

Frédéric Erard / Olivier Guillod

Levée générale du secret médical et assistance au suicide

Cette contribution est le produit dérivé d'un mandat confié en 2016 à l'Institut de droit de la santé (IDS) de l'Université de Neuchâtel par la Direction des Affaires juridiques des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG). Elle a pour objectifs de déterminer si une déclaration écrite de levée générale du secret médical donnée par une personne avant d'avoir recours à l'assistance au suicide continue de déployer des effets après la mort de cette personne et, dans l'affirmative, d'en préciser les limites.

Catégories d'articles : Contributions
Domaines juridiques : Droit de la santé

Proposition de citation : Frédéric Erard / Olivier Guillod, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, in : Jusletter 29 janvier 2018

Table des matières

- I. Introduction
- II. Devoirs de confidentialité des médecins d'un établissement médico-hospitalier de droit public
 - 1. Secret professionnel (art. 321 CP)
 - 2. Secret de fonction (art. 320 CP)
 - 3. Concours entre secret professionnel et secret de fonction
 - 4. Autres devoirs de confidentialité
- III. Consentement du patient à la levée du « secret médical »
 - 1. Consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 CP)
 - 2. Consentement à la levée du secret de fonction (art. 320 CP)
 - 3. Consentement à la transmission de données personnelles du point de vue de la législation genevoise sur la protection des données (art. 35 al. 2 LIPAD)
 - 4. Consentement à la levée du secret professionnel instauré par la législation sanitaire genevoise (art. 88 al. 1 LS-GE)
 - 5. Rapports entre les différentes formes de secret du point de vue du consentement du patient à la levée du secret
- IV. Conditions générales de validité du consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 ch. 2 CP)
- V. Limites du consentement à la levée du secret professionnel par le patient
 - 1. Revue de la doctrine
 - 2. Protection contre les engagements excessifs
 - 3. Validité d'une levée du secret professionnel à l'égard de tous les médecins
 - 4. Validité des effets post mortem d'un consentement à la levée du secret
 - A. La persistance des droits d'une personne après sa mort
 - B. Secret professionnel après la mort
 - C. Validité post mortem de la levée du secret médical par le patient
 - D. Principes d'interprétation d'une clause de levée du secret
 - 5. Analyse de la clause de levée du secret dans le cas d'espèce
- VI. Conclusion

I. Introduction

[Rz 1] La présente contribution aborde la question générale de savoir quelle est la validité *post mortem* d'une levée du secret professionnel signée par un patient avant son décès. Plus spécialement, elle examine la validité d'une déclaration écrite de levée du secret professionnel, datant d'un mois avant la commission d'un suicide avec l'aide d'Exit, rédigée en ces termes : « *Je soussigné [X] demande que l'association d'aide au suicide [Y] me prête assistance pour mettre fin à mes jours. Je suis membre de votre association depuis le [date] et déclare être tout à fait lucide et déterminé dans la requête que je vous adresse. La maladie dont je suis atteint est incurable. Mes souffrances, tant physiques que psychiques, sont intolérables et ma qualité de vie est devenue pour moi inacceptable. Ma décision est mûrement réfléchie et je déclare que les personnes présentes lors de mon autodélivrance ne sont nullement impliquées dans le choix de mon geste. Enfin, je délève du secret médical tous les médecins qui m'ont prodigué des soins.*

Fait à [lieu], le [date]. [Signature] ».

[Rz 2] Pour répondre à ces questions, nous examinerons en premier lieu les obligations de confidentialité qui sont imposées aux médecins travaillant dans les établissements médico-hospitaliers de droit public. Nous présenterons ensuite la notion de consentement à la levée du secret médical (qualification juridique et conditions), puis nous examinerons la portée de ce consentement.

Nous enchaînerons en nous prononçant sur la validité post mortem du consentement à la levée du secret médical, en général et dans le cadre spécifique de l'assistance au suicide

[Rz 3] N.B. : la présente contribution s'appuie sur le droit en vigueur et ne prend donc pas en compte les révisions législatives en cours dans le domaine de la protection des données et du secret professionnel, car ces révisions n'exercent pas d'influence directe sur les conclusions auxquelles nous parvenons quant à la validité du consentement donné par le défunt avant sa mort. Notons cependant que le projet de révision de la loi fédérale sur la protection des données prévoit d'élargir le droit d'accès aux données personnelles d'une personne décédée. Si le projet est accepté comme tel, la LPD autoriserait alors les tiers au bénéfice d'un intérêt légitime à accéder sous certaines conditions aux données médicales d'une personne décédée, même en l'absence d'un consentement donné par le défunt avant sa mort.

II. Devoirs de confidentialité des médecins d'un établissement médico-hospitalier de droit public

[Rz 4] Les professionnels de la santé travaillant dans des établissements médico-hospitaliers de droit public tels que les HUG sont soumis à plusieurs obligations de confidentialité, souvent réunies, de manière juridiquement impropre, sous la dénomination de « secret médical » au sens large.

[Rz 5] En raison de la situation à l'origine de cette contribution, nous nous concentrerons sur les obligations de confidentialité des médecins exerçant en établissement médico-hospitalier de droit public. Nos développements peuvent toutefois être transposés aux autres professions de la santé exerçant en milieu médico-hospitalier de droit public, en particulier aux auxiliaires des médecins.

1. Secret professionnel (art. 321 CP)

[Rz 6] L'article 321 du Code pénal suisse (CP) soumet notamment les médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues et leurs auxiliaires au secret professionnel. Ces professionnels sont punissables s'ils révèlent un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci. L'infraction est poursuivie sur plainte et prévoit une peine privative de liberté de trois au plus ou une peine pécuniaire. Les médecins des HUG, de par leur qualification professionnelle, sont soumis au secret professionnel au sens de l'article 321 CP.

2. Secret de fonction (art. 320 CP)

[Rz 7] Parallèlement, l'article 320 CP punit la violation du secret de fonction. Ainsi, celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il a eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Les médecins employés dans un établis-

sement médico-hospitalier de droit public ont la qualité de fonctionnaire et sont donc également soumis en principe au secret de fonction au sens de l'article 320 CP¹.

3. Concours entre secret professionnel et secret de fonction

[Rz 8] Déterminer de quelle manière le secret professionnel (art. 321 CP) doit être appliqué en concours avec le secret de fonction (art. 320 CP) est une question qui n'a pas été clairement tranchée par la jurisprudence du Tribunal fédéral². La doctrine est divisée sur ce sujet. Certains auteurs, à l'instar de BERNARD CORBOZ³, estiment que l'application de l'article 320 CP l'emporte sur l'article 321 CP (concours imparfait), en se fondant sur un ancien arrêt du Tribunal fédéral⁴. Un arrêt plus récent, mais non publié, laisse plutôt croire à la solution inverse, à savoir que l'article 321 CP évincerait (concours imparfait) l'article 320 CP⁵. Le concours idéal, conduisant à l'application de l'article 49 CP (peine alourdie), serait une troisième possibilité théorique. Enfin, un autre courant doctrinal distingue l'acte relevant d'une activité proprement médicale, qui doit être soumis uniquement au secret professionnel, de l'acte dicté par la fonction étatique et soumis au seul secret de fonction⁶.

[Rz 9] La question de l'application en concours des articles 320 et 321 CP peut rester ouverte ici. En effet, la présente contribution traite de questions spécifiques relatives à la levée du secret *médical* par le patient.

4. Autres devoirs de confidentialité

[Rz 10] Parallèlement au secret professionnel et au secret de fonction, les employés des établissements médico-hospitaliers de droit public sont soumis à la législation cantonale sur la protection des données du canton-siège, dès l'instant où ils traitent les données personnelles d'un patient. Les données relatives à la santé d'une personne sont naturellement des données personnelles, qui tombent dans le champ d'application des lois cantonales sur la protection des données. A Genève, l'article 4 *litt. b* de la Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD) les qualifie de données sensibles⁷. La LIPAD pose des exigences relatives au traitement des données personnelles, qui comprend également la trans-

¹ DOMINIQUE MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, 2ème éd., Berne 2013, p. 132.

² ATF 118 II 254 ; arrêt du Tribunal fédéral 6S.543/2006 du 20 février 2007 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_361/2012 du 19 septembre 2012.

³ BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. 2, Berne 2010, art. 321 CP N 48 ; MICHEL DUPUIS ET AL. (édit.), *Petit Commentaire du Code pénal*, Bâle 2012, art. 321 CP N 42.

⁴ ATF 118 II 254.

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_361/2012 du 19 septembre 2012.

⁶ Voir notamment : STEFAN TRECHSEL/HANS VEST in : Stefan Trechsel/Mark Pieth, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 2ème éd., Zurich/St-Gall 2013, art. 320 StGB N 15 ; KARIN KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich*, Zurich 1993, p. 100 ; NIKLAUS OBERHOLZER in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar. Strafrecht II. Art. 111–392 StGB*, 3ème éd., Bâle 2013, art. 321 StGB N 9.

⁷ Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD ; RS-GE A 2 08). La qualification est donc la même qu'en droit fédéral, selon l'article 3 *litt. c* LPD.

mission de données à un ou des tiers⁸, et prévoit des sanctions pénales contre les personnes qui violeraient ses prescriptions⁹.

[Rz 11] Les professionnels de la santé sont en outre soumis à des devoirs de confidentialité par les législations sur l'exercice professionnel. Au niveau fédéral, l'article 40 *litt. f* de la Loi fédérale sur l'exercice des professions médicales universitaires (LPMéd) exige de ces professionnels qu'ils observent « le secret professionnel conformément aux dispositions applicables ». Cette disposition de renvoi n'a donc pas de portée autonome¹⁰. L'article 27 *litt. e* de la Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy), de même que l'article 16 *litt. f* de la future Loi sur les professions de la santé (LPSan)¹¹ reprend la même formulation que l'article 40 LPMéd pour les infirmiers, les physiothérapeutes, les ergothérapeutes, les sages-femmes, les diététiciens, les optométristes et les ostéopathes¹².

[Rz 12] De son côté, le droit sanitaire cantonal peut aussi prévoir un devoir de secret, qui n'aura toutefois de portée autonome que pour les professionnels qui ne sont pas soumis au secret professionnel selon le droit fédéral. Dans le canton de Genève, l'article 87 de la Loi cantonale genevoise sur la santé (LS-GE)¹³ soumet les professionnels de la santé et leurs auxiliaires au « secret professionnel ». Le cercle des professionnels de la santé soumis à la LS-GE est défini à l'article 1 du Règlement genevois sur les professions de la santé (RPS)¹⁴ et comprend 32 professions allant du médecin au droguiste en passant par l'ambulancier. L'art. 134 al. 1 *litt. H* LS-GE permet de sanctionner pénalement le professionnel qui aura violé ce secret professionnel de droit cantonal. Le principe de primauté du droit fédéral rend toutefois cet article inapplicable aux professionnels de la santé déjà punissables en vertu de l'article 321 CP. Ainsi un médecin ne pourrait pas être puni sur cette base, alors qu'un droguiste le pourrait.

[Rz 13] Aux termes de l'article 87 al. 2 LS-GE, le secret professionnel a pour but de protéger la sphère privée du patient et interdit aux personnes qui y sont astreintes de transmettre, même à un autre professionnel de la santé, des informations dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leur profession. Lorsque l'intérêt du patient l'exige, les professionnels de la santé peuvent toutefois, avec son consentement, transmettre des informations le concernant. L'article 88 LS-GE énonce en outre qu'une personne tenue au secret professionnel peut en être déliée par le patient ou, s'il existe de justes motifs, par l'autorité supérieure de levée du secret professionnel. Il réserve aussi les dispositions légales concernant l'obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice. Ces dispositions ne valent également que pour les professionnels de la santé qui ne sont pas soumis à l'article 321 CP.

⁸ Art. 4 *litt. e* LIPAD.

⁹ Art. 64 LIPAD.

¹⁰ On notera au passage que les vétérinaires constituent une profession soumise à la LPMéd, mais ne figurent pas dans la liste des professionnels visés par l'article 321 CP.

¹¹ Adoptée par le Parlement le 30 septembre 2016, FF 2016 7383. L'entrée en vigueur n'interviendra pas avant 2019.

¹² Lors de l'entrée en vigueur de la future LPSan, ces professions seront intégrées à la liste de l'article 321 CP.

¹³ Loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS; RS-GE K 1 03).

¹⁴ Règlement sur les professions de la santé du 22 août 2006 (RPS; RS-GE K 3 02.01).

III. Consentement du patient à la levée du « secret médical »

[Rz 14] Comme on l'a vu, le « secret médical » se compose d'une pluralité de devoirs de confidentialité. Avant d'examiner la forme et les effets du consentement du patient à la levée du secret, il faut d'abord vérifier que chacune de ces obligations peut être valablement levée par le consentement du patient.

1. Consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 CP)

[Rz 15] La levée du secret professionnel peut résulter des motifs justificatifs légaux prévus par l'article 321 ch. 2 CP, à savoir le consentement de l'intéressé et l'autorisation écrite de l'autorité supérieure ou de surveillance. Le secret est aussi levé lorsqu'il existe des dispositions législatives fédérales ou cantonales statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice, selon l'article 321 ch. 3 CP.

[Rz 16] A côté des motifs justificatifs expressément prévus par l'article 321 CP, l'état de nécessité (art. 17 CP) et la légitime défense (art. 15 s. CP) peuvent également fonder la levée du secret professionnel.

2. Consentement à la levée du secret de fonction (art. 320 CP)

[Rz 17] La levée du secret de fonction peut intervenir par la voie du consentement écrit de l'autorité supérieure (art. 320 ch. 2 CP) ou sur la base d'une disposition spéciale qui le prévoirait (art. 14 CP). Bien que le consentement du maître du secret ne figure pas explicitement à l'article 320 CP comme motif de levée du secret de fonction (à l'inverse de ce qui est prévu par l'article 321 CP), la doctrine majoritaire admet que le consentement du patient constitue un motif justificatif extra-légal propre à lever le secret de fonction si le secret ne touche que la sphère privée du patient et qu'aucun intérêt public autonome ne justifie un maintien du secret¹⁵.

[Rz 18] La sauvegarde d'intérêts légitimes constitue également un fait justificatif extralégal propre à fonder la révélation du secret de fonction lorsque tous les moyens légaux à la disposition du détenteur du secret ont été épuisés en vain¹⁶.

3. Consentement à la transmission de données personnelles du point de vue de la législation genevoise sur la protection des données (art. 35 al. 2 LIPAD)

[Rz 19] Du point de vue du droit de la protection des données, le traitement de données sensibles (dont font partie les données relatives à la santé) fait l'objet d'une réglementation particulière. A Genève, l'article 35 al. 2 LIPAD prévoit que « *des données personnelles sensibles ou des profils*

¹⁵ DUPUIS ET AL. (édit.) (n. 3), art. 320 CP N 41 ; CORBOZ (n. 3), art. 320 CP, N 47 ; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil Bd. II*, 7ème éd., Berne 2013, § 61 N 10 ; OBERHOLZER (n. 6), art. 320 N 13 ; TRECHSEL/VEST (n. 6), art. 320 N 13 ; ANDREAS DONATSCH/MARC THOMMEN/WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht IV*, 5ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 584.

¹⁶ ATF 94 IV 68, JdT 1968 IV 106.

de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi définit clairement la tâche considérée et si le traitement en question est absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou s'il est nécessaire et intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée ».

[Rz 20] Lorsqu'un patient prend lui-même l'initiative de lever le secret médical en vue de la transmission d'informations à un tiers (ce qui équivaut à un traitement de données), la seconde hypothèse de l'article 35 al. 2 LIPAD trouve application. Il faut donc que le consentement du patient soit explicite, libre et éclairé. Le terme « *explicite* » n'est pas défini par la loi et son interprétation n'est pas aisée. Le « *consentement explicite* » est également érigé en condition par l'article 4 al. 5 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) pour le traitement de données sensibles et de profils de la personnalité. PHILIPPE MEIER relève que le législateur fédéral n'a pas choisi le terme « *exprès* », mais « *explicite* », alors même que ce dernier qualificatif est inconnu du Code civil (CC), du Code des obligations (CO) ou des lois spéciales qui traitent des droits de la personnalité¹⁷. Selon cet auteur, les différentes méthodes d'interprétation amènent à considérer que la notion a été directement empruntée à la Directive européenne 95/46/CE¹⁸. Ainsi, toujours selon MEIER, « *la condition ne concerne par conséquent pas la forme de la manifestation de volonté, mais l'objet matériel du consentement : celui-ci ne doit pas faire de doute ; en d'autres termes, il faut que le traitement de données soit clairement évoqué (autrement dit qu'il ne soit pas simplement implicite) ou qu'il soit absolument nécessaire à la réalisation d'un acte auquel la personne concernée a consenti. Il est donc possible qu'un consentement par actes concluants soit jugé explicite au sens de l'art. 4 al. 5 in fine LPD* »¹⁹. L'auteur illustre son propos par l'exemple d'un patient qui se soumettrait à une prise de sang, dont les données devraient nécessairement être communiquées à un laboratoire pour analyse. En acceptant de se faire prélever son sang, le patient consent alors par actes concluants au traitement de ses données sensibles, dans la mesure des analyses habituelles.

[Rz 21] Nous nous rallions à l'opinion de MEIER sur l'interprétation à donner au terme « *explicite* ». Une interprétation trop stricte du point de vue formel (exigence d'un consentement écrit, oral, etc. pour chaque transmission de données concernant la santé) serait impraticable. Ainsi, le consentement « *explicite* » ne doit pas forcément être « *exprès* ». Il peut découler d'actes concluants, dans la mesure où le patient est suffisamment informé.

4. Consentement à la levée du secret professionnel instauré par la législation sanitaire genevoise (art. 88 al. 1 LS-GE)

[Rz 22] Le secret professionnel imposé aux soignants par le biais des législations cantonales sanitaires doit pouvoir être levé par le consentement du patient. Un tel consentement est d'ailleurs expressément prévu par l'article 88 al. 1 LS-GE, selon lequel « *une personne tenue au secret professionnel peut en être déliée par le patient ou, s'il existe de justes motifs, par l'autorité supérieure de levée du secret professionnel* ». La LS-GE reste toutefois muette sur la forme du consentement.

¹⁷ PHILIPPE MEIER, *Protection des données*, Berne 2011, N 900.

¹⁸ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁹ MEIER (n. 17), N 902-903.

5. Rapports entre les différentes formes de secret du point de vue du consentement du patient à la levée du secret

[Rz 23] A notre sens, dans un contexte médico-hospitalier de droit public, un patient qui donne valablement son consentement à la levée du secret professionnel au sens de l'article 321 CP consent simultanément à la levée du secret de fonction au sens de l'article 320 CP. Pour que le consentement à la levée du secret de fonction soit valablement donné, il faut toutefois veiller à l'absence de tout intérêt public autonome propre à empêcher la révélation des informations concernées.

[Rz 24] Les consentements à la levée du secret professionnel et du secret de fonction s'exercent selon les modalités habituellement applicables au consentement²⁰. Bien que les exigences de forme soient donc semblables, il n'est pas inutile de rappeler que l'application du secret de fonction a des répercussions notables du point de vue des conditions de poursuite. Alors que le secret professionnel (art. 321 CP) n'est poursuivi que sur plainte, le secret de fonction (art. 320 CP) est poursuivi d'office. Cette distinction joue un rôle important lorsque le patient est décédé. En effet, le droit de porter plainte pour violation du secret professionnel (art. 321 CP) passe aux héritiers uniquement si la violation est intervenue avant la mort du patient²¹. Si la violation intervient après la mort, le droit de porter plainte ne passe pas aux héritiers, sauf si ceux-ci sont eux-mêmes lésés par la révélation²². Dans les faits, une violation du secret professionnel intervenue après la mort du patient a donc peu de chances d'être réprimée pénalement. A l'inverse, la violation du secret de fonction (art. 320 CP) est une infraction poursuivie d'office. Même si elle est intervenue après la mort du patient, cette infraction peut être poursuivie sans obstacle particulier. Le contrôle de la validité du consentement du patient à la levée du secret de fonction, en tant que motif justificatif extra-légal, a donc une importance pratique du point de vue des risques de poursuite pénale des médecins actifs dans les établissements médico-hospitaliers publics.

[Rz 25] En raison de la primauté du droit fédéral, les exigences de forme du consentement à la levée du secret professionnel du médecin institué par le droit cantonal sanitaire (art. 88 LS-GE) ne peuvent s'écarter des règles applicables en matière de levée du secret professionnel au sens de l'article 321 CP.

[Rz 26] Enfin, du point de vue de la protection des données, on peut se demander si les exigences posées par la LIPAD pour le traitement de données personnelles sensibles sont susceptibles de rendre plus restrictif le consentement à la levée du secret médical par le patient. En vertu de la primauté du droit fédéral, l'article 35 al. 2 LIPAD ne pourrait pas valablement rendre plus difficile l'exercice du droit à la levée du secret prévu par l'article 321 ch. 2 CP. Par ailleurs, nous sommes d'avis que l'article 35 al. 2 LIPAD (traitement nécessaire qui intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée) ne pose pas, d'un point de vue formel, des conditions plus restrictives que celles régissant la levée du secret professionnel par le patient au sens de l'article 321 CP. En effet, l'exigence du consentement explicite n'implique pas nécessairement la forme écrite, ni un consentement oral exprès. Il est toutefois nécessaire que le patient, lorsqu'il lève le secret, soit suffisamment informé sur les circonstances et les conséquences de cette levée.

²⁰ DUPUIS ET AL. (édit.) (n. 3), art. 320 CP N 41.

²¹ *Idem*, art. 321 CP N 8.

²² ATF 87 IV 105, JdT 1962 IV 2.

[Rz 27] En conséquence, si la levée du secret professionnel (art. 321 CP) est valablement réalisée par le patient, il faut partir du principe qu'elle l'est également pour les autres formes de « secret médical » applicables. Tout au plus faut-il réserver l'existence d'un éventuel intérêt public indépendant susceptible d'empêcher la transmission d'une information couverte par le secret de fonction, malgré le consentement du patient. Dans la suite de cette contribution, nous nous concentrerons donc principalement sur l'examen du consentement à la levée du secret professionnel au sens de l'article 321 CP.

IV. Conditions générales de validité du consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 ch. 2 CP)

[Rz 28] L'article 321 ch. 2 CP se borne à exposer que la révélation du secret n'est pas punissable si elle a été réalisée avec le consentement de l'intéressé. Ce consentement est une concrétisation du principe général selon lequel un acte n'est en principe pas répréhensible lorsque la victime y a consenti, conformément à l'adage latin *volenti non fit iniuria*. En déliant son médecin du secret médical, le patient décide du sort de ses données personnelles. Il fait ainsi usage de ses droits constitutionnels à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse ; Cst.) et à l'autodétermination (art. 13 Cst. et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; CEDH)²³. La loi ne donne pas plus d'indications sur les exigences de forme du consentement. Il convient donc de se tourner vers la doctrine et la jurisprudence sur cette question.

[Rz 29] Le consentement à la levée du secret médical par l'intéressé est une manifestation de volonté unilatérale soumise à réception²⁴ et dont la forme est libre (authentique, écrite, orale ou tacite)²⁵. Elle ne doit pas être forcément adressée au médecin délié, mais peut être dirigée vers un tiers, à l'exemple d'une assurance qui pourra ensuite s'en prévaloir auprès du détenteur du secret pour se faire transmettre des informations²⁶.

[Rz 30] Le droit de consentir à la levée du secret professionnel est un droit strictement personnel²⁷ et incessible. Les héritiers d'un patient décédé ne peuvent donc pas consentir à la levée du secret médical du défunt²⁸.

[Rz 31] La doctrine a mis en évidence plusieurs conditions à remplir pour consentir valablement à la levée du secret médical. Nous nous référons ici principalement à la liste de critères développée par JÜRIG BOLL :

²³ MANON JENDLY, *La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté : vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral*, thèse, Neuchâtel 2005, p. 166.

²⁴ ALEXANDER FILLI, *Die Auskunftserteilung des Arztes an Behörden unter dem Aspekt des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB*, BJM 1987, p. 57, 64.

²⁵ ATF 98 IV 218 ; CORBOZ (n. 3), art. 321 CP N 48 ; DUPUIS ET AL. (édit.) (n. 3), art. 321 CP N 42 ; TRECHSEL/VEST (n. 6), art. 321 CP N 28.

²⁶ KELLER (n. 6), p. 139.

²⁷ JÜRIG BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, thèse, Zurich 1983, p. 37 ; DUPUIS ET AL. (édit.) (n. 3), art. 321 CP N 40 ; CORBOZ (n. 3), art. 321 CP N 45.

²⁸ DUPUIS ET AL. (édit.) (n. 3), art. 321 CP N 41 et réf. citées.

- le patient qui donne son consentement doit être capable de discernement au sens de l'article 16 du CC²⁹. La capacité de discernement est présumée. Une personne mineure ou sous curatelle peut donc aussi donner son consentement dans la mesure où elle est capable de discernement³⁰.
- Le consentement à la levée du secret ne doit pas être affecté d'un vice de la volonté, mais être le fruit du choix librement exercé par le patient³¹. Parmi les éléments qui pourraient vicier la volonté du patient, on peut citer la menace, la contrainte, la ruse, la tromperie, l'erreur grave sur le contenu du secret ou sur les conséquences de la révélation du secret³².
- Le consentement à la levée du secret professionnel ne doit pas être contraire au droit ni contraire aux bonnes mœurs. Ainsi, le consentement à la levée du secret professionnel ne doit pas constituer un engagement excessif au sens de l'article 27 al. 2 CC³³, un point qui sera développé plus loin.
- Le consentement à la levée du secret professionnel doit être clairement exprimé et ne devrait pas figurer dans des conditions générales par exemple, sans que l'attention du patient ne soit expressément attirée sur ce point³⁴.
- Le patient doit avoir connaissance du contenu du secret auquel il renonce, afin de pouvoir apprécier les conséquences de la révélation. Ainsi, le consentement d'un patient à la levée du secret qui concerne des informations que seul le médecin connaît ne devrait pas être considéré comme valablement donné³⁵. Cette affirmation devrait selon nous être nuancée, notamment quand le patient fait valoir son « droit de ne pas savoir ».
- Le consentement du patient doit intervenir avant la révélation du secret³⁶.
- Enfin, le patient ne doit pas avoir révoqué son consentement³⁷.

[Rz 32] Les conditions générales du consentement à la levée du secret professionnel ayant été énoncées, nous allons examiner plus en détail les limites éventuelles de ce consentement.

V. Limites du consentement à la levée du secret professionnel par le patient

[Rz 33] Avant d'examiner si une levée du secret par le patient déploie des effets *post mortem*, il convient d'examiner les limites générales admissibles du consentement à la levée du secret par le patient.

²⁹ *Idem*, art. 321 CP N 40.

³⁰ TRECHSEL/VEST (n. 6), art. 321 CP N 28. Cf. par analogie ATF 134 II 235.

³¹ BOLL (n. 27), p. 38 s.

³² *Idem*, p. 38.

³³ *Idem*, p. 39 s.

³⁴ *Idem*, p. 42 s.

³⁵ *Idem*, p. 43 s.

³⁶ *Idem*, p. 45 s.

³⁷ *Idem*, p. 46.

1. Revue de la doctrine

[Rz 34] A notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas directement prononcée sur la validité d'une levée générale du secret médical. De nombreux auteurs ont cependant abordé cette question, spécialement sous l'angle de la renonciation générale au secret professionnel pour l'avenir, comme cela survient fréquemment dans le cadre de la conclusion d'un contrat d'assurance.

[Rz 35] Plusieurs auteurs, certes souvent anciens, ont abordé cette problématique de manière détaillée en soutenant les points de vue suivants :

- pour BOLL³⁸, une levée générale du secret donnée à l'avance et déliant tous les médecins présents et futurs est contraire aux bonnes mœurs et ne déploie aucun effet. Un patient peut uniquement délier son médecin dans un cas concret et doit lui donner des indications claires sur la ou les personne(s) à qui le médecin peut transmettre des informations et, dans tous les cas, dans quelle étendue.
- MARC-ANTOINE SCHAFFNER³⁹ est également d'avis que « *le consentement doit être limité à un objet déterminé. Un patient ou un client qui permettrait la révélation de secrets pour le présent et l'avenir, et dont le consentement irait si loin qu'il impliquerait une renonciation totale à l'intimité, agirait de ce fait contre les bonnes mœurs. Le droit à l'intimité relevant du droit de la personnalité, et étant comme tel inaliénable, un consentement de cette sorte – c'est-à-dire donné d'une manière générale, sans préciser notamment l'objet de la révélation et à qui elle pourra se faire – ne saurait entraîner une libération du secret, car ce consentement tomberait sous le coup de l'art. 27, al. 2 CC et serait juridiquement sans effet* ».
- Pour HEINZ BLASS⁴⁰, un consentement général à la levée du secret ne serait pas valable. Une telle déclaration doit être aussi étroite que possible. Il appartient au juge de constater, dans le cas concret, si une telle renonciation au secret est contraire à l'article 27 CC.
- Pour KARIN KELLER⁴¹, le consentement à la levée ne peut pas être si large qu'il reviendrait à priver le patient de ses droits de la personnalité, car cela contreviendrait à l'article 27 al. 2 CC. Par exemple, une renonciation générale au secret donnée pour l'avenir est incompatible avec l'article 27 CC, car son étendue est imprévisible, et est donc nulle du point de vue pénal et civil.
- ALEXANDER SIEBEN⁴² est d'avis qu'un consentement à la levée du secret pour le présent et pour l'avenir qui serait si étendu qu'il reviendrait à une renonciation à la sphère privée est nul. L'auteur précise que le consentement à la levée du secret peut porter sur une révélation de données secrètes à la collectivité ou seulement à certaines personnes définies. Le patient doit choisir à qui les informations peuvent être dévoilées.
- Selon JULIAN MAUSBACH⁴³, le consentement peut être limité quant aux personnes, aux informations ou à une période temporelle. Il précise toutefois que le consentement ne saurait porter de manière globale sur tous les secrets présents et futurs. Un tel engagement serait constitutif d'une atteinte illicite à la personnalité.

³⁸ *Idem*, p. 39–40.

³⁹ MARC-ANTOINE SCHAFFNER, *L'autorisation de révéler un secret professionnel*, thèse, Lausanne 1952, p. 34.

⁴⁰ HEINZ BLASS, *Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte*, thèse, Aarau 1944, p. 151.

⁴¹ KELLER (n. 6), p. 141.

⁴² ALEXANDER SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidgenössischen Strafgesetzbuchs*, Berne 1943, p. 88–89.

⁴³ JULIAN MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners im schweizerischen Strafvollzug aus strafrechtlicher Sicht*, thèse, Zurich-Bâle-Genève 2010, p. 155.

- Selon AGNES HERTIG-PEA⁴⁴, l'autorisation donnée par le patient de lever le secret professionnel « ne doit pas être générale, mais toujours concerner une situation spécifique, le consentement à la transmission intégrale du dossier médical, en tout temps et à n'importe qui, étant jugé comme un engagement excessif ».
- KASPAR SCHILLER⁴⁵ se prononce de manière détaillée sur la levée du secret professionnel de l'avocat. Selon lui, le consentement à la levée du secret doit intervenir dans une situation concrète. Le client doit autoriser l'avocat à révéler des informations spécifiques à l'égard de personnes spécifiques et durant un laps de temps spécifique. Ainsi, le client doit avoir une vue d'ensemble de la situation et peut uniquement renoncer à quelque chose qu'il peut raisonnablement connaître. Comme le client ne peut pas prévoir tous les développements imaginables, un consentement général à la levée du secret sur toutes les informations couvertes par le secret et pour toutes les situations futures resterait sans effet. Si le client déclarait qu'il lui est indifférent qu'une information confidentielle soit révélée (quand, où et à l'égard de qui), l'élément subjectif du secret ferait en principe défaut. Cette manifestation de volonté ne déploierait cependant ses effets que pour les situations futures auxquelles le client peut raisonnablement s'attendre, mais pas pour des situations futures inattendues.

[Rz 36] D'autres auteurs, notamment dans les commentaires du Code pénal, ont pris position sur le sujet, sans toutefois l'appuyer par une argumentation détaillée :

- selon TOMAS POLEDNA/BRIGITTE BERGER⁴⁶, la levée du secret ne doit pas limiter la liberté dans une mesure excessive au sens de l'article 27 CC. Le consentement doit donc déterminer quelles informations peuvent être divulguées à quel destinataire.
- Dans le domaine des assurances, OLIVIER GUILLIOD/DAMIAN KÖNIG⁴⁷ considèrent qu'« une libération générale du secret professionnel à l'égard de toutes les données relatives à sa santé serait considérée comme un engagement excessif dont la portée devrait être réduite ».
- Un certain nombre de commentateurs alémaniques du Code pénal mentionnent la possibilité de donner un consentement sans réserve (« *vorbehaltlose Einwilligung* »). Ainsi, STEFAN TRECHSEL/HANS VEST⁴⁸, ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS⁴⁹, GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER⁵⁰ et NIKLAUS OBERHOLZER⁵¹ soutiennent que le patient doit indiquer quels faits secrets et à l'égard de qui ces faits peuvent être communiqués, pour autant que le patient n'ait pas renoncé sans réserve au secret. Si le patient renonçait sans réserve, le secret ne serait plus protégé par le droit pénal et l'auteur ne pourrait pas être condamné pour violation du secret professionnel.

⁴⁴ AGNES HERTIG-PEA, *La protection des données médicales est-elle efficace ? Etude des moyens d'action en droit suisse*, thèse, Bâle 2013, N 597.

⁴⁵ KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht. Grundlagen und Kernbereich*, Zurich Bâle Genève 2009, N 598-600.

⁴⁶ TOMAS POLEDNA/BRIGITTE BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne 2002, p. 153-154.

⁴⁷ OLIVIER GUILLIOD/DAMIAN KÖNIG, *Secret professionnel et assurances*, in : Romano La Harpe/Marinette Ummel/Jean-François Dumoulin (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, p. 351, 355.

⁴⁸ TRECHSEL/VEST (n. 6), art. 321 CP N 28.

⁴⁹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (n. 15), p. 598-599.

⁵⁰ STRATENWERTH/BOMMER (n. 15), § 61 N 22.

⁵¹ OBERHOLZER N. (n. 6), art. 321 CP N 22.

- CORBOZ⁵², MICHEL DUPUIS ET AL.⁵³ et MANON JENDLY⁵⁴ semblent soutenir une opinion similaire aux auteurs précités. Ils se contentent cependant de mentionner que le patient *peut* fixer des limites à la révélation du secret (certains faits, à des personnes déterminées, à un certain moment, etc.). On pourrait en déduire, *a contrario*, que le patient peut également renoncer à fixer des limites.
- Selon DOMINIQUE MANAI⁵⁵, l'accord du patient à la levée du secret médical doit être « *donné précisément à propos d'une information déterminée à une personne particulière. Une autorisation générale donnée une fois pour toutes ne serait pas compatible avec l'intérêt du patient et ne serait tout simplement pas valable juridiquement. De plus, le consentement doit être libre, c'est-à-dire sans menace de discrimination si le patient refuse. Ce consentement à la divulgation est en outre révoquant en tout temps (art. 27 al. 2 CC)* ».
- FRANÇOIS NAVILLE explique qu'en cas de consentement du patient à la levée du secret, le médecin ne devrait pas se contenter d'une autorisation générale. Il devrait « *faire préciser assez exactement au malade sur quel point et vis-à-vis de qui il autorise la révélation* »⁵⁶.
- Enfin, dans le contexte du secret professionnel de l'avocat, FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET⁵⁷ expliquent qu'il revient au client d'indiquer à son avocat ce qu'il peut révéler, dans quelles circonstances, de quelle manière et à quel interlocuteur. Les auteurs ne se prononcent pas sur les conséquences du non-respect de ces conditions.

[Rz 37] Il ressort de ce survol de la doctrine que les auteurs ayant spécifiquement examiné la question s'accordent sur le fait qu'un consentement général à la levée du secret pour l'avenir constituerait un engagement excessif et ne serait pas valable. D'autres auteurs mentionnent certes la possibilité d'un consentement à la levée du secret donné sans réserve, mais sans réelle argumentation (par exemple liée à l'atteinte civile à la personnalité) et en se citant mutuellement.

2. Protection contre les engagements excessifs

[Rz 38] Selon l'article 27 al. 2 CC, « *nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois et aux mœurs* ». L'article 27 al. 2 CC trouve principalement application en matière contractuelle et contribue à protéger une personne qui se serait engagée de manière excessive dans les domaines qui touchent de près sa personnalité. Il s'applique également aux actes juridiques unilatéraux, comme quand une personne consent à une atteinte à ses droits de la personnalité⁵⁸.

[Rz 39] Un engagement peut être excessif en raison de sa nature, de sa durée ou de son étendue matérielle⁵⁹. Plusieurs critères peuvent être pris en compte pour déterminer si une atteinte est

⁵² CORBOZ (n. 3), art. 321 CP N 49.

⁵³ DUPUIS ET AL. (édit.) (n. 3), art. 321 CP N 42.

⁵⁴ JENDLY (n. 23), p. 166.

⁵⁵ MANAI (n. 1), p. 135.

⁵⁶ FRANÇOIS NAVILLE, *Le secret professionnel des médecins*, in : *Droit et vérité. Le droit oblige-t-il à parler et à dire la vérité*, Genève 1946, p. 83-84.

⁵⁷ FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1905.

⁵⁸ SYLVAIN MARCHAND, in : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (édit.), *Commentaire romand. Code civil I. Art. 1-359 CC*, Bâle 2010, art. 27 CC N 12 ; OLIVIER GUILLIOD, *Droit des personnes*, 4^{ème} éd., Bâle 2015, p. 125.

⁵⁹ ATF 102 II 211.

excessive ou non : l'intensité de l'atteinte, la durée de l'atteinte, l'objet de l'engagement, la contre-prestation, le caractère indéterminé de l'obligation, la combinaison de l'ensemble des contraintes ou encore la situation juridique et morale⁶⁰. En principe, une personne peut valablement consentir à ce qu'un tiers divulgue des informations relatives à sa sphère privée, pour autant que ce consentement respecte l'article 27 al. 2 CC⁶¹.

[Rz 40] Les sanctions relatives à un engagement excessif (art. 27 al. 2 CC) font l'objet de controverses en doctrine. La nullité totale de l'engagement excessif a longtemps été préconisée par le Tribunal fédéral. Par la suite, ce dernier a davantage pris en compte le but de protection de la norme et a proposé de ramener l'engagement excessif à une mesure convenable chaque fois que c'était possible (nullité partielle ou droit de révoquer son engagement excessif)⁶². En 2002, le Tribunal fédéral a considéré que tout engagement contractuel qui touchait le noyau de la sphère strictement personnelle d'une personne devait être déclaré nul (nullité absolue), car contraire aux mœurs⁶³. Lorsque les engagements ne sont pas excessifs en raison de leur nature, mais en raison de leur durée et de leur étendue, il semble cependant préférable de privilégier une révocabilité unilatérale. L'engagement produit alors ses effets jusqu'au moment où la personne engagée cesse de respecter ses engagements ou qu'un juge constate le caractère excessif de l'engagement. Dans les deux cas, la nullité peut être totale ou partielle. La nullité est partielle lorsqu'il est possible de séparer la partie excessive du reste de l'engagement, qui aurait été accepté par les parties même si elles avaient connu le vice affectant une partie de l'engagement⁶⁴.

3. Validité d'une levée du secret professionnel à l'égard de tous les médecins

[Rz 41] Il convient maintenant d'examiner la validité d'une déclaration par laquelle un patient « *délie du secret médical tous les médecins qui m'ont prodigué des soins* ».

[Rz 42] Comme on l'a vu (ci-dessus § V,1), les auteurs qui ont examiné la question en profondeur soutiennent qu'une levée générale du secret, pour le présent et pour le futur, n'est pas admissible, spécialement au regard de l'article 27 al. 2 CC. Nous soutenons également l'opinion de principe qu'une levée générale du secret par le patient pour le présent et pour le futur constitue un engagement excessif au sens de l'article 27 al. 2 CC, car elle porte une atteinte disproportionnée à la vie privée du patient. Le patient n'est pas en mesure de déterminer quels faits seront dévoilés à qui (famille, autorité, assurance, etc.) et à quelles fins. Il peut s'agir par exemple de faits futurs encore inexistantes ou de faits passés oubliés par le patient.

[Rz 43] Déterminer les conséquences d'un engagement excessif affectant le consentement à la levée du secret professionnel est une question délicate, à résoudre dans une perspective principalement pénale : le patient a-t-il valablement consenti à la levée de l'illicéité d'une infraction pénale ? A notre sens, le caractère non excessif (au sens de l'article 27 al. 2 CC) du consentement constitue une *condition de validité* de la levée du secret professionnel sous l'angle pénal. En

⁶⁰ MARCHAND (n. 58), art. 27 CC N 14.

⁶¹ ALAIN THÉVENAZ, *La protection contre soi-même. Etude de l'article 27 al. 2 CC*, thèse, Berne 1997, N 287.

⁶² GUILLOD (n. 58), N 163 ; ATF 106 II 369 ; ATF 114 II 159, JdT 1989 I 2 ; ATF 129 III 209, JdT 2003 I 623.

⁶³ ATF 129 III 209, JdT 2003 I 623.

⁶⁴ GUILLOD (n. 58), N 163

d'autres termes, le patient ne peut pas valablement lever l'illicéité de l'infraction pénale réprimée à l'article 321 CP dans une mesure qui serait contraire à l'article 27 al. 2 CC. L'examen de l'engagement excessif (selon l'article 27 al. 2 CC) doit donc être mené indépendamment d'une action civile du patient, d'ailleurs impossible à entreprendre lorsque le patient est décédé.

[Rz 44] Dans la perspective de l'article 321 ch. 2 CP, il convient selon nous de privilégier la nullité absolue (éventuellement partielle) de l'engagement excessif, plutôt que la révocabilité unilatérale de celui-ci.

[Rz 45] La révocabilité unilatérale de l'engagement se prête en effet mal à l'institution de levée du secret professionnel, dans la mesure où elle a plutôt vocation à s'appliquer aux contrats bilatéraux. La relation contractuelle bilatérale est généralement ponctuée d'échanges de prestations qui permettent à la partie qui se serait engagée de manière excessive de s'en rendre compte. Cette dernière peut alors refuser de s'exécuter en faisant valoir l'atteinte grave qu'elle subirait, au besoin devant un juge. A l'inverse, lorsque l'engagement excessif se concrétise par le seul consentement unilatéral à une atteinte, la partie qui émet cette manifestation de volonté ne prend pas forcément la mesure de son engagement avant la survenance d'une atteinte grave et irréversible à sa personnalité. C'est d'autant plus vrai pour le consentement à la levée du secret professionnel d'un médecin, qui prend connaissance des données médicales avant le patient et pourrait ainsi communiquer à des tiers des informations encore inconnues du patient, causant potentiellement à ce dernier une atteinte grave à sa personnalité, sans qu'il puisse s'y opposer. De manière plus générale, les conséquences d'un engagement excessif en matière de levée du secret professionnel doivent être déterminées à la lumière des intérêts protégés par l'article 321 CP et conduisent donc à privilégier la nullité de la levée du secret.

[Rz 46] Il reste à déterminer si cette nullité est totale ou partielle. Pour répondre à cette question, il faut déterminer, dans chaque cas individuel, s'il est possible de séparer la partie excessive de l'engagement de la partie admissible de l'engagement. Si c'est possible, il faut ensuite examiner si le patient aurait accepté une levée du secret réduite à la partie admissible. Cet examen doit se fonder sur l'interprétation de la manifestation de volonté du patient qui, il faut le rappeler, n'a pas besoin de respecter une forme particulière. La volonté du patient doit être interprétée selon sa manifestation réelle, mais aussi selon le contexte général dans lequel elle est émise. Deux situations doivent à notre avis être distinguées :

- soit l'ensemble des circonstances permettent de déterminer que le patient voulait consentir à une transmission d'informations licite et spécifique, c'est-à-dire à la transmission d'informations déterminées à des destinataires déterminés. Dans ce cas, la levée du secret médical est valable, mais doit être réduite à ce seul consentement.
- Soit l'ensemble des circonstances ne permettent pas de déterminer avec certitude que le patient souhaitait consentir à une transmission spécifique et licite d'informations. Dans ce cas, la sanction est la nullité absolue de la levée du secret.

[Rz 47] Si l'intention du patient qui lève le secret ne peut pas être déterminée avec certitude, le médecin peut toujours recourir à d'autres moyens pour se faire délier du secret, notamment requérir l'autorisation de communiquer les données auprès de l'autorité cantonale compétente (art. 321 ch. 2 *in fine* CP).

4. Validité des effets post mortem d'un consentement à la levée du secret

[Rz 48] Pour déterminer si le consentement à la levée du secret professionnel déploie ou continue de déployer ses effets après la mort du patient, il faut savoir s'il constitue ou non un engagement excessif au sens de l'article 27 al. 2 CC. Cela implique au préalable de rappeler la protection assurée au défunt par le droit.

A. La persistance des droits d'une personne après sa mort

[Rz 49] Selon l'article 31 al. 1 CC, la personnalité finit par la mort, qui marque également la fin de la protection de la personnalité du défunt⁶⁵. Il n'y a donc pas, en droit civil, de protection de la personnalité *post mortem*. Le défunt bénéficie toutefois d'une protection indirecte, à travers ses proches qui peuvent, en leur propre nom, invoquer une atteinte à leur propre personnalité, à savoir leurs sentiments de piété⁶⁶.

[Rz 50] Par ailleurs, le défunt continue de bénéficier d'une forme de protection issue des droits fondamentaux, du droit administratif et du droit pénal. Le Tribunal fédéral a reconnu que le droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst.) ne se limitait pas à la durée de vie de l'individu, mais déployait ses effets au-delà du décès et permettait à toute personne de se déterminer à l'avance sur le sort de sa dépouille⁶⁷. Le Tribunal fédéral a par la suite précisé que le droit à la liberté personnelle permettait à un individu de se déterminer sur le sort de sa dépouille, pour autant que ce choix s'inscrive dans les limites légales, de l'ordre public et des bonnes mœurs⁶⁸.

[Rz 51] Certaines dispositions pénales protègent également le défunt contre certains types d'atteintes. L'article 262 CP (atteinte à la paix des morts) réprime divers actes de profanation. L'article 175 CP (diffamation ou calomnie contre un mort ou un absent) confère également aux proches du défunt le droit de porter plainte en cas de diffamation ou de calomnie contre une personne décédée.

B. Secret professionnel après la mort

[Rz 52] Le secret médical continue de déployer ses effets après la mort du patient⁶⁹. Selon la jurisprudence, même si la personnalité finit par la mort (art. 31 CC), il n'apparaît pas dépourvu de sens de garantir aux individus qu'après leur décès, les renseignements figurant dans leur dossier médical demeureront protégés par le secret médical et ne seront pas divulgués sans un contrôle sévère⁷⁰. Le secret bénéficie ainsi d'une protection pénale (par les art. 320 et 321 CP) au-delà de la mort du patient⁷¹. De son côté, le détenteur du secret, par exemple un médecin, reste soumis à une obligation de confidentialité après la cessation de son activité professionnelle et doit protéger le secret jusqu'à sa propre mort⁷².

⁶⁵ ATF 129 I 302.

⁶⁶ ATF 109 II 353, JdT 1985 I 98 ; GUILLOD (n. 58), p. 36.

⁶⁷ ATF 127 I 115 ; ATF 111 Ia 231 ; ATF 98 Ia 508.

⁶⁸ ATF 129 I 173.

⁶⁹ ATF 87 IV 105.

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 3 novembre 1989, RDAF 1990 p. 45, c. 4b.

⁷¹ HERTIG-PEA (n. 44), N 63.

⁷² ATF 123 IV 75 ; JdT 1998 IV 176.

C. Validité post mortem de la levée du secret médical par le patient

[Rz 53] Le Code pénal reste muet sur la validité *post mortem* de la levée du secret médical par le patient. Certaines dispositions légales, de droit fédéral ou cantonal, laissent supposer que l'intérêt de protéger le secret médical diminue après la mort du patient. Selon l'article 1 al. 7 de l'Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (ci-après : OLPD), « *la consultation des données d'une personne décédée est accordée lorsque le requérant justifie d'un intérêt à la consultation et qu'aucun intérêt prépondérant de proches de la personne décédée ou de tiers ne s'y oppose. Un intérêt est établi en cas de proche parenté ou de mariage avec la personne décédée* ».

[Rz 54] Cette disposition ne crée toutefois pas une exception valable au secret, dans la mesure où elle ne peut pas s'appuyer sur un article de la LPD. De plus, elle n'a pas la spécificité exigée pour déroger valablement au secret professionnel protégé par l'article 321 CP. Par ailleurs, certaines dispositions de droit cantonal facilitent l'accès par des proches aux données de patients décédés. En matière de secret médical, l'article 55A LS-GE (en lien avec l'art. 48 al. 3 LIPAD) autorise par exemple les proches qui justifient d'un intérêt digne de protection à être informés sur les causes du décès et sur le traitement qui l'a précédé, à moins que le défunt ne s'y soit expressément opposé. Cette disposition précise que l'intérêt des proches ne doit pas se heurter à l'intérêt du défunt à la sauvegarde du secret médical, ni à l'intérêt prépondérant de tiers.

[Rz 55] Les dispositions précitées ne permettent pas de déterminer si la levée du secret médical par le patient continue de déployer ses effets *post mortem*. Elles mettent toutefois en évidence la volonté du législateur d'assouplir, dans une certaine mesure, le régime du secret médical après la mort du patient. Dans ce contexte, admettre que la levée du secret médical par le patient cesse de déployer ses effets à la survenance de la mort du patient nous semble aller à l'encontre de l'esprit de la loi.

[Rz 56] A notre connaissance, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée expressément sur la question de la validité *post mortem* du consentement à la levée du secret donné par le patient avant sa mort. Dans une affaire où les proches d'une personne décédée souhaitent accéder à son dossier médical, le Tribunal fédéral s'est contenté d'affirmer que : « *On ne saurait en effet présumer, comme semblent le faire les recourants, que le défunt, même s'il était profondément lié avec ses proches, ait de ce seul fait admis que son dossier médical soit accessible sans restrictions à ceux-ci* »⁷³. Quoiqu'elle semble un peu aventureuse, une interprétation *a contrario* de cette affirmation pourrait laisser penser que l'existence d'un consentement donné par le patient avant sa mort continuerait de déployer des effets *post mortem*.

[Rz 57] La doctrine est quant à elle quasiment muette sur cette question. NAVILLE semble être un des rares auteurs à avoir expressément affirmé, en 1946 et sans développer son assertion, qu'un patient pouvait valablement délier son médecin du secret « *par un document à n'utiliser qu'après la mort* »⁷⁴.

[Rz 58] Si cette problématique spécifique a été peu abordée en matière de secret médical, elle a fait l'objet de développements pour le secret professionnel des avocats. SCHILLER explique que le client d'un avocat peut valablement exprimer sa volonté de prévoir la reprise du contrat de mandat par ses héritiers après sa mort⁷⁵. Le client peut ainsi décider quelles informations seront

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 1P.359/2001 du 1^{er} octobre 2001.

⁷⁴ NAVILLE (n. 56), p. 85.

⁷⁵ SCHILLER (n. 45), N 476.

transmises à quelles personnes. Pour que les informations puissent être transmises de manière conforme à la loi aux héritiers désignés, le client décédé doit avoir manifesté sa volonté de lever le secret à leur égard⁷⁶. Selon SCHILLER, une telle déclaration constitue une levée valable du secret⁷⁷. En cas de doute sur l'étendue du consentement relatif aux données à transmettre aux héritiers, l'avocat serait bien avisé de s'adresser à la commission compétente de levée du secret professionnel de l'avocat⁷⁸. BOHNET/MARTENET reconnaissent également qu'un avocat a le droit de renseigner les héritiers de son client sur les procès en cours engagés par ce dernier, sur la base d'une levée implicite du client⁷⁹.

[Rz 59] En ce qui nous concerne, nous sommes d'avis qu'un consentement à la levée du secret médical peut déployer des effets *post mortem*. Le consentement à la levée du secret médical est un droit strictement personnel, protégé par le droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst.). Or, si le Tribunal fédéral reconnaît à l'individu un droit de se déterminer sur le sort de sa dépouille, en application du droit à la liberté personnelle, ce droit devrait être reconnu au même titre au patient qui se détermine sur le sort de ses données médicales. Par ailleurs, le consentement à la levée du secret médical constitue un motif justificatif supprimant le caractère illicite de l'infraction. Tant et aussi longtemps que le consentement n'est pas révoqué, l'infraction perd son caractère illicite, dans les limites du consentement donné.

[Rz 60] Le simple fait de faire perdurer les effets du consentement à la levée du secret médical après la mort ne nous paraît pas en soi contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. En effet, si le secret continue de déployer ses effets sans limite de temps après la mort du patient, ce dernier doit également pouvoir consentir à ce que des informations couvertes par le secret puissent continuer à être divulguées sans limite de temps elles aussi.

[Rz 61] Comme on l'a vu, le consentement doit toutefois respecter un certain nombre de conditions générales pour être valable. En particulier, il ne doit pas constituer un engagement excessif au sens de l'article 27 al. 2 CC (voir ci-dessus § IV). La persistance des effets du consentement à la levée du secret médical après la mort est problématique sous l'angle de la durée de l'engagement. En effet, le consentement ne peut plus être révoqué ou modifié par le patient après sa mort, si bien qu'en l'absence d'indications contraires, il est susceptible de valoir encore pour une longue période. Par ailleurs, des circonstances nouvelles survenant après la mort du patient pourraient laisser penser que le patient n'aurait pas souhaité consentir à la divulgation d'informations confidentielles à la lumière du nouvel état de fait. Cette problématique doit, selon nous, être résolue de manière similaire à la levée générale du secret médical : le consentement doit indiquer (ou à défaut être interprété comme disant) quelles informations peuvent être transmises à qui, voire quand et comment.

[Rz 62] Selon nous, un consentement dont on peut déduire quelles informations confidentielles peuvent être divulguées à qui, continue de déployer ses effets après la mort du patient. L'application de ces conditions permet en effet de prendre judicieusement en compte l'ensemble des intérêts en jeu, à savoir le respect des droits du patient à la liberté personnelle et à l'autodétermination et le respect des règles sur les engagements excessifs (et des règles pénales relatives à

⁷⁶ *Idem*, N 477.

⁷⁷ *Idem*, N 476-477, 482-483.

⁷⁸ *Idem*, N 483.

⁷⁹ BOHNET/MARTENET (n. 57), N 1921.

la levée du secret). Ainsi, en limitant le consentement à une « affaire » particulière (quelles informations à qui), on évite dans une large mesure de se retrouver face à une situation qui n'aurait pas été envisagée par le patient de son vivant.

[Rz 63] Si le consentement à la levée du secret a été donné de manière trop large (engagement excessif au sens de l'article 27 al. 2 CC), il faut donc, dans la mesure du possible, privilégier la nullité partielle et réduire le consentement à sa portion admissible (voir ci-dessus § V.3).

D. Principes d'interprétation d'une clause de levée du secret

[Rz 64] La nullité partielle d'un engagement excessif est conditionnée à la possibilité de réduire l'engagement à une étendue admissible. En d'autres termes, il faut pouvoir déterminer sur quel objet porte le consentement et à qui les informations peuvent être divulguées. En pratique, la détermination de l'étendue de cette levée du secret peut être complexe, en particulier lorsque le patient est décédé.

[Rz 65] Même si l'ensemble des circonstances qui ont entouré la décision de lever le secret doivent être prises en compte, la clause écrite de levée du secret constitue le premier moyen propre à établir la volonté du maître du secret, en particulier lorsque ce dernier est décédé. Il faut cependant à titre préalable déterminer la méthode d'interprétation à utiliser.

[Rz 66] Deux grandes méthodes d'interprétation peuvent être envisagées : la méthode d'interprétation des contrats (art. 18 CO) et la méthode d'interprétation des dispositions pour cause de mort (notamment l'art. 469 CC).

[Rz 67] La méthode d'interprétation des contrats a pour objectif principal de rechercher la réelle et commune intention des parties au contrat. Elle requiert, dans un premier temps, d'analyser le texte écrit sur lequel les parties se sont mises d'accord. Sur ce point, la jurisprudence rappelle que le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, si bien que l'interprétation purement littérale est en soi insuffisante : il faut notamment prendre en compte le fait que les parties ont pu vouloir poursuivre d'autres buts que ceux exprimés littéralement dans le texte de l'accord⁸⁰. Des moyens complémentaires d'interprétation ont été développés par la jurisprudence et la doctrine pour préciser la volonté des parties, notamment le comportement des parties, les déclarations antérieures, les circonstances ayant précédé la conclusion du contrat ou encore le but contractuel commun. Dans les cas douteux, la jurisprudence a développé un principe selon lequel les parties sont présumées avoir voulu un contrat raisonnable et juridiquement correct. Si cela est possible, le juge doit par conséquent éliminer les interprétations qui aboutiraient à un échec du contrat⁸¹. Par ailleurs, selon l'adage *in dubio contra stipulatorem*, le contrat doit s'interpréter, en cas de doute, en défaveur de son rédacteur.

[Rz 68] L'interprétation des actes pour cause de mort suit des principes posés par la jurisprudence et la doctrine qui diffèrent de ceux applicables à l'interprétation des contrats. Le texte de la disposition pour cause de mort constitue l'élément central de l'interprétation. Le principe de logique interne impose d'examiner une clause comme partie d'un tout et celle-ci doit en principe

⁸⁰ BENEDICT WINIGER, in : Luc Thévenoz/Franz Werro, *Commentaire romand. Code des obligations I*, Bâle 2012, art. 18 CO N 16 et réf. citées.

⁸¹ WINIGER (n. 80), art. 18 CO N 43-44 et réf. citées.

s'y intégrer de manière logique⁸². Le principe *favor testamenti* donne la préférence à l'interprétation qui permet de maintenir la clause plutôt qu'à celle qui conduit à sa nullité. Ce principe est à la base de jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle un acte pour cause de mort nul ou annulable doit, si cela est possible, être converti en un acte satisfaisant aux exigences de la loi (principe de conversion)⁸³. Enfin, la jurisprudence se réfère parfois à l'expérience générale de la vie pour faciliter l'établissement de la volonté du disposant⁸⁴.

[Rz 69] Les méthodes d'interprétation applicables aux dispositions pour cause de mort doivent, selon nous, être préférées. En effet, le consentement à une atteinte à la personnalité se distingue d'un contrat : il constitue un état de tolérance et n'a pas pour vocation de créer, modifier, éteindre ou transférer un droit. Il supprime simplement le caractère illicite d'une atteinte. A l'inverse, le contrat est un échange de manifestations de volonté concordantes dans l'optique de donner naissance à des droits et obligations⁸⁵.

[Rz 70] En l'occurrence, même à supposer qu'un patient conclue un contrat avec une association d'assistance au suicide (cette question peut rester ouverte ici), son consentement à la levée du secret dans ce contexte n'est pas d'ordre contractuel. En raison du caractère unilatéral du consentement et du contexte dans lequel il est ici donné, il nous paraît préférable de recourir aux méthodes d'interprétation des dispositions pour cause de mort. Ces méthodes ont en effet été développées pour répondre à des situations qui s'approchent de celles rencontrées en matière de consentement à une atteinte. Cette solution est d'autant plus légitime lorsque l'examen de la clause de levée du secret médical est réalisé après la mort du patient et que ladite clause a été rédigée par le patient juste avant une mort certaine et en vue de déployer des effets après sa mort.

[Rz 71] En matière d'interprétation des dispositions pour cause de mort, nous sommes d'avis qu'il faut faire recours à la méthode d'interprétation complétive, appliquée par analogie. C'est la méthode paraissant la plus adaptée pour interpréter une clause de levée du secret médical qui se révélerait excessive *post mortem*. Cette méthode a par exemple été admise par la jurisprudence pour l'interprétation des pactes successoraux⁸⁶. Son application aux testaments a été laissée ouverte à ce jour par les tribunaux, mais elle est soutenue par un courant doctrinal récent⁸⁷.

[Rz 72] L'interprétation complétive permet de rechercher sur la base d'éléments intrinsèques ou extrinsèques la volonté hypothétique du disposant. Elle s'applique uniquement quand la recherche de cette volonté est préférable à une annulation de l'acte ou à son maintien avec le vice dont il est affecté. Elle ne vise en aucun cas à compléter les dispositions pour cause de mort sur les points que le disposant n'aurait pas souhaité régler⁸⁸.

[Rz 73] Cette méthode consiste à établir la volonté que le disposant aurait manifestée s'il n'avait pas été dans l'erreur. Il faut donc d'abord établir la véritable volonté du disposant, puis rechercher la formulation que ce dernier aurait adoptée si, au moment de la rédaction du testament, il n'avait pas été dans l'erreur. Cette méthode implique de s'appuyer sur toutes les circonstances

⁸² AUDREY LEUBA, in : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (édit.), *Commentaire romand. Code civil II*, Bâle 2016, art. 469 CC N 90.

⁸³ *Idem*, N 92.

⁸⁴ *Idem*, N 95.

⁸⁵ JULIEN ROUVINEZ, *La licence des droits de la personnalité : étude de droit privé suisse*, thèse, Genève 2011, N 547.

⁸⁶ ATF 127 III 529, JdT 2002 I 432 ; LEUBA (n. 82), art. 469 CC N 100-102.

⁸⁷ LEUBA (n. 82), art. 469 CC N 103.

⁸⁸ *Idem*, N 101.

permettant de rétablir de manière suffisamment convaincante la volonté hypothétique du disposant, notamment le but que le disposant poursuivait en adoptant la disposition, l'esprit dans lequel il l'a adoptée, ses motifs, les relations qu'il entretenait avec ses héritiers, etc. Comme cette volonté reste hypothétique et qu'elle ne peut pas être déterminée avec certitude, le juge doit se contenter d'une forte probabilité et ne peut pas exiger de preuve stricte. Il doit s'appuyer sur des indices et, au besoin, sur l'expérience générale de la vie⁸⁹.

[Rz 74] On peut transposer la méthode d'interprétation complétive à l'interprétation d'une clause de levée du secret médical énoncée de manière trop large. Il faut alors déterminer, dans un premier temps, quelle était la volonté du maître du secret lorsqu'il a signé la clause de levée du secret énoncée de manière générale. Il faut ensuite se demander à quoi le maître du secret aurait consenti s'il avait connu le vice dont était affecté son consentement. Dans le respect du principe *favor testamenti* applicable par analogie, il faut préférer l'interprétation permettant de maintenir la clause plutôt que celle qui conduirait à sa nullité.

5. Analyse de la clause de levée du secret dans le cas d'espèce

[Rz 75] Il reste à appliquer les principes énoncés au paragraphe précédent à la clause de levée du secret évoquée au début de cette contribution, clause qui était énoncée dans les termes suivants : « *je délève du secret médical tous les médecins qui m'ont prodigué des soins* ». La clause est insérée dans un document écrit dont la fonction première est exprimée dans sa première phrase : « *Je soussigné [X] demande que l'association d'aide au suicide [Y] me prête assistance pour mettre fin à mes jours* ». L'auteur de ce document, visiblement destiné à l'association d'aide au suicide, explique que la maladie dont il est atteint est incurable.

[Rz 76] Nous sommes d'avis que cette clause de levée du secret médical est énoncée de manière trop large : elle n'indique pas quelles informations couvertes par le secret médical sont concernées, ni à qui ces informations peuvent être communiquées. La clause ne donne pas non plus d'indications précises sur les médecins dont l'obligation de secret est levée, l'expression « *tous les médecins qui m'ont prodigué des soins* » étant énoncée de manière générique. Ainsi, conformément à la doctrine majoritaire, il faut considérer qu'une telle clause constitue un engagement excessif prohibé par l'article 27 al. 2 CC et donc, *a priori*, frappé de nullité.

[Rz 77] Il reste toutefois à déterminer s'il s'agit d'une nullité totale ou partielle. Si l'ensemble des circonstances permettent de déterminer que le patient souhaitait consentir à la transmission de certaines informations, la clause n'est frappée de nullité que pour la part jugée excessive. Pour le déterminer, il convient d'interpréter le document en appliquant la méthode d'interprétation complétive, qui impose d'avoir recours aux éléments d'interprétation intrinsèques et extrinsèques.

[Rz 78] Nous tenons à souligner que notre proposition d'interprétation se base uniquement sur les éléments d'interprétation intrinsèques, à savoir la teneur du document écrit. Pour opérer une interprétation rigoureuse et exhaustive, il conviendrait de prendre en compte aussi les éléments externes pertinents (témoins, autres écrits, etc.), éléments dont nous ne disposons pas, mais qui seraient susceptibles d'influencer l'interprétation définitive de la clause.

⁸⁹ *Idem*, N 106.

[Rz 79] La lettre a été rédigée par l'auteur environ un mois avant son décès par suicide assisté, sur demande de l'association d'aide au suicide à laquelle la lettre était destinée. A notre connaissance, l'insertion d'une clause de levée du secret médical dans la lettre sollicitant une assistance au suicide est requise par l'association d'aide au suicide. En l'occurrence, au regard du caractère vague de l'énoncé de la clause de levée du secret médical et du contexte lié à l'assistance au suicide, tout laisse à penser que l'auteur de la lettre a inséré la clause litigieuse pour remplir une des formalités d'accès à l'assistance au suicide, sans forcément prendre en compte l'ensemble des conséquences futures d'une telle levée. Il faut dès lors se demander s'il est possible de déterminer la clause que l'auteur de la lettre aurait adoptée si, au moment de la rédaction, il avait eu connaissance du caractère excessif de son engagement.

[Rz 80] L'auteur de la lettre voulait obtenir une assistance pour mettre fin à ses jours. C'est donc dans ce contexte limité que doit être examinée la volonté hypothétique de l'auteur. Une association d'aide au suicide a de bonnes raisons d'exiger l'insertion d'une clause de levée du secret dans la lettre de demande d'assistance au suicide. Premièrement, cela lui permet de consulter les médecins traitants de la personne demandant une assistance au suicide, en vue de vérifier que la personne concernée souffre bien des maladies dont elle se prétend atteinte et que les conditions de l'assistance au suicide sont remplies. Deuxièmement, la levée du secret permet aux médecins traitants de répondre à l'officier public intervenant suite au suicide (considéré comme une mort non due à une cause naturelle, au sens de l'art. 253 al. 1 CPP) et aux autorités judiciaires en cas d'éventuelle procédure intentée contre l'association d'aide au suicide qui n'aurait prétendument pas agi dans le respect de la législation applicable.

[Rz 81] L'auteur de la lettre fait dans un premier temps mention de sa maladie incurable, qui lui cause des souffrances physiques et psychiques intolérables puis insère à la fin de la lettre la clause de levée du secret médical à l'égard de tous les médecins qui lui ont prodigué des soins. De l'ensemble des éléments qui viennent d'être relevés, nous déduisons que la volonté hypothétique de l'auteur de la lettre peut être dégagée avec une haute vraisemblance sur les points suivants :

- l'auteur de la lettre souhaitait délier du secret médical les médecins qui lui ont prodigué des soins pour la maladie incurable qu'il mentionne dans la lettre ;
- il souhaitait délier les médecins susmentionnés à l'égard de l'association d'aide au suicide, de l'officier public chargé de constater les circonstances de la mort suspecte et des autorités judiciaires chargées d'instruire une éventuelle procédure dans ce contexte ;
- il souhaitait autoriser la transmission des seules informations sur la maladie incurable qu'il mentionne dans la lettre, pour autant que cette transmission soit nécessaire.

[Rz 82] La volonté de transmettre d'autres informations, détenues par d'autres soignants ou à destination d'autres personnes ou entités ne peut pas raisonnablement se déduire des circonstances d'espèce. Nous estimons par conséquent que la clause de levée du secret n'autorise pas la transmission d'informations aux proches par exemple, ni ne délie d'autres soignants que ceux qui ont traité sa maladie incurable à l'origine de sa demande d'assistance au suicide. Par application analogique du principe *favor testamenti*, nous soutenons dès lors la nullité partielle de la clause de levée du secret médical inscrite dans la lettre qui nous a été soumise.

[Rz 83] Nous aimerions toutefois souligner l'importance d'éviter dans la pratique de rédiger des clauses de levée du secret en termes très généraux. Afin de clarifier la situation dans le cadre d'une assistance au suicide, la clause de levée du secret pourrait être formulée ainsi : « *Je délie du secret professionnel les médecins [idéalement : noms des médecins concernés] qui m'ont soigné dans le cadre du traitement reçu pour la maladie qui m'a conduit à requérir l'assistance au suicide, dans les*

limites des informations médicales relatives à cette maladie, à l'égard de l'association d'aide au suicide [Y], de l'officier public chargé de constater les circonstances de ma mort et des autorités judiciaires qui seraient saisies dans le contexte de mon recours à l'assistance au suicide ».

VI. Conclusion

[Rz 84] Le Tribunal fédéral n'a jamais jugé explicitement si un patient peut valablement consentir à la levée du secret professionnel de tous ses médecins et si la levée du secret continue de déployer des effets après sa mort. A notre avis, le consentement à la levée du secret professionnel ne peut pas être donné de manière générale, pour le présent et pour l'avenir, mais doit indiquer qui peut transmettre quelles informations à quelles personnes ou entités.

[Rz 85] Un consentement trop large ou trop vague à la levée du secret est en principe nul. Si l'ensemble des circonstances d'espèce permettent de déterminer que le patient voulait consentir à la transmission par certains médecins de certaines informations à certains destinataires, le consentement est valable dans ces limites. En revanche (nullité partielle), il est nul pour le surplus. Par ailleurs, rien ne justifie de faire cesser à la mort du patient les effets du consentement à la levée du secret. Si le secret continue de déployer ses effets après la mort, le consentement à sa levée doit également perdurer après la mort. Dès lors, la levée du secret reste valable après la mort du patient, dans les mêmes limites que de son vivant. Cette solution permet de prendre judicieusement en compte l'ensemble des intérêts en cause.

[Rz 86] Le document concret qui a été examiné dans cette contribution contient, dans le contexte d'une assistance au suicide, une clause de levée du secret énoncée de manière trop large (« *Je délève du secret médical tous les médecins qui m'ont prodigué des soins* »). Notre analyse nous a conduit à conclure que cette clause n'était que partiellement nulle. Elle est en effet valable dans les limites de la volonté de son auteur qui peut être déduite avec suffisamment de vraisemblance des circonstances. Le patient voulait déliver du secret professionnel les médecins qui l'avaient soigné pour la maladie l'ayant conduit à requérir l'assistance au suicide, dans les limites des informations médicales relatives à cette maladie, à l'égard de l'association d'aide au suicide, de l'officier public chargé de constater les circonstances de la mort et des autorités judiciaires qui seraient saisies dans le contexte de cette assistance au suicide.

[Rz 87] En revanche, la transmission d'autres informations, par d'autres soignants ou à destination d'autres personnes ou entités que celles qui viennent d'être mentionnées n'est pas couverte par la levée du secret professionnel et demeure donc une infraction pénale.

FRÉDÉRIC ERARD, assistant-doctorant, titulaire du brevet d'avocat, Institut de droit de la santé (IDS), Université de Neuchâtel.

OLIVIER GUILLOD, professeur, vice-recteur, directeur de l'Institut de droit de la santé (IDS), Université de Neuchâtel.