

99.451

Initiative parlementaire
Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes
(von Felten)

Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national

du 23 juin 2003

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Conformément à l'art. 21^{quater}, al. 3, de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC), la commission vous soumet le présent rapport qu'elle transmet simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter les projets de lois ci-joints.

23 juin 2003

Pour la commission:

La présidente, Anita Thanei

Condensé

Au cours de l'été 1997, la Suisse a été confrontée avec sa politique en matière de stérilisations effectuées essentiellement pendant la première moitié du 20^e siècle. Ce débat a été déclenché par des articles du quotidien suédois Dagens Nyheter qui révélait la stérilisation eugénique de plus de 60 000 personnes entre 1935 et 1976 en Suède. Les récentes recherches historiques démontrent que de nombreuses personnes, pour la plupart des femmes, ont été stérilisées dans notre pays dès la fin du 19^e siècle et jusque dans les années 1980. En particulier dans la première moitié du 20^e siècle, il s'agissait souvent de personnes considérées par la médecine psychiatrique comme sortant de la norme, affectées de troubles de l'intelligence ou de déficience mentale. Essentiellement des motifs d'hygiène sociale ou socio-économiques étaient invoqués. Dans bien des cas, ces interventions étaient pratiquées contre la volonté des personnes concernées, ou du moins avec leur consentement obtenu sous la contrainte.

Le 5 octobre 1999, Madame Margrit von Felten, conseillère nationale, a déposé une initiative parlementaire visant à créer les bases juridiques nécessaires afin que les personnes ayant été stérilisées contre leur volonté et celles qui avaient consenti à une stérilisation sous la contrainte aient droit à une indemnité adéquate. Le 24 mars 2000, le Conseil national a donné suite à cette initiative. La commission des affaires juridiques du Conseil national a traité non seulement la question de l'indemnisation des victimes de stérilisations forcées, mais elle a aussi examiné les conditions et procédures qui doivent être respectées pour qu'une stérilisation soit considérée comme licite. La stérilisation pratiquée contre la volonté de la personne concernée, ou avec son consentement obtenu sous la contrainte constitue en effet une lésion corporelle grave au sens de l'art. 122 du code pénal.

Afin de permettre une appréciation politique nuancée des deux aspects traités, la commission vous soumet un rapport portant sur deux projets législatifs distincts.

Le projet 1 (loi sur la stérilisation) comprend une nouvelle réglementation relative aux conditions auxquelles une stérilisation sera désormais considérée comme licite et aux procédures qui devront être respectées. La stérilisation de personnes âgées de moins de 16 ans et de personnes passagèrement incapables de discernement est interdite. Une telle intervention ne peut être pratiquée sur une personne âgée de 16 ans révolus capable de discernement que moyennant son consentement libre et éclairé. La stérilisation de personnes durablement incapables de discernement est admise à titre exceptionnel, à des conditions strictes; l'intervention nécessite en outre l'approbation de l'autorité tutélaire de surveillance.

Dans un projet 2 (loi sur l'indemnisation des victimes de stérilisations et de castrations abusives), la commission propose que les personnes qui ont été victimes par le passé de stérilisations et de castrations dites abusives soient considérées comme des victimes d'infractions sur la base de l'art. 124 de la Constitution et puissent de-

mander une indemnité pour le dommage subi et une réparation morale. Le projet de loi renvoie à la loi fédérale sur l'aide aux victimes (LAVI) pour définir les conditions d'octroi et le calcul de l'indemnité et de la réparation morale. L'exécution de cette loi incombera essentiellement aux cantons. La Confédération participera à raison de 50 % aux dépenses effectives d'indemnisation et de réparation morale, supportées par les cantons.

Rapport

1 Situation initiale

1.1 Initiative parlementaire

Le 5 octobre 1999, Madame Margrit von Felten, conseillère nationale, a déposé une initiative parlementaire visant à créer les bases juridiques nécessaires afin que les personnes ayant été stérilisées contre leur volonté et celles qui ont consenti à une stérilisation sous la contrainte aient droit à une indemnité adéquate.

L'auteur de l'initiative expose qu'il découle de diverses sources historiques que des stérilisations forcées ont été pratiquées en Suisse jusque dans les années quatre-vingt, essentiellement sur des femmes, la plupart du temps sans qu'il fût nécessaire d'obtenir le consentement de l'intéressée. Les autorités parvenaient à obtenir l'«accord» juridiquement obligatoire de la personne concernée soit par la persuasion, soit par la force ou la menace. Ainsi, des personnes qui bénéficiaient d'une aide sociale ont été menacées de ne plus en recevoir, des femmes ont dû choisir entre la vie en institution ou la stérilisation, et les avortements n'étaient autorisés que si les femmes consentaient simultanément à se faire stériliser.

1.1.1 Décision du Conseil national

Le 24 mars 2000, le Conseil national, se ralliant à la proposition unanime de la Commission des affaires juridiques, a décidé sans opposition de donner suite à l'initiative. Il s'est ainsi rallié à l'avis de l'auteur de l'initiative selon lequel les autorités politiques doivent examiner la question de la pratique de la stérilisation forcée en Suisse, reconnaître les injustices qui ont été commises et verser une indemnité aux victimes.

Conformément à l'art. 21^{quater}, al. 1, de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC; RS 171.11), il a chargé la Commission des affaires juridiques d'élaborer un projet d'acte législatif. En application de l'art. 21^{quater}, al. 2, LREC, la commission a demandé au Département fédéral de justice et police de la seconder dans ses travaux.

1.2 Travaux de la commission

La Commission des affaires juridiques du Conseil national a chargé une sous-commission de préparer un projet de loi concrétisant l'initiative parlementaire et d'examiner l'opportunité de régler dans le droit fédéral la question de la stérilisation des personnes mineures, sous tutelle et incapables de discernement. La sous-commission composée de sept membres (Dorle Vallender, présidente; Regina Aepli Wartmann; Jacques-Simon Eggly; Jean-Paul Glasson; Jost Gross; Doris Leuthard; Hans-Ulrich Mathys) s'est réunie dix fois au cours des années 2000 et 2001.

Lors d'auditions d'experts, la problématique posée par la stérilisation a été examinée sous les angles de la psychiatrie, du droit et de l'éthique, tant en fonction des conditions actuelles que dans un cadre historique.

Le 6 novembre 2001, la commission a adopté un avant-projet, qui comprenait deux parties. La première partie déterminait les conditions auxquelles une stérilisation sera désormais considérée comme licite et les procédures qui devront être respectées. Dans la seconde partie, il était proposé que les personnes qui ont subi par le passé des stérilisations ou des castrations dites abusives soient considérées comme des victimes d'infractions sur la base de l'art. 124 de la Constitution (Cst.) et puissent demander une indemnité pour le dommage subi et une réparation morale. L'avant-projet a fait l'objet d'une procédure de consultation de fin mars à fin juin 2002. La commission a ensuite remanié son projet. Elle a adopté à l'unanimité une loi sur les stérilisations (projet 1) le 31 mars 2003 et la loi sur l'indemnisation des victimes de stérilisations et de castrations abusives (projet 2) le 23 juin 2003.

1.3 Etat de la réglementation de la stérilisation

La question de la stérilisation n'est aujourd'hui pas expressément réglée dans le droit fédéral. Selon le professeur Jörg Paul Müller entendu par la commission, la possibilité et le désir d'avoir des enfants, le droit à une vie sexuelle libre, de même que la décision de supprimer sa propre capacité de procréer font partie de la liberté personnelle. La stérilisation abusive porte atteinte à divers droits fondamentaux inscrits dans la Constitution: respect et protection de la dignité humaine (art. 7 Cst.); interdiction de toute discrimination du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique (art. 8, al. 2, Cst.); intégrité physique et psychique (art. 10, al. 2, Cst.); protection particulière de l'intégrité des enfants et des jeunes (art. 11 Cst.). Une stérilisation constitue ainsi une atteinte aux droits fondamentaux. Selon la doctrine (cf. ch. 2.1 ci-après) elle constitue aussi une lésion corporelle grave, au sens de l'art. 122 du code pénal.

Jusque dans les années quatre-vingt, seul le canton de Vaud avait édicté une loi en cette matière (cf. ch. 1.4 ci-après). Aujourd'hui, les cantons d'Argovie (loi du 10 novembre 1987), de Fribourg (loi du 16 novembre 1999) et de Neuchâtel (loi du 6 février 1995) disposent de lois cantonales. La législation de ces trois cantons précise que la stérilisation de personnes majeures capables de discernement ne peut être pratiquée qu'à la demande de la personne concernée. Elle détermine de manière plus ou moins détaillée à quelles conditions la stérilisation des personnes mineures, sous tutelles et incapables de discernement est admissible.

L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) a édicté en novembre 1981 des directives d'éthique médicale pour la stérilisation. Ces directives prévoient que des personnes saines d'esprit, capables de discernement, peuvent décider librement de se soumettre à une stérilisation. Une personne atteinte de déficience mentale peut également décider de subir une telle intervention, dans la mesure où elle est capable d'en apprécier la portée. La stérilisation de personnes incapables de discernement est en revanche considérée comme inadmissible. En 1999, l'ASSM a mis en consultation un projet de nouvelles directives médico-éthiques pour la stérilisation de personnes mentalement déficientes. Ce projet ne déclarait plus a priori inadmissible une telle intervention si la personne est incapable de discernement. Vu les critiques

émises dans la consultation et les actuels travaux législatifs au niveau fédéral, l'ASSM a suspendu la révision de ses directives. En juin 2001, elle a édicté des Recommandations complémentaires qui maintiennent le principe selon lequel une stérilisation est une «ultima ratio» nécessitant l'accord explicite de la personne concernée. Pour les personnes mentalement déficientes incapables de discernement, une telle intervention reste exclue.

1.4 Les stérilisations et castrations pratiquées en Suisse: quelques données historiques

Au cours de l'été 1997, la Suisse a été confrontée avec sa politique en matière de stérilisations effectuées pendant la première moitié du 20^e siècle. Ce débat a été déclenché par des articles du quotidien suédois Dagens Nyheter qui révélait la stérilisation eugénique de plus de 60 000 personnes entre 1935 et 1976 en Suède. Des informations analogues ont été données dans la presse de l'été 1997 à propos de la Finlande et de la France.

La question des stérilisations forcées qui ont été pratiquées en Suisse au cours du siècle dernier a fait l'objet de plusieurs études ces dernières années:

- Une étude relative au canton de Vaud¹ fait une analyse de la loi cantonale sur le régime des personnes atteintes de maladies mentales, dans laquelle a été introduite en 1928 une disposition qui autorisait la stérilisation légale et coercitive des malades mentaux; celle-ci est restée en vigueur jusqu'en 1985 et prévoyait ceci: «Une personne atteinte de maladie mentale ou d'une infirmité mentale peut être l'objet de mesures d'ordre médical pour empêcher la survenance d'enfants, si elle est reconnue incurable et si, selon toutes prévisions, elle ne peut avoir qu'une descendance tarée».
- Au total 378 demandes de stérilisation ont été formulées sous l'égide de cette loi, dont 324 concernaient des femmes. 187 autorisations d'opérer ont été délivrées (la dernière date de 1977). Une centaine de personnes, en majorité des femmes, ont été stérilisées sur la base de cette disposition (cf. rapport p. 63).
- Selon Anna Gossenreiter², 67 femmes ont été stérilisées à la polyclinique psychiatrique de Zürich en 1926. Ce chiffre s'élevait à 122 en 1927. Pour les années 1908 à 1934, les autorités de tutelles du canton de Zurich annonçaient 60 stérilisations, dont 51 ont été pratiquées sur des femmes. A la clinique gynécologique de Bâle, on a recensé 960 femmes stérilisées entre 1920 et 1933. Entre 1960 et 1987 cinq hommes handicapés mentaux ont

¹ Gilles Jeanmonod, Jacques Gasser, Geneviève Haller, «La stérilisation légale des malades et infirmes mentaux dans le canton de Vaud entre 1928 et 1985». Rapport de l'Institut romand d'Histoire de la Médecine et de la Santé, juin 1998
Gilles Jeanmonod, Jacques Gasser, Geneviève Haller, «Déficience mentale et sexualité. La stérilisation légale dans le canton de Vaud entre 1928 et 1985» dans Bulletin des médecins suisses 2001; 82; Nr 3

² Anna Gossenreiter, «Die Sterilisation in den 1920er und 1930er Jahren als Sozialpolitik und medizinisches Mittel». Féminin – masculin Rapports sociaux de sexes en Suisse: législation, discours, pratiques, Zurich 1995

encore été castrés; une femme handicapée mentale a été traitée de la même manière³.

- Une étude sur la discussion et la pratique de la stérilisation en Suisse alémanique jusqu'en 1945 a permis de recenser 80 stérilisations effectuées à la clinique psychiatrique de Königsfelden dans le canton d'Argovie, entre 1919 et 1945⁴. Dans 70 % des cas, il s'agissait de stérilisations forcées, pratiquées sans le consentement éclairé des personnes concernées.
- Une vaste étude, soutenue par le Fonds national de la recherche scientifique⁵, analyse de manière comparative les pratiques de la stérilisation en Suisse romande durant le 20^e siècle. Il se dégage de grandes différences selon les cantons. Les cantons de confession réformée ont pratiqué la stérilisation dès le début du siècle tandis que les cantons catholiques ne la pratiquèrent qu'à partir des années 1980.

Outre dans le canton de Vaud, la stérilisation des femmes avait été réglée dans le canton de Berne par le biais d'une circulaire de la Direction de l'assistance publique de 1931 (qui semble ne pas avoir été abrogée officiellement). Selon cette directive, le consentement de la personne concernée est indispensable. Etaient admis des motifs médicaux, sociaux ou eugéniques; des considérations d'ordre uniquement pécuniaire étaient en revanche exclues (Fascicule 12, p. 14 ss). Dans le canton de Neuchâtel, la loi de 1995 avait été précédée de Directives du Service cantonal de la santé publique du 25 août 1980, qui n'excluaient semble-t-il pas la stérilisation d'une personne handicapée mentale sans le consentement de celle-ci (Fascicule 17, p. 36 ss).

Les recherches statistiques montrent dans quelle mesure on eut recours à cette pratique: Vaud 187 stérilisations entre 1928 et 1985, Neuchâtel 58 entre 1978 et 1999, Genève 60, seulement pour l'année 1961 et Berne 181 entre 1939 et 1949 et 50 entre 1962 et 1966. Pour les cantons qui connaissaient une réglementation officielle de la stérilisation (Vaud, Berne; Neuchâtel dès 1980), les chercheurs ont pu dénombrer les stérilisations soumises à autorisation; ailleurs, ils n'ont pu que procéder par sondages (volume I, p. IV).

Les cantons de Fribourg et du Valais, influencés par l'encyclique «Casi connubii», rejetèrent de la même manière l'avortement, la contraception et les stérilisations. L'eugénisme fut également combattu; la présence d'infirmes dans la société favorise l'exercice de la charité chrétienne selon Gustave Clément, médecin et président du Grand Conseil fribourgeois dans les années 1920 (Fascicule 18, p. 29). Cependant dès les années 1970, de rares cas de stérilisation ont été recensés dans ces cantons aussi (Fascicules 19 et 20).

³ Alex Schwank, «Der rassenhygienische (bzw. eugenische) Diskurs in der schweizerischen Medizin des 20. Jahrhunderts», in Zürcher Hochschulforum Band 23 (1996), p. 476

⁴ Roswitha Dubach, «Die Sterilisation als Mittel zur Verhütung minderwertiger Nachkommen (Ende 19. Jh. Bis 1945)», in Schweizerische Ärztezeitung 2001; 82; Nr 3

⁵ Gilles Jeanmonod, Geneviève Haller, Jean-François Dumoulin, Jacques Gasser, «Eugénisme et stérilisation non volontaire en Suisse romande durant le 20^e siècle». Rapport de l'institut suisse de la médecine, novembre 2001

- Un travail de recherche⁶ commandé par le département social de la ville de Zurich, traitant des mesures coercitives utilisées à Zurich durant le 20^e siècle dans le domaine social et la psychiatrie révèle l'influence des thèses eugénistes dans les années 1920 à 1930 et étudie à travers des exemples, les motifs et les conditions des stérilisations non volontaires. Ainsi Paul Pflünger, théologien et membre de l'exécutif de la ville de Zurich, juge que la stérilisation des infirmes et personnes déficientes était un bon moyen de lutter contre les fléaux sociaux, tels que l'alcoolisme, la pénurie de logement et la délinquance juvénile (cf. rapport p. 17).

L'eugénisme, défini par Francis Galton comme la «science de l'amélioration de la race, qui ne se borne nullement aux questions d'unions judicieuses, mais qui, particulièrement dans le cas de l'homme, s'occupe de toutes les influences susceptibles de donner aux races les mieux douées un plus grand nombre de chances de prévaloir sur les races moins bonnes»⁷, a joué un rôle important en psychiatrie dès la fin du 19^e siècle. De telles thèses ont notamment été soutenues par Auguste Forel qui fut directeur de la clinique psychiatrique Burghölzli à Zurich de 1879 à 1898⁸. Il ressort des études indiquées ci-dessus que la grande majorité des personnes stérilisées étaient des femmes relativement jeunes, appartenant en général aux couches sociales défavorisées. Le diagnostic posé comprenait diverses catégories se rapportant à ce que l'on peut nommer des «troubles de l'intelligence» (79 % selon l'étude relative au canton de Vaud). Les termes tels que «faiblesse de caractère innée», «imbécillité» ou «intelligence déficiente» n'étaient pas rares. Les motifs de stérilisation pouvaient être les suivants: grossesses hors mariage et relations avec différents hommes; tenue du ménage (une femme mentalement «anormale» ne serait pas capable de tenir un ménage); stérilisation comme thérapie visant à affaiblir les pulsions sexuelles⁹; hygiène sociale (surtout pendant la période 1932 à 1941) et motifs socio-économiques¹⁰. Enfin, l'analyse de plusieurs anamnèses démontre que de nombreuses stérilisations ont été effectuées en fait sans le consentement «libre et éclairé» de la personne concernée. Les moyens de pression le plus souvent utilisés étaient la menace de l'interdiction de mariage, la menace d'internement ou de maintien en clinique psychiatrique¹¹.

Dans le cadre des auditions, le professeur Jakob Tanner a souligné que dans le domaine de la stérilisation de personnes handicapées mentales, telle qu'elle a été pratiquée en Suisse et dans d'autres pays dès la fin du 19^e siècle, des arguments non seulement financiers et sociaux, mais aussi eugéniques jouaient un rôle. La considération des établissements psychiatriques s'est nettement modifiée au cours des dernières décennies. Alors que jusqu'au cours du 20^e siècle ils étaient considérés comme des institutions modernes, ils sont représentés aujourd'hui dans l'histoire de

⁶ Thomas Huonker, «Anstaltseinweisungen, Kinderwegnahme, Eheverbot, Sterilisation, Kastration», Fürsorge, Zwangmassnahmen, Eugenik und Psychiatrie in Zürich zwischen 1890 und 1970, Sozialberichterstattung 02

⁷ Gilles Jeanmonod, Jacques Gasser, Geneviève Haller, «La stérilisation légale des malades et infirmes mentaux dans le canton de Vaud entre 1928 et 1985», p. 47

⁸ Willi Wottreng, Hirnriss, Weltwoche-ABC-Verlag, 1999, Zurich Gossenreiter; op. cit. p. 223 ss

⁹ Anna Gossenreiter, op. cit., p. 239 s.

¹⁰ Gilles Jeanmonod, Jacques Gasser, Geneviève Haller, «La stérilisation légale des malades et infirmes mentaux dans le canton de Vaud entre 1928 et 1985», p. 74, 75

¹¹ Dubach, op. cit

la psychiatrie comme des asiles d'internement avec de forts éléments de coercition et de contrôle. Les conditions de vie difficiles pour les patients internés durablement sont également mises en évidence. Il est frappant de constater avec quelle facilité il était possible, jusqu'à la crise de la psychiatrie hospitalière dans les années quatre-vingt, d'interner des personnes souffrant de maladies psychiques indépendamment de leur volonté et de les soumettre à des mesures de contrainte. Les médecins jouissaient alors d'une autorité professionnelle et de prestige social et les méthodes thérapeutiques étaient souvent acceptées sans discussion. La notion d'irresponsabilité n'a été définie de manière uniforme qu'en 1942 dans le code pénal. En l'absence de règle fédérale de la stérilisation des personnes handicapées mentales - seulement quelques cantons ont édicté des règles, qui ne sont pas égales - la psychiatrie jouissait et jouit encore d'une très large marge de manœuvre.

1.5 Nécessité d'une réglementation fédérale de la question de la stérilisation

Il ressort des informations dont dispose la commission à propos du passé de la Suisse en matière de stérilisations que des abus ont eu lieu. Une législation fédérale devra à l'avenir prévenir de tels abus. Les auditions d'experts ont confirmé que les questions qui se posent en relation avec la stérilisation de *personnes incapables de discernement* sont particulièrement délicates et complexes. Au cours des dernières décennies, la perception de la société vis-à-vis de personnes affectées de déficiences mentales a évolué. Les institutions qui les accueillent sont aujourd'hui généralement mixtes et l'on reconnaît que ces personnes ont droit à une vie sexuelle qui fait partie de leur épanouissement personnel. Se pose alors la question du contrôle de la procréation, lorsque les personnes concernées sont incapables de gérer des moyens de contraception réversibles, qu'elles seraient en général aussi incapables d'assumer la responsabilité de l'éducation d'un enfant et surmonteraient difficilement le fait qu'on leur en retire la garde. Les récentes législations des cantons d'Argovie, de Neuchâtel et de Fribourg apportent des solutions différentes à une même problématique; ceci renforce le besoin d'une règle uniforme.

En matière de stérilisations, l'autorité tutélaire de surveillance exerce diverses compétences de décision en vue de protéger la personnalité de l'intéressé. Le droit cantonal détermine cette autorité au regard de l'art. 361 CC. Là où il existe deux instances de surveillance, un choix doit être effectué. Dans des cas particuliers, les cantons peuvent prévoir qu'une autorité spéciale déjà existante exerce la fonction de surveillance. Il va cependant de soi que cette autorité doit être appropriée; à défaut, l'exécution du droit fédéral matériel serait empêchée. C'est pourquoi, cette possibilité d'une réglementation spéciale cantonale n'est envisageable qu'en rapport avec la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et des patientes du Canton de Fribourg. Par ailleurs, la compétence de l'autorité tutélaire de surveillance, avec les différentes solutions cantonales qui en découlent, ne constitue qu'une solution provisoire dans la mesure où la révision du droit de la tutelle, actuellement en cours, influencera sans doute l'organisation des autorités de tutelle.

La commission a décidé de ne pas attendre les propositions qui seront faites par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision totale du droit de la tutelle. Il faudra très

probablement encore plusieurs années jusqu'à ce que ce vaste projet législatif soit présenté au Parlement dans le cadre d'un message du Conseil fédéral. La voie de l'initiative parlementaire permet de régler dans des délais raisonnables la question bien délimitée de la stérilisation. La commission a veillé à assurer la coordination avec les travaux de l'Office fédéral de la justice.

1.6 Droit comparé

La *Suède* a édicté en 1999 une loi sur l'indemnisation des personnes qui ont été stérilisées sur la base d'une loi de 1934 concernant la stérilisation de personnes handicapées mentales et sur la base d'une loi de 1941 relative à la stérilisation, ainsi que les personnes qui ont été stérilisées avant 1976 sans référence à une base légale.

En *Autriche*, la stérilisation effectuée par un médecin avec le consentement de la personne concernée n'est pas illégale, si cette personne a plus de 25 ans ou si l'intervention n'est pas contraire aux bonnes mœurs pour d'autres raisons. Pour les personnes incapables de discernement, la décision appartient au représentant légal; il ne peut donner son accord que s'il s'agit de parer à une souffrance physique durable qui constitue un danger sérieux pour la vie ou la santé de la personne handicapée (§ 282 du code civil général).

En *Allemagne*, la jurisprudence (BGHSt 20,81 ss, OLG Köln JMBl NRW 1986, 273) considère que les éléments constitutifs de l'atteinte à l'intégrité corporelle ne sont pas réunis en cas de stérilisation volontaire et que seul le consentement de la personne concernée est nécessaire; dans la pratique, cet avis est généralement admis (Schrönke/Schröder-Eser, Strafgesetzbuch, 25^e éd. 1997, § 223 note 62). La stérilisation de personnes mineures est interdite (§ 1631c code civil). Pour les personnes majeures incapables de discernement, le représentant légal est habilité à donner son accord à une stérilisation lorsque des conditions analogues à celles prévues dans le projet de la commission sont remplies (§ 1905 code civil). Enfin, l'Allemagne a édicté en 1969 une loi sur la castration volontaire et d'autres méthodes de traitement visant à lutter contre des pulsions sexuelles hors norme.

Au cours du 20^e siècle, la *France* a mené une politique nataliste. Jusqu'en 1994, les principes généraux de la jurisprudence interdisaient la stérilisation contraceptive. L'art. 16-3 du code civil, adopté en 1994 a confirmé cette interdiction, en prévoyant qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. La conception de la stérilisation contraceptive a changé en juillet 2001. Désormais, une telle intervention peut être pratiquée sur une personne majeure exprimant une volonté libre, motivée et délibérée. La personne doit être informée clairement des conséquences de l'intervention. L'acte chirurgical ne peut être pratiqué que dans un établissement de santé après consultation d'un médecin, après un délai de réflexion et confirmation écrite de la personne (art. 2123-1 du code de la santé publique). La stérilisation de personnes mineures est interdite. Elle ne peut être pratiquée sur une personne handicapée mentale, majeure et sous tutelle, que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité de les mettre en oeuvre efficacement. L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles qui entend la personne concernée, ses proches et un comité d'experts. Si la personne concernée est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être recherché et pris en

compte. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement (art. 2123-2 du code de la santé publique).

L'Italie n'a pas de loi ou de disposition spécifique à propos de la stérilisation. L'ancien art. 552 du code civil, qui interdisait expressément tout acte destiné directement à supprimer la capacité de procréer, a été abrogé en 1978. Suite à l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence, il semble que la stérilisation est en principe admise. A part l'exigence du consentement de la personne concernée, les conditions de l'admissibilité sont en revanche encore floues.

1.7 Résultats de la procédure de consultation

Tous les cantons, 9 partis, 23 organisations ainsi que le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances ont participé à la consultation. L'avant-projet dans ses deux objectifs principaux (réglementation fédérale des conditions autorisant une stérilisation à l'avenir et indemnisation des victimes de stérilisations et castrations pratiquées par le passé) a obtenu l'approbation de principe d'une large majorité des milieux consultés (22 cantons, 4 partis et 19 organisations). La défense de la dignité de la personne, la nécessité d'indemniser toutes les victimes d'une infraction portant atteinte à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle (art. 124 Cst.) ainsi que les principes de morale, d'éthique et de justice sont les principaux arguments émis en faveur de l'avant-projet. Au-delà de cette approbation de principe, les participants à la procédure de consultation formulent de nombreuses remarques de détail. Les avis sont partagés concernant les modalités des stérilisations pratiquées dans le futur. Quelques uns des milieux consultés estiment que la réglementation proposée pour la stérilisation de personnes durablement incapables de discernement ne tient pas assez compte des intérêts des proches.

Certains participants sont opposés à une indemnisation des stérilisations et castrations abusives intervenues dans le passé. Ils invoquent notamment le principe de la prescription et estiment qu'il est discutable de juger les points de vue, les événements et les conceptions juridiques et sociales du passé avec les critères du présent¹².

2 Grandes lignes du projet

2.1 Stérilisation et castration: notions

La stérilisation chirurgicale est la ligature des trompes chez la femme ou des canaux déférents chez l'homme. Elle a pour but de supprimer la capacité de procréer. Etant donné qu'il est avéré que des castrations ont aussi été pratiquées dans le but de supprimer la capacité de procréer, la commission a décidé de prévoir des indemnités pour les victimes des deux sortes d'interventions. La castration est une intervention plus radicale qui consiste en l'ablation des glandes génitales (ovaires ou testicules); une telle intervention, de même que des procédés médicamenteux conduisant au

¹² Le rapport de synthèse des résultats de la consultation élaboré par l'Office fédéral de la justice est disponible sur Internet (www.ofj.admin.ch), chapitre «Législation», rubrique «Individu & Société» et sous-rubrique «Stérilisations».

même but, entraînent une altération de la personnalité. Elle ne peut en aucun cas être admise comme moyen de supprimer la capacité de procréer.

Selon la doctrine, la stérilisation constitue une lésion corporelle grave au sens de l'art. 122 du code pénal. L'illicéité de la stérilisation peut être levée par le consentement du patient. Dans le cadre d'un traitement dont le but n'est pas curatif, mais qui représente tout de même un certain intérêt pour le patient (comme la stérilisation), son consentement revêt une importance particulière.

2.2 Consentement de la personne concernée

Les avis divergent sur la manière dont le consentement doit être donné pour lever le caractère illicite de l'intervention. Le consentement doit reposer sur une manifestation de volonté sérieuse et libre, fondée sur des renseignements suffisants concernant non seulement la nature, mais également les risques de l'intervention¹³. En cas de stérilisation chirurgicale, le consentement écrit est nécessaire de la part de la personne capable de discernement¹⁴. Un consentement obtenu sous les effets de la contrainte, de la menace, de la tromperie ou de l'erreur est sans effet¹⁵. Dans le cas d'une stérilisation, il faut de plus que l'intervention soit justifiée par des motifs importants¹⁶.

Lorsque la personne est *incapable de discernement*, les avis des auteurs divergent sur la question de savoir si et à quelles conditions une stérilisation peut être considérée comme licite. Selon Rehberg (op. cit., § 21, p. 176), le représentant légal peut consentir à l'intervention à la place de la personne incapable, mais seulement lorsque ladite intervention est dans l'intérêt du patient. Pour Trechsel (op. cit., § 27), le consentement peut émaner du représentant légal, pour autant que celui-ci soit donné exclusivement dans l'intérêt du patient et que ne soit pas touché un bien juridiquement protégé hautement personnel comme le droit à l'autodétermination en matière sexuelle. Pour Hurtado Pozo (op. cit., § 403), qui fonde toutefois ses conclusions sur les directives de l'Académie suisse des sciences médicales de 1981, la stérilisation est inadmissible chez les incapables de discernement, car il s'agit d'un droit hautement personnel qui ne peut être exercé par un représentant. Hegnauer est d'avis que l'accord du représentant légal remplace la volonté de la personne lorsqu'elle ne peut l'exprimer, mais qu'en revanche une stérilisation est exclue si l'intéressé a manifesté la volonté de s'y opposer¹⁷.

Il est difficile de savoir comment définir les notions de handicap mental et d'incapacité de discernement. En psychiatrie, le handicap mental est une diminution durable des capacités cognitives, en particulier de l'intelligence, qui apparaît en général très tôt dans la vie d'un individu. L'intelligence regroupe toutes sortes de

¹³ José Hurtado Pozo, «Droit pénal, Partie spéciale I, Infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et le patrimoine», Zurich 1997, ch. 403

¹⁴ Hurtado Pozo, loc. cit.

¹⁵ Jörg Rehberg, «Strafrecht I», 6., ergänzte und verbesserte Auflage, Zürich 1996, § 21, p. 176; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4., neu bearbeitete Auflage, 1994, § 27

¹⁶ Franz Riklin, «Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre», Zürich 1997, § 14, n° 62

¹⁷ Cyril Hegnauer, «Sterilisation geistig Behinderter», in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen, 2000, p. 25-27

capacités comme par exemple les capacités motrices. Comme toute autre, les personnes handicapées mentales évoluent en fonction des stimulations et de leur environnement social, tout en gardant certaines carences par rapport aux personnes douées d'une intelligence normale. Les capacités émotionnelles ne sont pas influencées par un manque d'intelligence. Pour ce qui est de la capacité de discernement, la psychiatrie en admet l'existence lorsqu'une personne comprend de manière cognitive la nature, le but, le genre et les conséquences d'un acte juridique ou d'une approbation et qu'elle a le sentiment de pouvoir décider de façon adéquate sans être débordée par les événements.

2.3 Critères retenus par la commission

Pour les personnes capables de discernement, la commission pose le principe que la personne concernée doit avoir donné son consentement libre et éclairé. Ceci vaut tant pour la réglementation relative au passé que pour la réglementation de lege ferenda. Il n'y aura pas consentement libre et éclairé, par exemple lorsqu'il a été obtenu par des pressions ou lorsque le libre choix de la personne était entaché d'un vice du consentement.

Lorsque la personne est incapable de discernement, la commission propose de définir les conditions auxquelles une stérilisation est admissible de manière différenciée, qu'il s'agisse d'interventions effectuées dans le passé ou après l'entrée en vigueur du projet de loi sur la stérilisation. L'évolution de la compréhension des droits de l'homme et des droits fondamentaux dans notre société au cours des dernières décennies, l'évolution du regard de la société sur les personnes handicapées mentales, ainsi que les possibilités de contraception actuelles justifient de juger selon des critères beaucoup plus stricts des stérilisations effectuées à l'heure actuelle que des interventions qui ont eu lieu dans le passé.

Pour les cas qui se sont produits dans le passé, en général en l'absence de toute réglementation légale, une stérilisation est considérée comme non abusive si elle a été effectuée avec le consentement du représentant légal, et dans l'intérêt exclusif de la personne concernée. Des considérations eugéniques ou liées à la crainte que celle-ci et sa descendance ne tombent à la charge de l'assistance sociale ne sont notamment pas dans l'intérêt de la personne concernée. Le projet de loi sur la stérilisation contient des règles claires qui permettent d'être plus strict quant à la prise en considération de la volonté de la personne concernée. Il faudra en particulier tenir compte de toute forme de refus (opposition par des mots ou des signes, résistance corporelle). Il est fait référence ici au «natürliche Wille», à la volonté naturelle de l'intéressé, par opposition à la volonté juridique, qui doit se fonder sur la capacité de comprendre et d'apprécier correctement une situation déterminée et d'agir en fonction de sa volonté. Diverses conditions cumulatives doivent en outre être remplies et la stérilisation à des fins contraceptives est une «ultima ratio».

2.4 La question de l'âge

L'avant-projet mis en consultation interdisait catégoriquement la stérilisation de personnes âgées de moins de 18 ans (art. 3). Exception faite du cas des personnes

passagèrement incapables de discernement (art. 4), la stérilisation était par contre admise s'agissant des personnes âgées de 18 ans ou plus, mais les conditions et la procédure étaient fixées en tenant compte du besoin de protection des personnes concernées (art. 5: personnes ayant l'exercice des droits civils; art. 6: personnes interdites; art. 7: personnes durablement incapables de discernement).

Afin de tenir compte des diverses remarques émises dans le cadre de la consultation, la majorité de la Commission propose de réduire à 16 ans l'âge limite et de compenser cette réduction en prévoyant pour la stérilisation des conditions plus restrictives. Ainsi, s'agissant d'une personne capable de discernement âgée de 16 à 18 ans, le consentement du représentant légal et un second avis médical sont requis, et la stérilisation d'une personne interdite n'est possible qu'avec le consentement du représentant légal et de l'autorité tutélaire de surveillance. Une minorité de la Commission propose de maintenir la solution de l'avant-projet et de fixer à 18 ans la limite d'âge.

Les motifs invoqués par la *majorité* pour justifier la réduction de 18 à 16 ans sont pour l'essentiel les suivants:

- L'activité sexuelle de beaucoup de personnes commence avant qu'elles aient atteint l'âge de 18 ans. Il faut dès lors tenir compte de cette réalité.
- En ce qui concerne la question de la stérilisation, la capacité de discernement d'une personne existe en règle générale déjà à 16 ans et non pas seulement à 18 ans.
- Le code pénal fixe à 16 ans l'âge de protection.
- La nécessité du consentement du représentant légal prévue pour les personnes ayant de 16 à 18 ans renforce leur protection juridique, puisqu'on peut partir de l'idée que leurs représentants légaux, c'est-à-dire les parents, rejeteront la stérilisation.
- On ne saurait justifier une différence d'âge pour les personnes capables de discernement et celles qui ne le sont pas, parce que toutes les personnes ont droit à la même protection.
- En particulier des personnes incapables de discernement qui résident dans des établissements spécialisés peuvent avoir une activité sexuelle avant l'âge de 18 ans. Or, étant donné qu'une interruption de grossesse est admissible dès l'âge de 16 ans, une interdiction de stérilisation signifierait faire preuve d'une double morale.
- Une limitation de l'âge à 18 ans pour la stérilisation comporterait une certaine contradiction avec d'autres interventions médicales également irréversibles, telles les changements de sexe, les dons d'organes ou les opérations de chirurgie esthétique.

La *minorité* fait valoir pour l'essentiel les arguments suivants:

- Les préoccupations compréhensibles des parents d'enfants handicapés mentaux, qui craignent notamment une grossesse de leur fille, ne sont pas une raison suffisante pour réduire de manière générale la limite d'âge pour la stérilisation.

- La réduction de cette limite à 16 ans est problématique, car les jeunes de cet âge sont fortement dépendants de leurs proches et ainsi facilement influençables.
- Dans les cas où les parents du mineur concerné sont favorables à la stérilisation, la condition du consentement du représentant légal n’offre pas une protection accrue, mais constitue un risque supplémentaire.
- L’activité sexuelle commence parfois avant l’âge de 16 ans; par rapport à la stérilisation, cette limite d’âge s’avère dès lors arbitraire.

2.5 Aspects spécifiques à la réglementation de l’indemnisation des victimes

2.5.1 Effets des législations cantonales

La loi vaudoise en vigueur de 1928 jusqu’en 1985 autorisait les stérilisations à des conditions difficilement admissibles selon les conceptions actuelles (motifs eugéniques). Or, il n’y a pas infraction pénale selon l’art. 32 du code pénal lorsque l’acte a été ordonné par la loi, de même que lorsque la loi déclare cet acte permis ou non punissable. En pareil cas, l’art. 124 Cst., interprété strictement, ne permettrait pas d’indemniser les personnes concernées. D’un autre côté, il s’agit de tenir compte de la nécessité d’opter pour une solution cohérente et qui garantisse aux victimes un traitement égal, indépendamment du fait que le législateur cantonal a légiféré ou non. Se fondant sur l’art. 8 Cst., la commission admet que l’art. 124 Cst. sert également de base à l’indemnisation de personnes pour lesquelles il n’y aurait pas à strictement parler infraction, du fait que le législateur cantonal avait autorisé la stérilisation, mais à des conditions qui ne seraient plus admises actuellement (par ex. motifs clairement eugéniques) et où il serait contraire à l’égalité de traitement de ne pas assimiler toutes les personnes stérilisées à des victimes d’infractions.

La question pourrait éventuellement se poser également par rapport aux législations cantonales plus récentes qui autorisent la stérilisation de personnes mentalement déficientes à certaines conditions (Argovie, Fribourg, Neuchâtel), notamment au vu de l’évolution de la conception des droits de l’homme et des droits fondamentaux.

2.5.2 Conditions d’une aide et d’une indemnisation fondées sur l’art. 124 Cst.

L’aide visée par l’art. 124 Cst. ne se limite pas à des prestations pécuniaires. Sont également visées la création de centres d’accueil et de conseils pour les victimes, ainsi que l’amélioration de la position de la victime dans l’enquête de police et la procédure judiciaire. Par «juste» indemnité, il faut entendre des prestations proportionnées aux besoins et qui ne couvrent pas nécessairement l’intégralité du dommage subi. L’aide financière a un caractère subsidiaire et doit être limitée aux personnes qui ne sont pas en mesure d’assumer seules les conséquences économiques de l’infraction. Les pouvoirs publics n’ont à intervenir que si la victime ne peut être indemnisée d’une autre façon (message du 20 novembre 1996 relatif à la nouvelle

Constitution; FF 1997 I 347). Les mesures prises doivent être fonction des besoins des victimes dans chaque cas particulier: l'aide doit être limitée aux personnes qui en ont effectivement besoin, à savoir celles qui ne sont pas en mesure de faire face seules aux conséquences économiques d'une infraction pénale (message du 6 juillet 1983 concernant l'initiative populaire «sur l'indemnisation des victimes d'actes de violence criminels»; FF 1983 III 929s).

Si on se fonde sur le texte de l'art. 124 Cst. et sur les travaux préparatoires, l'aide matérielle devrait être fonction des besoins de la victime et ne pourrait pas revêtir la forme d'une indemnité forfaitaire octroyée à toutes les victimes sans qu'il soit tenu compte de leur situation individuelle, en particulier de leur ressources économiques.

La commission est d'avis que des prestations pécuniaires peuvent aussi être versées au titre de l'«aide» visée dans la première partie de l'article constitutionnel. Cette aide n'est, contrairement à l'indemnité visée dans la seconde partie de l'article, pas fonction des ressources, même s'il est là aussi sous-entendu que l'aide de l'Etat est subsidiaire. Dans son message du 25 avril 1990 concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, le Conseil fédéral arrivait à la conclusion que le législateur peut prévoir l'octroi d'une somme à titre de réparation morale, cette prestation étant une aide au sens de l'art. 124 (ancien art. 64^{ter}) Cst.: selon le Conseil fédéral, comme elle ne vise pas à couvrir le préjudice matériel, elle n'entre pas dans le cadre de l'indemnisation réservée par cet article constitutionnel aux personnes qui, en raison de l'infraction dont elles ont été victimes, connaissent des difficultés matérielles. Elle peut donc être accordée indépendamment de la situation matérielle de son bénéficiaire (FF 1990 II 916).

Cette interprétation est concrétisée par l'art. 12, al. 2, LAVI, qui prévoit la possibilité pour la victime d'obtenir une somme à titre de réparation morale, indépendamment de son revenu, lorsqu'elle a subi une atteinte grave et que des circonstances particulières le justifient (cf. aussi FF 1990 II 939). Il convient de relever que la constitutionnalité de cette disposition est parfois mise en doute (cf. Deuxième Rapport de l'Office fédéral de la justice au Conseil fédéral concernant l'exécution et l'efficacité de l'aide aux victimes [1993–1996] p. 50

2.5.3 Partage des compétences entre la Confédération et les cantons

L'art. 124 Cst. confère à la Confédération une compétence de légiférer globale et fait de l'aide aux victimes une tâche commune dont doivent s'acquitter la Confédération et les cantons. La tâche d'exécuter la LAVI repose actuellement essentiellement sur les cantons.

La commission propose une solution selon laquelle la Confédération fixe les critères de l'indemnisation et laisse le soin aux cantons de traiter les demandes. Une prise en charge de l'ensemble des coûts par les cantons pourrait être justifiée par le fait que les stérilisations pratiquées de manière abusive relevaient de la compétence des autorités d'aide sociale et sanitaires, deux domaines de compétences qui ressortissent principalement aux cantons. La commission est d'avis que la Confédération porte une certaine responsabilité morale: elle aurait dû légiférer pour mieux garantir les droits de la personnalité des personnes concernées. Il est donc justifié qu'elle

participe au dédommagement des victimes, à raison de la moitié des dépenses effectives des cantons.

2.5.4 Délimitation par rapport à la loi sur l'aide aux victimes

La LAVI prévoit également la possibilité pour les victimes d'infractions d'obtenir une indemnisation et une réparation morale de l'Etat (art. 12 LAVI). Une législation spécifique pour les victimes de stérilisations et de castrations abusives est toutefois nécessaire. D'une part, les dispositions de la LAVI relatives à l'indemnisation et à la réparation morale s'appliquent uniquement lorsque l'infraction a été commise après son entrée en vigueur (art. 12, al. 3, de l'Ordonnance sur l'aide aux victimes d'infractions, OAVI, RS 312.51). D'autre part, les droits de la victime sont périmés si la demande d'indemnisation ou de réparation morale n'est pas introduite dans un délai de deux ans à compter de la date de l'infraction (art. 16, al. 3, LAVI).

Le sens du présent projet législatif est d'indemniser toutes les personnes encore vivantes qui ont été victimes d'une stérilisation ou d'une castration abusive avant son entrée en vigueur. L'art. 124 Cst. n'exclut pas qu'une aide soit apportée à la victime d'une infraction déjà prescrite. L'art. 12, al. 1, de l'ordonnance du 18 novembre 1992 sur l'aide aux victimes d'infractions (OAVI; RS 312.51) en est la confirmation, puisqu'il stipule expressément que toutes les victimes d'infractions, quelle que soit la date à laquelle l'infraction a été commise, peuvent solliciter l'aide des centres de consultation.

On peut présumer que la plupart des cas de stérilisations abusives ne donneront pas lieu à une indemnisation et à une réparation morale sur la base de la LAVI parce que les faits sont antérieurs à 1993. On ne peut toutefois a priori exclure que des stérilisations aient été pratiquées de manière abusive depuis 1993, auquel cas les victimes pourraient prétendre à une indemnisation et à une réparation morale aux conditions fixées par la LAVI. Il s'agit donc de délimiter le champ d'application du nouvel acte législatif consacré à l'indemnisation des personnes victimes de stérilisations forcées par rapport à celui de la LAVI, ce que fait l'art. 6, al. 2, du projet de loi sur l'indemnisation des victimes de stérilisation et de castrations abusives.

Seuls pourront donner lieu à indemnisation au sens du projet de loi des faits passés. En effet, les interventions pratiquées en violation du droit fédéral après l'entrée en vigueur du projet de loi seront constitutives d'une infraction pénale (lésions corporelles) et seront dès lors couvertes par la LAVI, si bien qu'il ne se justifie pas de maintenir une réglementation spéciale pour ce type d'infraction.

2.6 Commentaire des projets de lois

2.6.1 Projet de loi sur la stérilisation

2.6.1.1 Section 1: Dispositions générales

Art. 1 Objet

Le projet règle les conditions auxquelles une stérilisation est autorisée, ainsi que la procédure applicable. Il vise les stérilisations «à des fins contraceptives» et non pas les interventions de nature thérapeutique qui entraînent inévitablement la suppression des facultés reproductrices (art. 2, al. 2).

Art. 2 Définition

Selon l'al. 1, on entend par stérilisation une intervention médicale par laquelle les facultés reproductrices de la personne concernée sont supprimées de manière permanente et en principe définitive. Il s'agit d'une intervention médicale (chirurgicale) qui a pour effet la ligature des trompes chez la femme ou des canaux déférents chez l'homme. A la différence de la castration, il n'y a pas d'ablation des glandes génitales (ovaires ou testicules) lors de la stérilisation. Il existe donc un silence qualifié au regard de la «castration à des fins contraceptives». Une telle intervention et des procédés médicamenteux conduisant au même but, qui entraînent une altération considérable de la personnalité en raison de l'effet sur la libido, sont exclus dans le présent contexte, sous réserve d'une indication médicale stricte, c'est à dire dans des cas dans lesquels la suppression de la faculté reproductrice est prise en compte en tant qu'effet secondaire de l'intervention thérapeutique. Il en va de même pour une hystérectomie, soit l'ablation de l'utérus dont il ne peut être question dans le contexte de l'épanouissement sexuel.

L'al. 2 concerne les situations dans lesquelles la stérilisation intervient en tant qu'effet secondaire, c'est-à-dire en tant que conséquence inévitable, d'une intervention thérapeutique dont le but premier n'est pas l'arrêt des facultés reproductrices d'une personne. On peut penser ici, à titre d'exemple, à l'ablation de l'utérus chez une femme atteinte d'un cancer. Ces situations n'entrent pas dans le champ d'application de ce projet de loi, sous réserve de l'art. 10, al. 1, concernant l'obligation d'annoncer.

2.6.1.2 Section 2: Conditions et procédure

Art. 3 et 4 Stérilisations interdites

Les art. 3 et 4 statuent explicitement que sont interdites la stérilisation d'une personne âgée de moins de 16 ans et celle d'une personne passagèrement incapable de discernement âgée de plus de 16 ans. Ces interdictions valent sans exception.

L'interdiction de la stérilisation de personnes âgées de moins de seize ans a pour conséquence de limiter l'autorité parentale ou la compétence du tuteur, lorsque la personne concernée ne se trouve pas sous autorité parentale. Une telle intervention ne doit pas pouvoir être effectuée «à titre préventif» sur des enfants (handicapés), parce que la nécessité et les effets de la stérilisation sont particulièrement difficiles à

évaluer jusqu'à l'âge de 16 ans. Afin de garantir l'interdiction générale, la stérilisation ne peut pas non plus être effectuée lorsque la personne concernée y consent.

Chez les personnes âgées de plus de 16 ans qui ne sont vraisemblablement incapables de discernement que de manière passagère, la stérilisation ne saurait non plus se justifier. Il s'agit d'empêcher que l'intervention, en règle générale irréversible, soit effectuée pendant que la personne concernée se trouve dans cet état temporaire. Dans ce contexte, un pronostic est nécessaire qui ne doit certes pas exclure tout retour de la capacité de consentir, mais qui doit constater que, d'après les prévisions médicales, l'incapacité de discernement demeurera avec une probabilité confinante à la certitude.

Une minorité de la commission veut maintenir la limite d'âge à 18 ans, comme cela était prévu dans le projet mis en consultation (voir ch. 2.4 ci-avant).

Art. 5 Stérilisation de personnes capables de discernement

L'al. 1 reprend le principe général qui s'applique à toute intervention médicale: un acte médical nécessite en principe toujours le consentement libre et éclairé du patient capable de discernement; la stérilisation d'une personne âgée de plus de 16 ans et capable de discernement peut être pratiquée uniquement si cette personne a été informée de manière circonstanciée sur la portée de l'intervention et si elle y a consenti librement. L'exigence supplémentaire d'un consentement écrit est liée à la gravité de l'acte médical à effectuer qui a pour conséquence la suppression, en principe définitive, des facultés reproductrices d'une personne. Elle est un moyen de s'assurer que le patient a reçu une information circonstanciée et a pris sa décision en toute connaissance de cause.

L'al. 2 constitue un compromis visant à éviter qu'un médecin n'apprécie à la légère la capacité de discernement de la personne concernée. D'une part, si aucune exigence n'est posée, il existe un risque que la capacité de discernement de la personne en cause soit appréciée et admise trop facilement afin d'éviter la procédure d'autorisation. D'autre part, introduire une exigence stricte reviendrait à obliger le médecin à effectuer, dans tous les cas, une expertise psychiatrique sur la capacité de discernement de la personne. La solution proposée oblige le médecin qui pratique l'intervention à indiquer dans le dossier médical du patient les éléments sur lesquels il s'est fondé pour conclure à la capacité de discernement de celui-ci par rapport à la question de la stérilisation. Elle permet de responsabiliser les médecins auxquels il appartient d'apprécier la capacité de discernement de la personne et de consigner, en vue d'une éventuelle contestation future, les éléments d'appréciation. Pour évaluer la capacité de discernement du patient, le médecin qui pratique l'intervention peut collaborer avec le médecin-traitant (souvent le médecin de famille) qui connaît généralement le patient depuis bien plus longtemps.

La stérilisation de personnes âgées de 16 à 18 ans et capables de discernement est admise si les conditions suivantes sont remplies: Premièrement, il va de soi que la personne concernée doit avoir donné par écrit son consentement libre et éclairé conformément à l'al. 1, phr. 1. Deuxièmement, il faut en outre que le représentant légal – les parents ou le tuteur – ait donné son consentement (al. 1, phr. 2) et que le médecin qui pratique l'intervention demande un second avis médical au sujet de la capacité de discernement du mineur concerné (al. 2, phr. 2). Il s'agit-là de mesures de protection particulières pour cette catégorie de personnes.

Ici aussi, la minorité de la commission veut maintenir la limite d'âge à 18 ans (voir ch. 2.4 ci-avant).

Art. 6 Stérilisation de personnes interdites

L'art. 6 fixe les conditions pour la stérilisation de personnes âgées de 18 ans, capables de discernement et interdites. Etant des mineurs, les personnes âgées de 16 ou 17 ans sont certes pourvues d'un tuteur si elles ne sont pas sous autorité parentale (art. 368, al. 1 CC), mais la tutelle à laquelle est soumise une personne mineure n'est pas une interdiction dans le sens d'une privation générale de l'exercice des droits civils ordonnée par une autorité. La mise sous tutelle d'un mineur (qui n'est pas sous autorité parentale) intervient sans procédure d'interdiction préalable. Les personnes capables de discernement âgées de 16 ou 17 ans pourvues d'un tuteur sont ainsi protégées par l'art. 5.

L'al. 1 reprend l'exigence du consentement libre et éclairé, donné par écrit, déjà stipulé à l'art. 5, al. 1, phr. 1, pour la stérilisation des personnes capables de discernement. De même, l'al. 2, let. a, constitue un parallèle à l'art. 5, al. 2, phr. 1, quant à l'exigence posée au médecin de mentionner dans le dossier médical les éléments d'appréciation de la capacité de discernement du patient.

Les personnes majeures qui, bien que capables de discernement, sont sous tutelle ont besoin d'une protection particulière parce qu'elles ne peuvent souvent pas assumer elles-mêmes la sauvegarde de leurs intérêts en raison d'un état de faiblesse affectant leur condition personnelle. Le projet prévoit donc que le médecin doit, avant de pratiquer la stérilisation, demander l'autorisation du représentant légal (al. 1, phr. 2) ainsi que l'autorisation de l'autorité tutélaire de surveillance (al. 2, let. b). Cette double autorisation a pour but de renforcer la protection des personnes interdites.

Par rapport à la capacité de discernement de la personne concernée, l'al. 3 exige toujours – et non pas seulement en cas de doute – de demander le point de vue d'un médecin qui n'est pas celui mentionné à l'al. 2 pratiquant l'intervention. Dès lors, l'autorité tutélaire de surveillance est tenue de requérir un deuxième avis médical (al. 3, phr. 1). Si cela ne lui paraît pas suffisant, elle peut ordonner une expertise psychiatrique (al. 3, phr. 2). Etant donné que le fait de subir une expertise psychiatrique constitue une expérience éprouvante pour la personne concernée, seuls des doutes sérieux, qui n'ont pas pu être levés par les démarches complémentaires que l'autorité aura effectuées, justifient d'y recourir. Dans la plupart des situations, l'avis d'un second médecin pourra suffire pour lever les doutes de l'autorité tutélaire de surveillance. En tout état de cause, l'expertise psychiatrique ne saurait jamais être ordonnée de manière systématique, simplement parce que la personne concernée est soumise à une mesure d'interdiction. Lorsque l'autorité constate que la personne sous tutelle n'est pas capable de discernement, elle initie la procédure de stérilisation d'une personne durablement incapable de discernement au sens de l'art. 7.

Art. 7 Stérilisation de personnes durablement incapables de discernement

Cette disposition traite de la situation des personnes âgées de plus de 16 ans (plus de 18 ans selon la minorité de la commission; voir ch. 2.4 ci-avant) durablement incapables de discernement par rapport à la question de la stérilisation.

En principe, la stérilisation de ces personnes est interdite (al. 1) puisqu'elles ne sont pas capables de prendre elles-mêmes la décision relative à l'intervention médicale. Toutefois, à titre exceptionnel, la stérilisation peut être admise lorsque certaines conditions matérielles sont remplies (al. 2, phrase introductive). La stérilisation n'est permise que si toutes les conditions sont remplies de manière cumulative.

Tout d'abord, la stérilisation ne peut avoir lieu que dans l'intérêt exclusif de la personne concernée (art. 2, let. a). Ainsi, seuls peuvent entrer en considération l'intérêt et le bien de la personne incapable de discernement, sans prise en considération de la situation ou de l'intérêt de tiers. Ensuite, l'intervention ne saurait avoir lieu si la personne s'y oppose (al. 2, let. a). C'est donc la «stérilisation forcée» qui est interdite par là, sans exception. Toute forme de refus (opposition par des mots ou par signes, résistance corporelle) est suffisante. Il est fait référence ici à la volonté naturelle de l'intéressé, par opposition à la volonté juridique, qui doit se fonder sur la capacité de comprendre et d'apprécier correctement une situation déterminée et d'agir en fonction de sa volonté. Même si la personne incapable de discernement n'est pas en mesure de se former une volonté juridiquement déterminante par rapport à la question de la stérilisation, sa volonté naturelle, lorsqu'elle exprime une opposition, doit quand même être prise en compte et respectée. Il en découle que si la personne incapable de discernement manifeste un refus de l'acte médical, quelle qu'en soit la raison, ce refus doit être respecté. Ainsi, les motifs pour lesquels la personne s'oppose n'ont aucune importance pour la prise en compte du refus qu'elle exprime; même une peur indéterminée qui conduit à s'opposer à l'intervention médicale constitue un refus valable sur le plan juridique. En revanche, le médecin peut, face à la peur du patient devant l'intervention médicale, l'aider à surmonter ses appréhensions lors d'un entretien visant à éclaircir la situation. Il ne s'agit alors en aucun cas de passer outre sa volonté naturelle ou d'intervenir contre son gré, mais de lui faciliter l'opération. L'exigence de l'absence d'opposition de la personne concernée implique qu'elle ait la possibilité de prendre position, dans la mesure du possible, par rapport à la question de sa stérilisation. Il est donc indispensable qu'elle soit informée avec précaution et d'une manière adaptée à son niveau de compréhension. Les conditions de la stérilisation doivent être remplies au moment de l'intervention. Il en découle que même si l'autorité tutélaire de surveillance a approuvé la stérilisation au sens de l'art. 8, celle-ci ne peut pas être effectuée de force ou contre le gré de la personne, soit lorsqu'elle s'oppose à l'opération, ne serait-ce que peu avant l'intervention. La légalité de la stérilisation est également exclue lorsque la personne concernée commence par consentir, mais change d'avis ultérieurement, même juste avant l'intervention dans certains cas. L'autodétermination doit être respectée jusqu'à la dernière minute possible. Au vu de ces explications, il incombe à l'intéressé de s'opposer à la stérilisation. Si aucun refus, verbal ou non, n'est exprimé, l'autorité peut consentir à l'intervention.

La let. b souligne le caractère subsidiaire de la stérilisation. Ce n'est que si aucune autre mesure de contraception appropriée ne permet d'éviter la conception et la naissance d'un enfant que la stérilisation peut être envisagée. Selon le principe de proportionnalité, il faut toujours prendre avant tout la mesure la plus légère. Il faut

dès lors appliquer en premier lieu les méthodes de contraception réversibles et prendre en considération seulement en dernier lieu les interventions irréversibles comme la stérilisation. Ne constituent pas des méthodes appropriées pour empêcher la grossesse les mesures d'internement visant à empêcher les contacts sexuels. Par ailleurs, comme il s'agit pour l'essentiel d'éviter une grossesse, l'interruption de grossesse ne peut jamais être considérée comme une alternative prépondérante. La stérilisation volontaire du partenaire capable de discernement constitue la principale alternative. D'autres mesures adaptées pourraient être non seulement les méthodes de contraception habituelles, chimiques et mécaniques, mais également les méthodes d'éducation sexuelle des personnes incapables de discernement. Il existe plusieurs méthodes de contraception réversibles efficaces, qui doivent être évaluées quant à leurs avantages et inconvénients, en fonction de chaque cas individuel. Leurs effets physiques et psychiques indirects, ainsi que la probabilité qu'elles soient effectivement utilisées, sont des aspects qui doivent être pris en compte. Par ailleurs, des méthodes de pédagogie sexuelle peuvent parfois être employées de manière efficace pour prévenir la survenance d'une grossesse.

Selon la let. c, il ne suffit pas que la conception ou la survenance d'une grossesse soit possible dans l'abstrait pour admettre la stérilisation; il ne serait, par exemple, pas justifié qu'une femme inactive sur le plan sexuel soit stérilisée à titre préventif, par exemple pour le cas où elle serait victime d'un viol. Ne serait pas non plus suffisante l'expectative générale que des relations vont se créer et que des contacts sexuels auront lieu un jour. Au contraire, la conception et la grossesse doivent constituer une éventualité vraisemblable dans la situation concrète; il faut une hypothèse concrète et sérieuse que, sans la stérilisation, on peut s'attendre à une conception et à une grossesse. Tel est le cas lorsque la personne concernée a un partenaire sexuel ou des contacts sexuels avec plusieurs partenaires et que la conception ou la survenance de la grossesse n'est pas improbable pour d'autres raisons. Il s'agit de se demander pour chaque cas individuel si le comportement sexuel de la personne concernée pourrait conduire ou non à une grossesse. Il convient de souligner que l'utilisation du terme «conception» exprime l'idée que la question de la stérilisation peut aussi se poser chez un homme. Ainsi, la stérilisation d'un homme peut également entrer en considération lorsque la conception et donc la survenance d'une grossesse chez sa partenaire est vraisemblable. Dans le cas par exemple d'une relation entre un homme handicapé et une femme (handicapée), on ne voit pas pourquoi c'est la femme qui devrait être stérilisée pour empêcher sa grossesse et non pas l'homme afin d'empêcher la grossesse chez sa partenaire.

Une autre condition est que la santé physique ou psychique de la personne concernée soit mise en danger par une des trois causes mentionnées par la lettre d: la grossesse, la venue au monde d'un enfant ou la séparation inévitable d'avec l'enfant. Dans certains cas, la grossesse peut avoir un effet négatif sur la santé physique ou psychique de la mère, parce qu'elle provoquerait par exemple une grave dépression chez la mère incapable d'assumer un tel événement. La venue au monde de l'enfant fait référence à la capacité d'être parent («*Elternschaft*» en allemand). Il peut arriver qu'une personne soit gravement perturbée par le simple fait de devenir parent, n'arrivant pas à assumer cette situation. Il convient de souligner que la capacité de discernement de la personne doit toujours être appréciée par rapport à la question de la stérilisation et non pas par rapport à celle de la faculté d'éduquer un enfant. Ainsi, pour admettre la licéité de la stérilisation, le fait de ne pas pouvoir assumer l'éducation de l'enfant ne suffit pas; encore faut-il que cela entraîne une mise en

danger sérieuse de la santé physique ou psychique du parent. Enfin, il existe des situations dans lesquelles il est clair que le parent n'arrivera pas à prendre en charge l'enfant qui devra dès lors être confié à un tiers. Lorsque cette séparation inévitable est susceptible d'entraîner de graves troubles physiques ou psychiques chez le parent, la stérilisation pourrait se justifier. Par conséquent, une intervention aux fins de supprimer les facultés reproductrices n'est pas admissible lorsque la séparation inévitable de l'enfant ne met pas (sérieusement) en danger la santé physique ou psychique de la personne concernée, par exemple en raison d'une indifférence pathologique. Du point de vue médical, il est difficile de diagnostiquer et de pronostiquer si la santé physique ou psychique de la personne concernée sera ou non mise en danger par la survenance d'une grossesse, la venue au monde d'un enfant ou la séparation inévitable d'avec l'enfant. Ce qui est essentiel, c'est que le simple fait que la personne concernée ne pourra pas s'occuper de l'enfant et en sera donc séparé ne suffit pas à justifier sa stérilisation. L'indication de la séparation inévitable d'avec l'enfant concerne donc principalement des cas dans lesquels le retrait du droit de garde devra être ordonné dans le sens d'une mesure protectrice de l'enfant (art. 310, al. 1, CC) ou dans lesquels l'autorité parentale n'est, dès le départ, pas donnée.

Enfin, la stérilisation nécessite l'autorisation préalable de l'autorité tutélaire de surveillance en vertu de la lettre e. Il s'agit de donner la compétence de décision à une instance neutre, mais spécialisée dans le domaine de la protection des adultes et familiarisée avec le type de problèmes qui peuvent se poser dans les situations d'incapacité durable de discernement. Il est essentiel que la question de la stérilisation soit appréciée par une entité qui n'est pas directement impliquée dans la prise en charge et l'assistance de la personne incapable de discernement.

Art. 8 Autorisation de l'autorité tutélaire de surveillance à la stérilisation
de personnes durablement incapables de discernement

L'al. 1 énumère les personnes habilitées à requérir l'autorisation de l'autorité tutélaire de surveillance. Il s'agit tout d'abord de la personne concernée elle-même qui, même si elle n'a pas la capacité de discernement, peut manifester la volonté de se faire stériliser et donc demander l'accord de l'autorité. Peuvent ensuite s'adresser à l'autorité tutélaire de surveillance le tuteur ou l'autorité tutélaire, ainsi que les proches de l'intéressé.

Le proche peut être le conjoint, le partenaire, un parent ou un ami. Selon le Tribunal fédéral (ATF 101 II 177), le critère servant à déterminer la proximité relationnelle ou affective n'est pas juridique, mais résulte des faits: c'est l'intensité des liens affectifs qui est à prendre en considération. En revanche, ni le médecin traitant, ni l'institution qui s'occupe, le cas échéant, de la personne incapable de discernement n'ont la compétence pour requérir l'autorisation de l'autorité. Toutefois, tout tiers peut signaler à l'autorité tutélaire de surveillance qu'une personne a besoin d'aide parce que ses intérêts sont mis en danger. Dans un tel cas, l'autorité doit agir d'office et examiner s'il y a lieu d'intervenir ou non.

L'al. 2 énumère les actes d'instruction que doit effectuer l'autorité tutélaire de surveillance avant de se prononcer.

Selon la lettre a, l'autorité tutélaire de surveillance in corpore doit entendre, séparément, la personne concernée et les proches de celle-ci. Cela est indispensable, compte tenu de l'importance de l'intervention. Chaque membre de l'autorité tutélaire de surveillance doit se former directement une opinion de la personne concernée. Celle-ci doit toutefois être entendue en tenant compte de ses capacités et de sa personnalité; il faut donc procéder de manière appropriée et avec ménagement, car du point de vue psychologique l'audition peut être très pénible pour elle. Contrairement à l'avant-projet, le présent projet prévoit que l'audition des proches ne peut pas être déléguée à un seul membre de l'autorité tutélaire de surveillance. On accorde ainsi une importance particulière à leurs avis. Les personnes en question, comme le tuteur, le personnel soignant ou les parents, sont également entendues dans le cadre de l'établissement du rapport social (let. b). L'autorité tutélaire de surveillance détermine à la lumière de ce rapport et d'autres informations quels sont les proches de la personne concernée et lesquels d'entre eux seront entendus. Il importe d'offrir à ces proches la possibilité d'exprimer directement leur opinion et de les faire participer au processus décisionnel, car d'une certaine manière ils en supporteront les conséquences. L'autorité n'est toutefois pas tenue d'entendre tous les proches imaginables de la personne concernée, mais elle se bornera à entendre les personnes ayant un véritable lien avec cette dernière. La personne concernée et ses proches ne sont pas entendus en même temps, afin d'éviter toute pression qui pourrait limiter la liberté d'expression. L'autorité tutélaire de surveillance les entendra donc in corpore, mais séparément.

La lettre b exige un rapport sur la personne concernée et sa situation sociale. Ce rapport sert notamment à établir l'existence de rapports sexuels et le niveau d'information ou encore à déterminer les expériences déjà faites avec d'autres méthodes de contraception. Le rapport doit considérer aussi l'environnement social de la personne concernée, et notamment la capacité d'éduquer non seulement de cette personne, mais également de son partenaire. Il incombe à l'autorité de formuler les questions qui, dans le cas d'espèce, doivent être soumises aux experts. Le rapport doit être rédigé par un expert qui s'occupe professionnellement de personnes présentant des handicaps comparables à ceux de la personne concernée et qui a dès lors une certaine expérience dans ce domaine. Le rapport présuppose une longue observation de la personne incapable de discernement et permettant notamment de faire un pronostic sur son évolution. Des informations de tiers, par exemple des membres du personnel du home, des parents, du tuteur ou du médecin de la personne concernée sont nécessaires.

Selon la lettre c, l'autorité tutélaire de surveillance recueille finalement l'avis d'un expert psychiatre sur l'incapacité de discernement de la personne concernée, dans le but d'établir les causes de l'incapacité, ainsi qu'un pronostic quant à sa durée. Il s'agit aussi, dans cette expertise, d'établir un pronostic quant à la capacité de la personne concernée de s'occuper d'un enfant ou quant aux conséquences d'une éventuelle séparation d'avec l'enfant. L'exigence de recueillir l'avis d'un psychiatre montre également que le médecin qui fait l'expertise ne peut pas être le même que celui qui pratique l'intervention.

L'al. 3 prescrit que la stérilisation ne peut être effectuée que si l'autorité tutélaire de surveillance en a décidé ainsi à la majorité de ses membres. Il va de soi que l'autorité doit siéger au complet lorsqu'elle vérifie les conditions de l'al. 2 et se

prononce sur la stérilisation. Cette exigence de la majorité ne s'applique naturellement pas lorsque l'autorité tutélaire de surveillance est le préfet.

Art. 9 Contrôle judiciaire de la décision de l'autorité tutélaire de surveillance

Cette disposition établit une distinction de principe quant à la qualité pour recourir selon que la décision de l'autorité tutélaire de surveillance autorise ou refuse la stérilisation. Etant donné que la décision autorisant la stérilisation a pour conséquence une atteinte, en principe irréversible, à l'intégrité corporelle de la personne concernée, il se justifie de permettre à un cercle relativement ouvert de personnes, soit à l'intéressé, à ses proches ou à son tuteur, de contester cette décision (al. 1). En revanche, la décision de refuser la stérilisation a pour effet de préserver l'intégrité corporelle de la personne concernée, de sorte que celle-ci ou son représentant légal sont habilités à la contester (al. 2). Pour les personnes de 16 et 17 ans, les parents ou le tuteur – si le mineur n'est pas sous autorité parentale (art. 368, al. 1, CC) – sont le représentant légal. Pour les personnes de plus de 18 ans, le tuteur ou les parents – en cas d'autorité parentale prolongée pour les personnes interdites (art. 385, al. 3, CC) – sont le représentant légal.

C'est le droit cantonal qui règle l'organisation de l'autorité tutélaire de surveillance. Dans certains cantons, l'autorité tutélaire de surveillance est divisée en deux instances, la première instance étant confiée à une autorité administrative, la seconde à une autorité judiciaire. Dans d'autres cantons, l'autorité tutélaire de surveillance consiste en une seule instance judiciaire. Dès lors, il appartient au droit cantonal de déterminer devant quelle instance de recours la décision de l'autorité tutélaire de surveillance (de première instance) pourra être contestée. Selon l'organisation judiciaire cantonale, il pourra s'agir de la deuxième instance de l'autorité de surveillance ou d'une autre autorité judiciaire à désigner.

Selon l'al. 3, le tribunal doit impérativement entendre l'intéressé in corpore, c'est-à-dire dans sa composition complète, alors qu'il peut déléguer, le cas échéant, l'audition de proches à l'un de ses membres. Il appartient au tribunal de savoir s'il veut entendre les proches et, le cas échéant, lesquels d'entre eux. De plus, l'exigence de la majorité des membres est également maintenue pour la décision d'autoriser la stérilisation prise en deuxième instance (par analogie, art. 8, al. 3).

La voie du recours en réforme est ouverte contre la décision sur la stérilisation en tant qu'affaire non pécuniaire (art. 44 OJ); la décision est ainsi soumise aux art. 43 ss OJ, ce que le projet précise expressément dans un souci de clarté (al. 1, phr. 2). Selon le projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral, le recours en réforme est possible contre les décisions rendues en matière civile (art. 68 P LTF). Le terme d'«affaires civiles» doit être compris dans le même sens que dans le droit en vigueur; il comprend en particulier les contestations civiles non pécuniaires (message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale; FF 2001 4105).

Art. 10 Obligation d'annoncer

Cette disposition crée une base légale pour permettre, à long terme, une évaluation statistique de la situation en matière de stérilisation de personnes interdites et durablement incapables de discernement en Suisse.

Concernant l'annonce des interventions pratiquées, il convient en particulier de faire la distinction suivante:

L'al. 1 prévoit l'obligation d'annoncer les interventions pratiquées sur des personnes incapables de discernement à des fins thérapeutiques, qui ont pour effet secondaire inévitable de supprimer les facultés reproductrices (art. 2, al. 2). Ce devoir est rempli lorsque le médecin informe l'autorité dans les dix jours qui suivent l'intervention. L'annonce doit être faite à l'autorité tutélaire de surveillance. Cette règle vise à éviter la pratique incontrôlée de stérilisations à des fins contraceptives de personnes incapables de discernement, sous le couvert d'interventions thérapeutiques. Cette réglementation a un effet préventif parce que le médecin s'abstiendra d'effectuer une intervention illicite en sachant qu'il pourra être contrôlé ultérieurement.

Selon l'al. 2, le médecin qui a pratiqué une stérilisation selon les art. 6 (stérilisation de personnes interdites) et 7 (stérilisation de personnes durablement incapables de discernement) doit l'annoncer dans les 30 jours au Département cantonal compétent en matière de santé publique ou à un autre office désigné par le droit cantonal en vertu de son autonomie organisationnelle. Cette annonce concerne les stérilisations effectuées à des fins contraceptives (art. 2, al. 1).

L'al. 3 vise à garantir la protection de la personnalité des personnes impliquées. Ainsi, les données transmises par le médecin ont pour seul objectif de tenir une statistique globale et ne doivent en aucun cas permettre l'identification d'une personne déterminée.

2.6.2 **Projet de loi sur l'indemnisation des victimes de stérilisations et de castrations abusives**

2.6.2.1 **Section 1 Dispositions générales**

Art. 1 **Objet et champ d'application**

Le droit à une indemnité est prévu pour toute victime d'une «stérilisation ou d'une castration abusive». L'art. 3 précise ce qu'il faut entendre par «stérilisation abusive». La notion de «stérilisation abusive» est plus large que celle de «stérilisation illicite» et permet de tenir compte des situations où une législation cantonale autorisait la stérilisation à des conditions qui seraient jugées choquantes aujourd'hui. Quant à la castration, elle est toujours considérée comme abusive, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 1, al. 2 (voir art. 2 du projet de loi).

Le projet de loi s'applique à toutes les stérilisations ou castrations pratiquées abusivement sur le territoire suisse, pour autant que ces interventions aient eu lieu avant son entrée en vigueur. Dans la mesure où elles constituent une infraction, des stérilisations pratiquées au-delà du 1^{er} janvier 1993, date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5, LAVI), sont également

couvertes par cette dernière. Les victimes pourront en principe choisir d'être indemnisées en vertu de la LAVI ou en vertu du projet de loi. L'art. 6, al. 2, du projet de loi exclut cependant toute surindemnisation. Les victimes auront d'ailleurs tout intérêt à fonder leurs demandes d'indemnisation sur le projet de loi plutôt que sur la LAVI, car la notion de stérilisation ou de castration abusive y est définie de manière plus large que la notion d'infraction et les possibilités de consulter les pièces y sont mieux garanties. L'indemnisation des victimes d'interventions pratiquées de manière illicite après l'entrée en vigueur du projet de loi ne sera plus régie par celui-ci, mais par la LAVI. Dans la mesure où le droit fédéral, par le biais du projet de loi sur la stérilisation, règle clairement les conditions auxquelles peuvent être pratiquées des stérilisations, il n'est plus nécessaire de prévoir un régime d'indemnisation particulier pour les infractions portant sur ce type d'atteinte.

Art. 2 Castration abusive

Toute castration est en principe abusive. Seuls sont réservés les cas visés à l'art. 1, al. 2. La castration est en effet une intervention plus radicale, et donc plus contestable encore, que la stérilisation (cf. ch. 2.1 ci-dessus). Les interventions médicales pratiquées pour écarter un danger sérieux pour la santé physique ou psychique de la personne concernée sont en revanche clairement exclues du champ d'application de la loi en vertu de l'art. 1, al. 2, et ne donnent pas lieu à indemnisation. De même, la castration chimique pratiquée sur un délinquant sexuel souffrant de graves troubles mentaux ne donne pas lieu à indemnisation.

Art. 3 Stérilisation abusive

L'art. 3 définit dans les grandes lignes ce qu'il faut entendre par «stérilisation abusive».

Toute stérilisation pratiquée sur un mineur de moins de seize ans (al. 1) est considérée comme abusive. Le consentement donné par le représentant de l'autorité parentale à la stérilisation d'une personne âgée de moins de seize ans n'est donc pas valable. Est réservé le cas où la stérilisation a été pratiquée pour écarter un danger sérieux pour la santé (art. 1, al. 2). La commission a retenu le critère de seize ans par souci de cohérence avec le projet de loi sur la stérilisation.

Dans les autres cas, l'absence de consentement rend la stérilisation en principe illicite. Pour être considéré comme valable, le consentement doit être libre et éclairé et il doit avoir été donné personnellement. Le principe du consentement libre et éclairé vaut tant pour la réglementation de lege ferenda (cf. art. 5 et 6 du projet de loi sur la stérilisation) que pour la réglementation relative au passé. On peut considérer que le consentement n'est pas libre, lorsque la liberté de choix de la personne concernée était entachée d'un vice du consentement (art. 3, al. 2, let. b) ou lorsque des pressions ont été exercées sur elle, notamment en abusant d'un lien de dépendance (art. 3, al. 2, let. a). Ces exemples donnés ne sont pas exhaustifs et laissent une certaine liberté d'appréciation aux autorités qui pourront tenir compte d'autres formes de restrictions du libre choix. La notion de «vice du consentement» s'inspire des art. 23 et suivants du code des obligations et couvre aussi bien les fausses assertions ou informations (constitutives de dol ou d'erreur) que les menaces. Est spécialement visé le cas où les pressions exercées se fondent sur l'abus d'un lien de dépendance: la seule existence d'un lien de dépendance n'est pas suffisante pour

donner lieu à indemnisation ou à réparation morale et ne se limite pas à l'exercice d'un simple ascendant sur la victime; il faut que le médecin ou le directeur d'institution ait abusé du pouvoir que lui donne sa position hiérarchique envers la victime pour obtenir indûment son consentement, par exemple en échange d'avantages qui auraient dû lui être accordés indépendamment de ce consentement.

La question de savoir à quelles conditions la stérilisation d'une personne âgée de plus de seize ans incapable de discernement peut être admise aujourd'hui à titre exceptionnel est réglée par les art. 7 et 8 du projet de loi sur la stérilisation. L'art. 3, al. 3, du projet de loi sur l'indemnisation des victimes de stérilisations et de castrations abusives pose les conditions dans lesquelles une stérilisation effectuée dans le passé peut être considérée comme licite. Il faut que le représentant légal ait consenti à l'intervention et que cette dernière ait été pratiquée dans l'intérêt exclusif de la victime. L'autorité compétente pour indemniser devra examiner si, compte tenu de la situation de la victime et des moyens contraceptifs à disposition, la stérilisation représentait une atteinte proportionnée dans l'intérêt de la victime. Comme expliqué sous ch. 2.3, les critères permettant d'admettre la licéité d'une stérilisation pratiquée par le passé sur une personne âgée de plus de seize ans et incapable de discernement sont ainsi moins stricts que ceux posés pour les cas futurs.

Pourrait par conséquent être considérée rétrospectivement comme légitime la stérilisation pratiquée sur une personne incapable de discernement dans le but de lui éviter le traumatisme qui pourrait résulter d'un accouchement, d'un avortement ou d'une séparation ultérieure d'avec l'enfant. A noter que cette situation est aussi prise en compte par l'art. 7, al. 2, let. c et d, de la loi sur la stérilisation. En revanche, des considérations d'ordre eugénique ou le seul fait qu'une femme ait déjà de nombreux enfants dont elle s'occupe peu ou mal ne sauraient légitimer une stérilisation forcée sous peine de porter atteinte au droit fondamental au mariage et à la famille.

L'art. 1, al. 2, exclut d'emblée toute indemnisation ou réparation morale pour des interventions qui permettent d'écarter un danger sérieux pour la santé physique ou psychique.

2.6.2.2 Section 2: Prestations et procédure

Art. 4 à 6 Indemnisation et réparation morale

La personne concernée peut demander une indemnité et une réparation morale. Il s'agit d'un droit. L'indemnisation est soumise à des conditions de revenus (art. 4, al. 1), tandis que la réparation morale est indépendante du revenu (art. 4, al. 2). Le projet de loi renvoie aux art. 11 à 15 de la LAVI pour les conditions d'octroi et le calcul des prestations (art. 6, al. 1) ainsi qu'aux dispositions réglementaires d'application de la LAVI (en particulier art. 2 à 4 OAVI).

Le montant de la réparation morale sera fixé en tenant compte de la gravité des circonstances (art. 6, al. 1, qui renvoie à l'art. 12, al. 2, LAVI). Il pourra par exemple être tenu compte de la nature de la contrainte ou des pressions qui ont été exercées

et de leur gravité. Contrairement à la LAVI qui ne prévoit pas de plafond, le projet de loi limite le montant des réparations morales à 80 000 francs (art. 6, al. 1). Ce montant a été fixé eu égard aux réparations morales accordées en vertu de

l'art. 49 CO dans des cas présentant une certaine analogie. Dans un arrêt de 1986 (ATF 112 II 220), le Tribunal fédéral a jugé qu'une réparation morale de 40 000 francs devait être octroyée au mari d'une femme rendue gravement invalide à la suite d'un accident, compte tenu de l'invalidité mais aussi du fait que le couple ne pouvait plus avoir d'enfants. Un tribunal bâlois a accordé en 1994 une réparation morale de 20 000 francs à une femme enceinte pour la perte d'un des deux jumeaux qu'elle portait (cité par Klaus Hütte/Petra Ducksch, *Die Genugtuung, eine Tabellarische Übersicht der Gerichtsentscheide*, février 1999, cas n° 18a VIII/22 1995–1997). Une indemnité de 40 000 francs a été octroyée en 1975 à une jeune femme qui, à la suite d'un accident, a fait une fausse couche et est devenue stérile (JT 1975 I 454). Dans deux cas de transmission du virus VIH, la victime a reçu respectivement 60 000 et 80 000 francs de réparation morale (cf. Hütte/Ducksch, cas n° 22a VIII/31 1995–1997 et n° 18 VIII/8 1998 ff; cf. ATF 125 III 412). Enfin, l'arrêt fédéral du 14 décembre 1990 sur l'octroi de prestations financières aux hémophiles et aux receveurs de transfusions sanguines infectés par le VIH, à leurs conjoints et à leurs enfants infectés (RO 1991 954) prévoit l'octroi de prestations d'un montant de 100 000 francs par personne infectée. Le montant de 80 000 francs représente à cet égard un maximum qui ne devrait être octroyé que dans des circonstances particulièrement graves.

Le droit de demander une réparation morale est personnel. En cas de décès de son titulaire, il ne passe pas aux héritiers. Il ne peut pas non plus faire l'objet d'une cession (art. 4, al. 3). En revanche, les héritiers et les proches pourront faire constater le caractère abusif de la stérilisation ou de la castration, lorsqu'une procédure d'indemnisation est pendante et que la personne concernée décède avant la fin de la procédure (art. 4, al. 4). Les droits de la personnalité ne sont en principe pas transmis aux héritiers de leur titulaire et s'éteignent avec le décès de celui-ci (ATF 104 II 225 ss, 109 II 353 ss). Normalement, les héritiers ne peuvent poursuivre l'action intentée par le défunt de son vivant que si la violation de la personnalité de celui-ci peut être invoquée comme une atteinte à leur propre personnalité (cf. Andreas Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e éd., Bâle/Genève/Munich 1999, n° 510 et 561). La règle posée ici rompt avec la jurisprudence relative à l'art. 28a, al. 1, ch. 3 du code civil, selon laquelle l'action en constatation de droit n'est admissible que pour faire constater une situation qui cause encore concrètement un trouble ou puisse causer à nouveau un trouble, ce qui n'est plus le cas ici (ATF 120 II 371). Il s'agit ici de reconnaître la souffrance partagée par les proches à cause d'une intervention qui est aujourd'hui considérée comme inadmissible. Les derniers héritiers étant, en vertu de l'art. 460 du code civil, les grands-parents et leur postérité, le droit de faire constater une stérilisation ou une castration abusive est dévolu à un cercle étendu de personnes. Quant à la notion de proche, elle peut être interprétée à la lumière de l'art. 2, al. 2, LAVI, de telle sorte qu'elle inclut les concubins, voire des amis proches.

Afin d'éviter toute surindemnisation, la personne concernée qui obtient une indemnité ou une réparation morale en vertu de la loi sur l'indemnisation des victimes de stérilisations et de castrations abusives ne pourrait pas recevoir une indemnité ou une réparation morale sur la base de l'art. 12 LAVI (art. 6, al. 2). Elle pourra en revanche, si elle remplit les conditions fixées par la loi, obtenir une aide au sens de l'art. 3 LAVI. L'aide des centres de consultation peut être sollicitée en tout temps (art. 13, al. 1, OAVI).

L'al. 5, al. 1, fixe le délai durant lequel les demandes d'indemnisation et de réparation morales doivent être introduites sous peine de péremption. Au-delà de ce délai, les personnes concernées ne pourront plus faire valoir aucune prétention. Il s'agit de ne pas prolonger inutilement dans le temps les effets de la loi et de faire en sorte que les victimes de stérilisations ou de castrations abusives soient indemnisées rapidement. Le délai de trois ans est légèrement plus long que celui prévu à l'art. 16, al. 3, LAVI (deux ans). L'art. 14 permet d'atténuer la rigueur du délai fixé par la loi, car il est prévu de faire une campagne d'information publique.

En renvoyant expressément à l'art. 15 LAVI (art. 6, al. 1), le projet de loi réserve la possibilité pour la personne concernée d'obtenir une provision si elle a besoin d'urgence d'une aide pécuniaire.

Le projet renvoie également à l'art. 14 LAVI (art. 6, al. 1). L'Etat se réserve ainsi la possibilité d'exercer des prétentions récursoires à l'encontre de l'auteur d'une éventuelle infraction ou de tiers (par ex. assurances), pour autant que cela soit encore possible.

Art. 7 Autorité compétente

Comme pour la LAVI, l'exécution de la loi incombera principalement aux cantons qui devront désigner l'autorité compétente pour traiter les demandes d'indemnisation et de réparation morale (al. 1). Il incombera au canton dont les autorités ont ordonné ou autorisé la stérilisation ou la castration de traiter la demande et de verser les prestations ou, à défaut, au canton sur le territoire duquel l'intervention a été pratiquée. Le projet tient compte du fait que la victime pourrait avoir des difficultés à déterminer quel canton est compétent ou pourrait hésiter à s'adresser à des autorités sises dans un autre canton que celui de son lieu de domicile. C'est pourquoi la victime pourra toujours s'adresser à l'autorité de son lieu de domicile ou à un centre de consultation LAVI, qui devront l'aider dans ses démarches (art. 5, al. 2).

Par analogie avec l'art. 17 LAVI, le projet de loi impose aux cantons la désignation d'une autorité de recours unique, indépendante de l'administration et jouissant d'un plein pouvoir d'examen (art. 7, al. 3).

Art. 8 Procédure

L'autorité devra établir les faits d'office selon une procédure simple et rapide (al. 2). Afin qu'elle puisse démarrer les recherches, la demande devra être motivée sommairement (al. 1). L'autorité devra s'abstenir d'être exigeante quant au degré de motivation requis. Il suffit, pour satisfaire à l'obligation de motiver, de donner quelques indications, même imprécises, sur le lieu et la période concernés, afin que l'autorité dispose d'un point de départ pour initier ses recherches. La procédure est gratuite, sauf si la demande est manifestement téméraire (al. 3). Cette disposition s'inspire de l'art. 16, al. 1 et 2, LAVI.

La personne concernée pourra bénéficier au besoin d'une aide juridique gratuite (al. 4). L'art. 3, al. 4, LAVI s'applique par analogie à la prise en charge des frais d'avocat. Les frais d'avocat de l'ayant droit seront donc pris en charge «dans la mesure où sa situation personnelle le justifie». Comme en matière d'aide aux victimes, on tiendra compte de la situation financière de la personne concernée, mais aussi des possibilités qu'elle a de défendre elle-même ses droits (cf. ATF 122 II 315,

c. 4c). Il n'est pas nécessaire que la personne concernée soit dans la détresse pour pouvoir bénéficier de la prise en charge gratuite de ses frais d'avocat. De ce point de vue, l'art. 3, al. 4, LAVI est plus large que l'assistance juridique au sens de l'art. 29, al. 3, Cst. Enfin, la cause ne doit pas paraître dépourvue de chance de succès.

Art. 9 Obligation de garder le secret

L'art. 9 renvoie au secret de fonction qui s'appliquerait à l'autorité et à ses auxiliaires. Cette disposition s'inspire de l'art. 3 de l'arrêté fédéral concernant les recherches historiques et juridiques sur le sort des avoirs ayant abouti en Suisse à la suite de l'avènement du régime national-socialiste du 13 décembre 1996 (RO 1996 III 3487; cf. également art. 4 LAVI). Les centres LAVI agissant en vertu de l'art. 5, al. 2 seront quant à eux régis par l'art. 4 LAVI¹⁸, qui prévoit une obligation de garder le secret plus absolue. Cela permettra aux personnes concernées de confier des faits intimes en toute confiance au personnel des centres de consultation LAVI.

Art. 10 et 11 Conservation et consultation des pièces

Ces dispositions s'inspirent des art. 4 et 5 de l'arrêté fédéral concernant les recherches historiques et juridiques sur le sort des avoirs ayant abouti en Suisse à la suite de l'avènement du régime national-socialiste du 13 décembre 1996.

2.6.2.3 Section 3: Dispositions pénales

Art. 12

Cet article s'inspire de l'art. 9 de l'arrêté fédéral concernant les recherches historiques et juridiques sur le sort des avoirs ayant abouti en Suisse à la suite de l'avènement du régime national-socialiste du 13 décembre 1996.

2.6.2.4 Section 4: Exécution

Art. 13 Indemnités allouées aux cantons

L'art. 13 prévoit que la Confédération couvre 50 % des frais effectifs d'indemnisation et de réparation morale. Pour ce faire, la Confédération allouera des indemnités aux cantons au sens de l'art. 3 de la loi sur les subventions du 5 octobre 1990 (RS 616.1). Les cantons verseront directement les prestations aux personnes concernées et présenteront un décompte de leurs frais à la Confédération qui calculera le montant de l'indemnité allouée. Cette solution est plus simple que la création d'un fonds.

¹⁸ Le critère déterminant pour la soumission au secret de fonction n'est en effet pas la nature du rapport de travail avec l'Etat, mais l'accomplissement d'une tâche au service de l'Etat (FF 1996 IV 1183).

Art. 14 Information du public

La tâche d'informer la population incombera conjointement à la Confédération et aux cantons. Les cantons informeront par le biais des médias locaux et de leurs publications officielles, tandis que la Confédération se chargera de l'information dans les médias qui dépassent l'aire de diffusion cantonale.

2.6.2.5 Section 5: Dispositions finales

Art. 15 Disposition transitoire

On ne peut exclure que des demandes d'indemnisation et de réparation morale soient déposées en vertu de la LAVI avant l'entrée en vigueur du projet de loi. Si ces demandes sont encore pendantes à l'entrée en vigueur du projet de loi, elles seront régies par celui-ci.

Art. 16 Référendum, entrée en vigueur et durée de validité

La loi sur l'indemnisation des victimes de stérilisations et de castrations abusives effectuées dans le passé deviendra par la force des choses obsolète après quelques années. C'est pourquoi la commission propose de déléguer au Conseil fédéral le pouvoir de l'abroger lorsque toutes les demandes d'indemnisation et de réparation morale introduites dans le délai prévu à l'art. 5, al. 1, auront abouti à une décision entrée en force.

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

Le volet de la réglementation des conditions et procédures à respecter lors de stérilisations dans le futur (projet 1) n'aura, pour la Confédération, pas de conséquences financières ni d'effets sur le personnel.

Etant donné l'absence de statistiques sûres et vu que les sources historiques ne sont pas exhaustives, il est relativement difficile d'apprécier le nombre de victimes de stérilisations et castrations abusives. Dans le cadre des auditions d'experts, l'ordre de grandeur de quelques centaines a été avancé. Ces interventions ont été effectuées surtout dans la première moitié du 20^e siècle. On peut admettre que bon nombre des victimes ne sont plus en vie. Il n'est ainsi pas possible d'indiquer quelles seront les conséquences financières du présent projet qui seront supportées par moitié par la Confédération et les cantons. Il faut par ailleurs considérer que le montant de 80'000.- francs prévu pour la réparation morale est un maximum, qui ne sera pas versé dans tous les cas.

4

Relations avec le droit européen

La Suisse a signé la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine le 7 mai 1999. Par message du 12 septembre 2001 (01.056; FF 2002 271), le Conseil fédéral a proposé au Parlement d'approuver la convention et de l'autoriser à la ratifier. En 2002, les deux Conseils ont décidé d'ajourner l'examen de la convention jusqu'à ce que la loi sur la transplantation soit approuvée¹⁹. Selon cette convention, une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé (art. 5). Une intervention ne peut en principe être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéfice direct (art. 6). La convention comprend des règles particulières protégeant les personnes n'ayant pas la capacité de consentir (art. 6) et des personnes souffrant d'un trouble mental (art. 7).

5

Constitutionnalité

En vertu de l'art. 122 de la Constitution, la Confédération est compétente pour légiférer en matière de droit civil.

Pour ce qui est de l'indemnisation des victimes de stérilisations forcées, la commission se réfère à l'art. 124 de la Constitution, qui charge la Confédération et les cantons de veiller «à ce que les victimes d'une infraction portant atteinte à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle bénéficient d'une aide et reçoivent une juste indemnité si elles connaissent des difficultés matérielles en raison de l'infraction». Cette disposition confère à la Confédération une compétence de légiférer qui est globale et ne se limite pas à l'énoncé de principes. Parallèlement, cet article confie aux cantons une tâche propre et non pas une simple participation à l'exécution d'une tâche de la Confédération. L'aide aux victimes constitue donc une tâche commune dont doivent s'acquitter la Confédération et les cantons (FF 1997 I 347; cf. également message du 6 juillet 1983 concernant l'initiative populaire «sur l'indemnisation des victimes d'actes de violence criminels»; FF 1983 III 928 s.).

Pour qu'une personne bénéficie d'une aide au sens de l'art. 124 Cst., il faut qu'elle ait été victime d'une infraction et que celle-ci ait entraîné une atteinte à son intégrité physique, psychique ou sexuelle. Ainsi que le relève le Conseil fédéral dans son message, l'aide peut être accordée même si tous les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (p. ex. en cas d'irresponsabilité de l'auteur). L'aide n'est pas subordonnée à l'arrestation de l'auteur, ni à sa condamnation et il importe peu que celui-ci ait agi intentionnellement ou par négligence (FF 1997 I 347).

¹⁹ BO-N 13.6.2003; BO-E 23.9.2002

