

ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforschung
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2021

Heilung
Guérison
Cure

PHILIPPE STAWISKI / IVA STAMENKOVIC

**Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung
von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse**

FABIAN LÜTZ

**Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit
in der Schweiz und Europa – rechtliche
und verhaltensökonomische Überlegungen**

CARLOTTA MANZ

**The use of genetic data by private parties:
how does the new Swiss legislation address
the human rights threats?**

LUCILE MACHERET / NICOLAS PAQUIER

Le droit suisse face à la loi du préau

MICOL FERRARIO / MARTA TARONI

**La pathologisation de l'homosexualité :
le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction
des thérapies de conversion en Suisse**

Dissertationsliste des Frühjahrssemesters 2021

NEU
mit Dissertationen
Frühjahr 2021

DIKE 

Herausgeber / éditeurs

William Barbey (Koordination französischsprachiger Beiträge), Enzo Bastian (Marketing), Stephanie Bernet (Koordination deutschsprachige Beiträge), Claude Eric Bertschinger (Marketing), Suzan Can (Finanzen und Sponsoring), Andrés Payer (Webmaster und Kommunikation), Jan Wenk (Finanzen und Sponsoring), Floris Zuur (Präsidium)

Redakteure / évaluateurs

Tilla Caveng, Clémence Demay, Valérie Dittli, Kaspar Ehrenzeller, Florian Fasel, Pascal Favrod-Coune, Ryan Gauderon, Gabriel Gertsch, Rehana Harasgama, Louise Hauptmann, Manon Joseph, Till Kaufmann, Maya Kiepe, Alex Kistler, Nadia Kuźniar, Natalie Lisik, Kastriot Lubishtani, Aldina Mehmedovic, Michael Meier, Aleksandra Milosevic, Raquel Pochon, Fiona Savary, Roman Schister, Martin Seelmann, David Zandirad

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG

Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich

Tel. 044 251 58 30, E-Mail service@dike.ch, www.dike.ch

Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, November) / Parution deux fois l'an (juin, novembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:

CHF 74.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 59.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden /

La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

Umschlagbild: © natara – Adobe Stock

ISSN 2297-9174

ISBN 978-3-03891-395-5



Felix Uhlmann | Stefan Höfler (Hrsg.)

Notrecht in der Corona-Krise

19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

Die Corona-Krise ist nicht nur ein Stresstest für die Gesellschaft, sondern auch für das Recht. Für viele Fragen, die bisher nur in der Theorie relevant waren, muss man nun praktische Lösungen finden. Dieser Band legt eine erste Beurteilung der Rechtslage vor.

2021, 212 Seiten, broschiiert
ISBN 978-3-03891-351-1
CHF 64.–

www.dike.ch/3511



Schriften des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

12

Felix Uhlmann / Stefan Höfler (Hrsg.)

Notrecht in der Corona-Krise

19. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

DIKE

DIKE

Avant-propos

Chères lectrices, Chers lecteurs,

Alors que la pandémie de coronavirus régente toujours notre quotidien, les enjeux sociaux gouvernent désormais l'actualité d'un monde en quête d'un nouvel élan. Le droit – science humaine et sociale, s'il en est – n'échappe naturellement pas au climat politique de notre époque. Les questions juridiques sont rarement neuves, mais elles jouissent d'un éclairage nouveau, parfois inédit, souvent intensifié par les circonstances. Si cela suscite des réactions variées, la tâche qui incombe aux chercheurs en droit est bien celle de proposer des solutions fondées sur les principes de notre ordre juridique et qui garantissent la permanence de l'État de droit. En accord avec ces considérations générales, le thème générique de la « guérison » est donc celui qui a présidé à l'élaboration de ce cahier 2/2021.

Les deux premières contributions que nous vous proposons portent directement sur les effets de la situation sanitaire que traverse la planète. Philippe Stawiski et Iva Stamenkovic apportent des réponses à la question d'une distribution équitable des vaccins qui doit trouver un équilibre entre la santé publique et la protection de la propriété intellectuelle. Dans la même veine, Carlotta Manz analyse la législation relative à la recherche sur le génome humain et en fait une critique fondée sur les droits fondamentaux. Plus orienté vers des enjeux sociaux, Fabian Lütz propose, après en avoir esquissé les fondements constitutionnels, « un congé parental de crise ». Puis, Lucile Macheret et Nicholas Paquier posent la toujours délicate question du harcèlement en milieu scolaire et de l'efficacité de la réglementation actuelle. Enfin, Micol Ferrario et Marta Taroni s'interrogent sur la nécessité d'une interdiction explicite des thérapies dites de « conversion » dont la pratique perdure encore.

En sus de ces contributions de fond, nous vous proposons, sous la forme d'une liste, une recension des thèses de doctorat en droit issues des universités suisses dans la première partie de l'année 2021. La richesse et la variété des thèses juridiques méritent en effet une certaine mise en exergue permettant à un large public d'y avoir facilement accès et d'en faire le meilleur usage.

William Barbey, LL.M. (Genève)¹

Vorwort

Geschätzte Leserinnen und Leser

Während die Coronavirus-Pandemie nach wie vor unser tägliches Leben beherrscht, dominieren die Aktualität soziale Themen, in einer Welt auf der Suche nach neuem Atem. Als Geistes- und Sozialwissenschaft wird die Rechtswissenschaft natürlich vom politischen Klima unserer Zeit beeinflusst. Rechtsfragen sind selten neu, aber sie erscheinen durch die Umstände oftmals in (ganz) neuem Licht. In einem Meer von Reaktionen ist es Aufgabe der Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler, Lösungen vorzuschlagen, die auf den Grundsätzen unserer Rechtsordnung beruhen und den Fortbestand des Rechtsstaates gewährleisten. Im Einklang mit diesen Überlegungen trägt diese Ausgabe 2/2021 daher den Titel «Heilung».

Die ersten beiden Beiträge dieser Ausgabe befassen sich unmittelbar mit den Auswirkungen der aktuellen globalen Gesundheitssituation. Philippe Stawiski und Iva Stamenkovic geben Antworten auf die Frage der gerechten Verteilung von Impfstoffen, die ein Gleichgewicht zwischen dem Recht auf Gesundheit und dem Schutz des geistigen Eigentums finden muss. Ferner analysiert Carlotta Manz die Gesetzgebung betreffend die Forschung über das menschliche Genom und legt dabei Probleme mit Blick auf die Menschenrechte offen. Fabian Lütz, der sich mehr an sozialen Fragen orientiert, stützt sich auf verfassungsrechtliche Grundlagen, um eine «Krisen-Elternzeit» vorzuschlagen. Weiter befassen sich Lucile Macheret und Nicholas Paquier mit dem stets heiklen Thema des Mobbing in der Schule und der Effizienz der geltenden Vorschriften. Micol Ferrario und Marta Taroni fragen sich schliesslich, ob ein explizites Verbot der sogenannten «Konversionstherapien», die immer noch praktiziert werden, erforderlich ist.

Zusätzlich zu diesen Beiträgen bieten wir Ihnen eine Liste der rechtswissenschaftlichen Dissertationen, aufgrund derer im ersten Teil des Jahres 2021 an Schweizer Universitäten die Doktorwürde vergeben wurde. Wir sind der Überzeugung, dass der Reichtum und die Vielfalt der juristischen Dissertationen es verdienen, hervorgehoben und einer möglichst breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht zu werden.

William Barbey, LL.M. (Genf)²

¹ Doctorant et assistant diplômé à l'Université de Lausanne, membre du comité éditorial de la présente revue.

² Doktorand und wissenschaftlicher Assistent an der Universität Lausanne, Mitglied des Herausgeberteams dieser Zeitschrift.

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse

PHILIPPE STAWISKI / IVA STAMENKOVIC

3

Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit in der Schweiz und Europa – rechtliche und verhaltensökonomische Überlegungen

FABIAN LÜTZ

14

The use of genetic data by private parties: how does the new Swiss legislation address the human rights threats?

CARLOTTA MANZ

23

Le droit suisse face à la loi du préau

LUCILE MACHERET / NICOLAS PAQUIER

34

La pathologisation de l'homosexualité : le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction des thérapies de conversion en Suisse

MICOL FERRARIO / MARTA TARONI

43

Dissertationsliste des Frühjahrssemesters 2021

52

Le droit suisse face à la loi du préau

LUCILE MACHERET / NICOLAS PAQUIER*

MOTS CLÉS	harcèlement scolaire – protection de la personnalité – droit disciplinaire – responsabilité de l'État – tort moral.
RÉSUMÉ	Cette contribution s'intéresse à la situation légale applicable au harcèlement scolaire en Suisse principalement sous l'angle des droits public et privé. Elle questionne l'efficacité de notre réglementation actuelle et la compare avec celle d'autres ordres juridiques.
ZUSAMMENFASSUNG	Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Rechtslage von Mobbing in der Schule, hauptsächlich aus der Perspektive des schweizerischen öffentlichen und privaten Rechts. Er untersucht die Wirksamkeit unserer aktuellen Regelungen und vergleicht sie mit denen anderer Rechtssysteme.
ABSTRACT	This contribution relates to the legal framework applicable to school bullying in Switzerland, mainly through the angles of Private and Public law. It questions the efficiency of current regulation and compare it with other legal systems.

I. Introduction

« En Suisse, environ un enfant sur dix est harcelé durant sa scolarité »¹. Si le harcèlement scolaire peut, d'une part, occasionner une dégradation des conditions d'apprentissage, il est reconnu qu'il a, d'autre part, une influence sur les conditions générales de vie de la victime, entraînant une dévalorisation de soi, un mal-être, un isolement ou encore une conduite déviante pouvant mener jusqu'au suicide². Selon une étude, le harcèlement peut avoir des conséquences graves et durables, notamment un plus grand risque de dépression et de crises d'angoisse³. La palette des effets du harcèlement est donc relativement large, allant de la simple nuisance à des comportements auto-destructeurs.

Ce problème qui affecte les enfants et les jeunes personnes ne cesse par ailleurs de faire parler de lui dans l'ac-

tualité suisse et internationale. Il fait l'objet d'un nombre croissant de recherches et de mesures, dans le but de sensibiliser à ses conséquences ainsi que de réduire ses manifestations. Pourtant, il n'est que peu traité sur le plan juridique. On pourra à cet égard citer la prise de position du Conseil fédéral, faisant suite au dépôt de l'interpellation de la Conseillère nationale Léonore Porchet du 24 septembre 2020, dans laquelle il insiste sur le rôle que doivent jouer les cantons et les établissements scolaires dans la lutte contre le harcèlement, sans qu'il n'estime nécessaire que des mesures particulières soient prises au niveau fédéral, en particulier par une modification de la loi⁴.

Cette contribution s'intéresse aux voies légales civile et publique dont peuvent actuellement bénéficier les victimes de harcèlement scolaire et questionne la pertinence des mesures applicables dans de tels cas. Après s'être penché sur les contours de la notion de harcèlement scolaire (II), il s'agira de porter un regard sur certains mécanismes de droits étrangers (III), de manière à permettre une comparaison avec les mesures offertes par le droit suisse (IV).

* Doctorant.e.s et assistant.e.s diplômé.e.s à la Chaire de droit civil I de l'Université de Fribourg. Les auteur.e.s remercient les relecteurs et relectrices anonymes de la revue ex/ante pour leurs précieux commentaires.

¹ Cf. Swissinfo du 3 juin 2021 « L'école déclare la guerre au harcèlement » disponible sous : <https://www.swissinfo.ch/fre/l-%C3%A9cole-d%C3%A9clare-la-guerre-au-harc%C3%A8ment/46651438>, consulté le 12 septembre 2021.

² CLAIRE PIGUET/ZOE MOODY/CORINNA BUMANN, Enquête suisse sur le harcèlement entre pairs dans les écoles valaisannes, 4 et les réf. citées.

³ ARGIT AVERDIJK/BARBARA MÜLLER/MANUEL EISNER/DENIS RIBEAUD, Bullying victimization and later anxiety and depression among pre-adolescents in Switzerland, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 3/2011, 103 ss.

⁴ Interpellation : Le harcèlement en milieu scolaire. Comment dire stop ? (n° 20.4178) du 24 septembre 2020, en particulier les points 6 ss (cité : Interpellation).

II. Les contours du harcèlement scolaire

A. La définition

Le harcèlement scolaire peut se définir comme une « *forme de violence constituée d'actes agressifs intentionnels caractérisée par la répétition et l'abus systématique de pouvoir, perpétrée par un individu ou un groupe à l'encontre d'une victime qui ne peut se défendre seule* »⁵. Le harcèlement scolaire se distingue d'autres comportements agressifs entre élèves en ce sens qu'il est répétitif et se prolonge sur une certaine durée : « *lorsque des actes agressifs sont subis ou commis de manière répétée entre élèves, ceux-ci peuvent prendre la forme de ce que les anglophones appellent bullying, défini comme un acte intentionnel, réitéré sur une certaine durée et s'exerçant au sein d'une relation de force déséquilibrée entre agresseur et victime* »⁶.

Si la définition du *bullying* retient qu'il s'agit d'actes entre pairs, il convient de relever que le harcèlement dont peut être victime un élève dans le cadre d'un établissement scolaire peut également provenir d'employés de l'établissement, notamment d'enseignants.

B. Le rapport avec les formes de protection consacrées dans la loi

En droit suisse, le harcèlement scolaire ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique. Toutefois, notre ordre juridique a déjà intégré une protection particulière à l'égard du harcèlement dans un cadre déterminé. Il s'agit de l'art. 328 CO⁷ qui concrétise la protection de la personnalité de l'employé à l'encontre du harcèlement survenant sur le lieu de travail⁸. Cette disposition trouve sa justifi-

cation dans l'existence d'un lien de communauté entre l'employeur et le travailleur occasionné par l'exécution du contrat de travail⁹. L'employeur est alors tenu de protéger l'intégrité de l'employé en ne le soumettant pas à des atteintes non justifiées par l'exercice de son travail ; il doit également le protéger à l'égard d'atteintes provenant de tiers, notamment de collègues et de supérieurs¹⁰.

Dans le cadre de l'analyse de l'art. 328 CO, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de donner la définition suivante du harcèlement psychologique : il s'agit d'un « *enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment sur une longue période, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, marginaliser, voire exclure une personne sur son lieu de travail* »¹¹. De plus, « *il arrive fréquemment que chaque acte, pris isolément, apparaisse encore comme supportable, mais que les agissements pris dans leur ensemble constituent une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle du travailleur visé* »¹².

Nous pouvons relever que si l'art. 328 CO doit son existence à un lien de communauté particulier entre l'employeur et le travailleur découlant de l'exécution du contrat de travail, un tel lien existe également entre les élèves et les autres membres de l'établissement scolaire. Celui-ci est fondé sur le devoir de se rendre à l'école obligatoire¹³.

Il y a également lieu d'évoquer l'art. 28b CC, dont le titre marginal mentionne le harcèlement. Si cette disposition – initialement conçue pour lutter contre les violences domestiques – a vu son champ d'application élargi au cours de son élaboration¹⁴, elle se réfère à une forme de harcèlement relevant de la poursuite compulsive de la victime pendant une longue période ou de l'espionnage de

⁵ Définition de la fédération des associations des parents d'élèves de l'enseignement obligatoire (FAPEO) disponible sous : <https://www.fapeo.ch/projets/harcelement-a-lecole/>, consulté le 12 septembre 2021). L'on trouve également la définition suivante dans la jurisprudence française : « *Le harcèlement scolaire se définit comme le fait pour un élève ou un groupe d'élèves de faire subir de manière répétée à un camarade des propos ou des comportements agressifs, tels que moqueries, brimades, humiliations ou insultes, qui entraînent généralement une dégradation des conditions de vie de la victime* », Arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon (France), 6^e chambre, du 10 décembre 2020, n° 19LY01184.

⁶ AURÉLIE ARCHIMI/MARINA DELGRANDE JORDAN, Les comportements agressifs entre élèves : évolution depuis 2002 en Suisse, RSC 1/2013, 6 ss, 6 et les réf. citées.

⁷ Loi fédérale complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO, RS 220).

⁸ Il convient de rappeler que cette dernière découle de la protection générale de la personnalité de l'art. 28 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), dont elle concrétise

les effets (cf. Message du 25 août 1967 relatif à la révision des titres dixième et dixième bis du Code des obligations [CO], FF 1967 II 249, 353).

⁹ Message CO (n. 8), 353 s.

¹⁰ Message CO (n. 8), 353; v. ég. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 328 N 4 et 7 : selon les auteurs, le simple fait que le climat de travail ne soit pas bon ou que l'employé ait de la peine à tolérer des critiques justifiées ne constitue pas une forme de harcèlement (cf. N 19a).

¹¹ Arrêt TF 4A_714/2014 du 22 mai 2015, c. 2.2 et la jurisprudence citée.

¹² Voir à cet égard Arrêt TF 4A_714/2014 du 22 mai 2015, c. 2.2 et la jurisprudence citée.

¹³ Cf. MARIE-CHRISTINE MAIER ROBERT/SYLVAIN RUDAZ, Droit disciplinaire des élèves de l'école publique genevoise, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), Le droit disciplinaire, Genève/Zurich/Bâle 2018, 147 ss, 147.

¹⁴ CR CC I-JEANDIN/PEYROT, art. 28b N 4 ss.

celle-ci, par exemple¹⁵. Il s'agit donc d'une forme obsessionnelle de harcèlement (*stalking*) qui ne correspond pas au harcèlement scolaire tel que décrit ci-dessus et cette norme ne trouvera pas application dans ce contexte en principe¹⁶. En effet, le harcèlement scolaire, à l'instar du *mobbing*, se caractérise par la relation entre ses protagonistes, alors que, s'agissant du *stalking*, le critère déterminant est celui du comportement obsessionnel¹⁷.

C. Les caractéristiques

En l'absence de définition ou de développements juridiques à cet égard, il convient avant tout de dégager les composantes du harcèlement scolaire. Ce dernier présente par ailleurs plusieurs similitudes avec le *mobbing*, dont il se justifie de reprendre certaines caractéristiques. En effet, tous deux sont des manifestations récurrentes d'actes hostiles ou agressifs visant à l'exclusion d'un individu dans un contexte donné. Les caractéristiques du harcèlement scolaire sont les suivantes :

- Premièrement, les agissements doivent se produire de manière récurrente. Un événement isolé ne saurait être constitutif de harcèlement ; c'est bien plutôt l'ensemble d'événements qui, anodins lorsqu'ils sont considérés de manière individuelle, revêtent une intensité particulière du fait de leur répétition sur une certaine durée.
- Deuxièmement, le harcèlement doit avoir pour but l'isolement de la victime, sa marginalisation et, à terme, son exclusion.
- Troisièmement, le harcèlement scolaire peut se présenter sous plusieurs formes : il peut être verbal, physique ou même social¹⁸. Il est en ce sens difficile de délimiter un comportement caractéristique, dès lors que le harcèlement peut comprendre plusieurs types d'agissements. En effet, il peut s'agir notamment de menaces, de mise en circulation de fausses rumeurs, d'insultes, d'humiliations, de contraintes, de chantages, etc.¹⁹. Les manifestations du harcèlement peuvent également se

prolonger sur des réseaux sociaux, tels que *WhatsApp*, *Instagram*, *Facebook* ou *Snapchat*²⁰.

- Finalement, il n'est pas nécessaire que les agissements se produisent dans le cadre scolaire²¹, à savoir dans le périmètre de l'école, pendant le temps scolaire voire durant les trajets vers l'école et au retour de l'école, pour autant que l'établissement scolaire soit en charge de ceux-ci²². Le caractère scolaire du harcèlement découle davantage de la relation entre les élèves, qui trouve sa source dans l'appartenance à une communauté scolaire identifiée, que de la survenance des faits dans un périmètre donné²³. La simple limitation du caractère scolaire au cadre spatial de l'établissement reviendrait à nier que le harcèlement trouve sa source dans la relation engendrée par l'obligation scolaire.

L'existence d'un déséquilibre des forces entre la victime et l'auteur est parfois évoquée ; elle ne constitue toutefois pas, à notre sens, une caractéristique propre du harcèlement scolaire, mais est plutôt une conséquence inévitable de la victimisation d'un élève. La personne visée n'est pas nécessairement d'emblée vulnérable, mais le devient inévitablement ensuite du harcèlement.

III. Les droits étrangers face à la question du harcèlement : un aperçu

A. Le droit français et l'élaboration d'une législation relative au harcèlement

En droit français, le harcèlement est réprimé par le Code pénal (C. pén.), qui prévoit que « *le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale est puni d'un an d'emprisonnement et de*

¹⁵ Message du Conseil fédéral du 11 octobre 2017 concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, FF 2017 6913 ss, 6932 ; Arrêt du TF 5A_526/2009 du 5 octobre 2009, c. 5.3, SJ 2011 I 65.

¹⁶ Arrêt du TF 5A_526/2009 du 5 octobre 2009, c. 5.3, SJ 2011 I 65.

¹⁷ À cet égard, des actes relevant du *stalking* peuvent être le fait d'une personne étrangère à la victime, cf. Message violences (n. 15), 6932.

¹⁸ Il peut être renvoyé à ce titre à la définition du Tribunal fédéral dans ses considérations relatives à l'art. 28b CC, arrêt TF 5A_526/2009 du 5 octobre 2009, c. 5.1, SJ 2011 I 65.

¹⁹ Consortium PISA.ch, PISA 2018 : Les élèves de Suisse en comparaison internationale, Berne/Genève 2019, 71 ss.

²⁰ Sur la question du cyberharcèlement, voir notamment MARCEL BRUN, Cyberbullying – Aus Strafrechtlicher Sicht, recht 2016, 100 ss ; v. ég. IRINA LOPEZ, Le cyberharcèlement et les jeunes : la situation juridique actuelle en Suisse et quelques perspectives de réglementation, Jusletter 19 janvier 2015.

²¹ Le présent article se concentrera sur les établissements publics, les établissements privés pouvant être soumis à des réglementations particulières auxquelles s'ajoutent des mécanismes de droit contractuel ; cela n'empêche toutefois pas l'application à leur égard des dispositions en matière de protection de la personnalité.

²² Par exemple, le canton de Vaud impute la responsabilité des trajets à la commune (cf. <https://www.vd.ch/themes/formation/scolarité-obligatoire/journee-de-lecolier/>, consulté le 12 septembre 2021).

²³ Cf. MAIER ROBERT/RUDAZ (n. 13), 157.

15'000 euros d'amende lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail [...] »²⁴. Les faits de harcèlement en milieu scolaire relèvent de cette infraction²⁵. De même, le Code pénal français incrimine la discrimination résultant d'actes de bizutage et le bizutage lui-même, la provocation au suicide ainsi que la diffusion d'images dégradantes ou l'atteinte à la vie privée²⁶.

En juillet 2019, le Code de l'éducation a été modifié par l'adoption de la loi pour une école de confiance²⁷, consacrant le droit à poursuivre sa scolarité sans harcèlement. Malgré la qualification du harcèlement en tant qu'infraction pénalement répréhensible, l'article précité ne mentionne aucune sanction, à la différence de ce qui est par exemple prévu pour l'utilisation non autorisée d'un téléphone portable²⁸. Malgré un effort législatif certain, il semble que toutes les problématiques en lien avec le harcèlement n'aient pas trouvé de réponse satisfaisante²⁹.

B. La violation de la personnalité de l'élève par l'enseignant : le cas allemand

À la différence du droit français, le droit allemand ne prévoit pas directement d'instruments visant à réprimer le harcèlement scolaire, dont les actes constitutifs sont toutefois susceptibles d'être sanctionnés par diverses dispositions du Code pénal ou par des mesures disciplinaires³⁰.

Sur le plan civil, quant à la question du harcèlement scolaire et notamment des conséquences pour un enseignant de son inaction, voire de sa participation au harcèlement, l'*Oberlandesgericht* de Zweibrücken a reconnu que, du fait de sa position de garant vis-à-vis de l'élève, l'enseignant peut engager sa responsabilité, respectivement celle de l'État.

Dans cette affaire, un enfant âgé de neuf ans souffrant de troubles cognitifs a fait l'objet de moqueries de la part

de ses camarades et de l'enseignant. Un élève a notamment apporté à l'école un poster représentant l'image d'un singe, que la classe – de concert avec l'enseignant – a affublé du nom de l'enfant, ensuite de quoi tous s'en sont moqués. En outre, deux camarades lui ont écrit une lettre insultante que l'enseignant a lu devant toute la classe, entraînant de nouvelles moqueries. À la suite de cet épisode, l'enfant concerné a commencé à pleurer la nuit, à souffrir d'énurésie et d'anxiété. Il refusait en outre de se rendre à l'école.

Invoquant la responsabilité de l'État, l'enfant a demandé des dommages-intérêts pour les soins médicaux entraînés par l'atteinte subie, ainsi qu'un tort moral de 1'600 Marks³¹. L'enseignant ayant violé son devoir de garant, l'enfant a obtenu gain de cause³². L'*Oberlandesgericht* a relevé qu'il existe un devoir de protection de la part des enseignants à l'égard des élèves pendant les heures de classe, dès lors que ces derniers sont obligés de fréquenter l'école. Il a en l'espèce considéré que la gravité de l'atteinte justifiait le versement d'un tort moral. Lorsqu'un enseignant, qui représente une figure d'autorité pour les élèves, expose l'enfant aux moqueries et au mépris des autres élèves, l'atteinte portée à l'enfant est d'autant plus grave qu'il en résulte pour lui une exclusion de la classe.

C. Le rôle central des écoles, l'approche anglo-saxonne

Aux États-Unis, il n'existe pas de législation fédérale visant à sanctionner de manière spécifique le harcèlement en tant que tel, y compris le harcèlement scolaire³³. Le droit fédéral garantit cependant une certaine protection contre des actes de harcèlement présentant des caractéristiques particulières. De plus, chaque État est doté de lois ou amendements visant à lutter contre le harcèlement³⁴. Ces lois présentent certains dénominateurs communs, comme la recommandation faite aux écoles de prendre des dispositions (notamment par le biais de sanctions à l'égard des auteurs, pouvant consister en un soutien éducatif ou des mesures pénales)³⁵. Cette responsabilisation

²⁴ Cf. art. 222-33-2-2 C. pén.

²⁵ AUDE DENIZOT, Le harcèlement scolaire estropié par la loi sur une école de confiance, RTDciv. 2019, 952 ss, 952.

²⁶ Cf. art. 223 ss C. pén.

²⁷ Loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de confiance, voir notamment l'art. L. 511-3-1.

²⁸ Sur la nécessité de mettre en place des sanctions spécifiques afin de lutter contre le harcèlement et sur une critique générale de la manière d'appréhender le harcèlement dans le Code de l'éducation français, cf. DENIZOT (n. 25), 952 ss.

²⁹ Pour une critique, voir le rapport Balanant, Comprendre et combattre le harcèlement scolaire, disponible sous <http://www.erwanbalanant.com/2020/10/13/rapport-de-mission-gouvernementale-comprendre-et-combattre-le-harcelement-scolaire-120-propositions/>, consulté le 12 septembre 2021.

³⁰ Kurzinformation des Deutscher Bundestags, Strafbestand Cybermobbing (WD 7 – 3000 – 154/16 [14.10.2016]).

³¹ Cette somme représente CHF 1'845.– (taux de change en 1997 : 0,868).

³² Arrêt de l'*Oberlandesgericht* Zweibrücken (Allemagne) du 6 mai 1997, Az. 7O 1150/93.

³³ <https://www.stopbullying.gov/resources/laws/federal> ; <https://www.pacer.org/bullying/resources/parents/laws-and-policy.asp>, consultés le 12 septembre 2021.

³⁴ Pour une carte interactive recensant les types de mesures prises par les différents États, voir <https://www.stopbullying.gov/resources/laws>, consulté le 12 septembre 2021.

³⁵ U.S. Department of Education, Analysis of State Bullying Laws and Policies, 38 s.

des écoles s'observe également de par le nombre de cas où leur responsabilité a été engagée à la suite de faits de harcèlement³⁶. Cette responsabilité est régulièrement assortie de l'allocation de montants à titre de tort moral. On peut remarquer que le harcèlement physique ou verbal ouvre la voie à un dédommagement, même en l'absence d'atteinte durable sur le plan physique ou d'agression à caractère sexuel, ces derniers cas entraînant quant à eux l'allocation de montants particulièrement élevés.

Le Royaume-Uni ne s'est pas non plus doté d'instruments particuliers contre le harcèlement scolaire, déléguant aux établissements scolaires la tâche de protéger les écoliers, y compris en dehors du périmètre de l'école³⁷. L'infliction de sanctions en cas de comportement répréhensible est possible et même recommandée, sans qu'il n'existe à cet égard d'obligation faite aux établissements, à la différence des lois étatiques américaines. Les établissements scolaires sont les premiers répondants en présence d'un cas de harcèlement ; une personne estimant qu'un établissement scolaire n'a pas traité correctement sa dénonciation peut déposer plainte, en principe auprès de l'établissement ou de l'autorité compétente directement lorsque la plainte déposée auprès de l'établissement lui-même s'est avérée infructueuse ou que le bon déroulement de la procédure a été empêché par celui-ci³⁸. Les établissements anglais sont soumis à une évaluation officielle, dont la gestion du harcèlement est un critère : en cas de résultats insatisfaisants, l'établissement peut se voir privé d'une partie de son financement et subir un changement dans son management³⁹.

On constate dès lors que, dans ces deux exemples, l'école se trouve en première ligne de responsabilité, que ce soit en raison du risque d'action à son encontre ou de la menace de mesures administratives.

IV. Les solutions offertes par le droit suisse

À l'instar des droits anglo-saxons, le droit suisse ne comporte pas de norme visant à sanctionner le harcèlement scolaire en tant que tel⁴⁰. Certains comportements y afférents sont toutefois susceptibles de constituer des infractions pénales⁴¹ ou de s'insérer dans le champ d'application de plusieurs normes de droit civil ou administratif. En cela, l'approche suisse est similaire à celle de l'Allemagne.

A. Les sanctions disciplinaires

Si, dans les cantons, la lutte contre le harcèlement scolaire passe principalement par des mesures de prévention⁴², les cantons disposent également, sur le plan juridique, d'instruments permettant de sanctionner le manquement des élèves à leurs devoirs⁴³. Ainsi, les droits publics cantonaux, dont les législations en la matière peuvent différer d'un canton à l'autre, prévoient certaines dispositions applicables aux établissements scolaires et qui peuvent, le cas échéant, mener à des sanctions disciplinaires à l'encontre d'élèves⁴⁴, voire d'enseignants ou même de la direction d'un établissement. Dès lors qu'ils appartiennent à une catégorie spécifique d'administrés, les élèves sont soumis à un ensemble de règles particulières dont découlent des droits et obligations⁴⁵. Nous pouvons à cet égard relever que si les différentes lois et réglementations insistent

³⁶ Voir à cet égard Public Justice, Jury Verdicts and Settlements in K-12 Harassment & Bullying Cases (June 2021 edition) : à noter qu'une partie importante de ces cas relève d'actes d'ordre sexuel, dépassant alors le cadre du harcèlement scolaire au sens du présent article.

³⁷ UK Department for Education, Preventing and Tackling Bullying – Advice for headteachers, staff and governing bodies – July 2017, 6 ; Anti-bullying Alliance, Bullying and the law – Revised April 2017, 6 ; <https://www.gov.uk/bullying-at-school/bullying-outside-school>, consulté le 12 septembre 2021.

³⁸ <https://www.gov.uk/complain-about-school/state-schools>, consulté le 12 septembre 2021.

³⁹ House of Commons Library, Bullying in UK Schools – Briefing paper, February 2020, 17.

⁴⁰ De l'avis du Conseil fédéral (Interpellation [n. 4]) aucune mesure particulière n'est requise, en particulier au niveau fédéral, compte tenu des diverses campagnes de sensibilisation et du renforcement de la protection par le biais des droits de la personnalité.

⁴¹ L'analyse du volet pénal a été exclue de la présente contribution. Sur cette question, voir notamment BRUN (n. 20), 100 ss, auquel il est par ailleurs renvoyé s'agissant du développement des aspects pénaux, ainsi que LOPEZ (n. 20) et l'arrêt de la Chambre des recours pénale du canton de Vaud, décision 2018/817 du 1^{er} octobre 2018.

⁴² Dossier, Quelle est la situation dans les cantons en Suisse romande ?, Educateur 4/2020, 15 ss.

⁴³ Parmi ces devoirs, l'art. 115 al. 2 de la Loi sur l'instruction publique du 17 septembre 2015 (LIP, RS/GE C 1 10) mentionne que « *tout acte de violence, sous toutes ses formes, commis par des élèves dans ou hors cadre scolaire [à l'égard des enseignants et des camarades] est interdit* ». Les autres lois cantonales romandes sont moins précises s'agissant des devoirs de l'élève, cf. par exemple art. 115 al. 3 Loi sur l'enseignement obligatoire du 7 juin 2011 (LEO – RS/VD 400.02) et art. 33 al. 4 Loi sur la scolarité obligatoire du 9 septembre 2014 (LS – RS/FR 411.0.1) ; pour un aperçu des lois de tous les cantons, voir : <https://www.elternlobby.ch/uebersicht-alle-schulgesetze-schweiz-nach-kantonen/>, consulté le 12 septembre 2021.

⁴⁴ Par exemple, art. 114 et 118 LIP.

⁴⁵ MAIER ROBERT/RUDAZ (n. 13), 147.

sur le droit de l'élève au respect de sa personne, elles ne mentionnent pas directement la question du harcèlement scolaire, contrairement à celle de l'usage d'appareils multimédias, qui fait l'objet d'un traitement spécifique dans plusieurs règlements d'établissement⁴⁶.

Des sanctions disciplinaires peuvent être prises à l'égard des élèves qui ne respectent pas les règles fixées par les établissements⁴⁷. La compétence pour prendre de telles mesures est régie par le droit cantonal et peut différer selon la gravité de la sanction⁴⁸. Ces mesures sont de plusieurs ordres et vont du blâme au renvoi de l'élève en passant par l'assignation d'un travail supplémentaire ou des périodes de retenue⁴⁹. Les droits cantonaux adoptent à cet égard des approches diverses, non seulement s'agissant des sanctions, mais également de leur hiérarchisation. Les sanctions étant de nature administrative, leur prononcé devra respecter les principes généraux de droit administratif, tel quel celui de proportionnalité⁵⁰. Conformément à ce dernier principe, le renvoi d'un élève ne devrait, par exemple, être prononcé qu'en *ultima ratio*, en présence de faits d'une gravité significative et de l'absence de possibilités alternatives pour pallier le problème. En outre, les sanctions peuvent être assorties d'une mesure d'accompagnement éducatif ou de soutien psychologique⁵¹.

D'aucuns considèrent que l'intercession d'une tierce personne dans la dynamique du harcèlement ne consti-

tue pas un remède efficace à celui-ci, en ce qu'elle risque de mettre en exergue la vulnérabilité de la victime et son incapacité à se défendre par ses propres moyens⁵². Malgré ce dernier élément, qui soulève certes quelques questions quant à l'opportunité d'une intervention directe des parents d'élèves ou des membres de l'établissement, il n'en demeure pas moins que l'absence de réaction de personnes habilitées à prendre des mesures et ayant connaissance de faits de harcèlement paraît intolérable et que de tels agissements ne sauraient être simplement ignorés au motif qu'il est important pour un enfant d'apprendre à se défendre par lui-même.

Si le droit disciplinaire ne permet pas à la victime ou à ses parents d'ouvrir directement action contre l'école pour que des sanctions soient mises en place⁵³, la responsabilité de celle-ci ou de ses membres peut être engagée, à l'instar de la solution retenue dans l'arrêt de l'*Oberlandesgericht* Zweibrücken. En particulier, l'enseignant qui cause un préjudice de manière illicite à un élève dans le cadre de sa fonction engage la responsabilité de l'État⁵⁴. Les enseignants sont en outre soumis aux dispositions applicables à l'égard des fonctionnaires et s'exposent notamment à un éventuel renvoi en cas de manquements graves à leurs devoirs⁵⁵. L'école et les enseignants jouent donc un rôle important à l'égard du harcèlement et endossent de ce fait une certaine responsabilité, à l'instar de ce qui prévaut dans les droits anglo-saxons.

B. Les actions du droit privé

1. La protection de la personnalité

L'art. 28 CC est conçu comme une clause générale et la notion de personnalité qu'il contient n'a volontairement pas été définie par le législateur, afin de permettre une

⁴⁶ Les établissements sont en principe dotés de règlements, ne relevant pas directement du droit cantonal, dans lesquels ils retranscrivent et précisent ces bases légales ainsi que les règles applicables dans leur enceinte ; voir, par exemple, le règlement des établissements primaire et secondaire du Belvédère (disponible à l'adresse suivante : <https://www.lausanne.ch/vie-pratique/enfance-jeunesse-famille/scolarité-a-lausanne/etablissements-scolaires/eps-de-belvedere/a-propos/reglements-chartes.html>, consultée le 12 septembre 2021).

⁴⁷ Le droit disciplinaire et les sanctions qui en découlent relèvent du droit administratif et ont pour but de maintenir l'ordre à l'intérieur du groupe de personnes auxquelles le droit disciplinaire s'applique (ATF 108 Ia 316, c. 5b, JdT 1984 I 88).

⁴⁸ À titre d'exemple, dans le canton de Genève, les sanctions les plus graves doivent être prononcées par le Conseil de discipline conformément à l'art. 119 LIP. Plusieurs partenaires principaux de l'école tels que les enseignants, les directeurs, les parents d'élèves et les élèves majeurs sont associés dans ce conseil. Ce dernier est en outre présidé par une ou un juriste, juge ou avocat, cf. MAIER ROBERT/ RUDAZ (n. 13), 158 ss.

⁴⁹ En ce qui concerne les cantons de Vaud et Fribourg, cf. art. 119 ss LEO et art. 68 RLS/art. 76 Règlement sur l'enseignement secondaire supérieur du 26 mai 2021 (RESS – RS/VD 412.0.11) ; pour le canton de Genève, voir MAIER ROBERT/ RUDAZ (n. 13), 158 ss ; la sanction doit dans ce cadre revêtir un caractère éducatif, cf. MAIER ROBERT/ RUDAZ (n. 13), 153.

⁵⁰ MAIER ROBERT/ RUDAZ (n. 13), 156.

⁵¹ MAIER ROBERT/ RUDAZ (n. 13), 164.

⁵² C'est l'opinion développée dans la contribution d'ALESSANDRO ELIA, Pourquoi ne pas agir à leur place est-il un comportement bienveillant ?, *Educateur* 4/2020, 14 s.

⁵³ Ils peuvent toutefois alerter la direction de l'école, de manière à ce qu'elle prenne connaissance des faits et agisse en conséquence, cf. MAIER ROBERT/ RUDAZ (n. 13), 156.

⁵⁴ HERBERT PLOTKE, *Schweizerisches Schulrecht*, 2^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 2003, 648 ; cf. notamment pour les cantons de Vaud et Fribourg art. 4 ss LRECA – Loi sur la responsabilité de l'État, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961 (RS/VD 170.11)/ art. 6 s. LResp – Loi sur la Responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 19 septembre 1986 (RS/FR 16.1).

⁵⁵ Pour les cantons de Vaud et Fribourg, cf. art. 60 al. 3 et 62 LPers-VD (Loi sur le personnel de l'État de Vaud du 12 novembre 2001 – RS/VD 172.31)/art. 38 ss LPers (Loi sur le personnel de l'État du 17 octobre 2001 – RS/FR 122.70.1).

adaptation de la norme. Il incombe ainsi à la jurisprudence et la doctrine de tenir compte des évolutions sociétales dans la définition de cette notion⁵⁶. Il y a alors lieu de retenir que chaque comportement susceptible de nuire de manière significative à l'équilibre psychologique de la victime, peu importe le bien de la personnalité spécifiquement touché, est constitutif d'une atteinte à un droit de la personnalité⁵⁷. En conséquence, un comportement typique de harcèlement, tel que défini précédemment, et susceptible de causer une diminution significative du bien-être de la victime, pourra être considéré comme une atteinte à la personnalité de cette dernière.

L'atteinte peut être le fait d'une action, mais également d'une omission, d'une simple tolérance ou d'un laisser-faire. De plus, elle peut résulter d'un acte unique, d'un comportement répété ou même d'un état continu⁵⁸. L'action peut être dirigée à l'encontre de toute personne qui participe à l'atteinte (art. 28 al. 1 CC). Aussi, lorsqu'un enseignant ou la direction d'un établissement⁵⁹ tolèrent une situation de harcèlement ou ne prennent pas les dispositions adéquates afin de la faire cesser, l'action pourra être intentée contre eux au même titre qu'elle pourra l'être à l'encontre de l'auteur direct des brimades⁶⁰.

L'atteinte n'est sanctionnée que pour autant qu'elle soit illicite. Ce caractère est présumé, charge alors à l'auteur de démontrer *in concreto* l'existence d'un motif justificatif (consentement de la victime, intérêt public ou privé prépondérant ou encore la loi – art. 28 al. 2 CC)⁶¹. Dans le cas du harcèlement, on peine à trouver quel motif justificatif serait propre à lever l'illicéité de l'atteinte, dès lors qu'il s'agit principalement de moqueries, de fausses accusa-

tions et d'atteintes ayant pour unique but de blesser ou d'exclure la personne qui en est l'objet⁶².

La distinction entre les différents moyens défensifs assortis à cette protection (art. 28a CC) est superflue dans la mesure où il s'agit de trois actions d'un seul moyen de droit, qui dépendront de l'évolution de l'atteinte au moment de l'introduction de l'action⁶³. Il revient en effet au demandeur de prendre des conclusions et de préciser quel comportement il attend du défendeur, respectivement quelle mesure d'exécution le juge doit ordonner. Il est ainsi dans l'intérêt de la victime de diriger son action également à l'encontre de l'établissement, respectivement de la personne compétente en matière de sanctions disciplinaires, afin que le juge puisse exiger de leur part qu'ils prennent les mesures requises par le demandeur. Dans le cas contraire, l'efficacité des mesures que le juge pourra ordonner risque de se voir limitée par les prérogatives du droit public revenant aux autorités scolaires, restreignant également l'opportunité d'une action civile. Dans les limites des conclusions du demandeur, le juge peut rejeter une mesure qui lui paraît disproportionnée ou la réduire en conséquence⁶⁴. Dans tous les cas, le juge ne peut ordonner une mesure que si celle-ci est admissible au vu des circonstances, à savoir lorsqu'elle est adéquate, déterminée et proportionnée⁶⁵.

Les actions en protection de la personnalité peuvent ainsi permettre de faire cesser le harcèlement, au moyen des mesures accordées par le juge parmi celles proposées par le demandeur. Ces actions permettront également dans une certaine mesure de reconnaître la qualité de victime du demandeur⁶⁶.

2. L'allocation d'un tort moral

À défaut de pouvoir guérir les effets de l'atteinte, le juge peut procéder à un rééquilibrage au moyen de l'allocation d'une somme d'argent. Lorsqu'une atteinte illicite à la personnalité se traduit par des souffrances psychiques ou morales, la victime peut agir par le biais d'une action en tort moral, couplée à une action défensive ou à une action pénale. Conformément à l'art. 49 CO, la gravité

⁵⁶ Message du 5 mai 1982 concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité : art. 28 CC et 49 CO), FF 1982 II 666 : dans son message, le Conseil fédéral considère qu'il est préférable de regrouper des normes générales assurant la protection dans une même loi, de manière à en faciliter l'application et à leur offrir la possibilité d'évoluer en parallèle de la société ; en ce sens également : PASCAL MONTAVON *et al.*, Abrégé de droit civil, 4^e éd., Zurich 2020, 86 ; PAUL-HENRI STEINAUER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de l'adulte, Berne 2014, N 482.

⁵⁷ Cf. PHILIPPE MEIER, Droit des personnes, 2^e éd., Zurich 2021, N 656 et les réf. citées.

⁵⁸ ATF 143 III 297, 309, c. 6.4.3 ; cf. ég. BSK ZGB I-MEILI, art. 28 N 40 ; MEIER (n. 57), N 655 ss ; CR CC I-JEANDIN, art. 28 N 68.

⁵⁹ Sur l'autorité compétente pour prendre les mesures, cf. MAIER ROBERT/ RUDAZ (n. 13), 158 ss ainsi que les art. 123 s. LEO et art. 68 al. 1 RLS/art. 76 al. 4 et 79 al. 2 RESS.

⁶⁰ En cas de pluralité de défendeurs, il n'y a pas de solidarité et le comportement attendu de chacun doit de plus être précisé dans la demande (ATF 103 II 161, 166, c. 2, SJ 1978 222).

⁶¹ ATF 117 Ib 197, 201, c. 2c.

⁶² La véracité des faits allégués joue un rôle central, particulièrement s'agissant du droit à l'honneur (Arrêt TF 5C.254/2005 du 20 mars 2006, c. 2.1 ; ATF 126 III 161, 163, c. 3a-b).

⁶³ PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, N 764 ; MEIER (n. 57), N 734.

⁶⁴ TERCIER (n. 63), N 951.

⁶⁵ TERCIER (n. 63), N 952 ss.

⁶⁶ Par exemple par le biais de la publication du jugement, cf. art. 28a al. 2 CC ; STEINAUER/ FOUNTOLAKIS (n. 56), N 578.

de l'atteinte doit justifier l'allocation d'une indemnité⁶⁷ et l'auteur ne doit pas avoir donné satisfaction à la victime d'une autre manière⁶⁸.

Dès lors qu'une somme d'argent est improprie à effacer une atteinte, cette dernière doit présenter une gravité particulière ou revêtir une certaine intensité⁶⁹. Le critère de la gravité de l'atteinte va dépendre des circonstances concrètes du cas d'espèce, que le juge examine en vertu de son pouvoir d'appréciation⁷⁰. Il allouera une somme d'argent lorsque la gravité objective et subjective le justifie⁷¹. À titre d'exemple, le Tribunal fédéral considère que des brimades graves⁷² ou la rédaction de messages humiliants et inacceptables⁷³ sont des atteintes qui présentent un degré de gravité suffisant. Comme évoqué plus haut, les conséquences du harcèlement peuvent être significatives et témoigner en cela d'une gravité particulière de l'atteinte.

L'action en tort moral est subsidiaire⁷⁴. Par conséquent, la victime ne peut bénéficier d'une indemnité que si l'auteur ne lui a pas donné satisfaction autrement (art. 49 al. 1 *in fine* CO). Cette satisfaction peut découler de la publication d'un jugement, d'une condamnation pénale assortie d'une certaine publicité, ou encore de l'écoulement du temps⁷⁵. Selon le cas d'espèce, des excuses de la part de l'auteur pourraient être envisageables⁷⁶. Toutefois, il ne pourra s'agir que d'excuses volontaires, un tribunal ne pouvant contraindre une personne à exprimer une position ou un sentiment qui n'émane pas d'elle⁷⁷. Ces exemples ne sont pas exhaustifs et l'on pourrait songer à d'autres modalités de réparation, pour autant que celles-ci soient aptes à apporter satisfaction à la victime. Elles peuvent découler d'une démarche directe de l'auteur, mais également d'une injonction judiciaire, faisant suite par exemple à une condamnation au terme d'une action en protection de la personnalité⁷⁸. Ce genre de solution

pourrait s'avérer préférable, d'autant que l'allocation d'un tort moral obéit à des conditions restrictives⁷⁹.

Quant à la fixation d'une éventuelle indemnité, le Tribunal fédéral rappelle volontiers qu'il ne s'agit pas d'une opération mathématique : l'indemnité doit être équitable ; elle s'apprécie objectivement selon des situations comparables et doit être adaptée en fonction des circonstances concrètes⁸⁰. Il distingue généralement les atteintes qui créent un état durable de celles qui s'effacent avec le temps, comme c'est souvent le cas des atteintes à la personnalité, lesquelles font en principe l'objet d'indemnités moins élevées ; concernant ces dernières, une distinction est faite entre les atteintes provenant d'un acte unique et celles plus durables, en particulier lorsqu'elles sont propagées dans les médias⁸¹. À nouveau, les secondes doivent faire l'objet d'une indemnité plus lourde selon le Tribunal fédéral⁸². Les caractéristiques du harcèlement retenues plus haut, selon lesquelles il repose sur des atteintes répétées sur la durée et présentant une certaine intensité devraient dès lors justifier une indemnité non négligeable selon le cas d'espèce, tout particulièrement lorsque la victime est exposée à des conséquences à long terme⁸³.

V. Conclusion

Force est de constater que, sans s'être doté d'une norme légale destinée à s'appliquer particulièrement au harcèlement scolaire – solution préconisée par la France –, l'ordre juridique suisse dispose de mécanismes généraux propres à réguler ce type d'agissements. L'avis du Conseil fédéral

⁶⁷ FISCHER, *Haftpflichtkommentar*, art. 49 OR N 26.

⁶⁸ CR CO I-WERRO, art. 49 N 4; BSK OR I-KESSLER, art. 49 N 11 ss.

⁶⁹ ATF 137 III 303, 309, c. 2.2.2.

⁷⁰ ATF 125 III 412, 417, c. 2a.

⁷¹ ATF 120 II 97, 98, c. 2, JdT 1996 I 119 ; v. ég. Franz WERRO, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Berne 2017, N183 et les réf. citées.

⁷² Arrêt TF, 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 8.1.

⁷³ Arrêt TF, 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, c. 4.1.

⁷⁴ TERCIER (n. 63), N 2056 ss.

⁷⁵ STEINAUER/ FOUNTOLAKIS (n. 56), N 610a et les réf. citées.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Zoug A1 2017 55 du 8 mai 2019, c. 3.3 ; BSK OR I-KESSLER, art. 49 N 2.

⁷⁷ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Zoug A1 2017 55 du 8 mai 2019, c. 3.3 ; CHRISTIANA FOUNTOLAKIS/ JULIEN FRANCEY, « Parfum de la corruption », « Psychosecte », « Nazi » : ce qui va et ce qui ne va pas, *Medialex* 8/2020, N 17.

⁷⁸ ATF 131 III 26, c. 12.2.2.

⁷⁹ STEINAUER/FOUNTOLAKIS (n. 56), N 610 ; FRANÇOIS BOHNET, *Commentaire pratique, Actions civile*, vol. I §2 N 34 ; sur les conditions d'attribution d'un tort moral, voir WERRO (n. 71), 411 ss et STEINAUER/FOUNTOLAKIS (n. 56), N 608. Nous pouvons cependant relever que, dans le cas allemand évoqué ci-dessus, un tort moral a effectivement été alloué à la victime de harcèlement (cf. Arrêt de l'*Oberlandesgericht* de Zweibrücken (Allemagne), du 6 mai 1997, Az. 7O 1150/93). De plus, les études tendent à démontrer des conséquences importantes chez les victimes de harcèlement (cf. n. 2 et 3).

⁸⁰ ATF 125 III 269, 273, c. 2.

⁸¹ ATF 138 III 337, 347, c. 6.3.6.

⁸² ATF 138 III 337, 347, c. 6.3.6.

⁸³ L'âge de l'auteur doit cependant également être considéré, tout comme sa capacité de gain, pouvant justifier une indemnité moins élevée, cf. Arrêt du *Landesgericht* Memmingen (Allemagne) du 3 février 2015 (21 O 1761/13). Nous pouvons également relever à ce titre qu'à l'échelle européenne l'Allemagne alloue des indemnités relativement élevées, tandis que la Suisse concède des indemnités jugées modestes (LUKAS HECKENDORN URSCHELER, *Le tort moral, ses origines et son avenir en Europe*, in: Chappuis/ Winiger/ Campi [édit.], *Le tort moral en question*, Zurich 2013, 35 ss, 36).

à cet égard peut ainsi être suivi, en ce sens que les codes civil et pénal, ainsi que les normes cantonales de droit administratif régissant les relations entre l'école publique et l'élève, comportent une série de dispositions dont l'application permet de sanctionner les faits de harcèlement scolaire. On peut par ailleurs se référer à l'approche allemande qui, sans faire état d'une casuistique particulièrement importante en matière de harcèlement, donne un bon exemple de mise en œuvre de ces mécanismes. Une solution similaire saurait tout à fait s'envisager en vertu du droit suisse, dont les instruments présentent de grandes similitudes avec ceux dont dispose l'Allemagne.

La Suisse ne connaît cependant aucune jurisprudence en matière de harcèlement scolaire, laissant suggérer une incapacité des mécanismes évoqués à résoudre un problème dont l'existence est pourtant attestée. Par ailleurs, la loi ne ciblant pas spécifiquement le harcèlement scolaire, pas plus que ce dernier ne fait l'objet de développements doctrinaux, la situation juridique reste peu claire et l'est d'autant moins pour les victimes. Ces dernières, le plus souvent des personnes mineures, devront en particulier

faire face au caractère fragmenté des solutions offertes, lesquelles peuvent découler alternativement ou cumulativement des droits civil, pénal ou public. La coordination entre celles-ci peut alors s'avérer compliquée. Si l'on peut douter de l'opportunité d'introduire une action civile ou pénale pour des victimes mineures, en raison des coûts qu'elle engendre de même que de son caractère astreignant, le droit administratif cantonal présente davantage de proximité avec les élèves, dont il régit les droits et les devoirs. Il permet ainsi de prendre des mesures plus adaptées à la situation concrète. Une éventuelle concrétisation du harcèlement scolaire trouverait alors une place particulièrement opportune dans cet ensemble normatif, de manière à offrir une solution rapide et assurant une bonne prise en compte des intérêts de la victime. Une telle concrétisation pourrait se manifester, par exemple, par une mention concrète du harcèlement scolaire dans la législation scolaire cantonale, mention assortie le cas échéant de conséquences précises.