

Hanspeter Kuhn nous offre ici une réflexion résolument optimiste et motivante, pour le début de l'année: l'éthique, notre éthique, nos règles éthiques gardent toute leur place! Face aux tendances hégémoniques du législateur et de nos administrations publiques, ce sont bien nos règles, notre fonctionnement qui sont les plus adaptés pour garantir la qualité de notre travail avec les patient(e)s. Après avoir décrit la manière dont les règles professionnelles se sont construites au cours de l'histoire, Hanspeter Kuhn évoque plusieurs penseurs contemporains pour évaluer la place nécessaire des lois, d'un côté, et des règles éthiques professionnelles de l'autre.

Passionnant, d'autant plus si l'on met cela en lien avec le nécessaire renouveau de l'identité (et de

l'image de soi) du corps médical: je centrerais volontiers ce renouveau sur la prise de conscience de la parole essentielle que nous avons à apporter à la société dans sa réflexion sur elle-même – il s'agit en fait de proposer des contre-modèles, mais cela demande une parole exigeante fondée sur une éthique irréprochable, sous peine de ne pas être crédible. L'éthique a donc par hypothèse une place à la fois fondatrice et essentiellement nécessaire dans le renouveau de l'identité médicale, et les médecins ne peuvent qu'être «sick of the decline in honor», comme le dit Dan Ariely, cité ci-dessous. Bonne année!

Dr Jacques de Haller, Président de la FMH

Entre normes privées et normes publiques

Un Etat sage tire parti de l'éthique professionnelle et du sens de la solidarité*

Hanspeter Kuhn

* Version remaniée d'un bref exposé tenu lors de la conférence de la faculté de droit «Recht der Forschung am Menschen – Norm-geneese im Kontext (internationaler Richtlinien)» le vendredi 20 novembre 2009 à la Jacob Burckhardt-Haus, Bâle. Les interventions à cette conférence paraîtront en juillet 2010 dans le numéro 3/2010 de la Revue du droit suisse (RDS). Le texte reflète l'opinion personnelle de l'auteur.

** Les notes bibliographiques sont disponibles sur Internet à l'adresse www.saez.ch → Numéro actuel ou → Archives → 2010 → 1/2

Correspondance:

Hanspeter Kuhn
FMH
Elfenstrasse 18
CH-3000 Berne 15
Tél. 031 359 11 11
Fax 031 359 11 12

hanspeter.kuhn@fmh.ch

Résumé

Pour le juriste, c'est à l'Etat de régler les principales questions de la vie sociale dans le cadre de lois étatiques. L'économiste, en revanche, constate que des communautés de petite taille fonctionnent souvent de manière plus efficace que celles soumises à un contrôle étatique ou à des privatisations. Dans le cadre d'expérimentations, les chercheurs en comportement montrent, quant à eux, que de porter le débat sur les principes éthiques exerce un impact positif sur le comportement des individus.

Le texte ci-après entend démontrer qu'une législation mesurée est souhaitable. «Trop de loi tue la loi», comme disent les Romands. Il est donc préférable de laisser une marge de manœuvre adéquate à l'auto-organisation, à l'éthique professionnelle et aux règles professionnelles; il ne s'agit pas ici d'idéaliser l'intégrité de tous les médecins, juristes ou banquiers, mais de reconnaître que notre vie en société fonctionne tout simplement mieux lorsque l'Etat autorise raisonnablement, voire encourage, une participation au sein de communautés de petite taille ainsi que la référence à des normes éthiques.

Droit médical: oscillation entre régulation étatique et autonomie

L'histoire de la régulation de la médecine en Allemagne présente de fortes oscillations. Au Moyen Age, les barbiers allemands étaient organisés en corpora-

tions. A la Renaissance sont apparues des facultés qui ont aussi réglementé pendant un certain temps les questions corporatives pour les médecins diplômés.

Pendant la période de l'Absolutisme, l'exercice de la médecine était réglementé dans les moindres détails par l'Etat: «D'une part, l'Absolutisme avait une forte tendance à soumettre la quasi-totalité des domaines de la vie à la tutelle de l'Etat. (...) D'autre part, l'étatisation croissante dans ce domaine s'explique également par le fait que les groupes professionnels concernés étaient, avec le temps, de moins en moins organisés dans les corporations qui régissaient alors une partie essentielle de la vie sociale; l'Etat absolu ne s'est pas fait prier pour combler cette absence de réglementation. (...) Il a fallu attendre (...) que les pensées et principes d'un Etat de droit libéral s'imposent progressivement et que la première pierre d'une autogestion moderne ait été posée pour voir renaître une plus grande liberté d'action, mais désormais aussi, suite au «retrait» de l'Etat, un besoin accru en normes de comportement au niveau sous-étatique» [1]**. Cette tendance à l'autogestion s'est poursuivie au début du XX^e siècle: «L'idée corporative dans la doctrine de l'autogestion comme «remède contre l'étatisation croissante de la vie sociale» a connu un essor considérable au lendemain de la première guerre mondiale» [2]. Désormais, les codes de déontologie régissaient de plus en plus aussi les questions liées à la relation médecin-patient. Le National-socialisme a ensuite défendu

l'idée – peu surprenante – selon laquelle les devoirs de la profession muteraient en devoirs directs envers l'Etat [3].

En Suisse aussi, les barbiers-chirurgiens étaient des artisans, organisés comme ces derniers et représentés ainsi au plan politique à quelques endroits (par ex. à Zurich). Les médecins appartenaient à une profession libérale et s'identifiaient par leurs diplômes universitaires. Au XVIII^e siècle, l'Etat renforça son influence par le biais des Conseils sanitaires – dont les membres étaient des conseillers municipaux et éventuellement des médecins –, tout d'abord dans la lutte contre les épidémies, puis en imposant la réussite d'examens comme condition à l'exercice de la pratique médicale [4]. Cette pratique s'est poursuivie au XIX^e siècle. Pendant cette période, les médecins sont devenus «le plus souvent des représentants résolus du Parti bourgeois libéral» [5] et ont su s'intégrer dans les structures tout aussi bourgeoises-libérales de l'Etat. Ils n'ont pas eu à se démarquer, comme en Allemagne, d'un Etat autoritaire. C'est probablement la raison pour laquelle la Suisse ne connaît pas d'autogestion par des Chambres médicales dotées d'une fonction de garantie des soins et de surveillance de la profession relevant du droit public, comme c'est aujourd'hui le cas dans les Länder allemands.

Comment l'historien apprécie-t-il la question de l'autonomie médicale en Suisse? «Le corps médical appartient aujourd'hui aux professions dites libérales qui jouissent d'une forte reconnaissance sociale et se caractérisent par une grande autonomie dans l'exercice de la profession» [6]. Face à la densité de régulation croissante par des lois et des conventions tarifaires, il est probable que de nombreux médecins ne partagent plus cette appréciation.

Les directives médico-éthiques de l'ASSM

En 2002, David Rüetschi écrit: «En réaction à l'évolution constatée à l'étranger, l'ASSM avait, dès 1969, élaboré les «Directives pour la définition et le diagnostic de la mort» qui définissaient les critères de constat d'une mort cardiaque et d'une mort cérébrale» [7]. (...) «Le Tribunal fédéral suisse traite les directives de l'ASSM, dans les rares jugements qui y font référence, avec beaucoup de respect [8] (...) Comme toutes les normes techniques qui ne sont pas édictées par le législateur formel habituel, les directives de l'ASSM présentent l'avantage d'être flexibles et de permettre une réaction rapide aux changements de la société, une qualité de grande importance, notamment compte tenu du caractère généralement laborieux du processus législatif suisse. Les directives suscitent par ailleurs une large acceptation qui entraîne une augmentation immédiate de l'efficacité des normes, et il est à se demander si des normes étatiques auraient permis d'obtenir un tel effet. Les aspects déterminants sont la mobilisation des connaissances techniques ainsi que la compétence et la réputation des personnes responsables de l'élaboration des directives ainsi que de l'ASSM; des as-

pects auxquels il aurait fallu renoncer, du moins en partie, dans le cas d'une procédure étatique. L'élaboration privée de normes revient en outre à décharger le législateur étatique. (...) Les inconvénients sont surtout le contrôle étatique minime et l'absence de légitimation démocratique, notamment dans un système juridique comme celui de la Suisse où la législation n'incombe pas exclusivement aux représentants, mais en partie aussi au peuple» [9]. (...) «Aucun système de réglementations privées – quelque efficace qu'il soit – ne doit inciter le législateur à se dérober à la tâche que lui réserve la Constitution. Il peut bien évidemment prendre le temps nécessaire pour élaborer une solution appropriée. Par contre, il n'est pas autorisé à reporter continuellement la responsabilité sur des institutions privées. L'ASSM elle-même ne se considère pas comme une législatrice de remplacement, mais souhaite au contraire que les directives deviennent loi après à peu près dix ans de mise à l'épreuve et de débat politique» [10].

Le code de déontologie de la FMH

Au début du XX^e siècle, la plupart des sociétés cantonales de médecine ont édicté des codes de déontologie [11]. Le code de déontologie de la FMH a été décidé en 1996 par la Chambre médicale, l'organe législatif de la FMH. Entré en vigueur en 1997, il a remplacé les anciens codes de déontologie cantonaux. Des délégués médicaux des trois régions linguistiques ainsi que le Professeur et docteur en droit, Wolfgang Wiegand [12], ont participé à l'élaboration du code de déontologie de la FMH. Avant son adoption, le projet a été soumis à la Commission de la concurrence.

A l'occasion de l'introduction des accords bilatéraux, la loi sur la libre circulation des médecins a été révisée; mais, la LPM n'a toujours pas introduit de devoirs professionnels. La LPM en vigueur depuis 2007 [13] comporte à l'art. 40 – sur proposition de la FMH et par analogie à la loi sur la libre circulation des avocats – des dispositions essentielles concernant les devoirs professionnels des médecins [14]. Toutefois, ces devoirs ne s'appliquaient jusqu'à présent qu'aux médecins indépendants soumis à l'AVS et non au corps médical salarié, ce qui suscite les critiques – légitimes selon moi – de la doctrine juridique [15].

Normes privées sous pression depuis les années 60, mais pas toutes

La Révolution française a supprimé l'Etat corporatif; nous sommes donc tous des citoyens ordinaires depuis 1789. Pourtant, la déprofessionnalisation des corporations des médecins et des avocats n'a commencé que dans les années 1960 [16].

Les juristes et les serviteurs de l'Etat portent en eux l'idée que c'est à l'Etat de régler toutes les principales questions des citoyens. Les normes privées sont tolérées dans le meilleur des cas, mais suscitent d'une manière ou d'une autre une suspicion générale.

Je comprends le scepticisme affiché à l'encontre des normes privées. Elles comportent le risque que des particuliers défendent avant tout leurs propres intérêts ou qu'ils méconnaissent les véritables besoins de la population. En même temps, il est surprenant que les normes SIA privées pour la construction en Suisse suscitent une acceptation peu critiquée jusqu'ici. Ces normes ne sont pas uniquement des normes techniques. Elles ont d'importantes implications sociales pour les maîtres d'ouvrage et pour les personnes qui vivent et travaillent dans ces habitations. Cette tension devient notamment évidente lorsque les normes SIA s'opposent aux souhaits de la protection des monuments (cette dernière étant, nota bene, d'intérêt public) et que les normes SIA l'emportent par peur de la responsabilité civile des architectes ou des maîtres d'ouvrage [17].

Tendances d'exclusion des lois

La législation étatique renferme, en revanche, ses propres dangers: les révisions menées ces dernières années dans les domaines du droit d'asile, du code pénal et de l'assurance invalidité montrent ce qui se passe lorsque le Conseil fédéral et le Parlement écoutent avant tout le peuple ou les médias au détriment du courage civil et de la sérénité – avec des conséquences sur le quotidien médical dans ces trois domaines:

- le droit d'asile fait l'objet d'une course contre la montre entre les Etats européens dans le but de décourager les demandeurs d'asile. Les autorités d'asile ne prennent pas toujours suffisamment au sérieux les diagnostics médicaux laissant supposer des actes de torture sur un demandeur d'asile, ni les traitements médicalement nécessaires faisant obstacle à un renvoi, faute de moyens de traitement adéquats dans le pays d'origine. Même les médecins-chefs de cliniques cantonales rédigent, parfois en vain, des recommandations en faveur de leurs patients demandeurs d'asile;
- en droit pénal, la société espère en revanche de la psychiatrie forensique qu'elle puisse estimer avec une certitude absolue le potentiel de danger d'un détenu – ce qui relève de l'impossible (une raison de plus de remettre en question l'initiative sur l'internement, bien qu'elle ait été votée par le peuple et les cantons);
- dans le cadre de la 5^e révision de l'AI, la notion de caractère raisonnablement exigible dans la LPGa a été renforcée de manière indéfendable sur les plans juridique [18] et médical [19]: «Est réputée raisonnablement exigible toute mesure servant à la réadaptation de l'assuré, à l'exception des mesures qui présentent un danger pour la vie et la santé.» [20].

Lois médicales dans l'attente du Sauveur

Ayant toujours entretenu une relation ambivalente avec le médecin/chaman/prêtre/guérisseur, la société contraint la médecine à se justifier: d'un côté, on es-

père du médecin une force ou un pouvoir guérisseur; de l'autre, il viole des tabous et occupe une place à part, hors du commun des mortels.

L'instauration de normes étatiques a aussi de plus en plus pour objectif de garantir que la médecine tienne ses promesses de guérison ou réponde aux attentes de la population. Cette attente du Sauveur explique aussi pourquoi notre législateur constitutionnel, dans sa lutte contre l'initiative du Beobachter [21], s'est laissé aller à promettre à la population une chose impossible, à savoir la répartition équitable des organes lors de transplantations [22]. Nos études de droit nous avaient pourtant enseigné que le législateur ne devait pas essayer de jouer les philanthropes. C'est le même scepticisme que suscite le mandat légal selon lequel les médecins doivent fournir un «conseil non-directif» au patient [23] – là encore un postulat bien intentionné, mais en l'état actuel de la science pas vraiment réalisable [24]. La loi ne doit et ne peut imposer qu'un minimum éthique [25]. En l'oubliant, le législateur créerait un état policier et inquisiteur. Toute disposition légale dépassant un minimum éthique entraîne en plus une frustration chez les membres des professions concernées que des directives étatiques si excessives ne peuvent que vouer à l'échec, qu'ils soient professeurs ou médecins.

Entre normes privées, normes publiques et liberté de contracter

La Constitution fédérale de 1999 stipule qu'«en particulier les dispositions fondamentales relatives aux droits et aux obligations des personnes» doivent être réglées sous la forme d'une loi fédérale [26]. Mais la Constitution garantit également la liberté économique qui comprend le libre exercice de la profession et donc la liberté de contracter [27]. Trois pôles s'affrontent donc:

- quels éléments l'Etat doit-il régler?
- quels éléments les particuliers doivent-ils régler par le droit mou (soft law)?
- quels éléments le mandataire et le mandant doivent-ils pouvoir fixer librement dans le cadre de la liberté de contracter?

Prenons l'exemple de la procréation médicalement assistée: les directives de l'ASSM stipulent que ces méthodes ne peuvent être appliquées que sur des couples mariés ou vivant maritalement. La loi sur la procréation médicalement assistée n'autorise l'utilisation de dons de sperme que pour les couples mariés et non pour ceux vivant en concubinage stable [28]. L'ancienne réglementation privée et l'actuelle réglementation étatique empiètent donc à la fois sur l'autonomie du patient et sur le libre exercice de la profession médicale tout en limitant la liberté de contracter entre le patient et le médecin. C'est le bien de l'enfant qui a été invoqué pour justifier cet empiètement, mais le souhait de la société de s'assurer de sa propre identité a également joué un rôle certain [29].

«Trop de loi tue la loi» et l'éthique fonctionne !

Le penseur Hans Haumer, banquier et ancien expert du FMI, s'exprime comme suit sur la densité de régulation dans les États actuels: «L'absence de vue d'ensemble et la multitude des directives perturbent non seulement les citoyens, mais engraisent également les bureaucraties. Trop de règles tuent la confiance qui préfère des principes simples et solides dont on garde une bonne vue d'ensemble» [30].

Le pénaliste Gunther Arzt déclarait en 1999 déjà: «La bureaucratie n'a pas pour seul objectif de prévenir des dommages; elle sert de plus en plus à légitimer sa propre existence. Tôt ou tard, il ne s'agira plus de prévenir un incendie, mais de faire en sorte qu'il n'y ait plus d'incendie sans infraction aux prescriptions de protection incendie» [31].

«Trop de loi tue la loi.»

L'impact positif de l'éthique sur le comportement

Le chercheur en comportement Dan Ariely constate: «Something was lost when professions were dismantled. Strict professionalism was replaced by flexibility, individual judgement, the laws of commerce, and the urge for wealth, and with it disappeared the bedrock of ethics and values on which the professions had been built.» Ceci entraîne également une frustration professionnelle: «A study by the state of California in the 1990s, for instance, found that a preponderance of attorneys in California were sick of the decline in honor and 'profoundly pessimistic' about the condition of the legal profession» [32].

Ariely est parvenu à prouver que la référence explicite à des standards éthiques influençait le comportement concret: des groupes-test ont reçu une série d'exercices mathématiques à résoudre. Les sujets ont corrigé eux-mêmes les solutions et ont touché un peu d'argent par exercice soi-disant résolu. En d'autres termes: ils pouvaient tricher et encaisser. En revanche, les solutions du groupe de contrôle ont été corrigées de manière objective. Un groupe d'études a été prié d'écrire cette phrase avant le test: «J'ai conscience que cette expérience respecte le code d'honneur du Massachusetts Institute of Technology.» Contrairement aux autres sujets d'expériences, les participants de ce groupe n'ont pas triché [33] – tout comme, dans une expérience précédente, les participants qui avaient été priés, avant le test, de noter le plus grand nombre de commandements sur les dix commandements, n'avaient pas triché. L'évocation de standards éthiques – et non de lois – est donc un moyen efficace d'influencer positivement le comportement sans qu'il soit nécessaire d'engager des policiers.

Quelle est la recette d'Ariely pour l'État du futur? Elle est très simple: «Adam Smith reminded us that honesty really is the best policy, especially in business. (...) What can we do to keep our country honest? We can read the Bible, the Koran, or whatever reflects our

values, perhaps. We can revive professional standards. We can sign our names to promise that we will act with integrity» [34].

Ariely s'interroge: «Wouldn't economics make a lot more sense if it were based on how people actually behave, instead of how they should behave?» [35]. Nous les juristes, nous nous moquons souvent des économistes. Mais pour nous, juristes, et pour le législateur, la même question se pose: notre scepticisme fondamental envers les normes privées ne sous-estime-t-il pas la nature humaine et la réalité de la vie en société? Et, au moins à la rubrique Formation de la NZZ, l'avocat Luc Saner fait remarquer que: «Les juristes tireront, quant à eux, les conséquences (grâce à des études générales) du fait que les êtres humains sont sélectionnés pour se comporter au sein de petits groupes et non d'ensembles complexes. Ils approfondiront donc leur réflexion sur le New Public Management (NPM) et reconnaitront que cet instrument peut fortement simplifier la législation souvent déconcertante» [36].

La participation au sein de petites structures transparentes fonctionne mieux que le contrôle étatique ou la privatisation

De nombreux domaines – de la gestion d'entreprise à l'école, de l'aide au développement à la médecine – ont révélé l'importance d'une véritable participation pour obtenir un comportement souhaitable [37]. Ainsi, nous avons appris de la médecine, par exemple, que les guidelines les mieux respectées par les médecins sont celles à l'élaboration desquelles ils ont participé.

Elinor Ostrom, Prix Nobel d'économie en 2009, a découvert que ni un contrôle étatique ni des privatisations ne pouvaient assurer la gestion durable des biens communaux (*allmend*). Au lieu de cela, elle se prononce en faveur du «cantonalisme»: des communautés de petite taille et nouées par des liens sociaux étroits sont un moyen éprouvé contre l'exploitation des ressources naturelles. Les éléments déviationnistes ne pouvant pas tomber à travers les mailles étroites du filet, un abus a plus de chance d'être évité [38].

Retour du pendule: les codes de déontologie reviennent à la mode

Ces dernières années, de nombreuses professions et branches – de l'enseignement aux cabarets érotiques [40] en passant par l'industrie automobile [39] – aspirent à des codes de déontologie ou les ont déjà introduits. Des représentants de l'État à l'action pragmatique ont même suggéré des codes de déontologie, à l'exemple du Ministère public de Zurich dans la convention sur l'aide au suicide avec l'association Exit [41] ou du Préfet national de Nidau pour l'industrie du sexe [42]. Un État sage tire parti de l'éthique professionnelle et du sens de la solidarité de petites communautés transparentes.

Si l'éthique professionnelle (Ariely) et si l'autogestion au sein de petites communautés transparentes (Ostrom) fonctionne, il est alors judicieux de recher-

cher, loin de toute idéologie, un équilibre pragmatique entre les lois étatiques d'une part et les normes éthiques professionnelles ou l'autogestion d'autre part. C'est pourquoi un Etat qui aspire au meilleur fonctionnement possible de la société crée ou laisse la liberté d'action nécessaire, même à un corps médical doté d'un sens de la solidarité adéquat. Les exemples sont nombreux:

Exemple négatifs

- Sous la pression de la Commission de la concurrence, les sociétés cantonales de médecine ont supprimé les anciennes recommandations concernant les honoraires des traitements de patients privés et semi-privés ainsi que les Commissions de contrôle des honoraires des sociétés de médecine [43]. Au service juridique de la FMH, nous avons l'impression que cette décision n'a servi qu'à fragiliser la sécurité juridique. Nous n'avons trouvé jusqu'à présent aucun avantage pour le patient.

Exemples positifs

- L'introduction du TARMED impliquait une phase de neutralité des coûts; depuis l'achèvement de cette phase, les médecins praticiens maintiennent les coûts de traitement dans le cadre de l'évolution fixée sur la base de la Convention sur les prestations et les prix (CPP) signée avec les assureurs-maladie. Cette situation n'est possible que grâce à l'efficacité de la solidarité au sein de chaque société cantonale de médecine. Les sociétés de médecine peuvent également exploiter le «cantonalisme» loué par Elinor Ostrom afin de garder sous contrôle les coûts de traitement des cabinets médicaux – une façon plus économique et plus efficace que les lourds processus de restitution des assureurs-maladie;
- les systèmes de managed care se basent à la fois sur des conventions de partenariat entre le réseau médical et les assureurs et sur une auto-organisa-

tion efficace du réseau de médecins contractants. Il serait souhaitable que le législateur, dans le cadre de la révision de la LAMal, accorde aux partenaires de santé concernés la liberté d'action nécessaire à des solutions spécifiques et régionales au risque, à trop vouloir bien faire, d'asphyxier le managed care sous une régulation étatique excessive;

- une véritable participation par le biais des sociétés de discipline médicale permet à la FMH de régler la formation postgraduée de façon efficace et économique. La Confédération n'investit aucun centime dans la régulation de la formation postgraduée médicale tant qu'en termes juridiques, on ne dépasse pas les décisions ou les décisions sur opposition de la FMH. L'ancienne Commission de recours, l'actuel Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral ont confirmé la décision préalable de la Commission d'opposition de la FMH dans presque tous les cas de recours importants;
- le Bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH trouve les expertes et experts nécessaires pour examiner les questions multidisciplinaires et souvent complexes liées aux erreurs médicales, à des honoraires ne couvrant pas véritablement les coûts. Il serait beaucoup plus difficile pour un juge étatique de motiver plusieurs experts à une telle étroite collaboration;
- les patients qui le souhaitent peuvent adresser leurs demandes ou leurs recours à l'encontre de médecins au médiateur («Ombudsman») de la société cantonale de médecine ou à la Commission de déontologie. Contrairement à un procès civil, le patient ne s'expose à aucun risque concernant les coûts. L'ombudsman et la Commission de déontologie représentent pour le patient une voie possible, proposée par le corps médical. Libre à lui de s'adresser, dans l'alternative, à la Direction cantonale de la santé, au juge civil ou, en cas de faute médicale grave, au juge pénal.

Références

- 1 Jochen Taupitz, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, Walter de Gruyter, 1991 Berlin et New York, p. 199ss. (trad FMH)
- 2 Taupitz, Ibid., p. 283.
- 3 Taupitz, Ibid., p. 291.
- 4 L'auteur remercie le Professeur Urs Boschung de Berne pour ses indications sur l'histoire de la Suisse.
- 5 Sebastian Brändli, *Ärzte*, dans : *Dictionnaire historique de la Suisse* (HLS - <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D16394.php>)
- 6 Sebastian Brändli, op.cit.
- 7 David Rüetschi, *Arztliches Standesrecht in der Schweiz - Die Bedeutung der Medizinisch-ethischen Richtlinien der schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften* ; Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002; 231-255, p. 233et 237.
- 8 Rüetschi, Ibid., p. 239. ATF 123 I 112ss. (Constat de la mort).
- 9 Rueschti, Ibid., p. 246s.
- 10 Rüetschi, Ibid., p. 255.
- 11 Exception ZH 1892. Selon les indications trouvées dans la feuille de correspondance, il y avait des codes de déontologie dans les cantons AG et BS en 1903, à SG en 1908, à BE et LU en 1911, en Suisse primitive en 1911. Le 4 décembre 1904, l'Assemblée des délégués de l'association centrale lança un appel aux sociétés cantonales de médecine ou aux petites sociétés médicales en leur demandant de mieux s'organiser et d'instaurer à cet effet des codes de déontologie, dotés éventuellement de réglementations de taxes. L'auteur remercie le Professeur Urs Boschung pour ces indications.
- 12 Wiegand a bénéficié du soutien de son assistant Martin Immerhauser, et la Commission FMH de celui de Christoph Hänggeli.
- 13 Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd).
- 14 Art. 40 LPMéd, Devoirs professionnels
 - a. «Les personnes exerçant une profession médicale universitaire à titre indépendant doivent observer les devoirs professionnels suivants: a) exercer leur activité avec soin et conscience professionnelle et respecter les limites des compétences qu'elles ont acquises dans le cadre de leur formation universitaire, de leur formation postgrade et de leur formation continue ;
 - b. approfondir, développer et améliorer leurs connaissances, aptitudes et capacités professionnelles par une formation continue
 - c. garantir les droits du patient;
 - d. s'abstenir de toute publicité qui n'est pas objective et qui ne répond à l'intérêt général; cette publicité ne doit en outre ni induire en erreur ni importuner;
 - e. défendre, dans leur collaboration avec d'autres professions de la santé, exclusivement les intérêts des patients indépendamment des avantages financiers;
 - f. observer le secret professionnel conformément aux dispositions applicables ;
 - g. prêter assistance en cas d'urgence et participer aux services d'urgence conformément aux dispositions cantonales ;
 - h. conclure une assurance responsabilité civile professionnelle offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à leur activité ou fournir des sûretés équivalentes.
- 15 Voir W. Fellmann, *Das Medizinalberufegesetz ist neu in Kraft – bitte gleich nachbessern!* Newsletter Septembre 2007.
- 16 Dan Ariely, *Predictably Irrational, The Hidden Forces that Shape our Decisions*, HarperCollinsPublishers, Londres, 2008, p. 209ss.
- 17 Voir sur le thème de la problématique des normes SIA en opposition à la protection du patrimoine: Ursula Boos, *Betreten auf eigene Gefahr? Technische Normen aus rechtlicher Sicht* ; NIKE-Bulletin 5/2005; p. 12-17.
- 18 Thomas Locher, *Invalidität, Invaliditätsgrad und Entstehung des Rentenanspruchs nach dem Entwurf zur 5. IV-Revision*, dans : *Medizin und Sozialversicherung im Gespräch*, René Schaffhauser/Franz Schlauri (Editions), St-Gall 2006, p. 294ss; ainsi que Dr Ueli Kieser, *Übersicht über die 5. IV-Revision*, exposé djb 23 März 2007, p.8.
- 19 Prise de position de la FMH sur le projet de 6^e révision de l'AI, 9 octobre 2009 : «Il ne reste plus que la „voie bleue» (certificat médical) pour se défendre contre toute mesure disproportionnée». Cette instrumentalisation de la médecine est objectivement fautive et insupportable pour toutes les personnes concernées.»
- 20 Art. 21, al. 4 LPGA. «Le fardeau de la preuve concernant le caractère non raisonnablement exigible d'une mesure revient à l'assuré.» (Explications relatives au projet de la 6^e révision de l'AI du 17 juin 2009, page 69).
- 21 Initiative populaire «contre les abus de la technologie de la procréation et de la technologie générique» (Initiative du «Beobachter»)
- 22 Art. 119a, al. 2 Constitution fédérale: «La Confédération (...) veille à une répartition équitable des organes».
- 23 Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, art. 14 Conseil génétique en général; al. 1 «Une analyse génétique présymptomatique, une analyse génétique prénatale ou une analyse visant à établir un planning familial doit être précédée et suivie d'un conseil génétique non directif donné par une personne qualifiée. L'entretien doit être consigné (...)».
- 24 Concernant les limites juridiques du conseil prénatal non directif, voir Wolfgang Wiegand, *Juristische Überlegungen zur pränatalen Diagnostik, Therapeutische Umschau* 1988, p. 729-734 ; 731.
- 25 Selon l'ATF 124 III 297, E. 5e : (...) «La contrariété aux mœurs ne doit pas servir à saper l'exigence de l'illégalité. Si la loi élève à un fait de responsabilité la violation contre les «bonnes mœurs» avec intention de nuire, ceci ne signifie pas qu'un engagement général des citoyens aspirerait à une éthique élevée. Le droit ne vise qu'à garantir un minimum éthique. L'art. 41, al. 2 CO comprend en premier lieu cette chicane : Conformément à cette disposition, celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer (HONSELL, Ibid., p. 64; SCHNYDER, Ibid., N. 43 sur l'art. 41 CO).
- 26 Art. 164 CF.
- 27 Art. 27 CF ; voir Message concernant la révision de la Constitution fédérale, FF 1966 p. 177: (Liberté économique) «comprend l'activité économique lucrative privée proprement dite, notamment aussi tous les aspects de la liberté d'entreprendre et de la liberté de contracter».

- 28 Art. 3, al. 3 Loi sur la procréation médicalement assistée.
- 29 Voir Message du 26 juin 1996, FF 1996 III 220: «Le Conseil fédéral autorise en revanche le don de sperme, toutefois à des conditions restrictives, alors que les auteurs de l'initiative rejettent cette méthode qu'ils considèrent comme immorale. Ils sont d'avis qu'elles comportent de sérieux risques psychologiques et sociaux pour le bien de l'enfant et la famille».
- 30 Hans Haumer, Vertrauen - Angst und Hoffnung in einer unsicheren Welt, Kremayr und Scheriau, Wien, 2009, p. 20.
- 31 Gunther Arzt, Directives diagnostiques et thérapeutiques : *Richtlinien für die Rechtsprechung?*, Schweiz Med Wochenschr 1999;129: n° 16, p. 607-12.
- 32 Ariely, op.cit., p. 209s.
- 33 Ils ont donné autant de bonnes réponses que le groupe de contrôle réellement contrôlé. Ariely, op.cit., p. 212.
- 34 Ariely, op.cit., p. 215.
- 35 Ariely, op.cit., p. 239.
- 36 Luc Saner, avocat à Bâle, *Mehr Zeit für Tiefgang und Vernetzung, Ein Hochschulbetrieb mit zwei Studiengeschwindigkeiten könnte zentrale Probleme der Ausbildung lösen*, NZZ 30.11.2009, p. 46. (Luc Saner, avocat à Bâle,)
- 37 La recherche sur Google en entrant le mot-clé Participation est très instructive!
- 38 Sarah Nowotny, *Grindelwald ist nobelpreisverdächtig*, Der Bund, 05.11.2009: «L'Américaine Elinor Ostrom a reçu cette année le Prix Nobel d'économie. Elle recherche également son inspiration dans les alpes de Grindelwald. (...). Ce prix Nobel lui a été décerné pour avoir fourni une réponse à la question essentielle sur notre façon de gérer la pénurie. Elle arrive à la conclusion que les biens communaux (allmend) ne peuvent être gérés durablement ni par le contrôle étatique ni par les privatisations. Au lieu de cela, Ostrom prône le «cantonalisme»: Des communautés de petite taille et nouées par des liens sociaux étroits sont un moyen éprouvé contre l'exploitation des ressources naturelles. Les éléments déviationnistes ne pouvant pas tomber à travers les mailles étroites du filet, un abus a plus de chance d'être évité».
- 39 Union professionnelle suisse de l'automobile UPSA; extrait de: L'offre de prestation de l'UPSA, état en novembre 2009: «Code d'honneur de l'industrie automobile – certificat affiché dans le domaine commercial du garage, par lequel le membre affiche une éthique professionnelle claire vis-à-vis du client.»
- 40 Code de déontologie pour les exploitants de cabaret: «Depuis des années, l'ASCO regroupe les meilleurs et les plus populaires établissements de divertissement de Suisse. Avec le code de déontologie de l'ASCO, ses membres s'engagent à respecter une grande éthique professionnelle, créant ainsi une relation de confiance. Notre code établit des règles de bon sens et respecte l'équité. Il exige un comportement irréprochable vis-à-vis des clients, du personnel, des fournisseurs et des autorités. (...)»
- 41 Convention sur l'assistance au suicide organisée: «Le Ministère public du canton de Zurich (...) et l'association EXIT (...) ont passé la convention suivante avec la volonté de concrétiser l'intention du Conseil d'Etat du canton de Zurich de créer des codes de déontologie pour les organisations d'aide au suicide au plan cantonal, établis en concertation avec ces organisations et repris volontairement par ses dernières afin d'éviter toute pratique abusive (...): (...) (Texte du 30 juin 2009)
- 42 Anita Bachmann, *Roma-Frauen im Berner Rotlichtmilieu*, Der Bund, 25.09.2009 : «Le Grand Conseil (BE) s'est récemment penché sur le milieu de la nuit. Il a été décidé en mars que l'industrie du sexe avait besoin de limites, de règles et de protection, d'où la nécessité d'une loi sur la prostitution. Les politiciens ont soumis cette demande au Grand Conseil suite à l'expérience positive faite par le Préfet national Könitzer avec le modèle de l'Hôtel Schloss à Nidau. Ce modèle repose sur un code de déontologie pour les exploitants de bordels, salons de massage ou bars de rencontre. (...), l'indépendance n'est pas une bonne solution pour toutes les travailleuses du sexe. Il serait beaucoup plus honnête d'autoriser un rapport de travail, si possible dans le cadre d'une convention collective», déclare Könitzer. Cela exigerait néanmoins un grand changement de mentalité chez de nombreux bureaucrates».
- 43 Voir le communiqué de presse de la COMCO concernant Zurich: http://www.admin.ch/cp/d/3bea4198_1@fwsrv.g.bfi.admin.ch.html «(...) Le 5 novembre 2001, la Commission de la concurrence (COMCO) a classé l'enquête à l'encontre des membres de la société de médecine du canton de Zurich AGZ. Ces derniers ont renoncé au tarif privé suite à l'enquête menée par la Commission sur la concurrence. Le tarif privé représentait un accord sur les prix qui entravait probablement une concurrence efficace (...)».