



Article scientifique

Article

2003

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit à la vie et la liberté personnelle (article 10 Cst.)

Hottelier, Michel

How to cite

HOTTELIER, Michel. Le droit à la vie et la liberté personnelle (article 10 Cst.). In: Fiches juridiques suisses, 2003, n° 1389, p. 1–30.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:9665>

LE DROIT A LA VIE ET LA LIBERTÉ PERSONNELLE (ARTICLE 10 CST.)

C.D. 342

MISE AU POINT
30 juin 2003

par **Michel Hottelier**
*Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Genève*

I. NOTION

1. Dans une phrase demeurée célèbre, le Tribunal fédéral présente la liberté personnelle comme la “liberté première, dont découlent tous les autres droits constitutionnels”¹. La liberté personnelle se présente en effet comme une garantie centrale de l’Etat régi par le droit, en tant qu’elle s’efforce de protéger l’être humain dans ses facultés les plus élémentaires, les plus précieuses, mais aussi les plus vulnérables: le droit de vivre, le droit au respect de l’intégrité physique et psychique et de la personnalité, le droit de se déplacer librement, l’interdiction de la torture. Aussi n’est-il pas étonnant que la garantie de la liberté personnelle figure en tête du catalogue des libertés qu’énonce la Constitution fédérale du 18 avril 1999², peu après la proclamation de la dignité humaine (art. 7 Cst.) - dont elle représente l’un des aspects³ - du principe d’égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de l’interdiction de l’arbitraire (art. 9 Cst.).

2. La Constitution fédérale protège divers aspects de la liberté personnelle, tels qu’ils ont été progressivement forgés par la jurisprudence rendue sous l’empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874⁴. L’art. 10 Cst. consacre ainsi le droit à la vie et la liberté personnelle au sens strict. D’autres dispositions de la Constitution entretiennent des rapports étroits avec cette garantie. Outre le respect de la dignité humaine de l’art. 7 Cst., tel est le cas de l’art. 12 Cst., qui consacre le droit d’obtenir de l’aide dans des situations de détresse. L’art. 13 Cst. énonce pour sa part la protection de la sphère privée; l’art. 14 Cst. traite du droit au mariage et à la famille; l’art. 24 Cst. est consacré à la liberté d’établissement; l’art. 25 Cst. institue une protection contre l’expulsion, l’extradition et le refoulement;

¹ ATF 90 I 29, 37 X.

² RS 101; en abrégé: Cst.

³ ATF 127 I 115, 119 Epoux W.; 126 I 112, 114 S.

⁴ ATF 128 II 259, 268 Z.

l'art. 31 Cst. énumère les règles de procédure applicables en cas de privation de liberté⁵. On peut encore songer à l'art. 119 al. 2 let. g Cst., qui garantit le droit de toute personne d'accéder aux données relatives à son ascendance⁶.

3. La formulation de l'art. 10 Cst. ne correspond pas intégralement au contenu donné à la liberté personnelle par la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 consacre en effet plusieurs dispositions particulières à des garanties qui, jusqu'alors, faisaient partie du champ d'application jurisprudentiel de la liberté personnelle. Tel est le cas en ce qui concerne le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements ou des peines inhumains ou dégradants, mais aussi la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.), ou encore les conditions qui entourent la privation de la liberté de mouvement (art. 31 Cst.). Sur le plan pratique, la délimitation du champ d'application respectif des art. 10, 13 et 31 Cst. peut occasionner des problèmes délicats en cas de recours, sous l'angle de l'identification précise du moyen à invoquer.

4. La liberté personnelle fait partie des quelques droits que la jurisprudence considère historiquement comme inaliénables et imprescriptibles⁷. Contrairement à une opinion communément répandue, la portée de cette qualification ne se situe pas sur le plan du droit matériel. Elle se limite au seul terrain de la procédure qui a cours, sur recours de droit public devant le Tribunal fédéral au sens de l'art. 84 al. 1 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943⁸, en permettant un traitement quelque peu privilégié du moyen tiré de la violation de la liberté personnelle. L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité signifient, dans ce contexte, que l'objet du recours peut, exceptionnellement, porter sur des actes ou sur des mesures d'exécution d'une décision antérieurement entrée en force⁹. Alors qu'en règle générale, les simples actes d'exécution de décisions antérieures ne peuvent être soumis au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public - sauf à contenir, en eux-mêmes, une inconstitutionnalité qui ne figure pas dans la décision qui les inspire¹⁰ -, la jurisprudence admet qu'en présence de droits inaliénables et imprescriptibles, des éléments nouveaux, qui n'ont pas été allégués devant les instances cantonales alors qu'ils auraient pu l'être, peuvent quand même être présentés devant les juges fédéraux. L'invocation de la liberté personnelle obéit toutefois au respect du délai de trente jours prévu par l'art. 89 al. 1 OJ¹¹. Force est

⁵ ATF 127 I 6, 10 P.

⁶ ATF 128 I 63, 68 A. A. Voir également SJ 2000 I 489, 490 X.; ATF 125 I 257, 262 J. H.

⁷ FF 1997 I 150; ZBl. 1982, p. 356, 358 G.; ATF 104 Ia 480 Meylan; 88 I 260, 267 Gebrüder Hess AG; 28 I 127, 129 Burry; 2. 439, 448 De Pury.

⁸ RS 173.110; en abrégé: OJ.

⁹ ATF 127 I 115, 119 Epoux W.

¹⁰ ATF 118 Ia 209 L.

¹¹ ATF 118 Ia 209, 214 L.

toutefois de constater que la théorie des droits inaliénables et imprescriptibles n'a pas conduit à des résultats extrêmement concrets, ni très probants, sur le plan pratique.

II. APERÇU HISTORIQUE

5. Les constitutions des cantons suisses ont été les premières à consacrer, d'un point de vue historique, la liberté personnelle. À l'exception de quelques dispositions topiques, comme l'inviolabilité du secret des lettres et des télégrammes (art. 36 al. 4), l'abolition de la contrainte par corps (art. 59 al. 3), ou encore l'interdiction des condamnations à mort pour cause de délit politique et celle des peines corporelles (art. 65), la Constitution fédérale du 29 mai 1874 ne protégeait pas, tout comme son aïeule du 12 septembre 1848 d'ailleurs, la liberté personnelle de manière explicite.

6. Cette particularité n'affecte pas uniquement la liberté personnelle. Elle concerne également d'autres droits fondamentaux et s'explique par le fait que c'étaient encore les cantons, au dix-neuvième siècle, qui disposaient de l'essentiel des compétences en matière législative, exécutive et judiciaire. Il s'ensuit que les lésions potentielles susceptibles d'affecter les droits individuels émanaient en premier lieu des autorités cantonales, raison pour laquelle la protection adéquate était surtout prévue au niveau des constitutions cantonales, et non sur le plan fédéral.

7. De 1874 jusqu'au début des années 1960, les quelques cas mettant en cause la liberté personnelle garantie par les constitutions des cantons dont le Tribunal fédéral a eu à connaître ont porté, pour l'essentiel, sur les composantes traditionnelles de cette garantie que sont la liberté de mouvement et le respect de l'intégrité physique, souvent d'ailleurs en rapport avec d'autres garanties, comme le principe d'égalité de traitement. Les juges fédéraux ont ainsi été amenés à se prononcer sur la conformité à la liberté personnelle de l'interdiction, alors signifiée aux contribuables récalcitrants, de fréquenter des auberges¹², sur le statut du concubinage¹³, ou encore sur la constitutionnalité de prises de sang effectuées dans le cadre de procès en paternité¹⁴. Plusieurs arrêts ont, à l'époque, considéré qu'une restriction à la liberté personnelle était légitime du simple fait que celle-ci reposait sur une base légale appliquée de manière non arbitraire¹⁵.

¹² ATF 20 287, 289 Meyer, où le Tribunal fédéral relève pourtant que la "liberté individuelle" est "garantie par la Constitution fédérale."

¹³ ATF 31 I 297, 301 Fazer und Gasser.

¹⁴ ATF 82 I 234, 237 Lüthold.

¹⁵ ATF 13 444, 447 Dürler; 34 I 741, 744 Wirz; 46 I 283, 292 Kofmel.

8. Pour être certes intéressante, cette approche plutôt limitée est demeurée la règle jusqu'en 1963, année durant laquelle le Tribunal fédéral a érigé la liberté personnelle au titre de droit constitutionnel non écrit de rang fédéral, dans le cas de l'un des deux seuls cantons, à savoir Bâle-Ville, dont la constitution ne connaissait pas de garantie de ce genre¹⁶.

9. La notion moderne de liberté personnelle est le fruit d'un processus continu de concrétisation, sur le plan tant doctrinal que jurisprudentiel. Comprise à l'origine comme consécration de la liberté physique, c'est-à-dire le droit de disposer librement de son corps, cette faculté englobant la liberté de mouvement et l'intégrité physique, la liberté personnelle s'est progressivement enrichie d'autres facultés, qui ont peu à peu contribué à étendre son domaine de protection¹⁷.

10. Après avoir garanti la liberté personnelle comme droit constitutionnel non écrit de rang fédéral, le Tribunal fédéral a en premier lieu admis que la faculté d'apprécier une situation et de se déterminer en conséquence était protégée par la liberté personnelle¹⁸. Il a ensuite précisé que la protection offerte par cette garantie s'étendait à toutes les facultés humaines exprimant une manifestation élémentaire de l'épanouissement de la personnalité humaine¹⁹. La liberté personnelle a ainsi graduellement revêtu des formes extrêmement composites, au point que la question s'est finalement posée de savoir si elle constituait une liberté générale et subsidiaire, susceptible d'englober tous les comportements non appréhendés par d'autres droits fondamentaux²⁰.

11. Certaines constitutions cantonales récentes sont allées sensiblement plus loin que la conception fédérale de la liberté personnelle, témoignant ainsi à la fois du rôle avant-gardiste que ces instruments peuvent jouer en matière de protection des droits individuels et de l'évolution subie par la liberté personnelle, en consacrant par exemple des garanties originales en matière d'arrestation et de détention injustifiées ou de protection des données. Dans la plupart des autres cas, les garanties cantonales de la liberté personnelle ne sont généralement pas réputées disposer d'une portée propre par rapport à la protection qu'offre le droit constitutionnel fédéral²¹.

¹⁶ ATF 89 I 92, 98 Kind X., du 20 mars 1963. Sur l'approche historique du Tribunal fédéral, voir également ATF 90 I 29, 34 X., et les références citées.

¹⁷ ATF 101 Ia 336, 346 Verband der Schweizerischen Automatenbranche.

¹⁸ ATF 90 I 29, 36 X.

¹⁹ ATF 97 I 45, 49 X.; 97 I 839, 842 Müller-Gilliers; 106 Ia 136, 141 G.

²⁰ ATF 97 I 45, 50 X.; 100 Ia 189, 1993 Feuz; 101 Ia 336, 346 Verband der Schweizerischen Automatenbranche; 102 Ia 321, 325 X.; 104 Ia 35, 50 X.; 107 Ia 52, 55 Z.; 107 I 292, 293 Nyffeler; 108 Ia 59, 60 Schweizerische Vereinigung für den Wassersport; voir *infra*, ch. IV.E, et les autres références citées.

²¹ ATF 95 I 356, 359 Achermann; 98 Ia 98, 100 Preisler; 99 Ia 262, 266 Minelli; 103 Ia 293, 294 Bonzi; SJ 1982, p. 266, 269 M.; ATF 118 Ia 427, 433 C., B. und Ehepaar R.

12. La ratification par la Suisse, le 28 novembre 1974, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950²², a marqué une nouvelle étape déterminante dans la conception suisse de la liberté personnelle. La consécration, sur le plan international, de garanties autonomes comme le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou encore de garanties en cas de privation de liberté, alliée à l'existence d'un contrôle juridictionnel international, a contraint les autorités législatives, administratives et judiciaires à repenser le champ d'application et les conditions de restriction de la liberté personnelle à la lumière des principes issus du droit européen des droits de l'homme²³.

III. TITULARITÉ

13. La titularité de la liberté personnelle est étendue, en tant que celle-ci bénéficie, conformément à l'art. 10 al. 1 et 2 Cst., à tout "être humain". Toutes les personnes physiques sont ainsi fondées à se prévaloir de la liberté personnelle, indépendamment de leur nationalité²⁴. Il en va de même en ce qui concerne les personnes qui n'ont pas atteint l'âge de la majorité, tout comme celles qui, par exemple, font l'objet d'une mesure d'interdiction au sens du droit civil²⁵.

14. D'un point de vue temporel, la protection de la liberté personnelle ne limite pas son empire à la durée de la vie humaine. Elle s'étend également, dans une certaine mesure, au-delà de la mort. Selon la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral sous l'empire de la Constitution du 29 mai 1874, et applicable sans autre à l'art. 10 Cst.²⁶, la liberté personnelle ne se résume pas à la durée de la vie de l'individu. Elle assure également une certaine protection au-delà du décès. La pérennité de la liberté personnelle permet par exemple à toute personne de se déterminer à l'avance sur le sort de sa dépouille, et de se prémunir contre une intervention illicite des pouvoirs publics, qu'il s'agisse de prélèvements d'organes ou d'une autopsie. La jurisprudence reconnaît, dans ce sens, le droit de chacun de disposer de son corps, même au-delà de son décès²⁷. Cette prétention

²² RS 0.101; en abrégé: CEDH.

²³ Voir, par exemple, ACEDH Sanchez-Reisse c. Suisse, du 21 octobre 1986, série A no 107; ACEDH Huber c. Suisse, du 23 octobre 1990, série A no 188; ACEDH R. M. D. c. Suisse, du 26 septembre 1996, Rec. 1997-VI, p. 2003.

²⁴ ATF 123 I 221, 226 Demokratische JuristInnen der Schweiz; 122 I 222 Adir Cumali; 98 Ia 98, 99 Preisler.

²⁵ ATF 65 I 266, 268 Andris.

²⁶ ATF 127 I 115, 119 Epoux W.; FF 1997 I 148.

²⁷ ATF 127 I 115, 119 Epoux W.; 123 I 112, 118 Rolf Himmelberger; 98 Ia 508, 522 Gross. Voir également ATF 45 I 119, 132 Stadtrat Luzern, où le Tribunal fédéral relève que le droit de déterminer le sort de son corps après la mort représente une conséquence du principe de la liberté individuelle de la personnalité et du droit de faire respecter celle-ci par la communauté.

comporte notamment une liberté de choix dans le cadre tracé par la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs, quant à la forme des funérailles et au mode d'inhumation, l'être humain ayant, quel que soit le rang qu'il a occupé dans la société, un droit constitutionnel à un enterrement et une sépulture décentes. Il est plus généralement reconnu que le respect dû aux morts découle également de la dignité humaine²⁸.

15. En l'absence de décision du défunt, l'art. 10 al. 2 Cst. permet aux proches de disposer, dans certaines limites, du sort de son cadavre²⁹. Les sentiments affectifs qu'entretiennent les proches avec la personne du *de cuius* sont en effet appréhendés par la liberté personnelle. Ces derniers sont en particulier fondés à se plaindre, au nom de leur propre liberté, d'une intervention injustifiée sur la dépouille de leur proche³⁰. Ils peuvent par exemple attaquer la décision des autorités concernant le placement d'une urne funéraire dans un cimetière³¹. Les parents sont fondés à exiger qu'un tribunal contrôle la légalité d'un ordre d'autopsie concernant leur enfant décédé³². Ils sont, dans le même sens, légitimés à se plaindre, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH, du sort réservé à la dépouille de leur enfant, à la suite d'une autopsie³³. Le Tribunal fédéral a jugé que, du point de vue de la Constitution, un droit de la personnalité qui est en rapport avec les funérailles n'est pas considéré comme éteint par la mort. Il subsiste par conséquent une persistance de ce droit après la mort, pendant un certain temps³⁴.

16. Les personnes morales de droit privé peuvent revendiquer la protection de la liberté personnelle mais, bien entendu, dans la seule mesure où les facettes de cette dernière sont effectivement susceptibles de leur être appliquées. Une personne morale est en ce sens fondée à se prévaloir de la protection de l'honneur qu'octroie la liberté personnelle au sens de l'art. 10 al. 2 Cst., ou encore du droit au respect de la sphère privée de l'art. 13 Cst.³⁵. Les personnes morales peuvent également se plaindre des atteintes à la liberté personnelle subies par leurs

²⁸ ATF 123 I 112, 119 Rolf Himmelberger. Consacré explicitement par l'art. 53 al. 2 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, le droit à une sépulture décente relève à présent de la garantie de la dignité humaine prévue à l'art. 7 Cst.; cf. FF 1997 I 143.

²⁹ ATF 1P.453/2002, du 12 février 2003, A. et consorts, consid. 2.1; 123 I 112, 118 Rolf Himmelberger.

³⁰ ATF 1P.453/2002, du 12 février 2003, A. et consorts, consid. 2.1; voir également ATF 127 I 115, 119 Epoux W.; 123 I 112, 140 Rolf Himmelberger; 111 Ia 231, 234 Rolf Himmelberger. Dans le même sens, voir l'arrêt du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève, du 6 octobre 1997, dans la cause X., SJ 1998, p. 435.

³¹ ATF 1P.453/2002, du 12 février 2003, A. et consorts, consid. 2.1.

³² ATF 127 I 115 Epoux W.

³³ ACEDH Pannullo et Forte c. France, du 30 octobre 2001, par. 38.

³⁴ ATF 118 IV 319, 323 K.

³⁵ ATF 114 IV 14 I.

membres, à condition toutefois de satisfaire aux exigences posées par la jurisprudence en matière de recours corporatif³⁶.

17. Les personnes qui sont liées à l'Etat par un rapport de droit d'une nature particulière ne sont pas privées de la protection qu'offre la liberté personnelle. *Nolens volens*, leur statut particulier est toutefois de nature à justifier que des restrictions spéciales, sensiblement plus intenses que celles qui sont susceptibles de frapper les autres justiciables, leur soient opposées. Ainsi, alors que la création du rapport juridique lui-même doit reposer sur une loi au sens formel, surtout lorsque le rapport en question procède d'une obligation et non d'un choix de l'intéressé (par exemple, dans le cas d'une détention), il est admis que, une fois cette étape franchie, des restrictions particulières peuvent frapper les personnes concernées sur la base de normes disposant d'une légitimité démocratique moindre³⁷. Le Tribunal fédéral a cependant abandonné sa jurisprudence ancienne, selon laquelle les actes limitant la liberté et les droits des personnes liées à l'Etat par un rapport de droit particulier n'étaient pas soumis à l'exigence d'une base légale³⁸.

18. Tel est en particulier le cas des personnes privées de liberté: si leur statut ne fait certes pas obstacle au respect de la liberté personnelle, la position particulière que celles-ci occupent au sein d'établissements spécialisés peut commander que des restrictions d'une nature et d'une importance particulières leur soient imposées, au prix, le cas échéant, d'une interprétation plus souple des exigences traditionnelles fixées par l'art. 36 Cst.³⁹. Il en va de même en ce qui concerne les agents de l'Etat. S'il est certes admis qu'ils sont titulaires des droits fondamentaux, l'exercice de ces garanties peut se heurter à des contraintes spécifiques, sensiblement plus incisives que celles qui sont opposables au citoyen ordinaire, sans qu'il en résulte pour autant une violation de la Constitution⁴⁰.

IV. OBJET

19. La garantie de l'art. 10 Cst. ne vise pas un objet uniforme, mais englobe au contraire plusieurs biens distincts⁴¹. La disposition protège d'abord le droit de tout être humain à la vie, en précisant que la peine de mort est interdite, sans exception (al. 1). Elle garantit ensuite la liberté personnelle au sens étroit, en

³⁶ ATF 108 Ia 59 Schweizerische Vereinigung für den Wassersport.

³⁷ ATF 115 Ia 277, 288 B., et les autres références citées.

³⁸ ATF 111 Ia 231, 237 Rolf Himmelberger; 106 Ia 277, 282 Groupe Action Prison, et les références citées.

³⁹ ATF 124 I 336, 340 Michailov; 122 I 222 Adir Cumali; 122 II 299 X; 119 Ia 71 Walter Stürm; 118 Ia 64 Minelli; 117 Ia 465, 469 K.

⁴⁰ ATF 124 I 85, 87 Polizeibeamtenverband Basel-Stadt.

⁴¹ FF 1997 I 150; ATF 126 I 112, 114 S.

énonçant ses deux facettes principales, telles que développées historiquement par la jurisprudence, qui sont relatives à l'intégrité physique et psychique d'une part, et à la liberté de mouvement d'autre part (al. 2). L'art. 10 al. 3 Cst. proscrit la torture, ainsi que les traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette dernière garantie s'inspire très directement des engagements internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est partie, en particulier l'art. 3 CEDH⁴² et l'art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966⁴³.

A. Le droit à la vie

20. Un arrêt rendu en 1972 a permis au Tribunal fédéral de relever que le droit à la vie représente un aspect essentiel de la liberté personnelle, en précisant que ce droit possède une portée absolue, toute restriction à son contenu entraînant du même coup une violation de son noyau intangible⁴⁴. En droit international, le droit à la vie est consacré à l'art. 2 CEDH, à l'art. 6 Pacte II, ainsi qu'à l'art. 6 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989⁴⁵.

21. En l'état, ni la Constitution, ni la loi, pas plus que la jurisprudence, ne sont en mesure de fournir une réponse claire, formelle et définitive à la question de savoir à quel moment la vie commence d'un point de vue juridique, ni quand elle s'achève. La question du début du droit à la vie a été délibérément écartée des travaux qui ont conduit à la révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874⁴⁶. Le droit civil se contente de définir le commencement de la personnalité juridique (art. 31 CC) et d'admettre que l'enfant conçu peut jouir des droits civils et hériter, à la condition cependant de naître vivant (art. 31 al. 2 et 544 CC). Le Tribunal fédéral a pour sa part laissé indéfinie la question de savoir si l'ovule fécondé peut bénéficier de la protection constitutionnelle de la dignité humaine⁴⁷. La jurisprudence considère aussi qu'il ne peut y avoir d'homicide à l'encontre d'un fœtus et que l'avortement par négligence n'est pas punissable⁴⁸.

22. Le droit international des droits de l'homme, dont la portée fondamentalement subsidiaire trouve ici toute sa signification, n'est pas non plus d'un grand secours en ce domaine: ni l'art. 2 CEDH, ni l'art. 6 Pacte II, ni l'art. 6 CDE, ne définissent en effet le moment à partir duquel commence la protection de la vie⁴⁹.

⁴² Sur l'art. 3 CEDH, voir FJS 1371.

⁴³ RS 0.103.2; en abrégé: Pacte II.

⁴⁴ ATF 98 Ia 508, 514 Gross.

⁴⁵ RS 0.107; en abrégé: CDE.

⁴⁶ FF 1997 I 149.

⁴⁷ ATF 119 Ia 460, 485 L.; 115 Ia 234, 264 K.

⁴⁸ ATF 119 IV 207 V. Sur la question de la codification de la notion de mort, voir FF 2002, 88 et 137.

⁴⁹ Sur la question, voir FF 2002, 286 et les références citées. Au sujet de l'art. 2 CEDH, voir FJS 1370.

En son temps, la Commission européenne des droits de l'homme a d'ailleurs renoncé à prendre position sur cette question⁵⁰. La Cour européenne des droits de l'homme n'a, quant à elle, pas encore eu l'occasion d'aborder cette problématique. Le juriste doit ici, par la force des choses, faire preuve de modestie et se trouve contraint de s'en remettre largement aux préceptes propres à la science médicale⁵¹, d'ailleurs elle-même sujette à évolution⁵².

23. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a permis d'enrichir utilement la signification et la portée du droit à la vie au sens du droit conventionnel. Les juges européens ont souligné que le droit à la vie visé par l'art. 2 CEDH ne s'analyse pas uniquement comme une garantie dotée d'une portée négative, ayant pour effet d'obliger les Etats parties à s'abstenir de donner ou de provoquer la mort, hormis les cas énumérés de manière restrictive par la clause dérogatoire de l'art. 2 par. 2 CEDH⁵³. L'art. 2 par. 1 CEDH oblige également les Etats à prendre les mesures nécessaires à assurer la protection de la vie des personnes placées sous leur juridiction⁵⁴. L'obligation à la charge des Etats implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie, en mettant en place une législation pénale dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les éventuelles violations⁵⁵. Cette disposition comporte également, dans certaines circonstances définies, l'obligation positive pour les Etats de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique, afin de protéger l'individu dont la vie est menacée non pas directement par un agent de l'Etat, mais par les agissements criminels d'autrui⁵⁶.

24. La garantie du droit à la vie au sens de l'art. 2 par. 1 CEDH ne se limite pas à l'énonciation d'un droit matériel, ainsi qu'une interprétation littérale de la

⁵⁰ Req. no 8416/79, X. c. Royaume-Uni, décision du 13 mai 1980, D. R. 19, p. 258; req. no 6959/75, Brüggemann et Scheuten c. République fédérale d'Allemagne, rapport du 12 juillet 1977, D. R. 10, p. 138.

⁵¹ Sur la problématique du renvoi aux directives de l'Académie suisse des sciences médicales pour définir la notion de décès et de mort, voir ATF 123 I 112, 127 Rolf Himmelberger.

⁵² Sur l'évolution des critères scientifiques retenus pour définir la mort, voir FF 2002, 79: dans son message du 12 septembre 2001 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, le Conseil fédéral relève que jusqu'à la fin des années 1960, les scientifiques ont soutenu le point de vue selon lequel la vie de l'être humain prenait fin par l'arrêt respiratoire et circulatoire causé par la défaillance irréversible du cœur. Ce critère est devenu par la suite progressivement inapplicable, compte tenu du recours de plus en plus fréquent à des appareils et techniques permettant de maintenir ou de rétablir les fonctions vitales. Le concept de mort cérébrale, impliquant une défaillance irréversible de l'intégralité du cerveau, s'est alors fait jour.

⁵³ Sur la question du recours à la force au regard de l'art. 2 CEDH, voir ACEDH Mc Cann c. Royaume-Uni, du 27 septembre 1995, série A no 324, p. 45ss.

⁵⁴ ACEDH Keenan c. Royaume-Uni, du 3 avril 2001, Rec. 2001-III, p. 188, par. 89ss; ACEDH L. C. B. c. Royaume-Uni du 9 juin 1998, Rec. 1998-III, p. 1403, par. 36.

⁵⁵ ACEDH Akkoç c. Turquie du 10 octobre 2000, Rec. 2000-X, p. 468, par. 77.

⁵⁶ ACEDH Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998, Rec. 1998-VIII, p. 3159, par. 115.

disposition pourrait *a priori* le laisser entendre. Elle comprend également une dimension de nature procédurale, qui impose aux autorités nationales compétentes l'obligation de conduire des enquêtes efficaces lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme. Les Etats, qui assument une obligation positive en matière de respect du droit à la vie, en liaison avec le devoir général de reconnaître, en vertu de l'art. 1er CEDH, à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention, ont ainsi à se justifier devant la Cour lorsque les investigations nécessaires pour élucider la question du respect effectif de l'art. 2 CEDH ne sont pas entreprises⁵⁷. Il en va de même lorsque des mesures de ce genre sont entreprises, mais dans une mesure insuffisante⁵⁸. De fait, les autorités qui n'enquêtent pas dans une mesure et avec une diligence suffisantes sur les méfaits commis par les forces de l'ordre contreviennent aux obligations procédurales qu'elles assument en application de l'art. 2 de la Convention. Pareil comportement peut également avoir pour conséquence de contrevenir à l'obligation de prévoir un recours effectif auprès d'une instance nationale au sens de l'art. 13 CEDH⁵⁹.

25. La Cour de Strasbourg a également eu l'occasion de préciser que le droit à la vie au sens de l'art. 2 CEDH ne limite pas son empire aux instances nationales, mais déploie également, le cas échéant, une portée extraterritoriale. Les Etats parties à la Convention assument, en ce sens, une obligation de veiller à ce que l'art. 2 CEDH soit aussi respecté à l'étranger, leur responsabilité pouvant être engagée en cas de remise d'une personne à des autorités étrangères, en sachant que celle-ci risque d'encourir une atteinte à son droit à la vie.

B. Le droit à la mort ?

26. La question peut se poser de savoir si la liberté personnelle au sens de l'art. 10 al. 1 Cst. englobe, outre le droit à la vie, un éventuel droit à la mort. Cette problématique concerne en particulier la réglementation du suicide et de l'euthanasie. S'il est possible de considérer que le droit de mourir dans la dignité fait partie de la liberté personnelle, une réglementation plus poussée des problèmes qui se posent dans ce contexte relève plutôt du droit ordinaire de rang législatif, et non du droit constitutionnel ou conventionnel directement. Tel paraît être le sens de la jurisprudence rendue à ce sujet au niveau international.

27. La Cour européenne des droits de l'homme a examiné la question du droit de mourir dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, rendu le 29 avril 2002. Cette affaire concernait une personne atteinte d'une maladie neuro-dégénérative incurable, qui

⁵⁷ ACEDH *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998, Rec. 1998-I, p. 329, par. 105; ACEDH *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1995, série A no 324, p. 49, par. 161.

⁵⁸ ACEDH *Anguelova c. Bulgarie*, du 13 juin 2002; *Mc Shane c. Royaume-Uni*, du 28 mai 2002; *Tanli c. Turquie*, du 10 avril 2001, Rec. 2001-III, p. 264, par. 148.

⁵⁹ ACEDH *Akkoç c. Turquie* du 10 octobre 2000, Rec. 2000-X, p. 471, par. 89 et les autres références citées.

s'est trouvée confrontée au refus des autorités britanniques de renoncer à poursuivre son mari sur le terrain du droit pénal, dans l'hypothèse où celui-ci viendrait à l'aider à mettre fin à ses jours. Étaient ainsi en cause la question de l'octroi d'une immunité de poursuite pénale en faveur de l'époux de la requérante et, corrélativement, la question de la conformité au droit conventionnel de la législation pénale anglaise sur la prohibition de l'assistance au suicide.

28. Après avoir admis la recevabilité de la requête, la Cour a conclu à l'absence de violation du droit à la vie garanti par l'art. 2 CEDH. Elle a considéré que, si l'art. 2 CEDH protège le droit à la vie et représente une disposition primordiale, sans laquelle la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire, la disposition conventionnelle ne saurait pour autant être interprétée comme conférant un droit diamétralement opposé, c'est-à-dire un droit à mourir, ni conférer un droit à l'autodétermination donnant à tout individu le droit de choisir la mort, plutôt que la vie. Les juges de Strasbourg ont finalement retenu que l'art. 2 CEDH ne garantit pas un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou moyennant l'assistance d'une autorité publique⁶⁰. Ils ont, dans le même sens, considéré que l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants postulée par l'art. 3 CEDH ne faisait en l'occurrence peser aucune obligation sur les autorités anglaises de prendre l'engagement de ne pas poursuivre le mari de la requérante, dans l'hypothèse où celui-ci l'aurait aidée à mettre fin à ses jours, ou encore à créer un cadre légal pour toute autre forme de suicide assisté⁶¹.

C. L'interdiction de la peine de mort

29. L'art. 10 al. 1 seconde phrase Cst. interdit la peine de mort. La peine de mort en temps de paix a été abolie en Suisse en 1942, à l'occasion de l'entrée en vigueur du Code pénal fédéral. Il a toutefois fallu attendre le 1^{er} septembre 1992, suite à la ratification par la Suisse du Protocole additionnel no 6 à la CEDH⁶², ainsi que celle du deuxième Protocole facultatif au Pacte II⁶³, pour que l'abolition de la peine capitale soit généralisée en Suisse, en temps de paix aussi bien qu'en temps de guerre⁶⁴.

30. Tout comme la garantie du droit à la vie, l'interdiction de la peine de mort de l'art. 10 al. 1 seconde phrase Cst. doit s'interpréter dans le sens éventuellement plus favorable que confèrent les instruments internationaux de protection des

⁶⁰ ACEDH *Pretty c. Royaume Uni*, du 29 avril 2002, par. 37 à 42.

⁶¹ ACEDH *Pretty c. Royaume Uni*, du 29 avril 2002, par. 49 à 56.

⁶² RS 0.101.06; voir à ce sujet FJS 1385.

⁶³ RS 0.103.22.

⁶⁴ Le Conseil de l'Europe a adopté le 3 février 2002 le Protocole additionnel no 13 à la CEDH, qui étend l'abolition de la peine de mort au temps de guerre ou de danger imminent de guerre. Le Conseil fédéral a ratifié cet instrument le jour de son ouverture à la signature des Etats, le 3 mai 2002; FF 2002 1559. Le Protocole no 13 CEDH est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

droits de l'homme auxquels la Suisse a adhéré. La disposition revêt dans cette perspective une portée extraterritoriale, en tant que la responsabilité de la Suisse pourrait être engagée dans le cas de la remise d'une personne à des autorités étrangères, alors que le risque que celle-ci encoure une atteinte à son droit à la vie serait établi.

D. L'intégrité physique

31. L'art. 10 al. 2 Cst. protège l'intangibilité du corps humain, en sorte que toute intervention sur ce dernier constitue une restriction de cette liberté, qui doit impérativement respecter les conditions posées par l'art. 36 Cst.

32. Le Tribunal fédéral a été amené à prendre position sur la constitutionnalité des mesures étatiques les plus diverses touchant, de façon parfois mineure, l'intégrité corporelle. Les juges fédéraux ont admis que la liberté personnelle s'accommode de mesures telles que prise de sang⁶⁵, vaccination obligatoire⁶⁶, frottis de la muqueuse jugale⁶⁷, examen radiographique⁶⁸, fouille corporelle⁶⁹, prise de photographies ou d'empreintes digitales⁷⁰, soins dentaires obligatoires⁷¹, autopsie⁷², opération chirurgicale⁷³, adjonction de fluor dans l'eau potable⁷⁴, rasage forcé⁷⁵, extraction de quelques cheveux⁷⁶, administration forcée de médicaments⁷⁷, port obligatoire de la ceinture de sécurité⁷⁸, correction d'un élève par un enseignant dans une école publique⁷⁹, ou encore obligation de se soumettre à une expertise psychiatrique dans un hôpital⁸⁰.

33. Le droit au respect de l'intégrité physique confère en particulier aux patients qui se trouvent dans les hôpitaux publics le droit d'être informés et de décider librement des interventions médicales qui leur sont proposées. En tant que toute

⁶⁵ ATF 89 I 92, 98 Kind X; 91 I 31, 34 Gris; 112 Ia 248 S.; 124 I 80, 81 X.; 128 II 259, 268 Z.

⁶⁶ ATF 99 Ia 749 Etienne.

⁶⁷ ATF 128 II 259, 269 Z.

⁶⁸ ATF 104 Ia 486 Meylan.

⁶⁹ Praxis 2003, p. 107, 108 A., et les références citées.

⁷⁰ ATF 107 Ia 138, 145 P.; 109 Ia 146 Comité contre la loi sur la police; 113 Ia 1, 6 M.; 120 Ia 147, 150 B.

⁷¹ ATF 118 Ia 427 C., B. und Ehepaar R.

⁷² ATF 111 Ia 231 Rolf Himmelberger.

⁷³ ATF 114 Ia 350, 357 X.

⁷⁴ ZBl. 1991, p. 25 Ehepaar J.

⁷⁵ ATF 112 Ia 161 X.

⁷⁶ EuGRZ 1996, p. 470 M.

⁷⁷ ATF 126 I 112, 115 S.; ZBl. 1993, p. 504 M.

⁷⁸ Arrêt Bridy, du 5 octobre 1977, en relation avec l'arrêt Favre, ATF 103 IV 192.

⁷⁹ ATF 117 IV 14 R.

⁸⁰ ATF 124 I 40 X.

opération implique une atteinte à la liberté personnelle, seul le consentement libre et éclairé du patient est de nature à justifier celle-ci⁸¹. L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle⁸². L'art. 7 Pacte II interdit pour sa part de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique⁸³.

34. La transplantation d'organes représente une atteinte grave à l'intégrité physique. Cette mesure doit par conséquent être prévue par une base légale formelle, claire et précise, conformément à l'art. 36 al. 1 Cst. Seul un consentement libre et éclairé est, d'un point de vue constitutionnel, à même de légitimer pareille mesure. Le Tribunal fédéral a toutefois confirmé la constitutionnalité du système du consentement présumé, qui suppose que la personne qui désire s'opposer à des prélèvements sur sa dépouille doit, elle ou à défaut ses proches, faire connaître son intention en ce sens. L'admissibilité de ce système suppose en contrepartie qu'une information adéquate de la population soit mise en œuvre par les pouvoirs publics⁸⁴.

E. L'intégrité psychique

35. La protection de l'intégrité psychique est une facette de la liberté personnelle qui est explicitement appréhendée par l'art. 10 al. 2 Cst. Le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt de principe rendu en 1964, que la liberté personnelle protège l'être humain contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque, à restreindre ou à supprimer la faculté qui lui est propre d'apprécier une situation donnée et de se déterminer en fonction de cette appréciation⁸⁵.

36. La protection de l'intégrité psychique a reçu une interprétation large de la part du Tribunal fédéral au début des années 1970. Les juges fédéraux ont précisé que cette facette de la liberté personnelle était invocable en vue d'assurer la protection de la personnalité et de la dignité humaines lorsque, par hypothèse, aucun autre droit constitutionnel écrit ou non écrit n'entraîne en considération⁸⁶. Ils ont également relevé que la liberté personnelle protège le particulier dans sa liberté de décision quant à son mode de vie, spécialement sa liberté d'organiser ses loisirs, de nouer des relations avec d'autres personnes et de se procurer des informations sur ce qui se passe autour de lui⁸⁷. Destinée à assurer le respect de

⁸¹ ATF 114 Ia 350, 358 X., et les références citées.

⁸² Voir déjà ATF 108 II 59, 62 Dame X.

⁸³ FF 2002 314.

⁸⁴ ATF 123 I 112 Rolf Himmelberger.

⁸⁵ ATF 90 I 29, 36 X.; l'affaire concernait un automobiliste qui, pris de boisson, avait provoqué un accident ayant entraîné la mort de six personnes. Afin d'étudier le rôle joué par l'alcool, des experts mirent l'intéressé en état d'ivresse en lui faisant absorber, outre un repas substantiel, les quantités d'alcool qu'il avait, d'après les témoignages recueillis, bues le jour de l'accident.

⁸⁶ ATF 97 I 45, 50 X.

⁸⁷ ATF 97 I 839, 842 Müller-Gilliers.

la dignité humaine, la liberté personnelle est ainsi apparue comme la source de la protection générale des droits fondamentaux qui conditionnent de manière décisive le contenu et l'étendue des autres libertés garanties par la Constitution⁸⁸.

37. Cette conception aussi audacieuse qu'étendue a rapidement été relativisée, à travers une redéfinition du champ d'application matériel de la liberté personnelle⁸⁹. Dès 1975, le Tribunal fédéral a refusé de voir dans cette garantie une sorte de droit fourre-tout, une liberté générale ("*Auffanggrundrecht*"), appelée à devenir dépositaire de n'importe quel type de comportement non couvert par d'autres droits fondamentaux. Les juges fédéraux ont souligné que la garantie de l'intégrité psychique n'englobe pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de la personne humaine, aussi insignifiante fût-elle. Cet aspect de la liberté personnelle se contente de recouvrir les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine⁹⁰.

38. La composante psychique de la liberté personnelle se révèle ainsi subsidiaire par rapport à d'autres garanties comme la liberté religieuse⁹¹, le droit à un enseignement de base suffisant, ou encore la liberté économique⁹². En font contre partie des facultés telles que le droit de choisir son mode de vie, celui d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui⁹³, l'exercice des droits civils, dont le droit d'ester en justice⁹⁴, le droit au nom⁹⁵, le droit à la dignité et à l'honneur⁹⁶, le droit au libre choix du médecin en cas d'avortement⁹⁷, le consentement éclairé du patient⁹⁸, le désir d'avoir des enfants⁹⁹ ou celui de connaître son ascendance¹⁰⁰, ce dernier droit découlant par ailleurs également de l'art. 119 al. 2 let. g Cst.¹⁰¹

⁸⁸ ATF 100 Ia 189, 193 Feuz.

⁸⁹ FF 1997 I 150.

⁹⁰ ATF 101 Ia 336, 346 *Verband der Schweizerischen Automatenbranche*; voir également ATF 113 Ia 257, 262 P.; ZBl. 1991, p. 25, 26 *Ehepaar J.*; 123 I 221, 226 *Demokratische JuristInnen der Schweiz*; 124 I 85, 86 *Polizeibeamtenverband Basel-Stadt*.

⁹¹ ATF 123 I 296, 301 X.

⁹² ATF 117 Ia 27, 31 S.

⁹³ ATF 103 Ia 293, 295 *Bonzi*.

⁹⁴ ATF 124 I 336, 338 *Michailov*.

⁹⁵ ATF 117 Ia 107, 115 *Monika Coste-Brandenberg*.

⁹⁶ ATF 107 Ia 52, 57 Z.

⁹⁷ ATF 101 Ia 575, 577 S.; 114 Ia 452, 458 *Schweizerische Vereinigung für Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruches*.

⁹⁸ ATF 114 Ia 350, 359 X.

⁹⁹ ATF 115 Ia 234, 247 K.; 119 Ia 460, 475 L.

¹⁰⁰ ATF 128 I 63, 68 A. A.; SJ 2000 I 489, 491 X.; 115 Ia 234, 255 K.

¹⁰¹ Cp. ACEDH *Odièvre c. France*, du 13 février 2003: le refus des autorités françaises de transmettre à une personne adoptée durant sa prime jeunesse des renseignements au sujet de l'identité de sa mère biologique, en raison du système juridique dit de "l'accouchement sous X" (ou accouchement anonyme), ne contrevient pas au droit au respect de la vie privée prévu par à l'art. 8 CEDH.

39. N'ont en revanche pas accédé au rang de manifestation élémentaire de la personnalité humaine le droit d'installer des appareils de jeu avec mise d'argent dans des établissements publics¹⁰², le droit de détenir un nombre non négligeable d'animaux dans un immeuble d'habitation¹⁰³, le droit de naviguer inconditionnellement sur un lac¹⁰⁴, ou encore le droit de détenir une arme¹⁰⁵.

F. La liberté de mouvement

40. La liberté de mouvement, également appelée liberté d'aller et de venir, représente l'une des facettes parmi les plus anciennes et les plus classiques de la liberté personnelle. Elle s'est développée historiquement dans le souci d'assurer à l'individu une protection minimale contre les arrestations et les détentions arbitraires, dans une triple perspective: énumérer, d'abord, les cas admissibles de privation de la liberté de mouvement; énoncer, ensuite, un certain nombre de garanties de procédure invocables en cas de privation de liberté; assurer, enfin, la réparation du préjudice subi, dans l'hypothèse d'une détention contraire au droit.

41. Les éléments qui composent cette structure ont été repris tant par l'art. 5 CEDH que par l'art. 9 Pacte II¹⁰⁶. Les deux dispositions énoncent le régime des privations de liberté qui sont autorisées. Elles déroulent toutes deux un tapis d'exigences destinées à assurer la régularité et la proportionnalité des divers cas de privation de liberté qu'elles prévoient. Elles posent également le principe d'une réparation dans l'hypothèse d'une arrestation ou d'une détention contraire aux règles qu'elles instituent¹⁰⁷. Le constituant suisse a suivi une voie différente, à deux égards. Alors que l'art. 10 al. 2 Cst. énonce la liberté de mouvement de façon générale, les garanties de procédure applicables en cas de privation de liberté figurent à l'art. 31 Cst. Ni l'art. 10, ni l'art. 31 Cst. n'énoncent par ailleurs le droit d'être indemnisé en cas de privation de la liberté de mouvement contraire au droit.

42. L'art. 31 al. 1 Cst. proclame, à l'image des art. 5 par. 1 CEDH et 9 par. 1 Pacte II, que nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes que celle-ci prescrit. Les mesures privatives de libertés ne s'avèrent ainsi conformes à la liberté de mouvement qu'à la condition de respecter le principe de la légalité. Comme les mesures de ce genre représentent autant de restrictions graves à la liberté personnelle, elles ne peuvent résulter que d'une loi au sens formel, soit d'un acte normatif émanant au moins du législateur ordinaire, à l'exclusion d'un acte de rang réglementaire, conformément à l'art. 36 al. 1 Cst.

¹⁰² ATF 101 Ia 336 Verband der Schweizerischen Automatenbranche; 120 Ia 126, 145 Verband der Unterhaltungsautomaten-Branche.

¹⁰³ ZBL 1978, p. 34 Eheleute R.

¹⁰⁴ ATF 108 Ia 59, 61 Schweizerische Vereinigung für den Wassersport.

¹⁰⁵ ATF 118 Ia 305, 315 X.; 114 Ia 286, 290 Alain Fracheboud; 103 Ia 169, 171 Petitpierre.

¹⁰⁶ Sur l'art. 5 CEDH, voir FJS 1373.

¹⁰⁷ ATF 129 I 139, 141 X; 125 I 394, 398 M., et les références citées.

43. En dépit de son apparente simplicité, la notion de privation de liberté pose des problèmes d'interprétation délicats. La privation de liberté se distingue en effet d'autres restrictions à la liberté personnelle, à l'instar des limitations susceptibles d'affecter la liberté de circulation visée par l'art. 12 par. 1 Pacte II¹⁰⁸, ainsi que par l'art. 2 par. 1 du Protocole additionnel no 4 CEDH, du 16 septembre 1963¹⁰⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé que, pour déterminer si un individu se trouve privé de sa liberté au sens de l'art 5 par. 1 CEDH, il faut considérer sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères, comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure en cause. Entre privation et restriction de la liberté de mouvement, il n'existe, dans cette perspective, qu'une différence de degré ou d'intensité, et non de nature ou d'essence¹¹⁰.

44. La Cour a, sur la base des critères qui précèdent, jugé que le placement d'une personne âgée dans un foyer médicalisé parce que les conditions de vie et d'hygiène disponibles à son domicile, de même que le traitement médical qui lui était applicable, étaient insuffisants, ne constituait pas une privation de liberté. En l'espèce, l'intéressée ne se trouvait pas dans un pavillon fermé du foyer. Elle bénéficiait en outre de toute sa liberté de mouvement et était en mesure d'entretenir des relations sociales avec le monde extérieur. Non seulement elle se rendait à peine compte des effets de son séjour, mais elle avait de surcroît consenti à rester dans le foyer en question. La Cour a estimé en conséquence que les garanties de procédure prévues par l'art. 5 CEDH ne trouvaient pas à s'appliquer¹¹¹. Dans une autre affaire, les juges de Strasbourg ont par contre considéré que le maintien de requérants d'asile dans la zone de transit d'un aéroport pendant vingt jours, sous une surveillance policière stricte et constante, sans que ceux-ci puissent bénéficier ni d'une assistance juridique ou sociale, ni d'un contrôle judiciaire, constituait une privation de liberté. La possibilité théorique que les personnes concernées quittent volontairement le pays où elles entendaient se réfugier était par ailleurs insuffisante à exclure, en tant que telle, l'application de l'art. 5 CEDH¹¹². De même, l'assignation à résidence d'une personne sur une petite île où ne se trouvent, à l'exception de policiers, pratiquement que d'autres individus assujettis à la même mesure de surveillance, et où l'intéressé se trouve privé de contacts sociaux, constitue une mesure privative de liberté justifiant l'application de l'art. 5 CEDH¹¹³.

¹⁰⁸ L'art. 12 par. 1 Pacte II a la teneur suivante: "Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence."

¹⁰⁹ La Suisse n'a pas ratifié le Protocole additionnel no 4 CEDH.

¹¹⁰ ACEDH *Ashingdane c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, série A no 93, p. 19, par. 41.

¹¹¹ ACEDH *H. M. c. Suisse*, du 26 février 2002, par. 29ss.

¹¹² ACEDH *Amuur c. France*, du 25 juin 1996, Rec. 1996-III, p. 848, par. 42. Voir également ATF 123 II 193 D., où le Tribunal fédéral juge que la rétention d'étrangers dans la zone d'attente d'un aéroport pendant plusieurs jours représente en principe une mesure privative de liberté.

¹¹³ ACEDH *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, série A no 39, p. 34, par. 95.

45. Conformément à la jurisprudence de la Cour, les mesures privatives de liberté doivent respecter la condition de la régularité. Cette exigence suppose que l'arrestation ou la détention doit intervenir d'une manière conforme non seulement au droit interne, mais également au but des motifs de privation de liberté qu'énonce l'art. 5 par. 1 CEDH, dans le souci de protéger l'individu contre l'arbitraire. Les motifs de détention que prévoit l'art. 5 par. 1 CEDH présentent au reste un caractère exhaustif et doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive. Les autorités nationales sont liées par ces motifs de rang conventionnel, sans disposer d'une marge d'appréciation en ce domaine. La protection de la liberté de mouvement qu'institue l'art. 10 al. 2 Cst., lue en relation avec l'art. 31 Cst., doit déployer ses effets dans le strict respect de ce cadre minimal.

46. Assez étonnamment, le constituant fédéral n'a consacré aucune garantie compensatoire en cas d'arrestation ou de détention contraire au droit. L'art. 31 Cst. n'évoque nullement cette éventualité, qui paraît être passée singulièrement inaperçue lors des travaux préparatoires qui ont conduit à l'adoption de la disposition¹¹⁴. S'agissant de cette facette, pourtant incontournable, de la liberté de mouvement, ce sont par conséquent les art. 5 par. 5 CEDH et 9 par. 5 Pacte II, qui trouvent application. Les art. 3 du Protocole additionnel no 7 à la CEDH, du 22 novembre 1984¹¹⁵ et 14 par. 6 Pacte II peuvent également entrer en ligne de compte dans l'hypothèse d'une peine subie à la suite d'une condamnation entachée d'une erreur judiciaire.

47. Deux cas de figure peuvent se présenter dans l'hypothèse de la mise en œuvre de la clause de réparation prévue par les art. 5 par. 5 CEDH et 9 par. 5 Pacte II. La violation de la liberté de mouvement peut d'abord résulter, sur le plan matériel, de l'inobservation de l'un des motifs autorisant une privation de liberté au sens des art. 5 par. 1 CEDH et 9 par. 1 Pacte II. Dans cette éventualité, la violation de la liberté personnelle découle de l'absence de cause valable autorisant une privation de liberté. La clause compensatoire des art. 5 par. 5 CEDH et 9 par. 5 Pacte II peut aussi entrer en ligne de compte dans l'hypothèse du non-respect de l'une des garanties de procédure mentionnées aux art. 5 par. 2 à 4 CEDH et 9 par. 2 à 4 Pacte II. Dans ce cas-là, même dûment justifiée sur le plan matériel, la privation de liberté peut s'avérer inadmissible, en tant que le justiciable n'a pas été en mesure de se prévaloir des garanties formelles qu'aménagent les deux dispositions précitées.

48. La portée de la réparation qu'offre le droit international des droits de l'homme en cas de violation du droit à la liberté et à la sûreté est limitée. En effet, ni l'art. 5 par. 5 CEDH, ni l'art. 9 par. 5 Pacte II ne mentionnent le principe d'une réparation dans l'hypothèse d'une privation de liberté qui, sans être illicite,

¹¹⁴ Voir FF 1997 I 186, où le Conseil fédéral affirme pourtant que la disposition projetée "rassemble toutes les garanties de procédure dont dispose une personne privée de liberté".

¹¹⁵ RS 0.101.07; ci-après: PA 7. Sur cet instrument, voir FJS 1386 et 1387.

n'est qu'injustifiée. Ainsi conçu, le champ opératoire des deux normes internationales ne couvre que les cas d'arrestation ou de détention qui sont contraires au droit. Les art. 3 PA 7 et 14 par. 6 Pacte II complètent cette protection par la garantie d'une indemnisation en cas de peine subie à la suite d'une condamnation entachée d'erreur judiciaire¹¹⁶. L'hypothèse d'une réparation en cas de détention non pas contraire au droit, mais "simplement" injustifiée, n'est en revanche appréhendée ni par la Convention, ni par le Pacte II. Il en va ainsi de l'accusé qui, placé de manière régulière en détention provisoire, voit par exemple la procédure dirigée contre lui se solder par une décision de non-lieu ou d'acquiescement. Au prix d'une argumentation sommaire et peu convaincante, le Tribunal fédéral a déclaré qu'il en va de même en ce qui concerne la liberté personnelle garantie par la Constitution suisse¹¹⁷. Ce genre de réparation peut toutefois être prévu par le droit ordinaire, soit par les règles relevant de la procédure pénale, de rang fédéral ou cantonal¹¹⁸.

G. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

49. L'art. 10 al. 3 Cst. proscriit la torture, ainsi que les peines et les traitements cruels, inhumains ou dégradants. La protection qu'institue cette disposition s'inscrit dans le sillage des autres facettes de la liberté personnelle, telles qu'énoncées par ses deux premiers alinéas. La torture, tout comme les peines ou traitements inhumains, cruels ou dégradants, représentent en effet des atteintes qualifiées, particulièrement choquantes et inadmissibles, au droit à la vie, ainsi qu'à l'intégrité physique et psychique, telles qu'elles découlent de la liberté personnelle. L'atteinte à la dignité humaine au sens de l'art. 7 Cst. qu'induisent les mesures de ce genre justifie que leur interdiction soit érigée en une norme autonome, que l'on peut également ranger sous la notion de noyau intangible de la liberté personnelle au sens de l'art. 36 al. 4 Cst.¹¹⁹

50. Lu en relation avec l'art. 3 CEDH, le champ d'application de l'art. 10 al. 3 Cst. se singularise par son caractère absolu. La jurisprudence internationale fournit à cet égard d'utiles éclaircissements quant à la notion de torture et de peines ou traitements inhumains ou dégradants. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'interdiction de ce type d'agissements représente l'une

¹¹⁶ SJ 1998, p. 333 A.

¹¹⁷ ATF 1P.437/2001, du 16 octobre 2001, dans la cause D., RSDIE 2002, p. 426, et les références citées: "Selon une jurisprudence constante, ni le droit constitutionnel fédéral, ni le droit conventionnel n'exigent de l'Etat qu'il indemnise les particuliers victimes d'une incarcération en soi licite, mais qui se révèle par la suite injustifiée. Il en va a fortiori de même s'agissant des autres préjudices subis en relation avec la procédure pénale close par un non-lieu ou un acquiescement et, en particulier, des frais de défense. Il est en revanche loisible aux cantons d'instituer une telle garantie, dont le Tribunal fédéral examine alors la portée sous l'angle de l'arbitraire lorsqu'elle est contenue dans une norme de rang inférieur à la Constitution". Voir également SJ 2001 I 118 B.

¹¹⁸ SJ 1998, p. 333, 338 A.

¹¹⁹ FF 1997 I 141.

des valeurs fondamentales qui sont propres aux sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, comme la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention de 1950 prohibe en des termes catégoriques ce genre de peines ou de traitements, quelle que soit la gravité des faits en cause.

51. Le caractère absolu de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants s'intègre dans une double perspective. D'une part, aucune espèce de restriction ou de limitation, quelle que soit leur nature ou le mobile qui les anime, ne saurait affecter l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Les conditions de restriction prévues à l'art. 36 Cst. sont en conséquence inapplicables à l'art. 10 al. 3 Cst. D'autre part, les garanties de l'art. 10 al. 3 Cst., lues à la lumière de l'art. 3 CEDH, font partie du cercle réduit des droits individuels garantis par le droit international des droits de l'homme auquel il est en toute circonstance interdit de déroger, même en cas de guerre ou de danger imminent de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie d'une nation au sens des art. 15 par. 2 CEDH et 4 par. 2 Pacte II¹²⁰.

52. L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants est fréquemment invoquée dans le domaine des conditions qui entourent la détention de personnes accusées d'avoir commis des infractions pénales. Toute personne privée de liberté dispose, par le biais de l'art. 3 CEDH, d'un droit à bénéficier de conditions de détention conformes à la dignité humaine¹²¹. Les autorités assument, à l'intérieur de ce cadre, l'obligation de protéger la santé des personnes privées de liberté¹²². La Cour exige toutefois que les traitements en cause atteignent un minimum de gravité pour que la garantie de l'art. 3 CEDH trouve à s'appliquer. L'appréciation de ce minimum de gravité présente un caractère nécessairement relatif. Elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la personne concernée¹²³.

53. La Cour a par exemple jugé que des conditions de détention mettant en cause un lit trop petit, des couvertures pas assez chaudes, un manque de lumière, de lecture, de nourriture équilibrée ou encore l'absence de traitement médical spécialisé, n'atteignaient pas le niveau de gravité requis par l'art. 3 CEDH¹²⁴. Elle a par contre conclu à la violation de cette disposition à propos de la détention d'une personne placée sous écrou extraditionnel dans une cellule sale et

¹²⁰ ACEDH Algür c. Turquie, du 22 octobre 2002, par. 36 et les références citées.

¹²¹ ACEDH Kudla c. Pologne, du 26 octobre 2000, Rec. 2000-XI, p. 274, par. 94.

¹²² ACEDH Keenan c. Royaume-Uni, du 3 avril 2001, Rec. 2001-III, p. 194, par. 111 et les autres références citées.

¹²³ ACEDH Dougoz c. Grèce, du 6 mars 2001, Rec. 2001-II, p. 286, par. 44; ACEDH Irlande c. Royaume-Uni, du 18 janvier 1978, série A no 25, p. 65, par. 162.

¹²⁴ Req. no 36833/97, décision du 15 novembre 2001 dans la cause H. G. c. Suisse, JAAC 66/IV (2002), no 108.

surpeuplée, dans des conditions d'hygiène et de couchage médiocres¹²⁵. En fonction des circonstances, la Cour n'exclut d'ailleurs pas que les traitements en cause puissent relever de la notion de torture¹²⁶.

54. Tout comme le respect du droit à la vie et l'interdiction de la peine de mort, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants déploie une portée extraterritoriale. Cette particularité signifie que la responsabilité d'un Etat partie à la CEDH peut être engagée dans l'hypothèse de la remise d'une personne à des autorités étrangères, alors même qu'il est établi, de manière sérieuse et avérée, que l'intéressé risque d'y encourir des mesures de torture, ou des traitements inhumains ou dégradants¹²⁷. En pareil cas, l'art. 3 CEDH implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce type de pays, quelque répréhensible qu'ait pu être la conduite de l'intéressé¹²⁸. Pour déterminer s'il y a des motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel de traitement incompatible avec l'art. 3 CEDH, la Cour s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office¹²⁹. L'art. 25 al. 3 Cst. codifie ces principes, en précisant que nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels ou inhumains¹³⁰.

55. La Cour a développé une jurisprudence originale sur la portée extraterritoriale de l'art. 3 CEDH, en condamnant par exemple l'extradition aux autorités américaines d'un ressortissant allemand, qui risquait d'être placé dans le quartier cellulaire des condamnés à mort. Les juges de Strasbourg ont considéré que le syndrome du couloir de la mort ("*death row phenomenon*"), qui voit des détenus être parqués dans des cellules spéciales durant de longues périodes, sans savoir à quel moment elles risquaient d'être exécutées, constitue un traitement contraire à l'art. 3 CEDH¹³¹.

56. La Cour a également admis que l'art. 3 CEDH peut trouver matière à s'appliquer lorsque le risque de violation de cette garantie découle non pas d'actes intentionnels des pouvoirs publics, mais aussi d'organismes indépendants de l'Etat¹³². Compte tenu de l'importance fondamentale que revêt l'art. 3 CEDH

¹²⁵ ACEDH Dougoz c. Grèce, du 6 mars 2001, Rec. 2001-II, p. 287, par. 46; voir également ACEDH Peers c. Grèce, du 19 avril 2001, Rec. 2001-III, p. 327, par. 67ss.

¹²⁶ ACEDH Selmouni c. France, du 28 juillet 1999, Rec. 1999-V, p. 237, par. 105.

¹²⁷ ATF 129 II 100, 104 X.

¹²⁸ ACEDH Bensaid c. Royaume-Uni, du 6 février 2001, Rec. 2001-I, p. 341, par. 32.

¹²⁹ ACEDH Hilal c. Royaume-Uni, du 6 mars 2001, Rec. 2001-II, p. 342, par. 59 et 60 et les autres références citées.

¹³⁰ FF 1997 I 173.

¹³¹ ACEDH Soering c. Royaume-Uni, du 7 juillet 1989, série A no 161. Voir également req. no 44190/98, Nivette c. France, décision du 3 juillet 2001: les assurances fournies par un procureur américain sont de nature à écarter le risque d'une condamnation à la peine capitale ou à un emprisonnement à vie ou incompressible du requérant.

¹³² ACEDH Bensaid c. Royaume-Uni, du 6 février 2001, Rec. 2001-I, p. 342, par. 34.

dans une société démocratique, les juges de Strasbourg se sont aussi réservé une souplesse suffisante pour connaître de cas où les risques de traitements interdits proviennent de facteurs qui ne peuvent engager, directement ou non, la responsabilité des autorités ou qui, pris isolément, n'enfreignent pas par eux-mêmes les principes contenus dans la norme conventionnelle. Restreindre le champ d'application de l'art. 3 CEDH reviendrait en effet, selon la Cour, à en atténuer le caractère absolu¹³³.

57. Dans le même sens, la responsabilité d'un Etat partie à la Convention peut être engagée sur le terrain de l'art. 3 CEDH si les peines ou traitements prohibés sont administrés non pas par des organes ou des agents de l'Etat, mais par des particuliers, qui ne relèvent pas de la fonction publique¹³⁴. Lue en relation avec l'art. 1 CEDH, selon lequel toute personne placée sous la juridiction d'un Etat partie bénéficie des droits et libertés garantis par la Convention, cette disposition tend à assurer une protection efficace, en particulier à l'égard des enfants et d'autres personnes vulnérables. Cette approche libérale du champ d'application personnel de la disposition conventionnelle peut être reprise, sans autre, à propos de l'art. 10 al. 3 Cst. En effet, l'art. 35 al. 3 Cst. fait obligation aux autorités de veiller à ce que les droits fondamentaux soient aussi réalisés, dans la mesure où ils s'y prêtent, dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

58. Le Comité institué par la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984¹³⁵, a lui aussi développé une jurisprudence originale, qui souligne la portée extraterritoriale de l'interdiction de la torture. L'art. 3 par. 1 de cet instrument relève d'ailleurs expressément qu'aucun Etat partie n'expulsera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. La mise en œuvre de cette disposition suppose toutefois que les motifs qui s'opposent à l'expulsion ou à l'extradition soient concrètement démontrés¹³⁶.

¹³³ ACEDH *Bensaid c. Royaume-Uni*, du 6 février 2001, Rec. 2001-I, p. 342, par. 34. La Cour relève cependant que, dans ce type de contexte, elle doit soumettre à un examen rigoureux l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment la situation personnelle qu'occupe le requérant au sein de l'Etat qui expulse.

¹³⁴ ACEDH *Z. et autres c. Royaume-Uni*, du 10 mai 2001, par. 73 (mauvais traitements et négligences de parents à l'égard de leurs enfants); *A. c. Royaume-Uni*, du 23 septembre 1998, Rec. 1998-VI, p. 2699, par. 22 (enfant battu par son beau-père); *H. L. R. c. France*, du 29 avril 1997, Rec. 1997-III, p. 758, par. 40 (extradition vers la Colombie d'un trafiquant de drogue courant le risque d'y être exécuté par ses commanditaires, membres d'organisations criminelles). Voir également, dans le même sens, ACEDH *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, du 25 mars 1993, série A no 247-C, p. 58, par. 27, où la Cour relève qu'un Etat ne saurait se soustraire aux responsabilités qu'il assume en vertu de la CEDH en déléguant ses obligations à des organismes privés ou à des particuliers (en l'espèce, régime disciplinaire à l'intérieur d'une école privée).

¹³⁵ RS 0.105.

¹³⁶ Constatations du Comité contre la torture, du 13 novembre 2001, relatives à la communication no 156/2000, M. S. c. Suisse, JAAC 66/IV (2002), no 125.

V. RESTRICTIONS

59. Les restrictions qui sont opposables à la liberté personnelle relèvent du régime général de l'art. 36 Cst. Conformément à cette disposition, qui codifie les principes dégagés au cours d'une jurisprudence séculaire, toute restriction aux libertés individuelles doit reposer sur une base légale, être justifiée par un intérêt public prépondérant ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et respecter le principe de la proportionnalité. En outre, la liberté en cause ne doit pas être vidée de sa substance¹³⁷.

A. Base légale

60. Les restrictions aux libertés individuelles qui sont dépourvues de base légale sont fondamentalement contraires à la Constitution. En application de l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction à la liberté personnelle doit par conséquent trouver son assise dans une loi, c'est-à-dire reposer sur une règle de droit générale et abstraite, valablement adoptée¹³⁸.

61. Le respect du principe de la légalité ne s'épuise pas dans la seule exigence d'une loi valablement adoptée par l'autorité compétente. Il faut, de surcroît, que la clause qui fonde la restriction soit assez précise, c'est-à-dire qu'elle possède une densité normative suffisante pour limiter la liberté personnelle. Le justiciable doit ainsi être en mesure d'adapter son comportement sur la base des prescriptions, énoncées de façon aussi claire que possible, qui figurent dans la norme¹³⁹.

62. Lorsque la restriction est grave, elle doit se fonder sur une norme explicite prévue dans une loi au sens formel, c'est-à-dire dans un acte normatif qui émane du législateur ordinaire, comme le prévoit l'art. 36 al. 1 Cst. La notion de gravité s'apprécie en fonction de critères objectifs, et non pas en fonction du sentiment éprouvé par la personne qui la subit¹⁴⁰.

63. Le Tribunal fédéral a précisé que les mesures privatives de liberté doivent trouver leur fondement normatif dans une loi au sens formel¹⁴¹. Traduite en termes de procédure, la règle signifie qu'en cas de restriction grave à la liberté personnelle prévue par le droit cantonal, le Tribunal fédéral juge, sur recours de droit public, avec un pouvoir d'examen entier la question de savoir si la législation

¹³⁷ ATF 128 II 259, 269 Z.; 128 I 184, 186 X., et les autres références citées; FF 1997 I 195.

¹³⁸ Voir un curieux arrêt S., ATF 126 I 112, 116, dans lequel le Tribunal fédéral, tout en soulignant l'importance que revêt le principe de la légalité dans le domaine des restrictions à la liberté personnelle, admet la constitutionnalité de mesures de médication obligatoire en l'absence de toute base légale, compte tenu des caractéristiques propres au cas d'espèce.

¹³⁹ ATF 128 I 327, 339 Botta; 124 I 40, 42 X., et les autres références citées.

¹⁴⁰ ATF 128 II 259, 269 Z.; 124 I 80, 81 X.

¹⁴¹ ATF 123 IV 29, 37 X., et les références citées.

cantonale offre une base légale suffisante¹⁴². Dans les autres cas, le regard que portent les juges fédéraux sur le droit cantonal se limite au seul examen de l'arbitraire. Les restrictions légères peuvent quant à elles trouver leur source dans une base légale matérielle, soit dans un acte normatif qui n'émane pas du législateur ordinaire, mais d'un organe qui s'est vu confier par celui-ci le pouvoir de légiférer¹⁴³.

64. Les restrictions à la liberté personnelle figurent souvent dans des lois matérielles de rang cantonal, à savoir dans des règlements émanant du pouvoir exécutif. La jurisprudence considère les actes de ce genre comme suffisants au regard du principe de la légalité, à condition de reposer sur une délégation législative valable, ou encore sur une compétence qui figure directement dans la constitution¹⁴⁴. La délégation législative est admissible, à condition de ne pas être exclue par la constitution cantonale, d'être prévue par un acte ayant formellement qualité de loi et, enfin, de porter sur un objet suffisamment délimité. Le législateur doit en outre fixer lui-même les principes de la réglementation à adopter, dans la mesure où celle-ci influence de façon importante la situation juridique des particuliers¹⁴⁵.

65. Dans le domaine de la liberté de mouvement, l'art. 31 al. 1 Cst. dispose que nul ne peut être privé de liberté, si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes que celle-ci prescrit. Cette disposition se fonde sur la clause analogue qui figure aux art. 5 par. 1 CEDH et 9 par. 1 Pacte II. À teneur de l'art. 31 al. 1 Cst., la privation de liberté n'est envisageable qu'à la double condition d'être prévue par la loi et de respecter les formes légales. En raison de la gravité de la restriction à la liberté personnelle qu'impose la privation de liberté, seule une loi formelle est de nature à justifier cette mesure, conformément à l'art. 36 al. 1 deuxième phrase Cst. L'art. 31 al. 1 Cst. opère pour le surplus un renvoi au droit, de rang fédéral ou cantonal, dont l'inobservation présente ainsi la caractéristique de constituer simultanément une violation de la Constitution¹⁴⁶.

66. L'art. 36 al. 1 Cst. réserve le recours éventuel à la clause générale de police. Cette habilitation constitutionnelle permet d'apporter des restrictions particulières aux libertés individuelles en cas de danger grave, direct et imminent pour l'ordre public¹⁴⁷. Le recours à la clause générale de police doit en tout état

¹⁴² ATF 128 II 259, 269 Z.; 128 I 184, 186 X.; 126 I 112, 116 S.; 122 I 360, 363 B.; voir également ATF 118 Ia 305, 310 X.: "Schwere Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen bedürfen in den wesentlichen Punkten einer klaren, unzweideutigen Grundlage in einem formellen Gesetz; je nach Intensität der Beeinträchtigung prüft das Bundesgericht das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht mit unterschiedlicher Kognition."

¹⁴³ FF 1997 I 197.

¹⁴⁴ ATF 115 Ia 277, 290 B.; 111 Ia 231, 235 Rolf Himmelberger.

¹⁴⁵ ATF 128 I 327, 337 Botta; 128 I 113, 122 Verein des Bündner Staatspersonals; 118 Ia 305, 310 X.

¹⁴⁶ FF 1997 I 187.

¹⁴⁷ FF 1997 I 198.

demeurer exceptionnel, et réservé aux seuls cas qui sont véritablement imprévisibles: la clause générale de police ne saurait en d'autres termes entrer en ligne de compte lorsque le législateur, conscient d'un problème, a délibérément renoncé ou trop tardé à lui apporter une solution normative¹⁴⁸. Pour le surplus, les autres conditions de restriction énoncées par l'art. 36 Cst. doivent, en tout état, être respectées.

B. Intérêt public

67. À l'instar des autres libertés, la liberté personnelle peut subir les restrictions que commande le respect de l'ordre public, soit les mesures nécessaires à assurer la protection de la sécurité, de la tranquillité, de la santé ou de la moralité publiques.

68. La sécurité publique permet d'ordonner l'arrestation et la détention d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction. Le maintien du prévenu en détention peut être justifié par l'intérêt public lié aux besoins de l'instruction en cours, par exemple lorsqu'il est à craindre que l'intéressé ne mette sa liberté à profit pour faire disparaître ou altérer des preuves, ou qu'il prenne contact avec des témoins ou d'autres prévenus pour tenter d'influencer leurs déclarations¹⁴⁹. Le respect de la sécurité et de la tranquillité publiques peut justifier que des mesures de contrôle, ou même d'interdiction, affectant la liberté personnelle ou d'autres libertés, soient adoptées à l'occasion de manifestations sur le domaine public¹⁵⁰. La promotion et le maintien de la santé publique peuvent imposer des mesures telles que des soins dentaires obligatoires à l'égard des enfants¹⁵¹ ou, plus généralement, justifier l'adjonction de fluor dans l'eau potable, dans un souci de prophylaxie dentaire¹⁵². La santé publique peut également légitimer la soumission à un service obligatoire du personnel médical d'un canton en cas de catastrophe, dès lors que la collaboration de volontaires serait, en pareilles circonstances, insuffisante pour couvrir les besoins en personnel médical¹⁵³.

69. Outre la protection des valeurs de police traditionnelles, la question peut se poser de savoir si d'autres motifs d'intérêt public peuvent autoriser des restrictions à la liberté personnelle au sens de l'art. 36 al. 2 Cst. La jurisprudence ne l'exclut pas expressément, sans préciser toutefois la nature de ces motifs, mais en soulignant que ces intérêts peuvent varier en fonction de l'échelle des valeurs éthiques et de l'évolution des conditions sociales¹⁵⁴. L'existence d'un motif d'intérêt public doit en

¹⁴⁸ ATF 126 I 112, 118 S.; 121 I 22, 28 Anouk Hasler; 111 Ia 246, 247 Parti socialiste vaudois.

¹⁴⁹ ATF 128 I 149, 151 X.

¹⁵⁰ ATF 128 I 327, 335 et 342 Botta.

¹⁵¹ ATF 118 Ia 427, 434 C., B. und Ehepaar R.

¹⁵² ZBl. 1991, p. 25, 30 Ehepaar J.

¹⁵³ ATF 115 Ia 277, 291 B.

¹⁵⁴ ATF 126 I 112, 116 S.; 115 Ia 234, 248 K.; 104 Ia 480, 487 Meylan; 97 I 45, 50 X.

tout état être démontrée, sauf à rendre la restriction inconstitutionnelle. Le Tribunal fédéral a par exemple conclu à l'absence d'intérêt public dans le cas de la publication, dans la feuille d'avis officielle d'un canton, du nom du débiteur objet d'une saisie infructueuse¹⁵⁵. De même, si l'ordre carcéral et la sécurité publique justifient que le courrier de personnes détenues soit contrôlé, la mesure qui permet à des personnes autres que le juge d'instruction de prendre connaissance du contenu du courrier d'un détenu contrevient à la liberté personnelle¹⁵⁶. Le Tribunal fédéral a par contre admis la constitutionnalité d'une réglementation cantonale obligeant les fonctionnaires de police à porter un badge d'identité¹⁵⁷.

C. Protection d'un droit fondamental d'un tiers

70. Outre la sauvegarde de l'intérêt public, l'art. 36 al. 2 Cst. énonce la protection d'un droit fondamental d'un tiers comme motif de restriction aux droits fondamentaux¹⁵⁸. Cette disposition régleme la problématique des conflits de libertés, c'est-à-dire les situations dans lesquelles l'exercice d'une liberté déterminée trouve une limite dans le respect des droits d'autrui¹⁵⁹. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'exercice paisible des droits fondamentaux représente en effet une composante de l'ordre public, que les autorités étatiques ont pour mission de défendre¹⁶⁰. La Constitution est ainsi appelée à arbitrer les cas de conflits de droits fondamentaux dans des rapports interindividuels, ce qui représente un cas d'application de ces garanties dans des rapports privés au sens de l'art. 35 al. 3 Cst.

71. Il appartient prioritairement au législateur de fixer le cadre de l'exercice des libertés individuelles et de tracer leurs limites respectives lorsque celles-ci sont susceptibles d'entrer en conflit. Cette opération vise à faciliter, sans l'exclure, la nécessaire pesée des intérêts que le juge ou l'administration est ensuite amené à effectuer lorsqu'une liberté telle que la liberté personnelle heurte, dans un cas particulier, le droit fondamental d'un tiers. À titre d'exemple, le maintien de l'autorité parentale prévue par le Code civil (art. 296ss) est ainsi de nature à justifier certaines restrictions à la liberté personnelle des enfants.

72. Il n'existe pas de méthodologie, ni éprouvée, ni achevée, permettant d'opérer et d'apprécier de manière catégorique, dans tous les cas, la pesée des intérêts entre une liberté telle que la liberté personnelle et des valeurs opposées. Tout est au contraire fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce, raison pour laquelle le contrôle concret de la constitutionnalité, exercé à l'occasion de décisions

¹⁵⁵ ATF 107 Ia 52 Z.

¹⁵⁶ ATF 107 Ia 148 X.

¹⁵⁷ ATF 124 I 85 Polizeibeamtenverband Basel-Stadt.

¹⁵⁸ ATF 128 I 327, 343 Botta.

¹⁵⁹ FF 1997 I 197: "Ce membre de phrase exprime l'idée classique que la liberté de l'un finit là où commence la liberté de l'autre."

¹⁶⁰ ATF 119 Ia 28, 31 M.

topiques, paraît plus adapté que le contrôle abstrait de la constitutionnalité pour évaluer et apprécier les divers intérêts en présence¹⁶¹. La démarche suppose en particulier un examen attentif, suivi le cas échéant d'une certaine pondération des valeurs constitutionnelles qui s'affrontent, étant précisé que seuls les droits fondamentaux d'autrui, à l'exclusion d'autres droits individuels, sont de nature à justifier des restrictions à la liberté personnelle au sens de l'art. 36 al. 2 Cst.

73. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que la manifestation de volonté d'un particulier, par laquelle celui-ci s'est exprimé, en pleine connaissance de cause, sur le sort à réserver à sa dépouille, prime sur l'intérêt opposé de ses proches à en disposer selon des modalités différentes, une fois le décès intervenu. En l'occurrence, les juges fédéraux ont considéré que le souhait du défunt l'emportait sur le désir de ses proches, celui-ci n'étant susceptible d'entrer en ligne de compte que de manière subsidiaire. Le droit au respect de la liberté personnelle des proches trouve ainsi une limite valable dans le droit au respect de la liberté personnelle du défunt, dont les effets se prolongent ainsi, dans une certaine mesure, au-delà du décès¹⁶².

D. Proportionnalité

74. Toute restriction à la liberté personnelle doit respecter le principe de la proportionnalité sous ses trois aspects, à savoir la règle de l'aptitude, de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit¹⁶³.

75. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que l'interdiction générale imposée aux participants à une manifestation de se masquer est une restriction de la liberté personnelle conforme à la règle de l'aptitude, en tant qu'elle vise à limiter le danger que des actes de violence soient commis¹⁶⁴.

76. Une partie considérable de la jurisprudence relative aux conditions de restriction à la liberté personnelle concerne la règle de la proportionnalité au sens étroit. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que le maintien en détention préventive d'une personne suicidaire atteinte du SIDA représente une atteinte grave à la liberté personnelle, sans pour autant être disproportionnée, dès lors qu'il existe un risque de récurrence et que la détention n'empêche pas que la personne soit soignée correctement¹⁶⁵. Contrevient par contre au principe de la proportionnalité la détention, durant plus de vingt heures, d'un conducteur ayant causé un accident en état d'ébriété, si cette mesure ne s'impose pas par les besoins de l'enquête ou par un risque de récurrence¹⁶⁶. De même, la conduite par la force

¹⁶¹ ATF 128 I 327, 345 Botta.

¹⁶² ATF 1P.453/2002, du 12 février 2003, A. et consorts, consid. 4 et les références citées.

¹⁶³ ATF 126 I 112, 119 S.

¹⁶⁴ ATF 117 Ia 472, 484 Sozialdemokratische Partei Basel-Stadt.

¹⁶⁵ ATF 116 Ia 420, 423 X.

¹⁶⁶ ATF 116 Ia 149 X.

d'une personne très âgée, fragile et nécessitant des soins, dans un hôpital psychiatrique aux fins de la soumettre à une expertise médicale, viole le principe de la proportionnalité, dès lors qu'une expertise effectuée de façon ambulatoire peut être réalisée d'une manière tout aussi efficace au lieu où la personne concernée est domiciliée et soignée¹⁶⁷. La conservation par la police du matériel anthropométrique ayant permis d'identifier une personne peut se justifier, mais une durée de huit ans présente un caractère excessif¹⁶⁸. De même, l'interdiction générale de l'insémination hétérologue, de la fécondation in vitro et du transfert d'embryons représente une restriction démesurée au désir d'avoir des enfants, compris comme manifestation élémentaire de l'épanouissement de la personnalité humaine¹⁶⁹.

77. Le domaine de la privation de liberté de mouvement au sens de l'art. 10 al. 2 Cst. fait l'objet des garanties procédurales visées par l'art. 31 Cst., dont plusieurs viennent utilement concrétiser le principe général de la proportionnalité visé par l'art. 36 al. 3 Cst. L'art. 31 al. 3 Cst., qui ne s'applique qu'aux cas de détention provisoire, contient à cet égard deux garanties particulièrement importantes. La première concerne le droit d'être aussitôt traduit devant un juge, afin de permettre un contrôle indépendant et impartial de la détention. Les modalités concrètes de ce contrôle relèvent de la loi de procédure pénale concernée, étant précisé que l'examen ne doit pas nécessairement être exercé par un tribunal composé de plusieurs magistrats. Les travaux préparatoires à l'origine de l'art. 31 al. 3 Cst. précisent en effet que le contrôle peut être effectué par un juge d'instruction, à condition que celui-ci ne soit pas lié par des directives et qu'il ne soutienne pas l'accusation dans la même affaire¹⁷⁰.

78. La seconde garantie qu'offre l'art. 31 al. 3 Cst. concerne le principe de la célérité, à travers le droit reconnu à la personne détenue à titre provisoire d'être jugée dans un délai raisonnable. Cette disposition doit s'interpréter en conformité avec le texte, plus précis, des art. 5 par. 3 CEDH et 9 par. 3 Pacte II, lesquels disposent que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable se double, le cas échéant, du droit d'être libéré pendant la procédure. La Cour a par exemple jugé que les nécessités propres aux enquêtes pénales ne sauraient dispenser les autorités de faire comparaître "aussitôt", comme l'exige l'art. 5 par. 3 CEDH, toute personne arrêtée conformément à l'art. 5 par. 1 let. c CEDH¹⁷¹. La mise en liberté de la personne concernée peut aussi, conformément au principe de la proportionnalité, être subordonnée à la fourniture de garanties destinées à assurer sa comparution au moment de l'audience¹⁷².

¹⁶⁷ ATF 124 I 40 X.

¹⁶⁸ ATF 120 Ia 147 B.

¹⁶⁹ ATF 119 Ia 460 L.; 115 Ia 234 K.

¹⁷⁰ FF 1997 I 187; cf. ACEDH Huber c. Suisse, du 23 octobre 1990, série A no 188.

¹⁷¹ ACEDH Demir et autres c. Turquie, du 23 septembre 1998, Rec. 1998-VI, p. 2653, par. 41.

¹⁷² ATF 123 I 268, 273 H.; sur la durée admissible de la détention provisoire, voir également l'arrêt K., ATF 124 I 208, 215 et les références citées.

79. L'art. 31 al. 4 Cst. énonce la garantie classique de l'*habeas corpus* prévue par les art. 5 par. 4 CEDH et 9 par. 4 Pacte II, en permettant à toute personne privée de liberté de saisir un tribunal pour qu'il soit statué dans les plus brefs délais sur la légalité de cette mesure. Cette garantie est applicable à l'ensemble des cas de privation de liberté au sens de l'art. 31 al. 1 Cst., sans se limiter à la seule détention provisoire¹⁷³. Elle ne vaut toutefois pas lorsque la privation de liberté résulte d'une décision qui émane d'un tribunal. En fonction des motifs à l'origine de la privation de liberté, la possibilité doit cependant exister de solliciter un nouveau contrôle judiciaire même si, dans un premier temps, un tribunal a déjà ordonné la détention ou en a déjà vérifié le bien-fondé. Il en va ainsi lorsque les raisons qui justifiaient originellement la détention disparaissent au fil du temps, en particulier en cas de privation de liberté à des fins d'assistance, mais aussi lors de la détention préventive¹⁷⁴. En tout état, l'instance saisie doit statuer dans les délais les plus brefs, comme le précise l'art. 31 al. 4 Cst.

80. Le Tribunal fédéral a jugé que l'exclusion complète, durant trois mois, des demandes de mise en liberté d'une personne placée en détention préventive n'était compatible ni avec l'art. 5 par. 4 CEDH, ni avec l'art. 31 al. 4 Cst.¹⁷⁵. Ces deux garanties postulent en effet le droit à ce que la légalité de la détention fasse l'objet d'un examen à intervalles raisonnables, des délais d'attente pouvant toutefois être imposés¹⁷⁶. Un délai d'un mois pour présenter une demande de mise en liberté n'a par exemple pas été considéré comme contraire à l'art. 5 par. 4 CEDH¹⁷⁷. Un délai de quarante et un jour pour statuer sur une demande de mise en liberté s'avère en revanche excessif¹⁷⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé pour sa part qu'une durée supérieure à cinq semaines pour statuer sur une demande de mise en liberté émanant d'une personne internée dans un établissement psychiatrique contrevenait à l'exigence de célérité posée par l'art. 5 par. 4 CEDH¹⁷⁹.

E. Respect du noyau intangible

81. Conformément à l'art. 36 al. 4 Cst., l'essence des libertés, aussi appelée noyau intangible ("*Kerngehalt*", "*Wesensgehalt*"), est inviolable. La formule signifie

¹⁷³ ATF 123 II 193, 197 D.: la rétention d'étrangers dans la zone d'attente d'un aéroport pendant plusieurs jours doit en principe être considérée comme une mesure privative de liberté au sens de l'art. 5 par. 1 CEDH.

¹⁷⁴ FF 1997 I 188.

¹⁷⁵ ATF 126 I 26 B.; voir également ACEDH R. M. D. c. Suisse du 26 septembre 1996, Rec. 1997-VI, p. 2003: l'impossibilité, pour une personne en détention provisoire pendant deux mois dans sept cantons différents, de faire examiner par un tribunal la légalité de la détention qui la frappe contrevient à l'art. 5 par. 4 CEDH.

¹⁷⁶ ACEDH Luberti c. Italie du 23 février 1984, série A no 75; ATF 123 I 31, 38 W.

¹⁷⁷ ATF 123 I 31, 37 W.

¹⁷⁸ ATF 114 Ia 88, 92 S.

¹⁷⁹ ACEDH Laidin c. France du 5 novembre 2002, par. 27 à 30.

qu'aucune restriction à la liberté personnelle, même valablement fondée sur l'un des motifs énoncés par l'art. 36 al. 1 à 3 Cst., ne doit vider ce droit de sa substance¹⁸⁰.

82. Empruntée à la théorie allemande des droits fondamentaux¹⁸¹, la notion de noyau ou contenu essentiel des libertés individuelles a été développée par la jurisprudence du Tribunal fédéral tout d'abord à propos de la garantie de la propriété¹⁸², puis de la liberté personnelle¹⁸³. Elle a ensuite essaimé, pour s'étendre au domaine de protection d'autres garanties constitutionnelles.

83. Force est toutefois de constater que le concept, essentiellement rhétorique, n'a pas conduit à des avancées spectaculaires dans le domaine des restrictions à la liberté personnelle. Cité de cas en cas par la jurisprudence, il ne joue en pratique qu'un rôle secondaire par rapport aux conditions classiques de légalité, d'intérêt public ou de proportionnalité et paraît n'avoir pas, pour l'heure, conduit à lui seul à l'admission d'un recours dirigé contre une mesure étatique¹⁸⁴.

84. On peut dans cette perspective se demander si la notion de noyau intangible ne se confond pas avec le standard minimum de protection qu'offrent les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est partie, la liberté personnelle énoncée par l'article 10 Cst. soulignant, du même coup, la vocation en principe subsidiaire qui revient au droit international dans le domaine de la protection des droits individuels.

¹⁸⁰ FF 1997 I 198; ATF 128 I 63, 69 A. A.

¹⁸¹ L'art. 19 al. 2 de la Grundgesetz allemande, du 23 mai 1949, a la teneur suivante: "In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden."

¹⁸² ATF 88 I 248, 255 Dafflon.

¹⁸³ ATF 90 I 29, 37 X.

¹⁸⁴ Dans un arrêt rendu en 1996, le Tribunal fédéral a laissé entendre que le retrait de toute aide sociale à une personne qui, objectivement et sans sa faute, n'était pas en mesure de se procurer les moyens indispensables à sa survie, porterait atteinte au noyau du droit à des conditions minimales d'existence; voir ATF 122 II 193, 196 B. Il est toutefois intéressant de relever que, dans cette affaire, l'invocation du noyau des libertés par le Tribunal fédéral n'est intervenue qu'en relation avec celle du principe de la proportionnalité.

BIBLIOGRAPHIE

- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux, Berne 2000
- BIOY Xavier, Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse), Revue internationale de droit comparé 2003, p. 123-147
- DRESSLER Hans, Der Schutz der persönlichen Freiheit in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, ZBl. 1980, p. 377-390
- GRISEL André, La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, Revue internationale de droit comparé 1975, p. 549-570
- GROSS Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, Berne 1977
- HAEFLIGER Arthur/SCHÜRMAN Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2^e éd., Berne 1999
- HALLER Walter, Liberté personnelle, in: Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Bâle/Berne/Zurich 1987
- HOTTELIER Michel, Les garanties de procédure, in: Daniel Thürer/Jean-Francois Aubert/Jörg Paul Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 809-822
- HUG-BEELI Gustav, Die persönliche Freiheit von Schülern, Studenten, Spitalpatienten, Zurich 1976
- MAHON Pascal, Article 10, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, p. 100-111
- MAHON Pascal, Article 31, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, p. 287-294
- MASTRONARDI Philippe, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berne 1978
- MÜLLER Jörg Paul, Grundrechte in der Schweiz, 3^e éd., Berne 1999
- SALADIN Peter, Persönliche Freiheit als soziales Grundrecht ?, in: Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, p. 89-114
- SCHWEIZER Rainer J., Artikel 10, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zurich 2002, p. 148-163
- SCHWEIZER Rainer J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Daniel Thürer/Jean-Francois Aubert/Jörg Paul Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 691-706
- VEST Hans, Artikel 31, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zurich 2002, p. 436-448
- VILLIGER Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2^e éd., Zurich 1999.

FICHES JURIDIQUES SUISSES
40, rue de Montchoisy, 1207 GENEVE

Fiche
N° 1389

Section
XXV

Texte
original
