 41, limite dans le même temps le remboursement des soins à ceux fournis par des « fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter [la maladie du patient] ». Ces limites tempèrent donc le libre choix des patients. Les articles 36 à 40 LAMal concrétisent ces limitations.

Un praticien peut refuser d'accomplir une prestation médicale, il s'agit de l'objet de conscience ; « [celle-ci] 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 »⁴⁴. L'objection de conscience n'est possible que dans la mesure où le praticien qui l'invoque ne viole pas les droits du patient (droit de la personnalité, droit à la vie, à l'intégrité physique, etc.)⁴⁵. Le droit à l'objection de conscience est supprimé une fois que le praticien a accepté de prendre en charge un patient.⁴⁶

Si l'objection de conscience n'est limitée dans le domaine privé que par l'urgence (obligation du médecin de porter assistance), dans le domaine public s'ajoute l'intérêt public (lié à l'obligation pour l'Etat de mettre en place un système de soin permettant à chacun d'atteindre son meilleur état de santé possible – relativement au droit à la santé évoqué *supra*) qui limite la possibilité du praticien d'invoquer son droit à l'objection de conscience.⁴⁷

L'objection de conscience invoquée valablement permet au praticien de ne pas procéder à un acte médical sans toutefois porter atteinte au droit à la santé du patient.

C. Le consentement libre et éclairé

Il est admis aujourd'hui tant par la doctrine que la jurisprudence que tout acte médical porte atteinte à l'intégrité corporelle et est constitutif de lésion(s) corporelle(s) alors même qu'il respecterait les règles de l'art en la matière⁴⁸. Le seul moyen de lever l'illicéité de l'atteinte est d'obtenir le consentement du patient, conformément à l'adage latin « *volenti non fit injuria* »⁴⁹. CARL STOOS il y a plus de cent ans affirmait déjà : « Wer den Patienten behandelt, misshandelt ihn nicht »⁵⁰.

⁴⁴ BRUNNER NATHALIE, Droits des professionnels de la santé : l'objection de conscience, p. 9.

⁴⁵ BRUNNER NATHALIE, Droits des professionnels de la santé : l'objection de conscience, p. 27.

⁴⁶ BRUNNER NATHALIE, Droits des professionnels de la santé : l'objection de conscience, p. 27 s.

⁴⁷ BRUNNER NATHALIE, Droits des professionnels de la santé : l'objection de conscience, p. 29 s.

⁴⁸ ATF 99 IV 208 et ATF 124 IV 258 (=SJ 1999 I 247)

⁴⁹ Qui peut se traduire comme suit : Celui qui a consenti (en connaissance de cause) à un acte ne peut s'en prétendre la victime.

⁵⁰ Dont une traduction pourrait être : « Celui qui traite le patient, ne doit pas le maltraiter ».

Par ailleurs, l'information donnée dans le cadre du consentement éclairé ne sert pas uniquement à lever l'illicéité de l'atteinte, mais sert également à garantir la libre formation de la volonté⁵¹. L'information sert à rendre le droit à l'autodétermination effectif⁵². « *Lorsqu'un patient donne son consentement à un acte médical, il manifeste fondamentalement sa volonté de voir réaliser une intervention médicale qui tend à restituer – ou à protéger – un bien, à sa savoir sa santé* »⁵³.

Le consentement doit toutefois être valablement donné, c'est-à-dire par une personne capable, librement et en connaissance de cause (suite à une information complète et circonstanciée). Ce droit est déduit directement en droit public de la liberté personnelle de l'article 10 al. 2 Cst. « *laquelle protège l'intangibilité du corps humain* »⁵⁴ et, en droit privé, de l'article 28 CCS lequel protège le droit à l'autodétermination⁵⁵. L'exercice de l'activité du médecin est donc limité à la volonté du patient⁵⁶. Le consentement est applicable tant dans le cadre d'une relation patient-médecin de droit privé que de droit public⁵⁷.

Le consentement repose sur trois piliers : la capacité, la liberté de choix et l'information⁵⁸. La capacité de consentir s'appuie sur le discernement⁵⁹. Sans discernement, le consentement n'est en principe pas valable. Le discernement est une condition de validité du consentement. Ainsi les mineurs et les interdits ne peuvent en principe pas consentir, faute de capacité. Ce principe doit toutefois être précisé. En effet, le TF a admis que le consentement à un acte médical était un droit strictement personnel⁶⁰, c'est-à-dire qu'il doit être exercé personnellement. Par ailleurs, au vu de l'article 19 al. 2 CCS, le mineur et l'interdit capable de discernement peuvent exercer personnellement leur droit strictement personnel. Il s'ensuit qu'en matière de consentement les mineurs et interdits *capables de discernement* consentent personnellement à tout acte médical, quand bien même leur représentant légal ne serait pas du même avis qu'eux.⁶¹

⁵¹ Cf. GÄCHTER THOMAS / VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht, Ein Kurzlehrbuch*, p. 134.

⁵² MANAI DOMINIQUE, Le devoir d'information du médecin, p. 65.

⁵³ BERTRAND DOMINIQUE, Consentement à l'acte médical et refus de traitement, p. 90.

⁵⁴ ATF 127 I 6, 10.

⁵⁵ FELLMANN WALTER, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten* (3. Kapitel), p. 128.

⁵⁶ FELLMANN WALTER, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten* (3. Kapitel), p. 128.

⁵⁷ Cf. GÄCHTER THOMAS / VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht, Ein Kurzlehrbuch*, p. 148, et WALTER FELLMANN, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten* (3. Kapitel), p. 128.

⁵⁸ Cf. GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?, p.103.

⁵⁹ Cf. GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?, p.103 ; et BERTRAND DOMINIQUE, Consentement à l'acte médical et refus de traitement, p. 94 s.

⁶⁰ ATF 114 Ia 350, 360.

⁶¹ Cf. GÄCHTER THOMAS / VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht, Ein Kurzlehrbuch*, p. 136, posent sept exigences de manière très synthétique s'agissant du consentement : Capacité de discernement de la personne concernée [*Urteilsfähigkeit* et non pas *Handlungsfähigkeit*] (1), Information suffisante conformément aux exigences légales (2), Absence de vice du consentement [dol, lésion, etc.] (3), Communication à la personne concernée (4), Information avant l'intervention (5), Possibilité de librement révoqué le consentement donné (6), et Absence de violation de l'article 27 CCS [protection contre les engagements excessifs] (7).

Un arrêt récent du TF⁶² a d'ailleurs tranché ce cas d'école en la matière : Une jeune fille de treize ans s'était blessé au coccyx, le médecin traitant proposait deux alternatives, soit aucun traitement, soit un traitement par un ostéopathe. La mère de la jeune fille décide d'aller voir un ostéopathe le jour même pour faire traiter celle-ci. Or, lors du traitement, la jeune fille ne coopère absolument pas, suppliant même le praticien d'arrêter. La mère de la jeune fille ne s'est, quant à elle, à aucun moment opposé au traitement. Quatre jours plus tard la mère de la jeune fille a dénoncé le cas à la Société vaudoise de médecine qui a infligé au praticien une amende de fr. 1'500.-. Ce dernier a fait recours successivement au Tribunal administratif, puis au TF, ces recours ont été rejetés. En substance, le motif des rejets est que le praticien aurait dû se référer au choix de la jeune fille, qui manifestement ne consentait pas à l'intervention et que son consentement primait celui de sa mère dans la mesure où elle était capable de discernement s'agissant de ce traitement.⁶³

S'agissant des mineurs sous autorité parentale et sans discernement, le consentement est à recueillir auprès des père et mère⁶⁴. En ce qui concerne les personnes interdites (faisant l'objet d'une mesure tutélaire) sans discernement, c'est la personne désignée pour sauvegarder les intérêts du patient qui a la capacité de consentir⁶⁵. Cette personne désignée pour consentir à la place du patient devra donc être informée de manière éclairée et aura le droit de choisir le traitement et le praticien ; dans ce dernier cas toutefois, il est utile, voire indispensable, d'informer également le patient en vue d'obtenir son adhésion et sa collaboration⁶⁶.

Il sied à ce stade de constater que les personnes détenues dans les établissements soumis à cette étude ne sont en principe pas interdites, donc capables de discernement, sans quoi elles auraient été déclarées irresponsables et internées.

La forme du consentement est libre⁶⁷ : il peut être écrit, oral ou tacite, voire d'actes concluants. Toutefois la forme écrite est largement à privilégier dans la mesure où l'acte comporte des risques concrets pour la santé et l'intégrité physique du patient.⁶⁸

Les règles sur le consentement en matière contractuelle sont applicables par analogie, quoique de manière plus pure et authentique, au consentement à un acte médical⁶⁹.

⁶² ATF 2C_5/2008 du 2 avril 2008 (= ATF 134 II 235) commenté par OLIVIER GUILLOD dans RSDS 12/2009, p. 67

⁶³ Cf. GUILLOD OLIVIER, Bref commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral (Ile Cour de droit public) du 2 avril 2008, 2C_5/2008, in : Jusletter 18 août 2008 et RSDS 12/2009, p. 67.

⁶⁴ Cf. GUILLOD OLIVIER, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?*, p. 201 ; GUILLOD explique toutefois qu'en pratique le consentement du parent présent est suffisant (de même qu'en cas de garde exclusive d'un des parents), et que l'autre parent ne doit consentir expressément que pour des interventions graves. À noter encore que les mineurs ont la capacité de consentir dans la mesure où ils sont capables de discernement.

⁶⁵ Cf. GUILLOD OLIVIER, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?*, p. 202 ; s'y référer également s'agissant de savoir à quel titre une personne désignée peut consentir à la place du patient.

⁶⁶ Cf. GUILLOD OLIVIER, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?*, p. 203.

⁶⁷ MANAI DOMINIQUE, *Le devoir d'information du médecin*, p. 67.

⁶⁸ GUILLOD OLIVIER, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?*, p.53 s ainsi que ATF 105 II 284, 286.

Dans la doctrine, le terme « consentement » est remplacé parfois par les termes « libre choix », « autonomie » ou « autodétermination », ces termes englobant plus clairement le fait que le patient peut également refuser une intervention ou un traitement et non pas uniquement l'accepter.

L'information que le professionnel de la santé doit donner constitue un droit qui est déduit au niveau constitutionnel de la liberté personnelle prévue à l'article 10 al. 2 Cst. ; en droit ordinaire des articles 27 et 28 ss CC qui protège une personne contre les engagements excessifs (27 CC) et contre des atteintes illicites à la personnalité (28 ss CC), et des dispositions relatives au mandat (art. 394 ss CO, spécialement 398 CO) ; en droit pénal les articles 122 ss CP renforcent le droit d'être informé et de consentir ou non à une intervention.

Le droit à l'information existe indépendamment de celui du consentement, en effet, le droit d'être informé n'est pas lié au fait qu'une personne doive prendre une décision⁷⁰. Le devoir d'information existe également indépendamment de savoir si un patient est soumis au droit public ou privé⁷¹.

Selon la jurisprudence, l'information doit être « *simple, intelligible et loyale* ». Elle doit porter sur le diagnostic, le pronostic, le traitement (nature, déroulement, durée, avantages et inconvénients), les alternatives possibles au traitement que le praticien entend appliquer ainsi que sur les risques connus. Par ailleurs, le patient doit se voir expliquer la conduite thérapeutique adéquate (Sicherungsaufklärung), soit le comportement à adopter et les contraintes à supporter pour le succès du traitement. Le praticien doit en outre informer le patient si les coûts du traitement ne sont pas pris en charge par l'assurance-maladie, respectivement sur les coûts.⁷²

S'agissant des modalités de l'information, le principe directeur en la matière veut que tout soit fait pour assurer la compréhension de l'information par le patient⁷³. Il n'y a pas de forme spéciale prévue pour l'information, toutefois une simple feuille d'information n'est pas suffisante ; en effet, sans un entretien il sera impossible au médecin de s'assurer de la bonne compréhension du patient⁷⁴. L'information donnée doit être individualisée, dès lors le dialogue apparaît comme la meilleure solution⁷⁵.

⁶⁹ GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?, p.105, et les références citées.

⁷⁰ Une femme enceinte, bien que ne devant pas prendre de décision *a priori* doit être informée sur le déroulement de la grossesse, les risques, les comportements à éviter etc.

⁷¹ ATF 111 Ia 231, 237 s ; ATF 117 Ib 197 (=JdT 1992 I 214) commenté par MANAI DOMINIQUE, *Le devoir d'information du médecin*, p. 64 et CLÉMENT THIERRY / HÄNNI CHRISTIAN, *La relation patient-médecin : état des lieux*, p. 72 ss.

⁷² MANAI DOMINIQUE, *Le devoir d'information du médecin*, p. 67 et les arrêts suivants : ATF 105 II 284, 289 ; ATF 108 II 59 ; ATF 113 Ib 420 (=JdT 1989 I 26) ; ATF 114 Ia 350, 358 ; ATF 116 II 519 (=JdT 1991 I 634) ; ATF 117 Ib 197 (=JdT 1997 I 214) ; ATF 119 II 456, 460 s ;

⁷³ GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?, p.161.

⁷⁴ GÄCHTER THOMAS / VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht, Ein Kurzlehrbuch*, p. 134.

⁷⁵ MANAI DOMINIQUE, *Le devoir d'information du médecin*, p. 67.

L'étendue de l'information à donner est en relation avec le traitement, l'intervention envisagée. Plus celle-ci sera importante et risquée, plus l'information à donner sera étendue. Inversement, il ne sera pas nécessaire d'informer le patient s'il s'agit « *d'actes courants, sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle* »⁷⁶.

« *L'obligation d'informer peut finalement s'énoncer de la façon suivante en droit suisse : le médecin doit communiquer tous les éléments d'information qu'un patient raisonnable prendrait en considération et ceux qui répondent aux attentes particulières du patient en cause, reconnaissables pour un médecin diligent* »⁷⁷.

Le TF a toutefois admis des exceptions lorsque le patient est déjà suffisamment renseigné soit de par sa formation (médicale)⁷⁸, soit du fait qu'il a déjà subi ce genre d'intervention⁷⁹, lorsque le patient a renoncé à savoir⁸⁰ (il y a également « consentement hypothétique », pouvant se résumer par la formule « si le patient avait su, il aurait de toute façon consenti »), lorsque qu'il y a urgence et que par conséquent l'intervention est absolument nécessaire⁸¹, et lorsque l'information pourrait nuire à la santé du patient de par l'appréhension et le stress qu'elle engendre⁸² (il s'agit du « privilège thérapeutique »⁸³).⁸⁴

Un instrument pour consentir paraît encore devoir être exposé ici, il s'agit des directives anticipées. Elles constituent « *une manifestation de volonté émise par une personne pour le cas où elle perdrait à l'avenir sa capacité de discernement et par laquelle elle exprime son refus ou son acceptation de certains soins et/ou désigne un représentant (appelé parfois représentant thérapeutique) pour prendre à sa place les décisions de soins* »⁸⁵. La valeur contraignante des directives anticipées a été confirmée par le TF dans le cadre d'un *obiter dictum*⁸⁶ : « Une personne capable de discernement peut, par une manifestation de volonté faite immédiatement avant une intervention planifiée ou même bien antérieurement (par

⁷⁶ ATF 108 II 59, 61 ; ATF 117 Ib 197 (=JdT 1992 I 214) ; ATF 119 II 456, 458.

⁷⁷ GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?, p.130.

⁷⁸ ATF 105 II 284, 288.

⁷⁹ ATF 115 Ib 175, 182.

⁸⁰ ATF 105 II 284, 288, cette hypothèse reste toutefois problématique dans la mesure où le consentement est une condition indispensable à la suppression de l'illicéité de l'atteinte.

⁸¹ ATF 108 II 59, 62 et ATF 114 Ia 360.

⁸² ATF 105 II 284, 288 (le TF a jugé qu'un pronostic grave ou fatal pouvait être caché au patient), ATF 108 II 59, 61 ; ATF 113 Ib 420 ; ATF 117 Ib 197 (=JdT 1992 I 214).

⁸³ Le privilège thérapeutique est très controversé en doctrine, se référer à la thèse d'OLIVIER GUILLOD figurant dans la bibliographie. Certaines lois cantonales excluent même explicitement le privilège thérapeutique (*pro* : art. 39 Loi de santé bernoise ; art. 24 al. 3 Loi sur la santé publique vaudoise ; *contra* : art. 26 al. 2 Loi sanitaire jurassienne [permettant le privilège thérapeutique]).

⁸⁴ Cf. dans le même sens : MANAI DOMINIQUE, *Le devoir d'information du médecin*, p. 68 s.

⁸⁵ Définition d'OLIVIER GUILLOD.

⁸⁶ ATF 127 I 6, 26 cons. 9

exemple au moyen de « directives anticipées »), s'opposer ou renoncer à un traitement donné. Dans ce dernier cas, un traitement est exclu, la volonté libre du patient prime »⁸⁷.

Les directives anticipées permettent comme mentionné ci-dessus, de désigner un représentant thérapeutique. La tâche de ce représentant dépend de la volonté du patient qui a émis les directives. Il peut s'agir de surveiller les mesures prises et vérifier qu'elles correspondent bien à la volonté du patient (rôle de contrôle), ou de consentir ou refuser en lieu et place de celui-ci s'il en est incapable (rôle décisionnel), voire les deux rôles à la fois. Le TF a jugé que le choix du patient est déterminé par l'expression de sa volonté, et que celle-ci prime sur ce que le médecin considère comme indiqué pour le patient⁸⁸. En conséquence, la désignation d'un représentant thérapeutique doit être admise et respectée par le praticien.⁸⁹

Notons aussi que le projet de loi modifiant le code civil (concernant la protection de l'adulte, le droit des personnes et le droit de la filiation)⁹⁰ prévoit aux articles 370 ss des dispositions (quatre articles en tout) sur les directives anticipées et la désignation d'un représentant thérapeutique. Le législateur a donc admis la portée des directives anticipées et la possibilité de se faire représenter par un tiers désigné. Toutefois la doctrine reste prudente quant à la méthode du législateur fédéral pour intégrer, voire codifier, ces institutions dans le projet de loi susmentionné⁹¹.

D. Le dossier médical et son accès, la protection des données et le secret médical

Tout médecin exerçant une activité de soins doit tenir un dossier pour chaque patient qu'il rencontre. La relation patient-médecin se basant juridiquement sur le contrat de mandat (art. 394 ss CO) dans le domaine privé, l'obligation de reddition de compte (art. 400 CO) impose au mandataire, le médecin, de tenir un dossier pour pouvoir rendre compte au mandant, le patient, en tout temps. Dans le domaine public, les lois de santé prévoient une obligation de tenue d'un dossier médical en tant qu'obligation professionnelle spéciale^{92, 93}.

⁸⁷ Traduction libre de : « *Eine urteilsfähige Person kann sich durch eine entsprechende Willensäußerung unmittelbar vor der geplanten Intervention oder in einem früheren Zeitpunkt (etwa mittels einer so genannten Patientenverfügung) dagegen zur Wehr setzen und auf eine Behandlung verzichten. Diesfalls ist von einer Behandlung abzusehen und der freie Wille des Betroffenen zu respektieren* ».

⁸⁸ ATF 124 IV 258 (=SJ 1999 I 247).

⁸⁹ Cf. dans le même sens et pour plus de précision, cf. AUDREY LEUBA / CÉLINE TRITTEN, *Les directives anticipées en Suisse : quelques aspects juridiques*. La possibilité de la désignation et de la reconnaissance d'un représentant thérapeutique ne sera cependant généralisée en Suisse qu'avec l'adoption des nouvelles dispositions du CC sur le droit de tutelle.

⁹⁰ Cf. <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/6767.pdf>.

⁹¹ SANDOZ SUZETTE, *Directives anticipées et représentant thérapeutique : droit fédéral et droit vaudois*, in : ZVW 2003 p. 280 ss.

⁹² Cf. Tableaux de l'annexe IV sur les dispositions des cantons soumis à la présente étude s'agissant précisément des dispositions imposant de tenir un dossier pour chaque patient.

⁹³ Cf. également FELLMANN WALTER, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten* (3. Kapitel), p. 137.

Le contenu du dossier médical n'est pas déterminé par l'article 400 CO, mais trois éléments chronologiques minimaux semblent avoir été dégagés ; premièrement l'état de santé constaté par le praticien (dont l'anamnèse, l'évolution de la/des maladie(s), l'environnement personnel du patient et d'éventuel(s) diagnostic(s) différentiel(s)) ; deuxièmement, les thérapies prescrites (y compris la durée et la quantité de médication, les interventions, les rapports opératoires et les thérapies physiques et autres) ; et finalement le déroulement et l'état de l'information délivrée au patient. Tous les documents annexes tels que radiographie, résultat d'analyse, électrocardiogramme, électroencéphalogramme, tomographie, etc. font également partie du dossier médical du patient auquel peuvent encore s'ajouter notamment les renseignements de tiers et les notices des médecins et du personnel ; il est possible que ces derniers éléments ne soient pas connus du patient⁹⁴. Le dossier doit être conservé pendant un certain délai après la dernière inscription. Une omission de la part du médecin de tenir un dossier engage sa responsabilité.⁹⁵

« Le droit du patient à l'autodétermination lui confère un droit à la maîtrise des informations qui le concernent. En effet, pour qu'il puisse consentir ou refuser un acte médical, il est nécessaire qu'il ait pleinement connaissance des éléments qui conduiront à la prise de décision. Or, le dossier médical constitue la pièce maîtresse des renseignements sur son état de santé ; aussi, la demande d'accès au dossier vise-t-elle une meilleure information dont l'insuffisance est souvent symptomatique d'une mauvaise communication et d'un effritement de la relation de confiance entre patient et médecin. [Une] demande de consultation du dossier devrait ainsi être décodée et être saisie comme un moyen pour rétablir une alliance thérapeutique ». Le droit d'accès au dossier médical est un véritable droit du patient qui ne peut être soumis à aucune condition ; le patient ne peut pas non plus être tenu de justifier d'un intérêt particulier.⁹⁶

Ce droit est tiré, au niveau constitutionnel des articles 10 al. 2 Cst. (liberté personnelle), mais aussi plus spécifiquement par l'article 13 al. 2 Cst. (protection de la sphère privée, en particulier contre l'emploi abusif de données concernant une personne) ainsi que de l'article 29 al. 2 Cst. (droit d'être entendu) ; au niveau du droit fédéral ordinaire, les droits de la personnalité (28 ss CC), l'article 400 CO (devoir de rendre compte du mandataire) et la loi fédérale sur la protection des données (LPD) à son article 8 qui donne à toute personne un droit d'accès aux données la concernant contenues dans un fichier^{97 98}. Ce droit concerne

⁹⁴ Cf. FELLMANN WALTER, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten* (3. Kapitel), p. 128.

⁹⁵ Cf. FELLMANN WALTER, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten* (3. Kapitel), p. 137 s.

⁹⁶ MANAI DOMINIQUE, *Les droits du patient face à la biomédecine*, p. 107 s.

⁹⁷ Il est à noter qu'en plus d'un droit d'accès le patient dispose d'un droit de faire modifier toute donnée qui ne serait pas correcte.

⁹⁸ MANAI DOMINIQUE, *Les droits du patient face à la biomédecine*, p. 108. L'auteur remarque en outre que ces dispositions de droit fédéral ordinaire ne s'applique qu'aux médecins exerçant à titre privé. Concernant les médecins des hôpitaux publics ou

l'accès total à toutes les données contenues dans le dossier (résultats d'analyse, radiographie, expertises, etc.), qu'il s'agisse de constatations ou d'appréciations, de même que l'obtention d'une copie du dossier moyennant une participation aux éventuels frais⁹⁹. En outre, le TF a jugé qu' « *on ne saurait [...] supprimer le droit d'accès en créant, parallèlement au fichier "officiel", un fichier "officieux"* » et que « *la [LPD] repose [...] sur une conception très large du droit d'accès [...]* »¹⁰⁰.

S'agissant de la protection des données proprement dite, au niveau constitutionnel, « *[le] droit à l'autodétermination informationnelle (art. 13 al. 2 Cst.) exprime le droit fondamental de toute personne de décider librement du sort des données qui la concernent, de déterminer à qui et quand elle veut les dévoiler ; il a donc une portée à la fois positive et défensive en la protégeant contre une utilisation abusive de telles données* »¹⁰¹ ; au niveau ordinaire, les articles 28 ss CC (protection de la personnalité) et la LPD (applicable en droit privé, soit entre un patient et son médecin) agissent de concert dans le sens d'une protection des données en empêchant un accès indu aux données et une utilisation abusive de celles-ci. Les données médicales, au vu de l'article 3 let. c ch. 2 LPD, sont dites sensibles, et bénéficient par là d'une protection accrue (nous n'examinerons pas ces règles plus avant ici).

Les données médicales étant sensibles, leur protection est en plus renforcée par des dispositions pénales fédérales¹⁰². D'une part, nous retrouvons des dispositions générales telles que les articles 321 (secret professionnel) et 321^{bis} CP (secret professionnel en matière de recherche médicale), auxquelles s'ajoutent, d'autre part, des dispositions pénales d'autres lois fédérales telles que l'article 35 LPD (violation du devoir de discrétion).

E. Obligations du patient

Il est à noter que si les patients ont des droits, ils ont également des obligations. Certaines ressortent du lien contractuel entre le médecin et le patient, d'autres proviennent de principes généraux du droit.

d'institutions publiques, les lois cantonales de protection des données ou les législations sanitaires cantonales prévoient des dispositions analogues.

⁹⁹ MANAÏ DOMINIQUE, Les droits du patient face à la biomédecine, p. 111.

¹⁰⁰ ATF 125 II 473 (= JDT 2002 I 322, 324), commenté par MANAÏ DOMINIQUE, *Les droits du patient face à la biomédecine*, p. 111.

¹⁰¹ MANAÏ DOMINIQUE, Les droits du patient face à la biomédecine, p. 123.

¹⁰² Cf. également FELLMANN WALTER, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten* (3. Kapitel), p. 128 ss ; cet auteur précise encore (p. 128) que les données sont protégées même si le patient n'en a pas connaissance.

Pour commencer, nous mentionnerons une incombance¹⁰³ qui nous semble fondamentale : celui de renseigner correctement le praticien¹⁰⁴. En effet, tout diagnostic ne repose pas uniquement sur des résultats d'analyse, mais également sur « l'histoire de vie » du patient, ainsi que son ressenti quant à sa pathologie. Une fois le diagnostic posé et le traitement entamé, le patient a non seulement l'obligation de collaborer activement en vue de son rétablissement, mais également, autant que faire ce peut, de tout mettre en œuvre pour réduire le dommage subi à son minimum. « *Le principe de diminution du dommage est un principe non écrit, reconnu pour les assurances sociales ; il découle du principe de la bonne foi. [...]. Ce principe implique non seulement une obligation pour [le patient] de faire tout ce qui lui est possible pour atténuer les effets de son atteinte à la santé, mais aussi de faire en sorte de prévenir un dommage.* »¹⁰⁵.

Les droits des patients naissant entre autres des droits de la personnalité, le praticien a également droit au respect de sa personnalité par le patient. Un patient ne pourra donc refuser d'être soigné par un médecin pour un motif raciste ou sexiste, ni faire preuve de violence ou harceler son praticien.

1.1.3 Titularité et restriction des droits fondamentaux

Par définition et en vertu de l'article 8 Cst. qui garantit l'égalité de traitement entre sujets de droit, les droits fondamentaux constitutionnels bénéficient à tout être humain, toute personne. Il convient toutefois de relever que si la titularité des droits fondamentaux est universelle, il n'en va pas de même en ce qui concerne l'exercice de ces droits. Il faut en effet être majeur et capable de discernement pour exercer personnellement ses droits.

S'agissant de droits strictement personnels la capacité de discernement suffit, si la personne est mineure ou interdite et incapable de discernement, elle ne pourra exercer ses droits que par le biais de son représentant légal. Il est à noter que la capacité de discernement est relative et qu'elle peut varier ; elle est toutefois présumée pour les personnes majeures¹⁰⁶.

Dès lors, en matière de droits des patients (dont ne fait pas partie la conclusion d'un contrat de soin par exemple), toute personne, mineure ou majeure se trouvant dans un rapport de soins peut les invoquer en tant que bénéficiaire et les exercer elle-même si elle est capable

¹⁰³ L'incombance est « *le comportement que doit avoir une personne pour éviter un désavantage juridique* ». Il ne s'agit pas d'une obligation, ni d'un droit, car l'incombance ne peut pas faire l'objet d'une exécution forcée. L'inexécution d'une incombance n'engendre que la perte d'un droit. Cf. TERCIER PIERRE, *Précis de droit des obligations*, p.67.

¹⁰⁴ Cf. par exemple § 25 al. 3 Gesundheitsgesetz LU, qui prévoit explicitement que le patient doit renseigner le praticien aussi complètement que possible (« *möglichst vollständig* ») et suivre ses recommandations (« *Anordnungen* ») dans la mesure où il les a acceptés. La même règle existe également à ZH, § 11 Patientinnen- und Patientengesetz ZH. Voir l'annexe III de la présente étude pour les intitulés et les liens directs vers les lois mentionnées.

¹⁰⁵ STEFFEN GABRIELLE, *Droit aux soins et rationnement*, p. 170.

¹⁰⁶ Cf. art. 11 ss CC, particulièrement les articles 16 et 18 s CC.

de discernement, ou par l'intermédiaire de son représentant légal si elle est incapable de discernement¹⁰⁷.

Les droits fondamentaux peuvent être restreints, ils ne sont donc pas absolus. Le constituant fédéral a toutefois prévu des règles qui doivent impérativement être respectées lorsqu'on entend restreindre un droit fondamental ; ces règles se retrouvent à l'article 36 Cst. dont la teneur est la suivante :

« ¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

« ² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

« ³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

« ⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable. »

Au vu de cet article et de la jurisprudence, nous pouvons retenir quatre conditions posées pour permettre la restriction d'un droit fondamental, à savoir :

- Une base légale doit prévoir la restriction.
- Un intérêt public ou un autre droit fondamental doit être prépondérant par rapport au droit fondamental restreint.
- La restriction doit être aussi faible que possible, respectivement proportionnée.
- La restriction ne doit pas toucher à l'essence même du droit, respectivement elle ne doit pas vider le droit de son contenu.

En outre, il sied de rappeler que l'article 8 Cst. qui pose comme principe général l'égalité de toutes et tous dans et devant la loi, est également applicable à la restriction des droits fondamentaux.

Nous allons reprendre ci-dessous et développer les points que nous venons de dégager et qui sont liés à l'article 36 Cst..

A. L'exigence d'une base légale

Lorsqu'une atteinte à un droit fondamental est grave, elle doit être prévue, respectivement permise, par une loi au sens formel (c'est-à-dire une loi adoptée selon la procédure ordinaire prévue par la Constitution, par exemple : loi fédérale)¹⁰⁸. Si l'atteinte est de peu de gravité, il

¹⁰⁷ L'institution par le patient d'un représentant thérapeutique par le truchement de directives anticipées est possible, mais ne sera pas abordé ici.

¹⁰⁸ Cf. à ce propos le cas récent de la fumée passive à Genève et les arrêts du TF y relatifs, ATF 133 I 110 et 1C_155/2008 du 5 septembre 2008.

est possible de la prévoir par le biais d'une loi au sens matériel (à savoir toute autre règle de droit qu'une loi au sens formel, c'est-à-dire qui n'est pas adoptée selon les règles constitutionnelles en la matière, par exemple une ordonnance).

Le fait qu'un acte normatif permette une restriction n'est pas encore en soi suffisant pour la justifier. En effet, il est nécessaire que la disposition de l'acte normatif permettant la restriction soit d'une clarté et d'une précision suffisante ; autrement dit, il faut que sa *densité normative* soit suffisante. Il faut qu'à la lecture de l'acte ou de la disposition il soit possible d'envisager, de cerner dans quelle mesure une personne verra son droit fondamental restreint. Le TF, dans un arrêt de principe¹⁰⁹, a dit que pour déterminer la densité normative requise d'un acte, il faut considérer le cercle des destinataires de la loi ainsi que la gravité de l'atteinte. L'exigence d'une base légale varie beaucoup suivant la restriction et les personnes sujettes à celle-ci.

Pour terminer sur ce point, nous notons encore que la dernière phrase de l'article 36 al. 1 Cst. réserve expressément les cas de danger direct, sérieux et imminent pour lesquels il est possible de se passer de base légale. Il s'agit de la clause générale de police. Elle permet à un exécutif de prendre des mesures urgentes en cas de perturbations graves de l'ordre public ou de danger le menaçant directement et de manière imminente. Les restrictions pour être admissibles doivent dans ce cas toutefois être dirigées contre le ou les agent(s) perturbateur(s). Dans ce cas d'application, le TF est très strict et restrictif.

Nous rappelons encore que le TF ne peut pas revoir la constitutionnalité d'une loi de rang fédérale.

B. L'intérêt public, l'ordre public et la protection d'un autre droit fondamental

« Qu'il s'agisse du législateur ou de l'administration, l'activité étatique doit être motivée par la réalisation d'un intérêt public. La puissance publique n'a pas à être mise au service de fins purement privées. L'intérêt est public, lorsqu'il est commun – au moins – à une grande partie de la population »¹¹⁰. « Sont d'intérêt public les activités dont on considère qu'il est légitime que l'Etat s'en charge : la détermination de l'intérêt est un acte politique d'abord, qui s'inscrit dans un ordre de valeurs posé par le système juridique à l'intérieur du système socio-économique »¹¹¹.

¹⁰⁹ ATF 123 I 112, 124.

¹¹⁰ MOOR PIERRE, *Droit administratif*, vol. I, p. 387.

¹¹¹ MOOR PIERRE, *Droit administratif*, vol. I, p. 388.

L'intérêt public « comprend d'abord les intérêts de l'Etat lui-même, c'est-à-dire le fondement de sa propre existence. L'intérêt public contient ensuite toutes les tâches propres à promouvoir l'intérêt général qui sont considérées, par le constituant et le législateur, comme devant être effectuées par l'Etat en lieu et place des particuliers »¹¹². En outre pour que l'intérêt soit qualifié de public, il faut qu'il soit d'une telle importance qu'une intervention de l'Etat se justifie, et qu'il soit commun à une grande partie de la population (il peut également être constitué d'un grand nombre d'intérêts privés).

L'article 36 Cst. ne précise pas la notion d'intérêt public, la Cst. ne le dit pas ailleurs non plus. Nous devons donc nous contenter d'une notion assez vague. L'intérêt public est une notion variable, qui évolue avec le temps, le lieu et finalement en fonction du droit fondamental en cause.

On peut schématiser l'intérêt au moyen de trois cercles concentriques : le premier, le noyau dur de l'intérêt public, permet de limiter presque n'importe quel droit fondamental, il est appelé l'ordre public (il s'agit ici de valeurs de police ou mesures de police, telles que notamment la sécurité, la tranquillité et la santé) ; le deuxième cercle constitue ce que le TF appelle la « politique sociale » et regroupe les buts d'intérêts public qui satisfont des besoins généralement reconnus que l'Etat est ou s'est chargé d'exécuter (mesures prises dans l'intérêt général) ; le troisième et dernier cercle se compose de l'intérêt public encore plus large tel que l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement.¹¹³

C. La proportionnalité

Le principe de la proportionnalité est résumable en une métaphore : on ne tire pas sur des moineaux avec un canon¹¹⁴. Ce principe est un instrument de mesure de la restriction d'un droit fondamental, peu importe ce qui fonde la restriction (loi ou décision). La doctrine et la jurisprudence décomposent ce principe en trois éléments : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit.¹¹⁵

Ce principe sert à contrôler que les restrictions ou l'activité de l'Etat en général ne restreignent que dans une juste mesure – à savoir adéquatement, efficacement et proportionnellement au but visé – un droit fondamental qu'il accorde.

L'aptitude

¹¹² SPRUMONT DOMINIQUE, Le service public et les services d'intérêt public : l'exemple de la santé, p. 185.

¹¹³ AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution, p.327-328.

¹¹⁴ AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, p. 109.

¹¹⁵ Cf. notamment à ce sujet ATF 117 la 472.

En ce qui concerne le principe de l'aptitude, il signifie qu'une restriction doit être propre à atteindre le but visé. Le moyen mis en œuvre à l'origine de la restriction du droit fondamental doit dans les faits permettre de réaliser l'objectif visé ; si tel n'est pas le cas le moyen est inapte et par là le principe de la proportionnalité est violé.

La nécessité

Lorsque la mesure se révèle apte au sens exposé ci-dessus, il faut encore se demander si elle ne restreint pas excessivement les droits fondamentaux en cause, et s'il n'y a pas d'autre moyen qui pourraient aboutir au même but recherché. Le principe de la nécessité impose qu'une pesée d'intérêt soit faite entre les différents moyens à disposition et que l'on choisisse celui qui porte le moins atteinte aux droits fondamentaux. Aucune autre mesure possible ne doit porter moins atteinte au droit concerné pour pouvoir atteindre le but visé.

Proportionnalité au sens étroit

La proportionnalité au sens étroit est en quelque sorte le contrôle final : il met en balance la gravité des effets de la mesure choisie sur les droits fondamentaux et le résultat attendu du point de vue de l'intérêt public. Le but de la mesure doit donc être suffisamment important et doit pouvoir être atteint efficacement pour justifier, quant à son impact, la restriction du droit fondamental. La restriction apte et nécessaire doit être prépondérante par rapport au respect du droit fondamental ; il faut se demander si le jeu en vaut la chandelle¹¹⁶.

D. L'inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux

Chaque droit fondamental a une limite inférieure au-delà de laquelle le législateur ne peut aller d'aucune manière. Il s'agit du noyau intangible (ou noyau dur) d'un droit fondamental. Chaque droit a un noyau intangible propre, partant il ne peut être déterminé que de cas en cas pour chacun des droits fondamentaux selon sa portée et son contenu.

Au travers de sa jurisprudence le TF a exposé par exemple que la vaccination obligatoire¹¹⁷ ou une prise de sang imposée dans le cadre d'un procès en paternité¹¹⁸ ne remettaient pas en cause le noyau intangible du droit fondamental concerné. En revanche, la torture ou l'homicide intentionnel¹¹⁹ vident le droit fondamental concerné de sa substance et, par là, portent atteinte au noyau intangible.

¹¹⁶ MOOR PIERRE, Systématique et illusion du principe de proportionnalité, p. 336.

¹¹⁷ ATF 99 la 747.

¹¹⁸ ATF 99 la 407, 412.

¹¹⁹ ATF 98 la 508, 514.

E. Jurisprudence (casuistique)

Une loi cantonale obligeant les élèves à subir un contrôle dentaire et éventuellement un traitement prescrit par un médecin dentiste, sous peine de sanction pour les parents, a été jugé compatible avec la proportionnalité et l'intérêt public dans la mesure où cette obligation ne violait pas le droit au respect de la vie privée et familiale.¹²⁰

Des mesures médicales coercitives (administration forcée de médicament et isolement), bien que constituant une atteinte très grave à la liberté personnelle au point de toucher le noyau dur de ce droit, doivent respecter l'intérêt public, la proportionnalité et la nécessité d'une base légale pour être justifiées. (En l'espèce, bien que l'exigence de la base légale ne fût pas remplie, l'application de la clause générale de police pour un traitement d'urgence et de courte durée a été admise).¹²¹

F. L'importance de la règle sur la restriction des droits des patients

Les droits des patients ne peuvent être restreints sans respecter les articles 7, 8 et 36 Cst. En vertu de l'article 8 Cst., les détenus bénéficient des mêmes droits des patients que n'importe quel autre citoyen suisse. Toutefois, la détention engendre des restrictions des libertés fondamentales, mais elles n'ont pas à aller plus loin que nécessaire¹²². La détention ne justifie donc pas la restriction d'un ou de plusieurs droits des patients sans, dans le même temps, respecter les conditions posées à l'article 36 Cst. A défaut de règles spécifiques dans le droit fédéral ou cantonal, les droits des patients ne peuvent pas être restreints licitement.

Dans l'analyse qui sera conduite *infra* sur le droit cantonal et les directives de l'académie, il faut garder à l'esprit la nécessité d'une base légale formelle pour restreindre ou modifier les droits des patients détenus.

1.2 Les directives de l'académie suisse des sciences médicales « Exercice de la médecine auprès de personnes détenues »

Les directives de l'ASSM doivent être placées dans la problématique des droits des patients. En effet, ces directives ont été établies pour les médecins, en leur donnant des indications et des aides pour garantir les droits des patients détenus et maintenir leur position de soignants.

¹²⁰ ATF 118 Ia 427 (=JdT 1994 I 566).

¹²¹ ATF 126 I 112 (=JdT 2002 I 404)

¹²² SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 129 ; ATF 103 Ia 295.

Les directives se veulent à la fois une protection du médecin dans un environnement où il pourrait être instrumentalisé, mais aussi des droits des détenus en tant que patients.

Elles envisagent les situations de la relation patient – médecin en garantissant, en plus des droits des patients usuels exposés plus haut (n^{os} 1, 5, 7 et 10)¹²³, un cadre quant aux conditions d'examen, d'expertises, de positionnement quant aux sanctions disciplinaires, aux mesures de contrainte (n^{os} 2, 3, 4, 6), aux problèmes liés aux maladies contagieuses et aux grèves de la faim (n^{os} 8 et 9), à la dénonciation d'éventuels mauvais traitements (n^o11) et finalement de garantie d'indépendance médicale (n^o12) et la formation (n^o13).

Il apparaît que, outre les droits des patients, les aspects abordés par les directives sont ceux où l'on retrouve couramment des conflits entre éthique et exigences pénitentiaires.

Dans la mesure où le milieu pénitentiaire est un lieu de tension entre les détenus et les travailleurs du monde carcéral, le médecin peut se retrouver pris entre deux feux. Il doit pourtant solutionner les problèmes de santé des détenus dans le respect des exigences de la détention. Les directives entendent prendre place dans ce cadre en définissant des comportements éthiquement adéquats face à des situations récurrentes en milieu carcéral.

Comme nous l'avons en outre exposé *supra*, les droits des patients trouvent leurs origines dans bien des droits différents, à savoir le droit pénal, civil, administratif ou public et les conventions internationales. En ce qui concerne le droit de la détention, nous retrouvons son origine dans le droit pénal et le droit administratif. Les directives constituent en quelque sorte un pont ou une plate-forme de liaison pour le praticien entre ces droits différents aux exigences parfois contradictoires.

1.2.1 Historique

En 1999, un requérant d'asile est mort par étouffement à l'aéroport de Kloten à l'occasion de son refoulement hors du territoire suisse. Suite à cet événement, non seulement les méthodes policières ont été remises en question, mais également le rôle des médecins lors de ces procédures. L'Académie suisse des sciences médicales a mis sur pied une sous-commission afin d'établir des directives éthiques encadrant le rôle des médecins s'occupant de personnes expulsées.¹²⁴

La sous-commission mise en place comportait des personnes issues du monde médical, juridique, éthique et policier :

¹²³ Les numéros suivants se réfèrent aux numéros des titres de la partie II. des directives.

¹²⁴ Cf. communiqué de presse de l'ASSM du 9 janvier 2002 et RESTELLINI JEAN-PIERRE, Die medizinisch-ethischen Richtlinien des SAMW für die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, p. 441 ss.

- Dr med. JEAN-PIERRE RESTELLINI, président de la commission, spécialiste qui a visité de nombreuses prisons en Europe pour le compte du « Comité pour la prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants » du Conseil de l'Europe ;
- Dr med. DAPHNÉ BERNER-CHERVET, médecin cantonal du canton de Neuchâtel ;
- Dr med. MARGRIT LEUTHOLD ;
- Dr med. JOSEPH OSTERWALDER ;
- Dr med. FRITZ RAMSEIER, Stellvertretender Chefarzt des Psychiatrischen Klinik Königsfelden ;
- Dr med. URSULA STEINER-KÖNIG ;
- ANDRÉ VALLOTTON, service pénitentiaire du canton de Vaud ;
- Prof. MICHEL VALLOTTON, président du comité central d'éthique de l'ASSM (avec le soutien de Dominique Nickel, secrétaire) ;
- Prof. Dr iur. OLIVIER GUILLOD ;
- PETER GRÜTTER, chef de la police cantonale zurichoise.

Des intervenants ont en outre été entendus. Il s'agissait de :

- Dr med. MARTIN HOLY, Arzt des Ausschaffungsgefängnisses Kloten ;
- Dr med. CARLO HOEFLIGER, Médecin chef de la REGA, Airport medical center Kloten ;
- Dr med. MARCO LANZ, Psychiatrisches Zentrum Hard, Embrach ;
- Oblt. ULRICH NERACHER, police aéroportuaire Kloten ;
- Prof. VOLKER DITTMANN, psychiatre légiste ;
- Prof. BRUNO GRAVIER, responsable des soins médicaux et psychiatriques au service pénitentiaire du canton de Vaud ;
- Prof. H.-P. SCHREIBER, éthicien ;
- HANS ZOSS, théologien et directeur de la maison d'arrêt de Thorberg (BE) ;
- L'association « Augenauf », par le biais de deux de ses membres ;
- Amnesty International, représentée par l'un de ses membres ;
- Mme MARIANNE HEIMOZ, directrice de l'établissement d'Hindelbank ;
- M. PIUS CADUFF, du Département fédéral de justice et police.

Au cours du processus de rédaction des directives, les thèmes en discussion sont passés de « La médecine en milieu de contrainte (prisons, refoulement etc.) »¹²⁵ et « Les mesures de contrainte en médecine (en particulier en psychiatrie) »¹²⁶ pour finalement aboutir à des directives intitulées « L'exercice de la médecine auprès de personnes détenues »¹²⁷. Les directives ont été définitivement adoptées le 22 novembre 2002, après que les acteurs du monde carcéral aient été consultés.

Des directives sur les mesures de contrainte en médecine ont été adoptées en 2005¹²⁸.

1.2.2 Fondements et inspirations

Les directives, comme leur préambule l'explique, s'inspirent « *largement des recommandations internationales (en particulier celles du Conseil de l'Europe [en particulier la Recommandation N° (98) 7 du 8 avril 1998]) concernant les soins aux personnes détenues* »¹²⁹. Elles reprennent les « pierres angulaires » de l'éthique médicale européenne s'agissant notamment des questions de l'accès à un médecin, de l'équivalence des soins et du consentement du malade détenu.¹³⁰

Les directives ne sont en somme que l'expression de l'état de 2002 de l'éthique européenne à ceci près qu'elles « *appellent à plus de souplesse en matière de confidentialité médicale en se fondant sur les rôles de garant et parfois même d'auxiliaire de soins souvent joués par les agents pénitentiaires ou les policiers, qui peuvent imposer un échange d'informations sanitaires entre le personnel de santé et le personnel de sécurité.* » Le médecin étant le gestionnaire du secret avec l'accord de son patient.¹³¹

En revanche, les directives sont plus strictes en matière d'indépendance du médecin de même qu'en matière de formation du médecin intervenant en milieu carcéral.¹³²

¹²⁵ Traduction libre de : « Medizinische Massnahmen in Zwangssituationen (Gefängnisse, Ausschaffung etc.) ».

¹²⁶ Traduction libre de : « Zwangsmassnahmen in der Medizin (insbesondere Psychiatrie) ».

¹²⁷ Cf. à ce sujet les travaux préparatoires des directives, en particulier les procès verbaux de la sous-commission, disponibles auprès de l'ASSM.

¹²⁸ http://www.samw.ch/dms/fr/Ethique/Directives/actuel/Zwangsmassnahmen_F_05.pdf.

¹²⁹ Dans le même sens : TAG BRIGITTE, *Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über des rechtlichen Rahmen*, p. 26.

¹³⁰ RESTELLINI JEAN-PIERRE / BERTRAND DOMINIQUE, *Santé et médecine dans les lieux de détention sous l'angle des règles pénitentiaires européennes*, p. 111.

¹³¹ RESTELLINI JEAN-PIERRE / BERTRAND DOMINIQUE, *Santé et médecine dans les lieux de détention sous l'angle des règles pénitentiaires européennes*, p. 111.

¹³² RESTELLINI JEAN-PIERRE / BERTRAND DOMINIQUE, *Santé et médecine dans les lieux de détention sous l'angle des règles pénitentiaires européennes*, p. 112.

1.2.3 Rôle des directives par rapport aux droits des patients

Les droits des patients sont garantis par le droit fédéral (constitutionnel et ordinaire). Il est visible que les garanties offertes par l'Etat ont augmenté avec le temps et la codification du droit de la santé et du droit médical.

Le chapitre 1.1. a exposé les principaux droits des patients qui sont également consacrés dans les directives. On peut ainsi d'emblée affirmer que les directives ne vont pas au-delà de ce qui est déjà prévu en matière de droit des patients quel que soit leur statut. Au contraire, elles ne font que reprendre des garanties minimales largement acceptées et reconnues par les Etats européens.

Elles ne créent aucun droit particulier en faveur des détenus, mais elles tentent de limiter l'atteinte qu'il est possible de porter aux droits des patients en milieu carcéral en établissant des limites éthiques pour que les médecins ne se trouvent pas instrumentalisés. Ce faisant elles ne constituent en somme que le plus petit dénominateur commun en matière de droit des patients en milieu carcéral. Elles s'opposent à toute restriction qui ne serait pas strictement nécessaire aux besoins de la détention, à la sécurité en milieu carcéral et à la santé de tous les détenus et intervenants du monde carcéral.

1.2.4 Valeur juridique des directives de l'ASSM en général

Les directives de l'ASSM expriment des standards professionnels et consacrent des principes éthiques. Il s'agit ici de voir comment ces directives peuvent s'intégrer dans le droit. Une première approche est de constater comment le législateur y fait référence, puis comment un juge peut être amené à le faire indépendamment de la loi lorsqu'elles expriment les règles de l'art. Pour le TF, « [les] règles de l'art sont les principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens »¹³³. On constate que les directives de l'ASSM remplissent ces conditions.

Les directives ont une importance croissante en droit de la santé, non seulement dans les faits, mais également d'un point de vue juridique. Elles servent à la fois à mesurer la diligence exigible d'un médecin (*Sorgfaltsmassstab*), mais également de base législative pour les domaines médicaux non encore réglementés par le législateur cantonal ou fédéral (*Normensetzungsbedarf in gesetzlich bislang unregelmten Gebieten*).¹³⁴

La méthode du renvoi permet au législateur de faire évoluer la loi avec la technique en évitant de lancer une procédure de modification de la loi. Elle a été développée notamment

¹³³ ATF 108 II 59, 61.

¹³⁴ GÄCHTER THOMAS / VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht, Ein Kurzlehrbuch*, p. 15.

pour prendre en compte la « soft law »¹³⁵ dans l'ordre juridique suisse. La notion du renvoi, développée par la législature et admise par les tribunaux, revêt quatre formes : le renvoi statique, dynamique, direct ou indirect.

« [On] différencie le renvoi direct – c'est-à-dire la référence à des règles émanant d'un organisme clairement désigné – qui peut être statique lorsqu'il est fait référence à une version déterminée de ces règles, ou dynamiques, lorsque sont évoquées les "règles actuellement en vigueur". La loi peut aussi opérer un renvoi indirect lorsqu'elle recourt aux notions de "standards actuels" (tel l'état de la science et de la technique), dont les règles privées ne sont alors que le reflet. »¹³⁶

D'un point de vue strictement juridique, les renvois directs posent toujours un problème de légalité (ou légitimité démocratique) ; dans les cas de renvois directs, la démocratie ne fonctionne pas pleinement, car les directives ne sont pas adoptées selon des procédures législative démocratique. Ils sont toutefois tolérés par le TF lorsque le renvoi figure dans une base légale formelle (c'est-à-dire une loi adoptée démocratiquement) ou lorsqu'ils renvoient à des normes techniques s'adressant à des spécialistes (touchant de la sorte un cercle plus restreint de personnes).

Les directives ASSM visent globalement à protéger plus fortement les patients, elles sont en outre publiques et accessibles¹³⁷. En particulier, les « soft laws » sont applicables au domaine pénitentiaire¹³⁸.

1.2.5 Analyse du contenu des directives

Les directives ne s'adressent pas à des juristes, mais à des médecins. Elles ne reprennent pas la structure d'une loi ou d'une ordonnance, mais sont plutôt le reflet des préoccupations des médecins face à leur pratique ou face à des situations typiques. Elles tentent d'unifier la pratique de la médecine en milieu de détention dans la mesure où les droits cantonaux laissent, d'un point de vue de la sécurité et de la clarté du droit, trop de questions ouvertes¹³⁹.

¹³⁵ La « soft law » est une notion de droit international pour désigner un ensemble de règles de droit qui ne découlent pas d'un traité et qui, par conséquent, ne sont ni obligatoires, ni exécutoires, ce qui est *a priori* contraire à l'essence du droit. Au niveau suisse, cela fait référence notamment aux normes techniques SIA ou éthiques d'organisme professionnel tel que l'ASSM.

¹³⁶ ATF 123 I 112, cons. 7 cc. Cf également ATF 98 Ia 508 au sujet d'un renvoi indirect à une directive.

¹³⁷ Cf. fr : <http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html> et all. : <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-queltige-Richtlinien.html>.

¹³⁸ Cf. KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung, p. 14, qui relève que le TF a à maintes reprises admis l'application de « soft laws » en matière de détention et de droit des détenus. Toutefois les arrêts cités par les auteurs ne concernent pas les directives de l'ASSM, mais des Recommandations du Conseil de l'Europe et des Nations unies.

¹³⁹ TAG BRIGITTE, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über des rechtlichen Rahmen, p. 26.

Dans ce chapitre nous allons mettre en lumière les principes que les directives contiennent pour faire ressortir les liens entre les recommandations des directives et la réalité du droit. Pour ce faire, il faut rechercher dans les différents chapitres des directives les notions afférentes aux droits des patients que nous avons déjà présentées de sorte qu'un langage commun en ressorte.

Le préambule des directives expose clairement le cadre de l'activité du médecin travaillant en milieu pénitentiaire. Il rappelle les « *[risques] de dérapages éthiques* »¹⁴⁰ que rencontre le médecin lorsqu'il intervient soit en prison, soit dans le cadre d'expulsion hors du territoire suisse.

A leur § 1.1 (deuxième partie), les directives rappellent que « *[les] règles de base éthiques et juridiques qui régissent l'activité médicale [...] s'appliquent également lorsque la personne est privée de liberté* », ce qui signifie, comme le confirme le § 1.2, que les droits des patients doivent aussi dans toute la mesure du possible et compte tenu des impératifs sécuritaires être respectés.

S'agissant de restriction des droits des patients le TF a rappelé que si une décision de privation de liberté entraîne inmanquablement des restrictions dans l'exercice des libertés fondamentales, celles-ci « *n'ont pas à aller au-delà de ce qu'exigent le but de l'incarcération et les exigences raisonnables propres à assurer le fonctionnement normal de l'établissement de détention, et elles doivent respecter le principe de proportionnalité* »¹⁴¹, par ailleurs « *[à] défaut d'une base légale expresse, les détenus sont placés sous le régime général des droits fondamentaux* »¹⁴².

Nous pouvons en conclure que tant la privation de liberté que le respect des droits des patients doivent respecter les règles constitutionnelles (art. 8 et 36 Cst.) en matière de restriction des droits fondamentaux des détenus.

A. Droit à la santé (ou droit d'accès aux soins)

(Cf. § 1.3 / 5 / 6.2 / 7.3 des directives)

Comme nous l'avons constaté *supra* le droit à la santé n'est pas un droit qui permet à chacun d'obtenir de l'Etat une prestation particulière pour rétablir ou améliorer son état de santé. En revanche, il protège contre les atteintes éventuelles à la santé et confère un droit

¹⁴⁰ Directives, partie I., p. 2.

¹⁴¹ ATF 103 Ia 295 commenté par SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 29.

¹⁴² SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 41.

d'accès aux soins. Les détenus comme le reste de la population bénéficient également de ce droit qui est garanti à tout être humain¹⁴³.

En particulier, s'agissant de détenus, l'obligation pour l'Etat tirée de l'article 12 Cst. « *repose en fait sur le statut spécial des détenus qui, en raison de leur situation, ne peuvent subvenir eux-mêmes à leurs besoins ou, du moins n'ont qu'un contrôle partiel sur leurs conditions de vie. La détention les place sous la responsabilité de l'Etat qui est ainsi tenu de leur garantir le minimum nécessaire afin de préserver leur dignité* »¹⁴⁴ ce qui mène donc à leur garantir le droit à la santé¹⁴⁵.

Il faut également remarquer que « *[le] droit à la santé comme élément essentiel de la liberté personnelle va ainsi nettement au-delà d'un simple accès aux soins en garantissant aux détenus des conditions de compatibles avec la dignité humaine, même si cela peut avoir d'importantes incidences financières* »¹⁴⁶. Deux arrêts du TF, traitant du droit à des promenades sous surveillance pour le maintien d'une bonne santé psychique et physique¹⁴⁷, ont eu pour conséquence de contraindre les établissements à concevoir des aménagements aux installations des prisons de sorte que les détenus puissent bénéficier d'une promenade quotidienne.

S'agissant d'un détenu atteint dans sa santé nécessitant des soins particuliers, le TF a jugé que « *[le] traitement et la guérison d'un prisonnier malade doivent être assurés en principe dans le cadre de l'exécution de la peine adaptée dans la mesure nécessaire. Une exception est possible que là où la maladie est d'une nature telle qu'elle entraîne une incapacité de subir l'incarcération complète et définitive ou tout au moins de longue durée et là où la mise en liberté apparaît à ce point nécessaire que les buts poursuivis par l'exécution de la peine doivent céder le pas aux exigences du traitement pour assurer la guérison. En cas de délit grave, il faut toutefois tenir compte du besoin de protection de la collectivité* »^{148, 149}.

« *Des motifs de santé ou la nécessité de suivre un traitement ne suffisent pas à remettre en cause le principe selon lequel* » l'exécution d'une peine privative de liberté ne peut être différée que dans des circonstances exceptionnelles¹⁵⁰.

¹⁴³ Dans le même sens : KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung, p. 24 s.

¹⁴⁴ SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 33 s.

¹⁴⁵ Dans ce sens également : KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung, p. 16.

¹⁴⁶ SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 33.

¹⁴⁷ ATF 102 Ia 279 (= JdT 1977 IV 158), ATF 106 Ia 277.

¹⁴⁸ ATF 106 IV 321 (= JdT 1982 IV 98).

¹⁴⁹ SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 34.

¹⁵⁰ ATF 108 Ia 69 (=JdT 1983 I 35) commenté par SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, p. 35

Se fondant sur la liberté personnelle, le TF a admis « le droit d'un détenu de recevoir l'assistance médicale qui lui convient »¹⁵¹.

S'agissant des soins pour les détenus, « [plusieurs] arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme rappellent [que], dans certaines circonstances exceptionnelles, l'absence de soins peut constituer un traitement inhumain incompatible avec la CEDH »¹⁵².

La marge de manœuvre dans le domaine de l'accès aux soins et du droit à la santé est restreinte du fait des impératifs liés à la détention. C'est à ce niveau que se glissent les directives ASSM, en particulier s'agissant du droit à la santé (ou droit d'accès aux soins) :

- Le § 5 pose qu'« une personne détenue a droit à des soins équivalents », respectivement ne doit pas être moins bien soigné que n'importe quelle autre personne jouissant d'une pleine liberté et le § 7.3 affirme que, comme pour toute personne non détenue, le médecin face à un trouble psychique majeur avec un risque immédiat de gestes auto- ou hétéro-agressifs doit apporter des soins à un détenu et s'assurer de la mise en place d'un suivi médical à court et à long terme¹⁵³. Ces deux paragraphes des directives reviennent finalement à garantir à un détenu souffrant le même droit que toute personne libre à être soignée adéquatement et par là soulignent que les détenus ont droit à une prise en charge complète et des soins aussi proches que possible de ce qu'une personne libre recevrait.
- Le § 1.3 des directives prévoit *in fine* que, lorsqu'un praticien se trouve confronté à une situation d'urgence, il doit intervenir pour le bien du patient-détenu en relativisant si nécessaire un conflit éthique compte tenu de l'urgence, le § 6.2 prévoit en outre que dès que l'état de santé physique ou psychique d'un détenu l'exige, ou qu'une mesure de contention et de sécurité est d'une telle importance qu'il peut faire courir un risque pour la santé d'un détenu, le médecin doit à chaque fois demander un accompagnement par du personnel médical. Ces deux paragraphes imposent en pratique au médecin un rôle de gardien de la santé du détenu, il est en ce sens une pièce du système qui permet à l'Etat de protéger les détenus dans leur santé, allant même jusqu'à une responsabilité, au sens éthique, du respect des droits des patients compte tenu des exigences de la privation de liberté.

On le voit donc les directives soutiennent clairement les droits des patients dans le domaine du droit à la santé.

¹⁵¹ ATF 102 Ia 302

¹⁵², Cf. Affaires de la Cour européenne des droits de l'Homme : Hurtado c. Suisse du 28 janvier 1994 ; D. c. Royaume-Uni du 3 juillet 1997 ; B.B. c. France du 7 septembre 1998 et Tatete c. Suisse du 6 juillet 2000, commenté par SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, p. 37

¹⁵³ L'aspect du consentement sera abordé ci-après.

Le § 13 concernant la formation doit aussi être rattaché au droit aux soins. En effet, la formation spécifique d'un professionnel de la santé exerçant dans le milieu pénitentiaire paraît aller de pair avec l'exigence de soins convenables. En effet, en prenant un exemple un peu trivial on peut imaginer en quoi l'exigence de formation adéquate pour être rattachée au droit à des soins convenables : que dire d'un médecin spécialiste FMH en gynécologie (dont c'est l'unique spécialisation) fonctionnant dans un établissement exclusivement masculin pour traiter les détenus ? En revanche, le même médecin dans un établissement pour femmes aurait déjà plus de sens. Par ailleurs comme les directives le répètent à plusieurs reprises, les exigences qu'un médecin exerçant en milieu pénitentiaire sont réellement spécifiques, et nécessitent une formation permettant d'y faire face.

B. Le libre choix du fournisseur de soins et l'objection de conscience

(Cf. § 3.1 / 11 ss /12 ss des directives)

Le libre-choix du fournisseur de soins concerne le patient, mais qu'en est-il pour un détenu qui n'est pas libre de sortir de l'établissement dans lequel il se trouve, voire d'appeler un médecin de son choix pour se faire soigner ?

A l'inverse, l'objection de conscience du professionnel de la santé, qui rappelons-le est un droit du praticien corollaire du libre choix, peut-elle avoir lieu dans n'importe quelle circonstance, respectivement est-elle absolue ?

Ci-après, nous allons mieux cerner ce que les directives prévoient à ce sujet en rapport avec les droits des patients.

- Le libre choix du fournisseur de soins

A priori, sans tenir compte du droit, il apparaît presque évident qu'en milieu pénitentiaire le libre choix du fournisseur n'est pas identique pour un détenu que pour une personne libre. En comparant le système du libre choix du médecin en milieu carcéral avec celui du système hospitalier qui, lorsqu'il est privé permet un libre choix total, alors que, lorsqu'il est public, il limite le libre choix du fait du rapport de subordination entre le patient et l'Etat, nous constatons que « *[la] situation du détenu apparaît de fait assez proche de celle d'une personne hospitalisée dans un établissement public* »¹⁵⁴.

Pour reprendre plus clairement l'analogie, prenons un exemple : « *[un] patient soigné dans un établissement hospitalier public se trouve, avec l'Etat, dans un rapport de subordination pour tout ce qui concerne, notamment, la discipline interne ou le tarif des prestations ; le droit*

¹⁵⁴ SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 37.

au libre choix d'un médecin traitant étranger à l'établissement n'est pas reconnu ; de même le patient doit se soumettre aux conditions de nourriture et de logement et ne peut poser des exigences particulières qui seraient en contradiction avec les disponibilités de l'établissement. De telles restrictions découlent non seulement des nécessités du fonctionnement d'un hôpital public, mais aussi du principe de l'égalité de traitement que l'Etat doit respecter dans l'administration de promotion (Leistungsverwaltung) [...] »¹⁵⁵.

Il ressort de ce qui précède donc qu'*a priori* il ne sera pas possible à un détenu de choisir son fournisseur de soins, du fait des exigences de la détention et du fonctionnement d'un établissement carcéral.

Toutefois un arrêt du TF a posé que le droit de choisir un autre médecin que celui de l'établissement est possible *« lorsque le rapport de confiance entre ce dernier et le patient est rompu, ou qu'il est opportun, du point de vue médical, de faire appel à un spécialiste »*¹⁵⁶.

Peu de temps après, le TF a confirmé cette jurisprudence et précisé la réponse apportée précédemment à la question du libre choix du médecin par un détenu : *« Le principe de la liberté personnelle donne aux détenus le droit de recevoir l'assistance médicale qui leur convient, mais non pas, d'une manière générale, celui de choisir leur médecin. En principe, les détenus reçoivent donc en prison les actes médicaux du médecin attitré, sauf lorsque leur état de santé exige leur hospitalisation. Toutefois ils doivent être examinés et soignés par un autre médecin lorsque le rapport entre le médecin attitré et le patient est réellement rompu ou qu'il est opportun, du point de vue médical, de faire appel à un spécialiste (ATF 102 la 304 ss consid. 2). [...] cet autre médecin n'est pas forcément le médecin de confiance du détenu »*¹⁵⁷.

Il faut toutefois remarquer, à la suite de ces deux arrêts, que même s'il était légitime de conclure que le libre choix du médecin par le détenu est nié, le TF, de par la formulation qu'il utilise (*« cet autre médecin n'est pas forcément le médecin de confiance du détenu »*), ne l'exclut pas complètement non plus. A ce titre, il faut relever que le principe de la proportionnalité ne rend pas nécessairement contraire au but de la détention le fait qu'un détenu fasse appel à son médecin privé.¹⁵⁸

Dans les directives, le libre choix du médecin n'est pas abordé expressément, mais plusieurs paragraphes ont des effets sur ce libre choix par le fait qu'elles signalent à plusieurs reprises qu'il est préférable que le médecin ne porte pas plusieurs casquettes, respectivement qu'il

¹⁵⁵ ATF 111 la 231, 238 et par SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, p. 36 s, ATF 123 I 221, 235s cons. II.2.

¹⁵⁶ SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, p. 35 ; et ATF 102 la 302 (=JdT 1978 IV 31).

¹⁵⁷ SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, p. 35 ; et ATF 106 la 277.

¹⁵⁸ SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, p. 36.

ne soit par exemple pas tour à tour médecin-expert, médecin-conseil de la police pour autoriser une mesure de contrainte et médecin traitant. Ce faisant il perd, ou du moins endommage, le lien de confiance avec le patient détenu. Ces cas de figure sont envisagés dans les situations où le médecin doit faire usage de son objection de conscience et seront exposés *infra* dans la partie consacrée à l'objection de conscience.

- L'objection de conscience

(Cf. § 1.3 / 3.1 / 11 ss / 12 ss des directives)

L'objection de conscience du médecin, dans le cadre du milieu carcéral, prend toute son importance dans la mesure où, comme le remarquent les directives, ce milieu est propice aux « dérapages éthiques ». Dès lors le praticien doit pouvoir opposer son veto, respectivement donc ne pas apporter son concours à une mesure qu'il juge contraire à son éthique professionnelle, ce que l'objection de conscience lui permet. En outre, il peut également arriver que le médecin, au courant des actes du détenu parfois atroces, se trouve dans une situation où il se retrouve confronté à ses propres émotions qui peuvent engendrer des problèmes dans la relation patient-médecin¹⁵⁹.

Si dans le secteur privé, de par le principe de la liberté contractuelle, un médecin est libre d'accepter ou de refuser un patient qui n'est pas en danger de mort, il n'en va pas de même en présence d'un cas où un patient est face à un danger imminent et grave ou lorsque le médecin fonctionne dans un système de santé public.

« 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 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 des situations d'urgence. On rappellera également la nécessité de maintenir un service minimal à la population [...] »¹⁶⁰.

Au vu de ce qui précède, les directives prennent alors à ce niveau de l'ampleur, car elles prévoient les situations à risque dans le cadre pénitentiaire et offrent des réponses clairement positionnées en faveur de la protection du patient détenu.

Par exemple, dans le § 3.1, on constate que le médecin doit éviter de se retrouver avec deux rôles contradictoires, car il y a énormément de risques de conflit éthique, le § 4 également

¹⁵⁹ Cf. à ce sujet : BEER DANIEL, *Médecine générale en milieu de détention*, p. 165 s.

¹⁶⁰ BRUNNER NATHALIE, Droits des professionnels de la santé: L'objection de conscience, p. 40. Sur le service minimal, cf. SPRUMONT DOMINIQUE / PERRENOUD JEAN, *Organisation des services de garde dans le canton de Genève : "de lege lata, de lege ferenda"*, p. 21-31.

prévoit que le médecin ne doit pas se trouver en porte-à-faux entre un rôle de garant de la sanction et celui de soignant, dans le même prolongement nous retrouvons le § 6.4 dans lequel le médecin doit clairement faire valoir son veto dès qu'il est persuadé qu'une mesure de contention telle qu'elle est prévue et maintenue met en danger un détenu.

Clairement, les § 11 ss posent également un cadre rigide en vue d'une protection accrue de la santé des détenus vis-à-vis de leur milieu de vie et des risques internes de sécurité.

Les § 12 ss posent l'indépendance du médecin dans le système carcéral comme une garantie pour éviter leur instrumentalisation, éventuellement involontaire, par ledit système de sorte qu'il jouisse de la plus large autonomie au niveau de la gestion des risques éthiques et du respect des droits des patients face aux impératifs de la détention.

Le § 1.3 énonce de manière générale les principes exposés ci-dessus.

C. Le consentement et le droit à l'information

(Cf. § 1.1, 1.3, 3.2, 6.3, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 9, 10.2, 10.3 et 11.4 des directives)

« D'après la jurisprudence 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 »¹⁶¹.

- Le droit à l'information

(Cf. § 3.2 / 6.3 / 7 ss / 9 / 10.2 s / 11 ss des directives)

Tout médecin exerçant dans n'importe quel secteur doit informer son patient d'une manière aussi complète, simple et intelligible sur le diagnostic, le pronostic, le traitement envisagé, l'activité médicale déployée, les risques encourus, etc. Dès lors en prison il en va de même, ce droit est absolu et ne peut être limité que par l'urgence d'une situation ou l'incapacité du patient à recevoir l'information (à savoir lorsque le patient n'a plus le discernement, soit parce qu'il est inconscient, soit parce qu'il est en crise psychotique par exemple).

Les directives prévoient, à de nombreuses reprises, des indications spécifiques où le médecin est tenu d'informer. Le § 3.2 impose au médecin d'informer clairement le détenu que le secret médical ne couvrira pas une activité d'expertise à déployer. Le § 6.3 prévoit que le médecin doit expressément informer un détenu faisant l'objet d'une mesure de contrainte qu'il est à disposition et qu'aucun acte médical ne sera entrepris sans son accord, sauf urgence.

¹⁶¹ BRUNNER NATHALIE, Droits des professionnels de la santé: L'objection de conscience, p. 15.

Les § 7 ss traitent tous de devoirs spécifiques d'information du patient détenu par le médecin. En particulier, les § 7.1 et 7.2 posent le principe général du consentement éclairé aux actes médicaux, donc après information. Les § 7.3 et 7.4 prévoient les dérogations à l'obligation d'information, à savoir quels sont les cas d'urgence, et dans quel cadre doivent se placer les mesures de contention.

Le § 9 prévoit ce qu'il faut faire en cas de grève de la faim, et plus précisément comment informer le gréviste – patient – détenu, à savoir de manière objective et répétée en mettant en avant les risques.

Les § 10.2 et 10.3 prévoit un échange d'information entre le médecin et le personnel pénitentiaire avec l'information du détenu et son accord.

Les § 11 ss prévoient une procédure en cas de constatation de mauvais traitement d'un détenu, et la circulation de l'information ensuite du rapport du médecin et l'information à ce sujet du détenu.

- Le consentement

(Cf. § 1.1 / 6.3 / 7 ss des directives)

Une fois l'information reçue et comprise, tout patient a le droit de se déterminer par rapport à l'intervention ou l'acte médical prévu et l'accepter ou le refuser (sur le refus de soin, cf. *infra*).

« *Si le libre choix du médecin peut être limité [comme nous l'avons vu supra], le patient reste maître de ses choix en ce qui concerne son traitement et autre mesures diagnostiques ou prophylactiques. Cela vaut également pour le milieu pénitentiaire* »¹⁶² et qu' « *[en] principe, les détenus jouissent du même droit que quiconque d'accepter ou de refuser un soin* »¹⁶³. Les détenus ne sont pas, de par leur incarcération, privés de leur capacité de discernement.

Outre le § 1.1 qui énonce que les règles de base éthiques et juridiques en matière de consentement s'appliquent également lorsque la personne est privée de liberté, le § 6.3 prévoit que lorsqu'un médecin intervient auprès d'un détenu faisant l'objet d'une mesure de contrainte il ne peut procéder à un acte médical qu'avec le consentement de celui-ci.

Les § 7 ss ont spécifiquement trait au consentement ; en particulier le § 7.1 prévoit qu'aucun acte médical ne peut être effectué sans le consentement libre et éclairé du détenu, le § 7.2 quant à lui prévoyant la même obligation en matière d'administration de médicament. Le consentement de la personne détenue est également indispensable à la divulgation d'information médicale en vue de répondre aux interrogations du personnel pénitentiaire.

¹⁶² SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 37 ; dans le même sens : TAG BRIGITTE, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über des rechtlichen Rahmen, p. 13.

¹⁶³ SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, p. 40.

- Le refus de soin

(Cf. § 9 ss des directives)

« Dans la mesure où [un] 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 »¹⁶⁴.

Dans les présentes directives, le refus de soin n'est envisagé que comme corollaire du consentement. Toutefois les § 9 ss en matière de grève de la faim, en particulier le § 9.2 prévoit qu'une personne détenue doit voir sa décision médicalement respectée, même en cas de risque majeur pour la santé, lorsque la pleine capacité d'autodétermination a été confirmée par un médecin externe à l'établissement, et le § 9.3 prévoit même qu'en cas de coma, si la personne a laissé des directives explicites s'appliquant en cas de perte de conscience pouvant être suivie de mort, le médecin doit continuer de respecter la décision de refus de soin (à l'inverse s'il n'y a pas de directives explicites, ou pas de directives du tout, le médecin doit agir selon sa conscience et son devoir). Le § 9.5 impose en plus au médecin de vérifier que de la nourriture est bien proposée au détenu en grève de la faim.

Dans les autres cas de refus de soin, le médecin peut faire jouer son objection de conscience, mais « [il] existe une limite claire [à l'objection de conscience d'un professionnel de la santé] lorsque [celle-ci] s'oppose à un refus de traitement. Rien n'autorise la profession de la santé à imposer un soin qui est refusé par un patient en dehors des dispositions étroites de 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 »¹⁶⁵.

- Les soins sous contrainte et l'utilisation de celle-ci

(Cf. § 7 ss / 9.3 s / 6.3 / 11.4 / 10.4 des directives)

Comme exposé ci-dessus, seules les dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance ou celles sur le traitement forcé permettent l'usage de la contrainte pour administrer un traitement. Nous l'avons dit en préambule à cette étude, la privation de liberté à des fins d'assistance ne fait pas partie du domaine d'application des directives analysées¹⁶⁶.

Nous l'avons vu *supra*, pour restreindre les droits fondamentaux, il est indispensable de respecter ce que prévoit l'article 36 Cst.

¹⁶⁴ BRUNNER NATHALIE, Droits des professionnels de la santé: L'objection de conscience, p. 16.

¹⁶⁵ BRUNNER NATHALIE, Droits des professionnels de la santé: L'objection de conscience, p. 40 s.

¹⁶⁶ Il y a par ailleurs des directives ASSM qui concernent les « mesures de contrainte en médecine », disponible en fr. : http://www.samw.ch/dms/fr/Ethique/Directives/actuel/Selbstbestimmungsrecht_F_06.pdf et en al. : http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/d_RL_Patientenverf_09/d_Patientenver_mit_Anhang.pdf .

Dans le cadre de traitement forcé, ou sous contrainte, il faut donc une base légale suffisante, un intérêt public et tenir compte du principe de la proportionnalité dans la mesure restreignant le droit fondamental à l'autodétermination.

S'agissant du traitement de délinquants condamnés, sous l'empire de l'ancien CP, l'article 43 avait été considéré comme base légale suffisante pour un traitement forcé ordonné sous l'empire de ce même article¹⁶⁷. L'ancien article 43 devenu l'article 59 CP, permet donc le traitement de délinquants, respectivement de détenus, dans des établissements psychiatriques ou des établissements d'exécution de mesure. Toutefois comme le remarquait déjà les rédacteurs des directives, il n'y a pas en Suisse suffisamment d'établissements de ce genre.

Dans les directives qui nous occupent les § 7 ss, en particulier le § 7.3 prévoit respectivement qu'en situation d'urgence, mais dans les même conditions que pour un patient non détenu, un médecin peut se passer du consentement lorsque le patient n'est plus capable de discernement à cause d'un trouble auto- ou hétéro-agressif et apporter les soins nécessaire au rétablissement du détenu, et par la suite le médecin devra encore s'assurer que le patient détenu bénéficiera d'un suivi médical approprié à court et long terme. Quant au § 7.4, il règlemente l'usage de moyens de contention qui doit régulièrement être réévalué, et impose au médecin d'en surveiller l'utilisation et la justification, mais pour de courtes durées dans tous les cas.

Les § 9.2 et 9.3, qui parlent de la grève de la faim, prévoient que le médecin doit faire confirmer la pleine capacité d'autodétermination et éventuellement l'existence de directives explicites sur les conséquences d'un coma pouvant engendré la mort, sans quoi il peut prendre des mesures conformément à sa conscience et son devoir professionnel.

Le § 6.3 prévoit expressément une exception aux cas où le médecin intervient auprès de personnes faisant l'objet de mesures de contrainte, dans la mesure où celles-ci n'auraient plus le discernement, et dans ce cadre donc, faire application du § 7.3.

On le voit donc, les directives consacrent dans toute la mesure du possible l'autodétermination du patient-détenu et n'envisagent que comme *ultima ratio* l'usage de la contrainte, et dans des cas restreints.

Le § 11.4 permet au médecin de passer outre le refus du patient-détenu et de dénoncer des mauvais traitements qu'il subit ; une pesée des intérêts conformément au § 10.4 doit avoir lieu (cf. *infra*).

¹⁶⁷ Voir l'arrêt publié dans BJM 1992 p. 269.

D. La tenue et l'accès au dossier médical, la protection des données et le secret médical

(Cf. § 1.1, 2.2, 3.2, 10.1, 10.2, 10.3 et 10.4 des directives)

Ce qui a été exposé *supra* au sujet du dossier médical reste valable tel quel en ce qui concerne les patients détenus avec quelques particularités. « [...] *les informations de nature médicale présentent la particularité qu'elles émanent de sources très différentes les unes des autres. [Elles] peuvent notamment être communiquées par le patient lui-même, mais aussi résulter des investigations du praticien traitant, voire également de confrères auxquels le patient a déjà eu affaire. Elles résultent aussi des examens entrepris et des analyses de laboratoire effectuées. Elles sont susceptibles en outre d'être fournies par les proches du patient, voire par des organismes auxquels il a recouru antérieurement, tels qu'une association d'aide aux toxicomanes. Dans le cadre de l'exécution de la sanction, elles peuvent également être transmises au personnel soignant par les autres intervenants qui en constatent l'existence dans l'exercice de leur fonction [typiquement le personnel de surveillance]. Il s'avère dès lors très complexe pour le patient-détenu de saisir dans sa globalité le contenu de son dossier, la façon dont il est alimenté et la protection dont il bénéficie.* »¹⁶⁸

Tant dans le cadre de la détention qu'en liberté toute personne a droit à la protection des données qui le concernent, en particulier les données médicales que recueille tout médecin afin d'assurer le suivi de son patient. Toutefois, comme il a été exposé ci-dessus, la LPD s'applique entre personnes privées, respectivement dans un cadre de droit privé ou de droit public fédéral. Dès lors, il est à relever que « *[les] intervenants pénitentiaires échappent à la LPD puisque dans l'exercice de leurs activités auprès des détenus, ceux qui sont amenés à traiter des données personnelles le sont toujours dans un rapport de droit public cantonal. [...] [La] LPD ne s'applique qu'à l'égard des personnes privées "qui traitent des données dans le cadre d'une relation de droit privé", ainsi qu'à l'égard des organes fédéraux et des personnes chargées d'exécuter une tâche de la Confédération* »¹⁶⁹. Chaque établissement pénitentiaire est donc soumis à la Loi cantonale sur la protection des données du canton où il a son siège.

Mais, comme le mentionnent d'ailleurs les directives au § 10.2, la vie en milieu carcéral ne permet pas, de par la promiscuité et les rôles multiples que peuvent jouer les agents

¹⁶⁸ JENDLY MANON, La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions : un régime hors la loi ?, p. 138.

¹⁶⁹ JENDLY MANON, La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions : un régime hors la loi ?, p. 126.

pénitentiaires ou les policiers, de garder un secret absolu ; à l'inverse il est parfois utile qu'un échange d'informations ait lieu entre le personnel soignant et le personnel de sécurité.

En outre, le secret médical prévu à l'article 321 CP, s'adresse « à toute personne exerçant une profession médicale – médecin, pharmacien et dentiste – et ses auxiliaires, indépendamment du milieu dans lequel elle pratique. Aussi le médecin en milieu carcéral y est-il tenu »¹⁷⁰.

- La tenue du dossier médical

(Cf. § 10.1 / 10.2 / 11.1 des directives)

Le cadre du milieu pénitentiaire ne crée pas d'exception à l'obligation de tenue du dossier exposée *supra*. Toutefois, la particularité de ce milieu engendre la tenue en plus d'un dossier médical par un médecin, d'un dossier « social » tenu par les intervenants sociaux et de dossiers « individuel » et « administratif » tenus par l'autorité d'exécution des peines et/ou les directions d'établissements¹⁷¹. Ces différents dossiers sont souvent issus des mêmes données de base puisqu'elles sont interdépendantes et importantes pour plus d'un type de dossier ; compte tenu du secret entourant la pratique de la médecine à l'égard des tiers, cette situation n'est pas sans poser de problème. En effet, un événement médical dans la vie d'un patient détenu n'est pas systématiquement sans conséquence sur sa capacité à subir sa peine, ou sur les modalités de celle-ci, mais le médecin ne pourra spontanément informer les intervenants du monde carcéral sans l'aval du patient détenu qui pourra, lui, avoir des intérêts contradictoires. Par ailleurs, il peut y avoir plus qu'un intervenant médical autour du détenu. Cet aspect de la communication des informations sera abordé *infra* dans le point consacré au secret médical.

- L'accès au dossier médical par le patient

(Cf. § 1.1 / 10.1 / 11.3 des directives)

Au stade de l'accès du patient-détenu à son dossier médical, chaque canton prévoit dans sa législation des solutions différentes. Toutefois, compte tenu du droit constitutionnel à l'autodétermination et à l'information dont le droit d'accès au dossier constitue une des facettes, il va de soi qu'alors même qu'une législation cantonale serait contraire ou ne prévoirait pas de droit d'accès au dossier médical – s'agissant des détenus, le droit (constitutionnel) fédéral l'emporterait. « *Le dossier médical constitue la pièce maîtresse des*

¹⁷⁰ JENDLY MANON, Le secret médical du médecin pénitentiaire en droit pénal suisse, p. 571.

¹⁷¹ Sur ces distinctions cf. JENDLY MANON, La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions : un régime hors la loi ?, p. 130 ss (chapitre 4)

informations sur l'état de santé du patient »¹⁷². Dès lors l'accès au dossier médical doit en tout temps être garanti même pour des détenus.¹⁷³

Il n'y a donc pas au niveau fédéral de réglementation spécifique uniforme régissant l'accès au dossier médical carcéral. Partant chaque canton règlemente sa pratique lui-même - rarement de manière non spécifique aux détenus - par le biais de sa législation sur la santé publique, celle sur les hôpitaux ou l'exercice des professions médicales¹⁷⁴.

« Il ne devrait donc pas, dans la règle, exister de distinction entre la situation d'un patient libre souhaitant exercer son droit de consulter le dossier le concernant de celle d'un patient incarcéré »¹⁷⁵ car « [s'il] est privé de toute la maîtrise des informations médicales le concernant, le patient-détenu n'est pas en mesure de consentir valablement aux actes médicaux qui lui sont proposés, d'émettre son opinion sur les mesures prises à son égard et d'agir en conséquence »¹⁷⁶.

Les directives n'abordent pas directement l'accès au dossier, mais par leur § 10.1 (dossier médicaux sous la garde des médecins) en lien avec le § 1.1 (mêmes règles éthiques et juridiques en prison qu'au dehors), elles indiquent que les mêmes règles d'accès au dossier sont applicables aux patients et aux patients-détenus. Le § 11.3 prévoit le cas où un médecin établit un rapport suite à la constatation d'un cas de maltraitance et dont le détenu a le droit vis-à-vis du médecin d'obtenir copie ; il s'agit d'un cas particulier car il n'y a pas d'accès au dossier de manière complète et satisfaisante.

- La protection des données

(Cf. § 1.1 / 2.1 s / 3.2 / 10.1 / 10.2 / 10.3 / 11.3 s des directives)

S'agissant de la protection des données, celles-ci sont protégées de la même manière que le patient soit détenu ou non. Seules les dispositions y applicables changent, mais elles offrent le même type de protection. Les données sont, en pratique et s'agissant du domaine médical, celles contenues dans le dossier médical. En milieu carcéral, les intervenants doivent travailler ensemble à la fois pour le bien du détenu que celui de l'exécution de la peine ce qui crée à la fois des tensions et un besoin de communication. La communication d'un dossier médical hors du cercle constitué du médecin et de ses auxiliaires viole la protection des données. Dès lors, le patient-détenu « *devrait être renseigné sur [la] teneur et*

¹⁷² MANAÏ DOMINIQUE, Les droits des patients face à la médecine contemporaine, p. 138.

¹⁷³ Dans le même sens, cf. JENDLY MANON, La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions : un régime hors la loi ?, p. 137.

¹⁷⁴ Sur le point de savoir par quel type de loi chaque canton soumis à la présente étude précise les modalités d'accès cf. Annexe IV.

¹⁷⁵ JENDLY MANON, La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions : un régime hors la loi ?, p. 137.

¹⁷⁶ JENDLY MANON, La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions : un régime hors la loi ?, p. 137.

[les] finalités, les destinataires potentiels et les droits qui lui sont conférés, notamment s'agissant de la portée de son consentement à la communication des informations [que le dossier médical] renferme »¹⁷⁷ de sorte que son consentement enlève toute illicéité à une éventuelle communication dans l'intérêt du détenu et d'une bonne exécution de la peine.

Les directives au travers des § cités en en-tête reprennent ce point de vue.

- Le secret en milieu carcéral

(Cf. § 10 ss / 2 ss des directives)

Le secret professionnel (321 CPS) protège le secret comme base nécessaire au bon exercice de professions déterminées¹⁷⁸ – dont la médecine – pour lesquelles une relation de confiance est cruciale en vertu notamment de l'intérêt public. Un médecin même libéré du secret professionnel reste libre de le révéler ou non. Le secret de fonction quant à lui concerne « [toute] personne qui revêt, à temps plein ou partiel, provisoirement ou non, la qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire est astreinte au secret de fonction »¹⁷⁹ (art. 320 CPS). Dès lors, le médecin intervenant en milieu carcéral agit non seulement en tant que médecin, mais aussi en tant que fonctionnaire¹⁸⁰.

Dès lors se pose la question de savoir à quel type de secret est soumis le médecin pénitentiaire. « La doctrine majoritaire estime que le personnel médical d'une institution publique est soumis cumulativement au secret de fonction et au secret professionnel, le secret devant être qualifié juridiquement selon que la nature des faits relève ou non du domaine médical. Dès lors, le soignant est soumis au secret professionnel en ce qui concerne les informations relatives au patient et à son traitement, au secret de fonction en ce qui concerne les informations relatives à l'institution dans laquelle il travaille et au fonctionnement de celle-ci »¹⁸¹.

¹⁷⁷ JENDLY MANON, La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions : un régime hors la loi ?, p. 138.

¹⁷⁸ A savoir : les « ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires ».

¹⁷⁹ JENDLY MANON, Le secret médical du personnel soignant pénitentiaire: une pomme de discorde ?, p. 118.

¹⁸⁰ Sur tout ce qui précède au sujet des secrets professionnel et de fonction, et pour plus de détails, cf. JENDLY MANON, *Le secret médical du personnel soignant pénitentiaire: une pomme de discorde ?*, p. 108 ss ; JENDLY MANON, *La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté* (thèse), Neuchâtel 2005 et KELLER KARINE, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich* (Dissertation), Zurich 1993. KELLER KARINE, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich* (Dissertation), Zurich 1993, p. 97 s. distingue les médecins ayant une activité purement administrative (Amtsarzt) qui sont par exemple les médecins cantonaux, des médecins étant engagé par des institutions publics, ou au sein de l'administration, qui nouent des relations patient-médecin dans le cadre de leur activité (Arzt im öffentlichen Gesundheitsdienst) mais qui peuvent en outre avoir également une activité administrative. Les premiers sont soumis exclusivement au secret de fonction (art. 320 CPS), les second sont soumis au secret professionnel pour ce qui touche l'activité liée au patient (la relation patient-médecin est soumise au secret professionnel) et au secret de fonction pour l'éventuelle partie administrative.

¹⁸¹ JENDLY MANON, *Le secret médical du personnel soignant pénitentiaire: une pomme de discorde ?*, p. 120 ; voir également STAUFFER VINCENT / PERRENOUD JEAN, *Devoir de fonction et secret professionnel, Droits et obligations du médecin hospitalier*, p. 12 s.

Le statut du médecin pénitentiaire quant au secret varie donc selon sa provenance, respectivement en vertu de « la casquette » qu'il portait lorsqu'il a appris le secret, ce qui n'est pas sans poser de problème. Etant donné la « *double casquette et en l'absence d'une réglementation fédérale sur l'exécution des peines, le personnel soignant pénitentiaire est non seulement soumis aux législations cantonales sur le statut du personnel de l'Etat, mais également aux dispositions cantonales spéciales, notamment celles concernant l'exercice des professions de la santé et la protection des données, voire aux règlements cantonaux sur les établissements de détention pour autant qu'ils prévoient des dispositions en matière de confidentialité* »¹⁸².

S'agissant spécifiquement des directives, « *[bien] qu'elles soulignent les spécificités du milieu d'exercice [carcéral] et celles des relations entre les soignants, les surveillants et les détenus notamment, elles se contentent de retranscrire le mécanisme de l'article 321 CP, maintenant le pouvoir décisionnel entre les mains du médecin, puisque c'est à lui seul que revient le choix d'entamer ou non la procédure de levée [du secret]* »¹⁸³. Pourtant un échange d'informations est indispensable tant pour les soignants que les intervenants chargés de la sécurité et cela pour des soins de qualité de même que pour une exécution de la peine aussi adéquate et juste que possible : une collaboration ne peut avoir lieu entre ces deux mondes qu'avec un dialogue et un échange d'informations¹⁸⁴.

1.3 Droit fédéral en matière de soins aux détenus

Outre les droits constitutionnels identifiés ci-dessus, le droit fédéral prévoit des dispositions ayant un effet sur les droits des détenus aux soins¹⁸⁵. Il s'agit notamment des articles 74 ss CPS.

En outre depuis le 1^{er} janvier 2008, la Confédération dispose, de par l'entrée en vigueur de la nouvelle péréquation financière¹⁸⁶ et de l'article 123 al. 2 Cst., de la compétence de légiférer en matière d'exécution des peines et mesures. Compétence qui n'est à ce jour et à notre connaissance pas utilisée^{187, 188}.

¹⁸² JENDLY MANON, Le secret médical du personnel soignant pénitentiaire: une pomme de discorde ?, p. 121.

¹⁸³ JENDLY MANON, Le secret médical du personnel soignant pénitentiaire: une pomme de discorde ?, p. 126.

¹⁸⁴ DE ROUGEMONT FRANÇOIS, La coexistence des secrets: le secret médical et le secret de fonction, p. 79 ss (spécifiquement p. 86 s) ; Cf également pour un modèle idéal de partage : JENDLY MANON, Le secret de fonction et le secret médical incarcérés: proposition d'un modèle de partage des informations confidentielles en exécution de peine privative de liberté, p. 245-273.

¹⁸⁵ Pour une analyse très détaillée des dispositions cf. : TAG BRIGITTE, *Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über des rechtlichen Rahmen*, p. 3 ss.

¹⁸⁶ Cf. http://www.efv.admin.ch/f/themen/finanzpolitik_grundlagen/finanzausgleich.php ; art. 135 Cst. et Loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges (RS 613.2) disponible sous : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/6/613.2.fr.pdf>.

¹⁸⁷ Qui n'est pas utilisée et qui devrait l'être : cf. : TAG BRIGITTE, *Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über des rechtlichen Rahmen*, p. 27

1.4 Analyse comparative par thème

Les directives abordent par « le bas » les thèmes centraux du droit des patients, ceux qui sont *a priori* le plus susceptibles de déraiper en situation pénitentiaire. En effet, elles cherchent à garantir, conformément à l'éthique, un socle minimal pour une activité de tous les intervenants aussi sûre que possible dans le respect des principes et des impératifs de la détention.

Le système fédéraliste suisse, ainsi que l'enchevêtrement des droits des patients au sein de diverses catégories de droits, favorisent l'émergence de régimes différents selon les cantons, sans oublier non plus les effets des différentes législations cantonales en matière pénitentiaire.

Les textes légaux utilisés pour ce comparatif sont tous issus des recueils légaux des cantons concernés avec une mise à niveau des textes de loi au 1^{er} juillet 2008. Les textes n'y figurant pas n'ont pas servi à l'analyse, ci-après. En conséquence, dans le comparatif ci-dessous, les règlements d'établissement (Hausordnungen) ne sont pas recensés, ceux-ci n'étant pas publiés dans les recueils officiels. Par ailleurs, dans le cadre d'un sondage que nous avons mené pour la présente étude, tous les établissements n'ont pas répondu ou n'ont pas fourni leur Règlement d'établissement. L'image qui résulterait de leur prise en compte serait faussée. Les règlements d'établissement ne figurent donc pas dans l'analyse qui suit.

Il faut en outre mentionner que l'établissement intercantonal de Bostadel¹⁸⁹ (sis à Menzingen ZG) n'est pas soumis à l'analyse comparative de par son organisation particulière. Un chapitre lui est consacré *infra*.

Il sied en outre de rappeler que toute base légale qui aurait pour origine un Règlement d'établissement n'est pas satisfaisante pour restreindre un droit fondamental. Il en va de même si la restriction a pour origine une ordonnance ; s'il s'agit d'une loi, il s'agit encore de considérer les critères dégagés *supra* pour contrôler la validité de la restriction. En effet, alors même qu'une loi peut limiter, dans les faits, un droit fondamental, en théorie cette restriction doit être permise par le système fédéral. Au surplus, l'article 74 CPS pose le principe qui veut que la liberté des détenus ne doit pas être restreinte au-delà de ce qu'exige la détention, renforçant au passage ce que la jurisprudence avait dégagé jusqu'alors¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Sur le tout : TAG BRIGITTE, *Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über des rechtlichen Rahmen*, p. 7 et KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, *Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung*, p. 44 ss.

¹⁸⁹ Cet établissement est exploité par les cantons de Bâle-Ville et Zoug (Etablissement de Bostadel à Menzingen (ZG)). Cf *infra* (pt. 0) pour plus de précision.

¹⁹⁰ Il est à noter que les articles 74 ss CP posent des éléments cadres pour les législations cantonales.

1.4.1 Soins : droit, accès et organisation¹⁹¹

Sur le principe, le droit à la santé est garanti par tous les cantons soumis à l'étude ; certains cantons garantissent ce droit explicitement (BE, BS, GE, GR¹⁹², JU, TI, VD, VS), d'autres implicitement (LU, NW, SG, ZH).

S'agissant de l'accès aux soins, six cantons ne réglementent pas l'accès aux soins dans leurs lois ou ordonnances ; il s'agit de BE, LU, NW, SG, TI, ZH. Ces cantons réglementent l'accès via leurs règlements d'établissement. Les autres cantons (BS, GE, GR, JU, VD et VS) prévoient l'accès aux soins dans leur législation (BS et GR dans une « Verordnung » et GE, JU, VD et VS dans un « règlement »).

Concernant l'organisation des soins, les cantons suivants ont nommé expressément un médecin responsable pour l'établissement d'exécution¹⁹³ : BE, GR, JU, LU, NW¹⁹⁴, TI. Les autres cantons (BS, GE, SG, VD, VS, ZH) ont établi un service de santé *ad hoc* pour l'établissement et, parmi eux, les cantons de BS, GE, VD et VS disposent d'une structure cantonale de soins aux détenus. Les cantons de BE, GE, JU et VD ont à disposition, lorsqu'une hospitalisation est nécessaire, une unité carcérale en hôpital.

Les cantons de BE, BS, GR, JU, VS et ZH prévoient dans leur législation une règle générale énonçant en substance que les droits fondamentaux des détenus ne peuvent être restreints au-delà des exigences de la détention.¹⁹⁵

1.4.2 Libre choix

S'agissant du libre choix du fournisseur de soins, aucun canton soumis à la présente étude ne le permet directement. Au contraire, tous exposent qu'il n'y a pas de libre choix, soit explicitement (BE, BS, GR, TI, ZH), soit implicitement (GE, JU, NW, SG, VD, VS) en ayant désigné un médecin ou un service en charge.

¹⁹¹ Pour l'intitulé exact et les liens vers les bases légales des différents cantons, voir l'annexe III de la présente étude.

¹⁹² GR ne dispose que d'une disposition, l'article 20 de sa loi de santé qui ne parle que d'un droit aux soins (al. 1 *ab initio*), un droit à la protection de la personnalité (al. 1 *in fine*) et un droit à l'information (al. 2).

¹⁹³ Les lois cantonales parlent du médecin de l'établissement d'exécution des peines, ou en allemand *Arzt der Vollzugseinrichtung*. Voir par exemple, l'art. 41 de la loi bernoise du 25 juin 2003 sur l'exécution des peines et mesures.

¹⁹⁴ A noter que pour NW, les soins sont fournis en première ligne (« *grundsätzlich* ») par le médecin d'établissement, éventuellement par le médecin traitant d'un détenu domicilié civilement dans le canton de NW (art. 22 al. 1 et 2 Gesetz über das kantonale Gefängnis).

¹⁹⁵ **BE** : art. 19 al. 1 et 2 de la Loi sur l'exécution des peines et mesures ;

BS : art. 73 Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt (pour la détention préventive) et art. 37 Verordnung über das Gefängniswesen (pour la détention ordinaire) [le canton de BS prévoit au surplus dans cette dernière disposition un alinéa 4 qui interdit de restreindre, au travers de feuilles d'information ou de règlements d'établissement, les droits des détenus, respectivement d'augmenter leurs obligations, au-delà de ce que cette même ordonnance ou la loi ne prévoient] ;

GR : art. 84 Justizvollzugsverordnung ;

JU : art. 22 al. 2 de l'Ordonnance sur les établissements de détention ;

VS : art. 65 al. 2 let. a du Règlement sur les établissements de détention du Canton du Valais ;

ZH : § 13 al. 2 Justizvollzugsverordnung.

Les cantons de BS, SG et ZH permettent, dans certains cas, un changement de médecin, respectivement un autre que celui qui fonctionne ordinairement. Pour le canton de BS un changement est possible sous réserve d'accords spéciaux (« *spezielle Vereinbarungen* ») ; pour SG il faut que le lien de confiance nécessaire soit à ce point dégradé qu'il ne permette plus au médecin d'exercer son activité en toute objectivité et qu'une ordonnance de l'autorité admette la rupture du lien de confiance en désignant un autre praticien ; et enfin, pour ZH, il faut des motifs sérieux (« *erheblichen Gründen* ») sans autre précision.

Le canton NW prévoit, pour les détenus domiciliés du point de vue du droit civil dans le canton, la possibilité d'avoir recours à leur médecin traitant habituel.

S'agissant du niveau de la réglementation qui limite le libre choix, les cantons BE, GE, NW¹⁹⁶, VD, ZH le font par une loi, les autres par une réglementation de type ordonnance.

Il est en outre à noter que le canton de ZH limite non seulement le libre choix du praticien, mais également le libre choix du traitement¹⁹⁷. Le canton de BE semble lui aussi, mais dans une mesure moindre *a priori*, restreindre le choix du traitement à celui « *jugé nécessaire suite aux examens effectués pendant l'enquête pénale et pendant l'exécution* »¹⁹⁸. Nous reviendrons sur cet aspect dans la partie consacrée à l'autonomie de la volonté.

1.4.3 Médecins : statut, indépendance et objection de conscience

[Remarque : Les très grandes variations systémiques¹⁹⁹, entre les cantons, liées aux médecins sont trop vastes à décrire et sortent du cadre de la présente étude. Dès lors, le présent sous-chapitre ne sera traité qu'en regard des points abordés par les directives en matière de statut du médecin (la présence d'un contrat ou non, le lien de subordination), de son indépendance et de l'objection de conscience (cf. supra).]

A. Statut du médecin vis-à-vis de l'institution (lien contractuel)

Dans les cantons de BS, GE et VD, les soins sont fournis par un service *ad hoc*, les médecins ne sont donc pas contractuellement dépendants face à l'institution dans laquelle ils exercent, mais dépendent tout de même de l'Etat. En outre, ces services ne sont pas rattachés aux départements de justice et police, ils sont donc soumis à une autre direction cantonale.

Il est à noter que la législation VD, en ce qui concerne les soins aux détenus, n'est pas à jour, respectivement que la situation qui prévaut actuellement a son origine dans l'article 74

¹⁹⁶ Toutefois, le canton de Nidwald ne dispose que de cette loi en matière carcéral.

¹⁹⁷ Cf. § 24 al. 3 Straf- und Justizvollzugsgesetz (LS 331).

¹⁹⁸ Cf. art. 42 al. 1 *in fine* Loi sur l'exécution des peines et mesures (RSB 341.1)

¹⁹⁹ Cf. GRAVIER BRUNO, L'indépendance professionnelle du personnel de santé, p. 145 (dernier paragraphe, *in fine*).

du *Règlement sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables* ainsi que dans une *décision du Conseil d'État du Canton de Vaud du 28 juin 1995*²⁰⁰. De fait, des dispositions contraires à l'organisation en place sont toujours en vigueur et n'ont pas été formellement abrogées.

En VS, le service médical est organisé conjointement par le département de justice et police et le département de la santé publique, qui édictent les directives adéquates. Les médecins de ce service sont nommés par le Conseil d'Etat, sur proposition du département de la santé publique et rémunérés selon les directives du Conseil d'Etat.

Dans le canton de SG, le médecin de prison est désigné par le Département de la santé sur proposition de l'Office d'exécution des peines.

Dans les autres cantons (BE, GR, JU, LU, NW, TI, ZH), les médecins sont soit engagés, soit désignés, soit encore élus, respectivement par la direction de la prison ou par le département de justice et police ou la direction ou le service concernée. En tout état de cause, il y a un lien contractuel avec l'institution ou la direction concernée.

Il est à noter que dans le canton JU, c'est l'agent de détention qui détermine s'il y a lieu d'appeler le médecin, soit suite à sa propre constatation (perception) ou sur demande du détenu.²⁰¹

B. Indépendance

Suivant le lien du médecin avec l'établissement, l'indépendance varie. Pour les cantons qui ont mis en place un service médical « cantonalisé » en matière de soins aux détenus (BS, GE, VD, VS), l'indépendance du médecin vis-à-vis de l'institution est plus nette que pour les autres cantons dans lesquels les médecins ont un lien avec l'administration pénitentiaire à quelque niveau que ce soit. Le VS garantit même expressément l'indépendance du praticien face à l'établissement pénitentiaire²⁰² ; il en va de même pour le canton de VD²⁰³. Le canton de ZH prévoit, tant pour les médecins indépendants que dépendants, que l'exercice de la médecine doit se faire en toute indépendance et dans l'intérêt du patient²⁰⁴.

L'indépendance permet au médecin d'agir le plus librement possible, sans risque de voir son évaluation d'une situation médicale influençant le déroulement de la détention contrecarrée ou non respectée, ou encore être instrumentalisée. Elle permet en outre au médecin de ne

²⁰⁰ Disponible via la Chancellerie d'État VD : http://www.vd.ch/no_cache/fr/formulaire-de-contact/?from=330.

²⁰¹ Art. 18 du Règlement sur les établissements de détention.

²⁰² Cf. art. 42 al. 4 let. b du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais, qui prévoit une limite toutefois pour ce qui mettrait en danger l'institution.

²⁰³ Art. 10 de la Loi sur l'exécution des condamnations pénales.

²⁰⁴ Cf. § 12 al. 1 Gesundheitsgesetz.

pas devoir porter deux « casquettes » à savoir celle de médecin *soignant*, et celle de médecin *punissant* ou encore de médecin *policier*. Cette double casquette, alors même que le libre choix du praticien – voire parfois du traitement - est nié, ne peut qu'engendrer des complications pour le médecin dans son activité. Par exemple, un médecin soignant ne devrait pas être amené à effectuer une fouille corporelle (voire des cavités corporelles) et par la suite continuer à traiter un patient détenu : ce dernier n'aura logiquement plus la confiance suffisante à la poursuite de la relation médicale avec le praticien²⁰⁵. Dans la même mesure, le médecin d'établissement valaisan, qui doit favorablement préavisier une peine disciplinaire d'arrêts, porte « deux casquettes », celle du soignant, et à l'occasion du préavis, celle d'auxiliaire du système pénitentiaire²⁰⁶. Au TI, le médecin doit visiter le détenu aux arrêts et peut le cas échéant faire interrompre la mesure disciplinaire pour raison médicale²⁰⁷.

L'indépendance est un facteur indispensable à une bonne qualité de soin (qui devrait être aussi proche que celle du reste de la population) et ne devrait pas être troublée au-delà de la situation que crée l'incarcération. Il peut en résulter que l'indépendance génère un conflit entre les soignants et les autres acteurs du monde carcéral. En effet, « *le soin et la sécurité sont des missions totalement distinctes qui obéissent à des logiques différentes et se réfèrent à des déontologies distinctes* »²⁰⁸.

Le conflit entre les médecins et le monde pénitentiaire n'est pas nécessairement inutile, dans la mesure où il est constructif, à savoir qu'il permet de rester vigilant face à la possibilité de voir surgir une situation problématique et permet d'être prêt à réagir ; dans un esprit de dialogue et de collaboration, il permet aussi d'élaborer des solutions communes²⁰⁹.

C. *Objection de conscience*

L'objection de conscience peut être valablement invoquée par un médecin dans une situation où le patient détenu n'encourt aucun danger du fait de l'absence de prestation du médecin. Il peut également arriver que le médecin invoque son droit à une objection de conscience dans la mesure où son concours est de nature à créer ou favoriser un dérapage éthique, sans pour autant mettre en danger concrètement la santé du patient détenu ; l'objection de conscience a alors pour effet d'empêcher une mise en danger.

²⁰⁵ Cet exemple de fouille des cavités corporelles par le médecin de la prison est pourtant expressément imposé par l'article 15 al. 2 de l'ordonnance sur les prisons et établissement d'exécution (sGS 962.14) du canton de SG !

²⁰⁶ Le médecin d'établissement doit préavisier favorablement la capacité à subir une peine disciplinaire d'arrêt durant plus de trois jours et surveiller le détenu pendant la durée de ceux-ci (art. 47 let. e du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais). Toutefois la Loi sur la santé prévoit à son article 18 al. 4 qu'un médecin agissant en tant qu'expert doit aviser son patient sur « la nature et le but de sa mission ». En l'espèce, cet avis ne nous semble pas suffisant pour régler les conflits qui surviendraient dans ce double rôle.

²⁰⁷ Art. 49 al. 2 Regolamento sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti.

²⁰⁸ GRAVIER BRUNO, L'indépendance professionnelle du personnel de santé, p. 150.

²⁰⁹ Cf. à ce sujet GRAVIER BRUNO, L'indépendance professionnelle du personnel de santé, p. 157 s.

En VS, cet effet « paralysant » peut se produire puisque la loi impose la collaboration d'un médecin à une mesure disciplinaire²¹⁰. Sans pour autant avoir recours à l'objection de conscience, un médecin aux GR peut attester par certificat qu'un détenu n'est pas en mesure de subir une peine disciplinaire²¹¹. Dans le canton de NW, si le médecin pénitentiaire constate un problème de santé, il peut faire réduire la durée des arrêts disciplinaires ou y mettre fin²¹².

Dans les cantons soumis à l'étude, aucun ne prévoit de règle expresse permettant une objection de conscience en matière de médecine pénitentiaire. En revanche, en matière de médecine en général, les cantons de BE, BS²¹³, GE, NW, TI, VS et ZH prévoient expressément la possibilité de faire valoir une objection de conscience²¹⁴. Les autres cantons (GR, JU, LU, SG, VD)²¹⁵ ne permettent pas expressément la possibilité de faire valoir l'objection de conscience ; ces derniers cantons prévoient toutefois des clauses de respect de l'éthique et de la déontologie^{216, 217}.

Pour le canton de VD aucune réglementation n'a pu être mise en avant s'agissant de la possibilité de faire valoir l'objection de conscience. Cela implique, comme pour toute situation semblable, que l'objection de conscience est à faire valoir en vertu du droit constitutionnel fédéral à défaut d'une règle explicite en droit cantonal qui le renforcerait.

Parmi les cantons soumis à l'étude, il convient de relever quelques particularités de réglementation. Le canton de ZH prévoit dans sa législation que les médecins, dépendant ou indépendant, doivent exercer leur activité en toute indépendance (intellectuelle) et dans le respect des intérêts du patient, ce qui à notre sens laisse une certaine latitude à un médecin face à une administration, dans le cas présent pénitentiaire, et renforcent leur possibilité de faire valoir leur objection de conscience²¹⁸. Le canton des GR suit presque le même système en ce qu'il prévoit que les médecins exerçant à titre dépendants doivent s'assurer de ne pas être influencés²¹⁹.

²¹⁰ Cf. ci-dessus le préavis favorable obligatoire comme prémisse d'une peine d'arrêt de plus de 3 jours.

²¹¹ Cf. Art. 99 Justizvollzugsverordnung GR, un médecin doit certifier qu'un détenu ne peut être mis aux arrêts, mais en cas de doute, le médecin de l'établissement peut certifier le contraire, et l'avis de ce dernier l'emporte. Pour les cas de détention préventive, le juge d'instruction peut ordonner une telle contre-expertise.

²¹² Cf. Art. 46 Gefängnisgesetz NW en lien avec l'art. 7.

²¹³ A noter que le canton de BS ne prévoit pas d'objection de conscience en tant que telle, mais une possibilité de refuser de soigner pour des motifs suffisants (« [...] *nicht ohne genügenden Gründen versagen* » – Art. 4 Gesetz über die Medizinalpersonen).

²¹⁴ Les cantons de BE, BS, GE, TI, VS et ZH prévoient l'objection de conscience dans une loi, NW le fait dans une ordonnance.

²¹⁵ A noter que SG ne permet uniquement une possibilité de refuser, pour juste motifs, une expertise ou un examen ordonné par une autorité (Art. 7 Verordnung über die Ausübung der medizinische Berufe).

²¹⁶ Les cantons GR, LU, VD, ZH prévoient leur réserve dans une loi, JU et SG le font dans une ordonnance.

²¹⁷ Le canton de VD ne dispose d'aucune norme particulière s'agissant de l'objection de conscience.

²¹⁸ Art. 12 al. 1 Gesundheitsgesetz ZH en lien avec la systématique des deux articles précédents ainsi que § 23 al. 2 Patientinnen- und Patientengesetz ZH.

²¹⁹ Art. 33 al. 3 Gesundheitsgesetz GR.

1.4.4 Information du patient

Aucun des cantons de la présente étude ne prévoit de disposition particulière en ce qui concerne l'information du détenu en tant que patient, seules des normes concernant les patients en général ont été identifiées. Les cantons de BE, GE, GR, JU, LU, TI, VD, VS, ZH ont prévu un devoir d'information du patient dans une loi ; les autres (BS, NW, SG) l'ont fait dans une ordonnance.²²⁰

Les cantons de JU²²¹, SG²²², TI²²³ et ZH²²⁴ permettent le privilège thérapeutique. Dans ce cadre, il y a lieu de préciser que pour le TI, si le privilège thérapeutique est permis, une information doit être fournie à un proche ; pour ZH, dès que le patient émet une demande d'information, le privilège thérapeutique tombe.

Les cantons de BE, NW, SG et ZH prévoient en outre qu'une information n'est pas nécessaire en cas d'urgence.

Les cantons JU et ZH prévoient qu'un patient peut s'opposer à son information, respectivement consentir sans être informé. Pour le canton JU, une demande expresse suffit, alors que pour ZH la forme écrite est nécessaire (il faut la signature du patient).

Les cantons BE, GE, VD et VS prévoient une obligation du médecin de donner une information sur les coûts, voire pour GE et VS sur la prise en charge par l'assurance maladie.

En outre, sortant quelque peu du cadre des droits des patients, les cantons de BE, BS, GR, SG, TI et ZH prévoient une obligation d'informer le détenu de manière générale sur la détention, respectivement ses droits et obligations au sein de l'établissement.

1.4.5 Autonomie de la volonté (consentement et refus de soins)

Les cantons de BE, GE, JU, LU, NW, SG, TI, VD, VS et ZH prévoient tous une disposition au moins sur le consentement comme élément nécessaire à une intervention médicale dans leur loi de santé ou loi sanitaire. Le canton des GR ne prévoit pas de règles explicites en matière de consentement, mais une garantie du respect des droits de la personnalité²²⁵ ainsi qu'une pratique médicale respectant les principes reconnus de l'éthique²²⁶. Le canton de BS

²²⁰ S'agissant de l'étendue du devoir d'information, se référer au texte légaux identifiés dans l'Annexe IV de la présente étude.

²²¹ Art. 26 de la Loi de Santé

²²² Art. 56 al. 1 Verordnung über die medizinische und betriebliche Organisation der kantonaler Spitäler, psychiatrischen Kliniken und Laboratorien.

²²³ Art. 6 Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario.

²²⁴ Art. 14 Patientinnen- und Patientengesetz.

²²⁵ Art. 20 al. 1 Gesetz über das Gesundheitswesen des Kantons Graubünden.

²²⁶ Art. 3 Gesetz über das Gesundheitswesen des Kantons Graubünden.

prévoit implicitement le consentement dans sa loi sur les hôpitaux et explicitement dans son ordonnance d'application²²⁷.

Hormis BS, NW et SG qui font référence explicitement au consentement par une ordonnance, tous les cantons (BE, GE, JU, LU, TI, VD, VS et ZH) posent le consentement comme préalable indispensable à toute intervention médicale dans une loi.

Les cantons de BE, BS, GE, GR, JU, TI, VD et VS imposent une visite médicale d'entrée en détention. Pour ZH l'examen est obligatoire dans la mesure où il y a lieu de prévenir un risque²²⁸ (en pratique l'examen est obligatoire pour tous²²⁹). Pour NW, l'examen est possible, mais pas obligatoire. Le canton de LU ne prévoit aucune disposition de ce genre dans sa législation publiée au recueil systématique (il y a cependant une disposition dans le règlement de l'établissement²³⁰). Dans la mesure où le patient ne peut se soustraire à l'examen, son autodétermination est restreinte. En outre, dans le canton de VD, lors de la visite obligatoire, le détenu est soumis à un dépistage obligatoire des maladies contagieuses et inciter au dépistage (non obligatoire) de maladies infectieuses.

Ces contrôles de santé obligatoires lors de l'entrée dans l'établissement se justifient notamment par l'obligation pour l'Etat de lutter contre les maladies infectieuses, de limiter les risques de se voir accusé de mauvais traitements en déterminant l'état de santé du détenu et les maladies préexistantes, de limiter les risques pour le personnel pénitentiaire et les codétenus ou pour le détenu lui-même²³¹.

Dans le cadre de petites interventions, les cantons de BS, JU, NW, TI, VD et VS admettent un consentement tacite, c'est-à-dire qu'en absence de déclaration contraire il est admis (pour le canton de BS cette possibilité est prévue dans une ordonnance).

Certains cantons prévoient en outre la possibilité pour le médecin d'agir en se passant du consentement, respectivement en présumant de l'accord à une intervention dans l'intérêt du patient pour les cas d'urgence, ou lorsque l'obtention du consentement n'est pas possible, ou au cours d'une opération consentie durant laquelle le praticien fait face à une situation imprévue ou lorsqu'une attente ou l'obtention du consentement font courir un danger pour la santé ou la vie du patient ; il s'agit des cantons de BE, GE, JU, NW, SG, TI, VD VS et ZH²³².

²²⁷ Plus précisément, à l'art. 11 al. 2 Spitalgesetz et à l'art. 13 al. 1 Verordnung zum Spitalgesetz.

²²⁸ Cf. § 108 al. 1 Justizvollzugsverordnung.

²²⁹ Cf. § 37 Hausordnung Strafanstalt Poeschwies.

²³⁰ Cf. § 13.4 Hausordnung Wauwilermoos (disponible sur le site de la prison, cf. Annexe II)

²³¹ KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung, p. 27.

²³² Pour les détails pour chaque canton, cf. Annexe IV.

Les cantons de BE, GE, JU, TI, VD, VS et ZH ont des dispositions qui règlent l'application et l'utilisation des directives anticipées. Le consentement hypothétique est admis dans les cantons de BE, GE, JU, NW, TI, VD, VS et ZH.

S'agissant des refus de soins, NW, TI, VD, VS et ZH exigent la forme écrite pour tout refus de soins, sous réserve des cas d'applications de la législation en matière de privation de liberté à des fins d'assistance.

Il est à noter que le canton de ZH prévoit dans sa « *Patientinnen- und Patientengesetz* » (§ 20) que le consentement préalable est nécessaire à toute intervention, mais que dans sa « *Straf- und Justizvollzugsgesetz* » (§ 24) il dit expressément que les détenus n'ont le choix ni du prestataire, ni du traitement ; par ailleurs, la « *Justizvollzugverordnung* » leur impose une obligation de collaborer au traitement, respectivement de se plier aux injonctions des médecins. Partant, le patient détenu ne peut que consentir à ce qui a été déjà décidé pour lui. Dès lors, s'agissant de patients détenus, on constate que leur consentement n'est pas relevant, respectivement le droit au consentement lié à la protection de la sphère privée est vidé de sa substance. S'agissant du canton de BE, comme relevé plus haut, il limite lui aussi le libre choix non seulement du praticien, mais également du traitement dans une mesure *a priori* moins stricte, puisque le traitement est celui qui apparaît utile suite aux investigations durant la procédure pénale et l'exécution. Cette formulation permet sans autre de concevoir que suite à des analyses, vu la possibilité de différents traitements pour une même pathologie, plusieurs traitements se proposent au patient détenu et dans ce cadre il devrait donc avoir le choix. En tout état de cause, si les restrictions en matière de libre choix du praticien peuvent être admissibles en regard des principes régissant la restriction des droits fondamentaux, les restrictions au libre choix du traitement ne sont en revanche pas admissibles.

1.4.6 Soins sous contrainte et utilisation de celle-ci

[Remarque : Dans le cadre de la présente étude, les soins sous contrainte ne sont abordés que dans le sens des directives, c'est-à-dire, et pour préciser, pas dans le sens des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance²³³, mais plutôt dans le cadre de soins administrés sous contrainte.]

Dans les cantons soumis à l'étude, seuls les cantons de BE²³⁴, GE²³⁵, JU²³⁶ et ZH²³⁷ disposent d'une législation en matière d'administration de soins sous contrainte et de

²³³ Différencier les hospitalisations somatiques et psychiques demanderait en outre une extension de l'étude qui dépasserait le mandat de la présente étude.

²³⁴ Art. 57 ss Loi sur l'exécution des peines et mesures

²³⁵ Art. 50 s Loi sur la santé publique

²³⁶ Art. 28a s Loi sanitaire

²³⁷ § 24 ss Patientinnen- und Patientengesetz (section 3).

médication sous contrainte. S'ajoute à ceux-ci le canton du TI²³⁸ qui prévoit des règles en matière d'utilisation de la contrainte physique et des moyens de coercition.

Il est à noter que parmi ces derniers, seul BE prévoit une disposition sur la grève de la faim^{239, 240}.

Par ailleurs, relevons que BE intègre ses règles dans sa législation sur l'exécution des peines et mesures, alors que GE, JU et ZH le font dans leur législation sanitaire (GE : Loi sur la santé publique, JU : Loi sanitaire et ZH : Patientinnen- und Patientengesetz).

Rappelons que les cantons qui imposent une visite médicale ont été déjà indiqués *supra*. A ce titre, il y a lieu de se souvenir, que vu l'intérêt public sous-jacent à un tel contrôle (non transmission de maladie contagieuse, protection des autres détenus et des employés, etc.²⁴¹) l'obligation résiste au refus du détenu de s'y soumettre.

Le canton de GE prévoit qu'en cas d'urgence les détenus peuvent être transférés vers l'unité carcérale psychiatrique.

Il est frappant de constater que finalement peu de cantons prévoient des règles sur le traitement forcé, hormis la privation de liberté à des fins d'assistance, qui ne permet précisément pas le traitement forcé²⁴².

1.4.7 Confidentialité (dossier et secret médical)

S'agissant de la constitution d'un dossier pour chaque patient, tous les cantons disposent d'une norme qui en impose la tenue. L'ont inscrit dans une loi : BE, GE, GR, JU, LU, TI, VD, VS, ZH²⁴³ ; dans une ordonnance : BS, NW, SG²⁴⁴.

S'agissant du secret professionnel, tous les cantons (en plus des règles applicables du Code pénal) prévoient des normes applicables. L'ont inscrit dans une loi : BE, BS, GE, GR, JU, LU, NW, TI²⁴⁵, VD, VS et ZH ; dans une ordonnance : SG²⁴⁶. Notons que le canton de GE prévoit une obligation de secret supplémentaire pour tous les employés du service médical

²³⁸ Art. 54 s Regolamento sull'esecuzione delle pene e misure

²³⁹ Art. 61 Loi sur l'exécution des peines et mesures

²⁴⁰ La grève de la faim et aussi appelé « jeûne de protestation », pour plus de détail à ce sujet cf. : GUILBERT PATRICK ET AL., *Jeûne de protestation*, p. 370-382.

²⁴¹ Cf. pour plus de détail à ce sujet : KÜNZLI JÖRG / ACHERMANN ALBERTO, Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung.

²⁴² ATF 126 I 112 ; ATF 125 III 169

²⁴³ A noter que GE et TI prévoient un dossier spécifique pour les patients psychiatriques ; et qu'en VS une ordonnance répète l'obligation faite au professionnel de tenir un dossier (plus particulièrement, la disposition de l'ordonnance est applicable tant au médecin indépendant que dépendant).

²⁴⁴ A noter que SG prévoit les devoirs des médecins dans une ordonnance suite à une délégation dans la loi de santé (art. 43 al. 3 Gesundheitsgesetz).

²⁴⁵ A noter que le TI prévoit une norme spécifique pour le secret concernant le dossier psychiatrique.

²⁴⁶ Il s'agit à nouveau d'une délégation de la loi vers une ordonnance (la même) comme à la note 244.

de la prison²⁴⁷. Le canton de VD prévoit que même en détention préventive, les visites auprès du médecin du service de médecine pénitentiaire se déroulent sans surveillance²⁴⁸ ; il en va de même aux GR²⁴⁹. En VS, l'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance prévoit à l'article 15 al. 1^{er} que les consultations doivent avoir lieu dans un local approprié.

A l'inverse, le canton de BE prévoit que le directeur d'un établissement de détention est informé de l'état de santé d'un détenu entrant, perçant dès lors une certaine brèche dans le secret médical²⁵⁰. A SG, il est même spécifié que le dossier pénitentiaire du détenu contient toutes les ordonnances [médicales] (« *Anordnungen* ») du médecin de l'établissement, et ce dans une ordonnance²⁵¹. A ZH, le dossier pénitentiaire contient entre autres les rapports et expertises effectués durant la procédure pénale²⁵².

En ce qui concerne l'accès au dossier, hormis GR, tous les cantons (BE, BS, GE, JU, LU²⁵³, NW, SG, TI, VD, VS et ZH) disposent d'une norme ad hoc dans leur législation sanitaire. BE, GE, JU, VD, VS et ZH le font dans une loi ; BS, NW, SG²⁵⁴ le font par une ordonnance et LU par un règlement. Pour GR, l'accès au dossier médical se fera en vertu, soit de la Loi fédérale sur la protection des données, soit de la Loi cantonale sur la protection des données, selon les règles exposées *supra*.

Notons que ZH dispose d'une norme particulière qui permet l'accès du patient détenu à la fois à son dossier pénitentiaire, mais également à son dossier médical²⁵⁵.

Le partage d'information entre personnel soignant et le personnel pénitentiaire n'est pas inclus dans les législations cantonales dans le même sens que celui proposé par les directives.

1.4.8 Etablissement de Bostadel à Menzingen (ZG)

Pour comprendre les spécificités de cet établissement il est nécessaire d'exposer son statut et sa structure (1), avant d'examiner la réglementation officielle publiée dans les recueils systématiques ainsi que celle reçue par le biais d'un questionnaire envoyé aux

²⁴⁷ Art. 8 al. 2 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées, en lien avec les articles 11 et 12 du Règlement de l'institut universitaire de médecine légale.

²⁴⁸ Art. 17 de la Loi sur l'exécution et la détention avant jugement.

²⁴⁹ Cf. art. 10 Verordnung über die Unterbringung und Betreuung der Untersuchungsgefangenen.

²⁵⁰ Art. 29 al. 2 de la Loi sur l'exécution des peines et mesures.

²⁵¹ § 14 Verordnung über die Gefängnisse und die Vollzugsanstalten.

²⁵² § 26 al. 4 Straf- und Justizvollzugsgesetz.

²⁵³ LU ne dispose d'une réglementation que pour les hôpitaux publics, à savoir le « *Reglement über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Luzerner Kantonsspitals* » mais qui n'est pas applicable en l'espèce à moins que le patient soit hospitalisé.

²⁵⁴ Encore une fois il est rappelé que la loi sanitaire SG effectue une délégation à une ordonnance pour ce qui est du droit des patients, en l'espèce le droit d'accès au dossier.

²⁵⁵ § 26 al. 3 Straf- und Justizvollzugsgesetz.

établissements soumis à l'étude (2) pour finalement dégager quelques éléments critiques (3).

L'établissement de Bostadel a été construit et est exploité conjointement par les cantons de BS et ZG sur la base d'un contrat entre ces deux cantons. Il dispose de 80 places et s'occupe de récidivistes et de détenus condamnés à de longues peines (réclusion).

A. Statut et structure

Il est rattaché au Concordat de Suisse central et nord-ouest. Il est indépendant ; sa nature relève du droit public des deux cantons fondateurs ; il constitue une personne morale avec siège à Menzingen (ZG). Il est séparé de l'administration des deux cantons.

Ces organes sont les suivants : Commission de surveillance paritaire²⁵⁶ (paritätische Aufsichtskommission), Direction²⁵⁷, et Conférence des fonctionnaires (Beamtenkonferenz). Les rapports de services avec l'institution sont particuliers et sont réglés par le contrat²⁵⁸.

En matière de responsabilité, les prétentions en dommages intérêts sont à présenter devant un Tribunal zougais (art. 16 al. 3 dudit contrat).

S'agissant des recours contre des décisions internes à l'institution, le premier échelon est la direction, puis la Commission de surveillance paritaire, puis la Commission de recours.

L'art. 12 let. c du contrat prévoit que la commission paritaire établit un Règlement d'établissement ainsi que d'autres règlements indispensables.

B. Réglementation en vigueur pour Bostadel

La réglementation pour Bostadel est constituée des actes suivants :

- *Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Zug zur Errichtung und zum Betrieb einer gemeinsamen Strafanstalt im Bostadel (Kanton Zug)*²⁵⁹ (ci-après le contrat) ;
- *Personalverordnung für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Strafanstalt Bostadel*²⁶⁰ ;
- *Hausordnung*²⁶¹ (ci-après : le Règlement d'établissement) ;

²⁵⁶ Art. 11 du contrat : elle est composée de 8 membres, dont un président et un vice-président, tous élus par les exécutifs cantonaux (quatre chacun). Elle se constitue elle-même.

²⁵⁷ Art. 13 du contrat : elle est composée d'un directeur et d'un administrateur ; ils sont élus par la commission de surveillance (art. 12).

²⁵⁸ Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Zug zur Errichtung und zum Betrieb einer gemeinsamen Strafanstalt im Bostadel (Kanton Zug).

²⁵⁹ Disponible via BS en tant que SG 258.500 et pour ZG sous BGS 332.31. Pour le lien direct vers ces textes, voir l'annexe III du présent rapport.

²⁶⁰ Disponible via ZG sous BGS 332.311. Pour le lien direct vers ce texte, voir l'annexe III du présent rapport.

- *Handbuch Sanität*²⁶² (ci-après : le manuel).

S'agissant du Règlement d'établissement et du manuel²⁶³ et des thèmes abordés ci-dessus dans l'analyse des droits cantonaux, il est prévu ce qui suit :

- Soins : droit, accès et organisation .²⁶⁴

§ 4.2 : lors de l'entrée dans l'établissement, un entretien a lieu avec le directeur pour éclaircir l'état de santé du nouveau détenu.

§ 2.1 : *un détenu entrant est obligatoirement soumis à un examen médical, lors de ce dernier il est proposé au nouveau détenu d'effectuer des tests de dépistage (VIH et hépatite B et C) qui ne sont pas obligatoires.*

§ 7.4 : les détenus ont droit au minimum à une heure à l'air libre chaque jour.

§ 9.1.1 : les soins sont garantis.

§ 9.1.2 : le médecin est disponible au moins une fois par semaine. Il doit établir un rapport sur l'état de santé du patient dès que possible après l'arrivée de ce dernier.

Il ressort en outre de la documentation reçue lors de l'enquête, qu'un service médical est disponible, mais qu'il n'offre pas de permanence.²⁶⁵

- Libre choix :

§ 9.1.2 : Au vu de l'énoncé de cet article il n'y a apparemment pas de libre choix du praticien. Au surplus, dans les documents fournis, aucun n'indique qu'un tel choix existe.

- Médecin : statut, indépendance et objection de conscience :

Le statut du médecin n'a pas pu être dégagé des documents fournis. En revanche, le médecin en fonction a fait référence à son contrat de travail (Anstellungsvertrag) lors de l'enquête. Il apparaît en conséquence qu'il doit probablement être engagé par l'établissement.

S'agissant encore de l'indépendance, on constate qu'il n'est pas clairement dit quel médecin, ou quel personnel soignant effectue la fouille approfondie (voir la discussion *infra*).

- Information du patient :

²⁶¹ Fourni dans le cadre de l'étude par la direction de l'établissement.

²⁶² Egalement fourni par la direction de l'établissement. D'autres documents ont été remis, mais ils ne sont pas cités ici.

²⁶³ Les références au manuel seront faites en italique.

²⁶⁴ Le chapitre principal sur les soins est le § 9.

²⁶⁵ Cf. Merkblatt zum § 9 des Hausordnung.

Aucune disposition à ce sujet ne ressort des documents reçus.

- Autonomie de la volonté (consentement / refus de soins) :

Aucune disposition à ce sujet ne ressort des documents reçus. Toutefois un formulaire concernant les tests de dépistage permet de voir qu'à ce sujet il y a le choix de les accepter ou non (comme mentionné ci-dessus).

- Soins sous contrainte et utilisation de celle-ci :

§ 2.1 : l'examen médical d'entrée est obligatoire, dès lors la contrainte peut probablement être utilisée pour mener celui-ci à bien.

§ 6.4.2 : si la direction a un doute fondé, elle peut ordonner une fouille approfondie, effectuée par un médecin ou du personnel formé aux soins.

§ 9.1.2 : cf. ci-dessus § 2.1.

- Confidentialité (dossier, secret médical) :

§ 4.2 : l'entretien d'entrée avec le directeur, l'état de santé est discuté.

§ 1.3 : les membres du service médical sont soumis au secret professionnel (« ärztliche Schweigepflicht »).

§ 9.1.2 : le médecin de la prison doit établir un rapport sur l'état de santé du détenu.

C. Eléments critiques

Le système légal prévalant pour l'établissement de Bostadel n'est pas très clair. Cela est dû à la structure même de l'exploitation qui est conjointe entre BS et ZG. Toutefois, force est de constater que les documents reçus ne permettent pas objectivement de cerner le cadre dans lequel s'exerce l'activité médicale au sein de cet établissement. Le droit zougais devrait donc théoriquement s'appliquer à l'exercice de l'activité médicale à Bostadel pour toute lacune des règlements de l'établissement. Toutefois, lors de l'enquête, la direction de l'établissement a clairement fait savoir que le droit zougais ne s'appliquait pas du tout.

De l'avis des experts, si la volonté des deux cantons est de soustraire l'établissement de Bostadel à leur droit respectif s'agissant des droits et obligations des détenus et du personnel, ils devraient mettre en place un système de normes (hybrides ou spécifiques) bien plus complet. En l'espèce, en l'absence de normes applicables clairement définies, c'est le droit fédéral et constitutionnel qui est applicable et partant, les normes en place ne sont clairement pas suffisantes, respectivement ne sont pas valables au regard des principes présidant à la restriction des droits fondamentaux.

PARTIE II : RAPPORT DE SYNTHÈSE

Lors de la phase II, deux établissements différents ont été visités afin d'obtenir un aperçu de la pratique médicale pénitentiaire. L'intérêt de cette démarche était d'en apprendre davantage sur la collaboration entre le service médical²⁶⁶ et la direction, et des entretiens ont été menés à ce sujet avec le médecin ou l'équipe de médecins et avec la direction. Aucun autre collaborateur n'a été interrogé et la perspective des détenus n'a pas non plus été examinée. Conformément au mandat reçu, l'étude n'a porté que sur deux établissements. Il convient donc de présenter les résultats des observations en restant dans les généralités, afin d'exclure toute possibilité d'identification de ces établissements. Ainsi, les auteurs présentent sciemment les observations relatives aux deux établissements dans un contexte plus large, sans prétendre pour autant appréhender le contexte suisse.

Dans une première partie, le chapitre décrit la méthodologie adoptée et montre ses possibilités et ses limites. Dans une deuxième partie, les informations obtenues lors des visites sont condensées en une synthèse²⁶⁷ et font l'objet d'une discussion sous l'angle de l'indépendance du service médical.

2.1 Méthodes

Les méthodes suivantes ont été appliquées

Tableau 1 : Aperçu des méthodes

Méthode	Manière de procéder	But
Analyse de documents	Analyse des documents issus de la phase I	Clarification du contexte du projet Information sur les normes du travail quotidien des établissements Information pour la préparation du fil conducteur des entretiens

²⁶⁶ Dans le texte qui suit, sous les termes « service médical », nous entendons le service médical et le personnel de soins professionnel qui est soumis au corps médical. Il s'agit ici d'établir une distinction par rapport aux prestations de soins de santé fournies par le personnel des établissements, qui ne dispose d'aucune qualification professionnelle en médecine ou dans le domaine des soins.

²⁶⁷ Un rapport détaillé a été présenté au groupe de pilotage pour chacune des deux visites d'établissement. Ces deux rapports constituent la base des explications figurant dans ce chapitre.

Observation	Tour de l'établissement	Impression retirée des locaux, infrastructure, etc.
Interviews semi-directifs	Entretien avec la direction Entretien avec le médecin / l'équipe de médecins Entretien en commun (direction et médecin)	Information sur la collaboration entre le médecin et la direction Vue de l'organisation et de la pratique médicale dans le quotidien de l'établissement

L'analyse des documents a servi à la préparation des entretiens semi-directifs et à l'élaboration des données contextuelles relatives à chaque établissement. Sur la base de ces préparatifs, un fil conducteur a été défini, contenant les mêmes thèmes pour les deux établissements, mais aussi des questions spécifiques à chacun d'eux. Semi-directif signifie qu'un entretien relativement ouvert est mené. Un tel entretien est, d'une part, structuré de manière aussi ouverte que possible, afin de permettre la saisie d'un maximum d'informations nouvelles ; d'autre part, le fil conducteur garantit que tous les thèmes identifiés comme importants seront abordés. Le but de la phase II était donc de concrétiser le travail de documentation de la phase I avec des données de terrain. Les interviews ont été complétées par une visite de l'établissement, pour avoir un aperçu de l'équipement et de l'organisation de l'établissement et du service médical en termes de locaux et de matériel.

Il s'agit donc d'une démarche exploratoire à l'aide de méthodes qualitatives. Les deux établissements visités ont été choisis par le groupe de pilotage sur la base de leurs caractéristiques. La visite de ces établissements a donc permis l'observation de systèmes très différents de collaboration entre le service médical et la direction. Toutefois, leur nombre était plutôt faible, même pour une démarche qualitative. C'est pourquoi, ci-après, nous ne traitons pas chaque établissement comme un cas exemplaire, mais nous en ressortons plutôt les facteurs importants pour la pratique médicale pénitentiaire suisse. Là où nécessaire, nous avons en plus fait appel à des références dans la littérature. Nous répondons ainsi également à la condition que les établissements ne doivent pas être nommés.

2.2 Pratique médicale pénitentiaire

Conformément à la loi, la médecine pénitentiaire doit satisfaire au principe de l'équivalence des soins²⁶⁸. Dans ce contexte, les directives de l'ASSM ont été rédigées afin de mettre à disposition des médecins une base pour obtenir le respect des droits des patients et des de-

²⁶⁸ Voir partie I.

voirs des médecins. Lors des visites, nous avons constaté que les directives étaient connues, mais qu'on n'y recourait de façon explicite qu'en partie, tant dans la pratique que pour l'argumentation. C'est pourquoi, ci-après, le rapport n'approfondit pas explicitement les directives de l'ASSM, mais considère les questions de droits des patients et de devoirs des médecins d'une manière générale. Les éléments suivants sont notamment concernés :

- Le libre choix du médecin : dans le contexte de l'exécution des peines, celui-ci est forcément limité. Dans ce cadre, on peut parler d'une sorte de modèle de médecin de famille où le service médical de l'établissement décide de la nécessité ou non d'un transfert dans un service spécialisé.
- Le libre choix du traitement : celui-ci n'est pas garanti sur place dans les divers établissements, car ces derniers ne disposent pas tous d'un spectre aussi large de possibilités thérapeutiques. De ce fait, la possibilité d'un transfert dans les hôpitaux ou les services spécialisés est indispensable pour garantir le libre choix du traitement.
- Le secret médical : l'un des aspects largement discutés est l'obligation du secret médical. La plupart du temps, il s'agit de voir de combien d'informations un établissement a besoin pour pouvoir fonctionner. Ainsi l'obligation du secret médical est applicable envers l'intérieur (établissement), l'extérieur et les autres professionnels de la médecine. Une communication des informations relatives au patient nécessite toujours le consentement de ce dernier. Il est du devoir du médecin de résister à d'éventuelles pressions et de garder le secret médical. La marge de manœuvre dont le médecin a besoin n'est en général pas restreinte. L'arbitrage entre les intérêts de l'établissement et ceux des patients est donc laissé à sa libre appréciation.
- La remise de médicaments : actuellement, celle-ci se fait de différentes manières. Selon la loi, ce sont les pharmaciens qui devraient s'en occuper. Mais cette disposition est justement difficile à appliquer dans des systèmes de consultations, car les médicaments sont remis non pas par du personnel médical, mais par des collaborateurs de l'établissement. Ce qui porte atteinte à des principes tels que le professionnalisme des soins médicaux, l'aspect du contrôle et le secret médical. Souvent, une solution intermédiaire est trouvée pour remplacer le personnel qualifié. A cet effet, on a recours à des moyens techniques (préparation des médicaments et distribution à l'aide de boîtes de dosage) ou organisationnels (processus de travail, mécanismes de contrôle) largement formalisés.²⁶⁹

²⁶⁹ Un tel système de distribution est actuellement développé dans le canton de Neuchâtel.

Le service médical ne peut garantir tous ces éléments que si on ne le soumet pas à des restrictions dans sa pratique médicale. Dans le contexte de l'exécution des peines, l'aspect qui décrit le mieux la pratique médicale est la question de l'indépendance et sa réglementation. Une telle indépendance requiert une séparation technique entre le domaine médical et celui de la direction de l'établissement. Une séparation administrative (p. ex. l'engagement du personnel médical par le canton et non par l'établissement) n'est en revanche pas nécessaire pour garantir la séparation technique²⁷⁰. S'agissant de la réglementation, celle-ci peut s'étendre d'un ensemble de dispositions formalisées à l'absence de règles formelles et donc à des arrangements informels. Il convient toutefois de noter que, pour le bon fonctionnement du quotidien carcéral, il y a, hormis la réglementation des relations, un grand besoin de communication et d'entente entre les deux domaines, pour pouvoir définir une délimitation des responsabilités dans la pratique²⁷¹.

Cet éventail peut être subdivisé en se fondant sur la présence de divers degrés de formalisation : (1) Lois au niveau cantonal, (2) Contrats (p. ex. pour une activité de consultant) entre le service médical et l'établissement, et (3) Traduction des normes en processus de travail, questions d'organisation et composantes structurelles.

Si l'on décrit la pratique médicale en termes d'indépendance et de réglementation, on peut distinguer schématiquement quatre possibilités (voir graphique 1) :

1. Il n'y a aucune disposition formelle susceptible de garantir une indépendance professionnelle pour le service médical. Ce dernier se retrouve alors dans une position de dépendance par rapport à la direction et doit subordonner aux buts et aux intérêts de l'établissement ses décisions concernant les soins médicaux fournis aux détenus. Il est donc soumis au pouvoir de la direction, qui outrepassse ses compétences par rapport aux questions médicales.
2. Il n'existe aucune disposition formelle, mais sur un plan informel, la direction et le service médical sont conscients de leurs rôles respectifs et se comportent donc en conséquence. La collaboration repose sur une confiance mutuelle et sur une communication informelle qui fonctionne bien. Cela dit, à cause du caractère informel de la réglementation, l'indépendance du service médical dépend des personnes et la continuité de cette situation peut être fortement mise en péril par des changements de personnel.

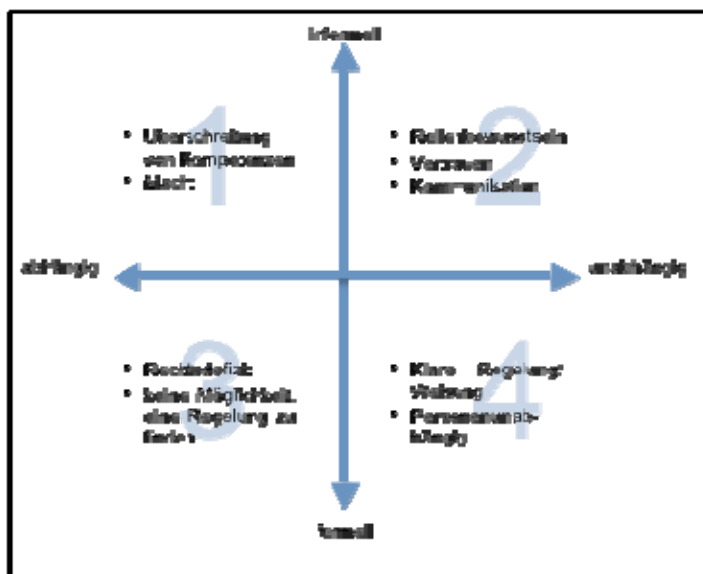
²⁷⁰ Voir GRAVIER BRUNO ET SPRUMONT DOMINIQUE, *Soins en prison : quelle formation, pour quels personnels ?*, in : Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, NICOLAS QUELOZ ET AL. (Eds), Berne 2003, p. 219-239.

²⁷¹ On constate cette nécessité aussi dans des pays à forte densité de réglementation, comme la France. Voir ADOLPHE MONIQUE, Compte rendu de la séance de l'Académie nationale de médecine consacrée à « la santé en prison », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2008, 192, n° 7, 1413-1422, séance du 21 octobre 2008.

3. Des dispositions existent, mais elles sont lacunaires et ne garantissent l'indépendance du service médical que dans une mesure insuffisante, voire pas du tout. Ce déficit juridique a pour conséquence que le service médical se retrouve dépendant de la direction de l'établissement et ne peut pas se référer aux dispositions existantes, car celles-ci favorisent le statu quo.
4. Dans le cas d'une indépendance formellement réglementée du service médical, la collaboration entre le médecin et la direction repose sur des dispositions et des directives claires. Le caractère formel des dispositions garantit l'indépendance du service médical quelles que soient les personnes et leurs relations entre elles.

Ces quatre catégories sont de nature idéale. En situation réelle, les établissements et leurs formes respectives de collaboration entre service médical et direction ne peuvent pas forcément être attribués entièrement à l'une de ces catégories idéales, mais constituent des formes mixtes ou intermédiaires.

Graphique 1: réglementation de l'indépendance médicale



Source : propre représentation

Si l'on considère les divers établissements, on peut observer différents facteurs qui ont une influence sur la collaboration concrète entre le service médical et la direction.

2.2.1 La taille de l'établissement

A l'aune du nombre de détenus, les divers établissements en Suisse et leurs services médicaux sont pourvus de ressources très différentes (pour un aperçu du contexte helvétique, voir MASIA, ACHERMANN, HOSTETTLER ET RICHTER 2007²⁷²). D'une manière générale, on peut toutefois dire que les grands établissements disposent, dans l'absolu, de davantage de ressources. Habituellement, un grand établissement, contrairement à un petit, peut s'offrir un service entièrement pourvu de personnel médical professionnel.

Cela implique que différentes solutions doivent être trouvées dans l'organisation du service médical. Dans un service médical entièrement pourvu, l'indépendance technique est plus facile à régler que dans un service de consultation. Il apparaît que c'est justement dans un service de consultation, où des non-professionnels (c'est-à-dire du personnel de l'établissement sans formation spécialisée) sont, le cas échéant, responsables d'une grande partie des soins médicaux, que des problèmes peuvent apparaître lorsque des mesures de sécurité sont confondues avec des mesures médicales. Dans un tel cas, l'indépendance du service médical n'est plus garantie.

2.2.2 Le mandat d'exécution

Du mandat d'exécution que l'établissement doit remplir découlent différentes exigences pour le service médical. La durée de la peine a, par exemple, une influence sur le choix des thérapies qu'il vaut la peine de mettre en œuvre. Selon la nature de la détention (p. ex. en vue du renvoi ou de l'expulsion), les détenus tendent à ne disposer d'aucune assurance-maladie et ne sont pas non plus attribués à une commune qui prendrait en charge les frais du traitement. Se posent alors des questions concernant le remboursement de la prestation médicale.

A la différence des centres d'exécution ordinaire, dans les formes d'exécution spécialisées (p. ex. exécution des mesures ou exécution normale avec traitement de substitution en cas d'héroïnomanie), on dispose en général de services médicaux bien établis et de professionnels formés sur les plans somatique et psychiatrique.

²⁷² MASIA, MAURIZIA, CHRISTIN ACHERMANN, UELI HOSTETTLER UND MARINA RICHTER (2007). Auswertungsbericht zum Fragebogen "Analyse von Präventionsmassnahmen und Behandlungsangeboten zu Infektionskrankheiten und Drogenabhängigkeit in Schweizer Anstalten des Freiheitsentzugs". Mandant : Bundesamt für Gesundheit, Sektionen Aids, Drogen und Grundlagen, Vertrag Nr.: 06.001327 / 2.25.01.-1040. Freiburg i.Ü.: Departement Sozialarbeit und Sozialpolitik der Universität Fribourg. 102 pages. <<http://www.bag.admin.ch/evaluation/01759/02062/04558/index.html?lang=de>>

2.2.3 Le contexte cantonal

Dans certains cantons (p. ex. Genève et Vaud), les soins médicaux sont réglés de façon centralisée. Ce qui garantit l'indépendance du personnel médical tant pour l'engagement que pour les directives, car il est engagé au niveau cantonal, p. ex. par l'hôpital cantonal ou universitaire. De cette façon, les collaborateurs de l'établissement et ceux du service médical sont des employés de départements cantonaux différents. Le service médical est ainsi indépendant de l'établissement non seulement sur le plan technique, mais aussi pour l'organisation. Des solutions décentralisées, comme celles pratiquées par les autres cantons, impliquent la nécessité de renégocier l'indépendance médicale pour chaque établissement et d'en fixer les termes par contrat.

Dans les cantons de Genève (HUG) et de Vaud (CHUV), les soins médicaux sont fournis par l'hôpital universitaire. Ainsi les établissements sont en relation directe avec les services d'un grand hôpital et son large éventail de prestations. Le principe d'équivalence dans le domaine du libre choix du traitement est ainsi mieux respecté.

2.2.4 Le degré d'intégration de l'établissement en milieu urbain

Comme nous l'avons dit plus haut, le libre choix du médecin est, le cas échéant, restreint par le contexte de l'exécution des peines. Dotés de ressources différentes, les services médicaux des divers établissements ne peuvent satisfaire au principe du libre choix du traitement que dans la mesure de leurs possibilités. Les détenteurs ayant besoin d'un traitement qui n'est pas dispensé de manière interne, sont donc soignés à l'extérieur, par un spécialiste ou dans un hôpital. Pour des raisons logistiques, on a si possible recours à un spécialiste ou à un hôpital des environs immédiats dans un tel cas.

Ce qui signifie que les établissements pénitentiaires semi-ouverts et les établissements pour l'exécution de mesures en milieu urbain ont accès à une offre médicale plus étendue que les établissements qui se trouvent en milieu rural. Le principe d'équivalence pour le libre choix du traitement doit donc être considéré sous un angle régional. Une équivalence existe en relation avec la population de la région où se trouve l'établissement. Même si tous les établissements peuvent en principe accéder aux cliniques universitaires des régions urbaines, les offres de proximité sont préférées pour des raisons d'organisation. Cette règle n'est applicable que de façon limitée aux établissements fermés et à ceux de détention préventive, car des questions de sécurité impliquent que la consultation d'un médecin ou en clinique à l'extérieur soit coordonnée par les services de sécurité des départements médicaux dans les départements de sécurité de l'Hôpital de l'Île (Berne) et des HUG (Genève).

2.2.5 La santé dans l'entreprise

Dans les établissements, on voit de plus en plus se développer une conception globale de la santé, au sens de la Charta « Gesundheitsfördernde Haftanstalten » (STÖVER ET ELGER 2008²⁷³), avec le but de soumettre tous les aspects de la santé (détenus, collaborateurs, sécurité à la place de travail, conditions de travail) à un concept global de la santé dans l'entreprise, tant au niveau de la planification stratégique que dans la transposition opérationnelle.²⁷⁴ La santé est alors plus que l'absence de maladie, et la promotion de la santé est un effort essentiel de la part de tous. Cela implique aussi, en beaucoup d'endroits, un changement dans l'attitude des collaborateurs et dans la culture de l'établissement. On peut illustrer cela en prenant l'exemple de l'évaluation des capacités de travail des détenus. Un établissement veut avoir autant de travailleurs que possible au travail. Ce qui a conduit, en bien des endroits, à considérer que les détenus voulaient surtout se soustraire au travail lorsqu'ils s'annonçaient malades. Il en a résulté une attitude où l'on préférerait rendre l'accès au service médical plus difficile pour un vrai malade que de dispenser un simulateur de son travail. On crée ainsi des obstacles supplémentaires pour les malades.

2.2.6 Le sexe des détenus

Nous n'avons visité que des établissements pour hommes. Par conséquent, nous ne pouvons faire aucune déclaration concrète sur les établissements pour femmes. Toutefois, nous savons par expérience que le facteur sexe des détenus ne doit pas être négligé, dans la perspective d'études complémentaires.

2.2.7 La situation sanitaire des détenus

Durant ces dernières années, la situation sanitaire des détenus a changé à différents égards. Cette évolution a mis les services médicaux face à un défi supplémentaire. L'intégration organisationnelle du service médical dans le système de l'établissement pénitentiaire représente aussi un challenge. L'exemple des maladies infectieuses montre nettement cela (voir

²⁷³ STÖVER, H. ET B. ELGER (2008) AG 3 Charta „Gesundheitsfördernde Haftanstalten“ - Präsentation und Diskussion. In : akzept e.V. et al. (Hg.) 3. Europäische Konferenz zur Gesundheitsförderung in Haft. Dokumentation. Berlin. p. 126-135.

²⁷⁴ Cela est fait en incluant la santé dans la formulation des normes de qualité au niveau du concordat (p. ex. Concordat sur l'exécution des peines de la Suisse centrale et du Nord-Ouest), voir sous <http://www.prison.ch/int/handbuch.html>.

ACHERMANN ET HOSTETTLER 2007; RICHTER, ACHERMANN ET HOSTETTLER 2007)²⁷⁵. Suite à l'augmentation des maladies infectieuses parmi les détenus (surtout VIH/sida, Hep C), les collaborateurs ont émis des doutes concernant la sécurité. Ils ont fait part de la nécessité de savoir quels détenus souffraient d'une telle maladie, afin de pouvoir se protéger en cas d'urgence (blessure). Il a fallu un certain travail d'information pour montrer qu'un tel savoir créait un faux sentiment de sécurité, car on ne savait qu'en partie qui était infecté. Il est apparu plus sûr de toujours suivre les prescriptions de sécurité nécessaires en cas d'urgence.

Une autre question est celle de l'augmentation des maladies psychiques. Celles-ci sont difficilement reconnaissables d'emblée, surtout pour des non-professionnels. Vu l'augmentation de ces maladies, la question se pose pour les collaborateurs de savoir qui est vraiment malade et qui ne fait que simuler. A cet égard, il est d'une part important que les questions psychiatriques soient traitées par un psychiatre. D'autre part, l'indépendance du service médical et l'acceptation de l'obligation du secret médical jouent dans ce cas un rôle important dans le fait que des restrictions pour le quotidien de l'établissement soient acceptées.

Et finalement, la diversité croissante des maladies de nature somatique ou psychique nécessite une spécialisation du service médical. Hormis les praticiens généralistes, de plus en plus de spécialistes sont sollicités. Cela pose aux établissements des problèmes de logistique et d'organisation et incite le médecin de l'établissement à consulter toujours plus souvent un spécialiste avant une décision.

²⁷⁵ ACHERMANN, CHRISTIN ET UELI HOSTETTLER, *Infektionskrankheiten und Drogenfragen im Freiheitsentzug. Rapid Assessment der Gesundheitsversorgung. Freiburg i.Ü.* 2007. <http://www.bag.admin.ch/evaluation/01759/02062/03822/index.html?lang=d>; RICHTER, MARINA, CHRISTIN ACHERMANN ET UELI HOSTETTLER, *Plus d'information et de prévention. Une enquête sur les maladies infectieuses et les questions de drogue dans l'exécution des peines.* In : *Information sur l'exécution des peines et mesures - bulletin info* 2007(2):13-16.

CONCLUSIONS / SCHLUSSFOLGERUNGEN

Dans sa dernière séance du 13 mars 2009, le groupe de pilotage a été invité à tirer des conclusions générales concernant le projet, sa réalisation et les résultats obtenus. Il en est résulté les dix points suivants :

<p>1. Les Directives de l'Académie établissent les principes minimaux nécessaires du point de vue des droits des patients et des obligations professionnelles du médecin.</p>	<p>1. Die Richtlinien der SAMW stellen die minimal notwendigen Grundlagen für Fragen zu Patientenrechten und zu ärztlichen Pflichten dar.</p>
<p>2. Du point de vue du contenu, les droits des patients sont les mêmes dans toute la Suisse.</p>	<p>2. Aus inhaltlicher Sicht sind die Patientenrechte in der ganzen Schweiz gleich.</p>
<p>3. Du point de vue formel, il y a cependant des variations qui ne concernent pas seulement les procédures, mais aussi les autorités compétentes et la propre organisation des soins médicaux.</p>	<p>3. Aus formeller Sicht gibt es jedoch Unterschiede: dies betrifft nicht nur die Verfahrensweisen sondern auch die zuständigen Behörden respektive die eigentliche Organisation der medizinischen Versorgung.</p>
<p>4. Du point de vue des compétences et des responsabilités professionnelles, il faut clairement distinguer les services pénitentiaires (direction et personnel) et les services médicaux (médecins et soignants). Dans la fourniture des soins, les médecins et les soignants sont professionnellement indépendants. Autrement dit, le personnel administratif et d'encadrement n'est pas compétent pour prendre des décisions de soins et ne doit pas interférer dans la relation patient-médecin/soignant. A l'inverse, les services médicaux ne doivent pas davantage interférer dans le champ de compétences du personnel pénitentiaire</p>	<p>4. Bezüglich der professionellen Kompetenzen und Pflichten sollte zwischen Gefängnisadministration (Leitung und Mitarbeiter) und dem medizinischen Dienst (Ärzte und Pflegepersonal) strikt unterschieden werden. Ärzte und Pflegepersonal sind in der Ausübung ihrer beruflichen Pflegetätigkeit unabhängig. Mit anderen Worten sind die administrativen Mitarbeiter und die Kader nicht kompetent, Entscheidungen zu treffen, die den Kompetenzbereich des medizinischen Dienstes tangieren. Sie sind nicht befugt, in die Beziehung Arzt/Pflegepersonal und Patient einzugreifen. Umgekehrt ist der medizinische Dienst ebenso wenig befugt in den Kompetenzbereich des Gefängnispersonals einzugreifen.</p>

<p>5. L'indépendance liée aux champs de compétences et de responsabilités professionnelles n'est pas en soi contraire à une organisation du système qui intègre les deux services sous un même toit. Il est cependant indispensable dans tous les cas de garantir l'indépendance décisionnelle du médecin et du personnel soignant.</p>	<p>5. Die Unabhängigkeit der professionellen Kompetenzen und Pflichten der beiden unterschiedlichen Dienste widerspricht jedoch nicht grundsätzlich einer Organisationsform, die beide Dienste unter einem Dach integriert. Es ist jedoch unabdingbar, die Unabhängigkeit der ärztlichen und pflegerischen Entscheidungen zu gewährleisten.</p>
<p>6. Les directives de l'Académie suisse des sciences médicales ne font que la moitié du chemin dans la mesure où elles se limitent au champ de compétence médicale. La communication et la collaboration entre les deux services pénitentiaire et médical font défaut et doivent encore être réglés et décrits concrètement.</p>	<p>6. Die Richtlinien der SAMW beschreiben nur die Hälfte des Weges, weil sie auf den medizinischen Kompetenzbereich beschränkt sind. Die Kommunikation und die Zusammenarbeit zwischen Gefängnisleitung und medizinischem Dienst werden weitgehend ausgespart und sollten im Weiteren konkreter ausformuliert und geregelt werden.</p>
<p>7. Même dans les cantons où il y a une séparation structurelle des services, il existe le besoin d'améliorer la communication et de clarifier la répartition des compétences entre ceux-ci.</p>	<p>7. Selbst in den Kantonen, in denen es eine strukturelle Trennung der beiden Dienste gibt, existiert aktuell dennoch der Bedarf, die gegenseitige Kommunikation zu verbessern und die Kompetenzen klarer abzugrenzen.</p>
<p>8. Le secret médical doit dans tous les cas être préservé, mais ne doit pas empêcher une communication entre les deux services dans la mesure nécessaire. Une bonne communication entre les services pénitentiaire et médical est indispensable pour une exécution des peines sans accrocs.</p>	<p>8. Das Arztgeheimnis muss in jedem Fall bewahrt werden. Es sollte aber auch kein unüberwindbares Hindernis sein, welches die notwendige Kommunikation zwischen beiden Diensten behindert. Eine gute Kommunikation zwischen Gefängnisadministration und ärztlichem Dienst ist für einen reibungslosen Strafvollzug unabdingbar.</p>

<p>9. Les compétences / qualifications des professionnels des deux services doivent être précisées, notamment sous l'angle de la formation de base et de la formation continue.</p>	<p>9. Die Kompetenzen und Qualifikationen des Fachpersonals beider Dienste müssen näher bestimmt werden, insbesondere was die Aus- und Weiterbildung betrifft.</p>
<p>10. En cas de système intégré, à savoir lorsque le service médical fait directement parti du service pénitentiaire, il peut y avoir un problème concernant le libre choix du médecin et surtout le libre choix du traitement. Cela peut signifier que les soins relèvent du budget de l'établissement, ce qui impose une responsabilité directe de la direction de l'établissement. Il existe dans ce cas le risque que les réflexions économiques influencent ou limitent les décisions médicales et les choix thérapeutiques. Cela peut poser des problèmes dans la mesure où la responsabilité juridique de la direction de l'établissement pourrait être engagée.</p>	<p>10. In dem Modell in welchem der ärztliche Dienst in die Gefängnisadministration integriert und der Gefängnisleitung untergeordnet ist, kann es zu Problemen im Bereich der freien Arztwahl und vor allem der Behandlungswahl kommen. Dies kann auch bedeuten, dass die ärztlichen Behandlungskosten in das Anstaltsbudget integriert sind und in den direkten Verantwortungsbereich der Anstaltsdirektion fallen. Hierbei besteht die Gefahr, dass ökonomische Überlegungen medizinische Entscheidungen und Behandlungswahl beeinflussen bzw. beschränken. Dies kann zu Problemen führen, für die die Anstaltsleitung rechtlich haftbar gemacht werden könnte.</p>

REMARQUES FINALES

Prof. Dominique Sprumont, Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel

Les conclusions du groupe de pilotage sont volontairement très larges. Elles mettent en lumière les points essentiels de ce travail qui peuvent se résumer en deux mots : clarification et communication. Elles permettent aussi d'apprécier le chemin parcouru depuis le début de la réalisation de ce mandat. En effet, le point de départ était une demande des médecins pénitentiaires qui exprimaient leurs soucis concernant l'effectivité des directives de l'Académie. Il s'agissait en d'autres mots d'apprécier dans quelle mesure les médecins pouvaient librement exercer leur art dans les lieux de détention. L'Institut de droit de la santé a d'emblée exigé que cette étude se fasse avec la pleine participation des milieux pénitentiaires et s'est adressé dans ce sens à la CCDJP, respectivement à la Conférence suisse des établissements de détention (CSED) afin qu'elles désignent des membres du groupe de pilotage. Si l'accueil réservé au projet fut d'entrée positif, il faut aussi d'admettre que les premières remarques que nous avons reçues n'étaient pas exemptes de critiques à l'encontre des directives ASSM. Le dialogue était cependant ouvert et la volonté de travailler ensemble s'est encore renforcée en cours de route, chacune et chacun reconnaissant qu'ils partageaient les mêmes préoccupations, même si la stratégie pour y faire face n'était pas la même. Je souhaiterais ainsi remercier très sincèrement chaque membre du groupe de pilotage pour son esprit d'ouverture et son engagement tout au long de ce projet. La qualité des échanges a été remarquable et a largement contribué à la réussite de ce travail.

D'aucuns regretteront peut-être le caractère général des conclusions auxquelles nous avons abouti. Il s'agit cependant de les replacer dans leur contexte. La priorité était d'établir une photographie de l'état du droit en la matière avec une vision des problèmes concrets rencontrés dans la pratique. Le travail comprend ainsi deux parties clairement séparées. Le survol de la réglementation ne porte pas en soi à commentaire. Si nous avons pu mettre en lumière des faiblesses dans la législation de certains cantons, respectivement la réglementation de quelques établissements, la situation paraît tout à fait acceptable sous l'angle de la protection des droits des détenus, ainsi que des droits et obligations des professionnels de la santé. Le problème principal est celui de la base légale parfois insuffisante pour justifier d'éventuelles restrictions des droits des détenus dans l'accès aux soins (libre choix du médecin et du traitement) et la protection de leur sphère privée et de la confidentialité des données les concernant.

La deuxième partie est plus délicate. En effet, pour des raisons organisationnelles et financières, il n'était pas envisageable de visiter l'ensemble des établissements dont la réglementation a été étudiée. Il a donc fallu procéder à un choix qui s'est finalement arrêté à deux établissements qui, non seulement, n'ont pas la même organisation en matière de soins, mais assument des tâches différentes (préventive, exécution de peine) et n'ont pas la même taille, sans parler du fait qu'ils ne relèvent pas du même concordat et que l'un est alémanique, l'autre romand. Ces deux établissements sélectionnés ont été contactés afin d'obtenir leur accord de procéder à une visite visant à mieux connaître les pratiques actuelles au regard de la direction de l'établissement et du service médical. Chaque visite a fait l'objet d'un rapport détaillé transmis pour information et commentaires aux membres du groupe de pilotage ainsi qu'aux personnes interrogées. Une attention particulière a été de préserver la confidentialité et la sphère privée des uns et des autres. C'était d'ailleurs une condition sine qua non des visites, les établissements concernés ayant reçu la garantie que leur dossier serait traité de manière complètement anonyme. Le but de la démarche n'était pas de mettre en lumière des dysfonctionnements particuliers mais de mieux connaître l'état de la pratique médicale en milieu pénitentiaire. La protection des intérêts des établissements concernés était donc fondamentale afin d'instaurer un rapport de confiance. Ceci explique pourquoi le présent rapport n'entre pas davantage dans le détail concernant ces visites. Nous avons cependant cherché à offrir une image aussi réelle que possible de la situation en complétant, le cas échéant, le résultat de nos observations par des références à la littérature spécialisée.

Concernant les conclusions du groupe de pilotage, davantage de précisions aurait peut-être été souhaitable. L'essentiel était cependant de poser les bases communes d'un renforcement du dialogue entre les différents acteurs du système. Les conclusions mettent ainsi en exergue plusieurs principes fondamentaux dans lesquels, nous l'espérons, chacun peut se reconnaître. Premier point important, le fait que les directives de l'Académie ne constituent pas un but idéal mais le recueil des règles minimales tant éthiques et que juridiques concernant la pratique médicale en milieu de détention. Personne ne semble vouloir aujourd'hui contester cette réalité. Deuxième point tout aussi important, les directives de l'Académie ne traitent que d'un aspect de la question sous l'angle des médecins. Il manque des directives équivalentes qui préciseraient le rôle et les responsabilités du personnel pénitentiaire en relation avec la santé des détenus. Cela implique une clarification des relations entre personnel des services pénitentiaires et des services médicaux et soignants.

A ce stade, nous ne pouvons cependant que poser le constat. Il n'entraîne pas dans le champ de notre mandat que d'apporter des solutions à ce sujet, au-delà du fait de mettre cette question en lumière. Les conclusions générales du groupe de pilotage doivent ainsi se comprendre comme autant de pistes de réflexion qui devraient guider le dialogue entre médecins

et directeurs d'établissements. Il s'agit en fait aujourd'hui d'institutionnaliser les échanges entamés dans le groupe de pilotage dans un partenariat entre les différents acteurs. Les conditions paraissent réunies pour créer un groupe de travail à disposition des uns et des autres pour développer des directives communes sur la répartition des compétences en matière de soins, ainsi que de protection et de promotion de la santé des détenus et du personnel des établissements, mais aussi pour fonctionner comme espace de dialogue pour répondre à des questions concrètes touchant les établissements. Une telle démarche répond à un véritable besoin. Nous espérons ainsi que le présent rapport n'est qu'une première étape dans cette direction.