AU TRIBUNAL FEDERAL SUISSE

Mémoire complétif au recours de droit public, du 20 mai 1980, formé par

Rolf Himmelberger
35, avenue Dumas
1206 Genève

contre

1/ l'art. 23 de la loi genevoise du 7 décembre 1979 "sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques";

2/ l'arrêté - du 23 avril 1980 - relatif à l'entrée en vigueur de ladite loi, dans la mesure où il ordonne l'entrée en vigueur de l'article précité;

3/ l'art. 8 du règlement d'exécution - du 23 avril 1980 - de ladite loi;

4/ l'art. 10 du règlement précité.

Vu :

1/ le recours de droit public formé par le recourant soussigné le 20 mai 1980;

2/ les observations présentées le 10 juillet 1980 par le Conseil d'Etat du canton de Genève, représenté par Me Pierre-Louis Manfrini, avocat à Genève;

3/ l'ordonnance du Président de la I^{e} Cour de droit public du Tribunal fédéral du 22 juillet 1980;

le recourant a l'honneur d'exposer ce qui suit :

Considérant EN FAIT :

1. Le 6 octobre 1978, les Chambres fédérales ont adopté un complément au titre dixième du Code civil suisse traitant de la privation de liberté à des fins d'assistance (Chapitre VI : De la privation de liberté à des fins d'assistance : art. 397 a à 397 f).

2. A la même date, les Chambres fédérales ont décidé de retirer la réserve faite le 3 octobre 1974 lors de la ratification de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, réserve portant sur l'art. 5 de ladite Convention et permettant l'internement de certaines catégories de personnes par décision d'une autorité administrative.

3. Le Conseil fédéral a fixé la mise en vigueur au 1er janvier 1981 des modifications du Code civil mentionnées sous chiffre 1 et du retrait de la réserve portant sur l'art. 5 CEDH mentionné sous chiffre 2 (cf réponse du Conseil d'Etat, page 5).

4. Le 7 décembre 1979, le Grand Conseil genevois a adopté une nouvelle loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, loi renfermant l'art. 23 dont est recours.

5. En adoptant cette loi, le Grand Conseil genevois a d'ores et déjà tenu compte des nouvelles dispositions du droit fédéral en la matière (cf chiffres 1 et 2 précités).

6. Le Conseil d'Etat affirme (page 5 c. 6 de la réponse) que "le nouveau droit fédéral règlera la privation de liberté à des fins d'assistance de manière exhaustive. Toutefois, le Code civil ne régira que les cas où la liberté est retirée à une personne sans son assentiment ou contre sa volonté."

7. En page 6, chiffre 7 de sa réponse, le Conseil d'Etat précise que : "Le séjour dans un établissement psychiatrique présuppose avant tout la décision d'un médecin du canton - ne faisant pas partie de l'établissement psychiatrique - qui prend une décision formelle d'admission. En agissant ainsi il devient "l'office approprié" prévu au futur article 397 b, alinéa 2 du Code civil, selon les normes établies par le chapitre III de la loi."

8. Par arrêté du 23 avril 1980, conformément à l'article 43, al. 1 de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, le Conseil d'Etat a fixé la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi au 1er juillet 1980.

9. Egalement le 23 avril 1980, le Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève, faisant usage de la compétence que lui confère l'article 41 de la loi, a adopté un règlement d'exécution qui précise et complète la nouvelle loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques.

10. En date du 20 mai 1980, le recourant soussigné a déposé auprès du Tribunal fédéral un recours de droit public contre l'article 23 de la loi adoptée par le Grand Conseil genevois ainsi que contre les articles 8 et 10 du règlement d'exécution de cette loi.

11. Par sa réponse du 10 juillet 1980, le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève, représenté par Me Pierre-Louis Manfrini, avocat à Genève, conclut au rejet du recours de droit public formé par le recourant soussigné.

12. Le recourant tient ici à contester et à corriger quelques faits avancés par le Conseil d'Etat :

a) Le Conseil d'Etat affirme en page 10 de sa réponse :

> "En pratique, les conditions de vie et les droits du patient entré volontairement à la clinique psychiatrique universitaire de Bel-Air sont exactement les mêmes que ceux d'un patient entré à l'Hôpital cantonal. Il jouit de la même liberté de mouvement, il a les mêmes congés, la même possibilité de loisir à l'extérieur et de contacts avec sa famille et ses amis. Simplement, comme à l'Hôpital cantonal, son régime de vie est conditionné par les soins qu'il est venu rechercher. Les congés et autres modalités sont réglés par accord réciproque, conformément aux impératifs du traitement, comme dans n'importe quel établissement hospitalier."

Le Conseil d'Etat parle de la pratique, mais en lisant la loi, l'on constate que toute une série de dispositions légales sont applicables aussi bien aux malades entrés volontairement qu'à ceux qui sont entrés non volontairement.

Pour commencer, le Chapitre I (à l'exception de l'art. 11) de la nouvelle loi est applicable à tous les malades (donc y compris les volontaires selon l'art. 23) : l'art. 8 traitant du registre spécial, l'art. 9 traitant du dossier médical, l'art. 10 traitant de l'information, les art. 12 et 13 (Genevois résidant hors de Suisse et Etrangers). En ce qui concerne le Chapitre II (art. 14 à 20), il y a lieu de relever que le Conseil de surveillance psychiatrique contrôle aussi bien les malades entrés volontairement que ceux entrés non volontairement (cf. notamment art. 18 al. 1 lettre a). En ce qui concerne le Chapitre III traitant des admissions en établissements psychiatriques, sont communs aux entrées volontaires et non volontaires : l'annonce de l'admission au Conseil de surveillance psychiatrique (art. 21 al. 3), le refus d'admission éventuel (art. 22), les congés (art. 31), la sortie conditionnelle (art. 32), la réintégration après sortie sans autorisation (art. 33), le transfert dans un autre établissement hospitalier (art. 34), les avis divers au Conseil de surveillance psychiatrique (art. 35) de même que les dispositions pénales (art. 38 et 39).

Ainsi que le recourant l'a déjà souligné en page 8 de son mémoire de recours, seule l'entrée dans l'établissement est régie par des dispositions légales différentes selon qu'il s'agit d'entrées volontaires ou non volontaires.

b) Le malade entré volontairement ne doit pas avoir une autorisation du médecin pour quitter l'établissement, comme le dit le Conseil d'Etat en page 10 de sa réponse, mais il doit solliciter une décision de sortie que le médecin prendra unilatéralement (art. 23 al. 2 de la

loi : Le séjour cesse sur décision du médecin responsable de l'établissement) comme pour les demandes de sortie de malades entrés non volontairement (cf. art. 30 de la loi).

c) En affirmant que le patient entré volontairement à la clinique de Bel-Air a les mêmes congés que le patient entré à l'Hôpital cantonal (cf. réponse p. 10), le Conseil d'Etat sous-entend que le malade entré volontairement à la clinique de Bel-Air a des congés plus favorables et non réglementés que les congés réglementés qu'a le malade entré non volontairement. Or, l'article 31 de la loi, qui réglemente les congés des patients de Bel-Air, est applicable et aux admissions volontaires et aux admissions non volontaires, ainsi que l'indique clairement le titre de la section 4 de la loi.

Considérant EN DROIT :

I. 1. Article 23 de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques.

A. Préambule.

En guise de préambule, le recourant, suite à certaines insinuations de la part du Conseil d'Etat, tient à préciser ce qui suit.

Aussi bien en ce qui concerne l'article 23 de la loi que l'article 10 du règlement d'exécution, le recourant n'a absolument rien contre les dispositions qui visent à faciliter les entrées volontaires ou libres dans les hôpitaux ou cliniques en tout genre. Le recourant trouve également tout à fait normal qu'un médecin peut et doit porter secours à une personne mourante ou gravement atteinte dans sa santé et qui va solliciter une aide médicale.

Mais, par contre, le recourant tient à condamner fermement toute disposition qui vise ou qui peut viser à priver ou à permettre de priver de liberté une personne contre sa volonté qui n'a commis aucun délit et qui n'est pas soupçonnée d'en avoir commis un et qui n'est dangereuse ni pour autrui ni pour elle-même.

En effet, à quoi cela sert-il de proclamer que la liberté personnelle, parachevée par le retrait de la réserve concernant l'art. 5 al. 4 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, existe et est respectée en Suisse, si des dispositions légales ou

réglementaires permettent de priver de liberté contre leur volonté des personnes n'ayant commis aucun délit et n'étant pas dangereuses pour autrui ou pour elles-mêmes, encore que l'on peut se poser la question de la légitimité d'une intervention de l'Etat face à une personne qui ne serait dangereuse que pour elle-même et non pour autrui. Cette dernière question (sur le danger pour soi-même) n'étant pas l'objet du présent recours, le recourant n'examinera donc pas cet aspect de la question.

Le recourant se demande également pourquoi il est nécessaire de légiférer en ce qui concerne les malades entrant volontairement dans un établissement psychiatrique. En effet, et puisque le Conseil d'Etat soutient que les droits et les conditions de vie du patient sont semblables à la clinique psychiatrique de Bel-Air et à l'Hôpital cantonal, il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire concernant les modalités du séjour d'un patient de l'Hôpital cantonal à Genève (excepté les questions financières et d'organisation de l'hôpital). L'Hôpital cantonal n'a également pas eu besoin jusqu'à ce jour de dispositions légales ou réglementaires pour lui permettre de soigner des malades comateux ou qui, en raison de leur état, ne sont plus en mesure de donner leur consentement à l'acte médical. Les dispositions du Code des obligations relatives au mandat et à la gestion d'affaires sans mandat ont amplement suffi en elles-mêmes.

Pourquoi donc manifester, avec l'art. 23 de la loi, une prévenance malsaine à l'égard des malades psychiques en prévoyant de pouvoir les priver de liberté pour des motifs dont on ne sait pas si ces motifs seront

liés au traitement médical (cf. p. 18 de la réponse du Conseil d'Etat) ou à la prévention d'un danger hypothétique ou réel. Un malade mécontant d'un traitement à l'hôpital cantonal a parfaitement le droit de quitter l'établissement de son propre chef quand il le décide. Pourquoi n'en irait-il pas de même en ce qui concerne la clinique psychiatrique de Bel-Air ?

D'autre part, sur les 1500 à 1700 admissions annuelles à l'établissement psychiatrique de Bel-Air (cf. réponse du Conseil d'Etat p. 9), un peu plus de la moitié est constitué par ce que la nouvelle loi appelle des entrées non volontaires.

Les entrées non volontaires sont ordonnées pour moitié par des médecins de divers organismes de l'Etat et l'autre moitié par des médecins privés appelés auprès d'un patient (cf. rapport de la commission du Grand Conseil, p. 37).

350 à 400 entrées non volontaires sont donc ordonnées par les médecins des établissements hospitaliers publics, par exemple l'hôpital cantonal, le Centre psycho-social universitaire, l'hôpital de gériatrie et le centre de gériatrie. Une part importante de ces entrées non volontaires est ordonnée par la policlinique de psychiatrie de l'hôpital cantonal (pour les malades se présentant ou étant hospitalisés à l'hôpital cantonal). Dans ces cas, le médecin ordonnant l'internement applique les art. 24 à 29 de la nouvelle loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques.

En conclusion, en ce qui concerne les entrées non volontaires usuelles, la procédure normale que le Conseil d'Etat appelle parfois "formaliste" (cf. réponse p. 27) suffit amplement pour "déplacer" un malade d'un établissement non psychiatrique dans un établissement psychiatrique, alors que le Conseil d'Etat réclame une procédure d'exception pour "déplacer" (c'est-à-dire changer le régime d'hospitalisation) d'un pavillon ouvert en pavillon fermé quelques rares patients (cf. réponse p. 10) où "il se peut qu'une évolution défavorable se produise" et où l'application des articles 24 à 29 de la loi suffirait. Sur les 800 à 1000 médecins habilités à prendre une décision d'admission non volontaire (offices appropriés selon les nouvelles prescriptions du CCS), le Conseil d'Etat conviendra aisément qu'un de ces médecins puisse être immédiatement appelé pour examiner le malade et statuer sur la privation de liberté éventuelle.

B. Article 23 de la loi.

Ainsi que le recourant l'a déjà souligné dans la partie en fait du présent mémoire complétif, les conditions de vie, hormis la procédure d'admission qui est réglée de façon différente, sont réglées par la nouvelle loi par des dispositions communes parfaitement semblables aux malades entrés volontairement et aux malades entrés non volontairement. Ainsi, et vu que le Conseil d'Etat proclame que les conditions de vie et les droits du patient entré volontairement à la clinique psychiatrique de Bel-Air sont exactement les mêmes que ceux d'un patient de l'hôpital cantonal, pourquoi le Grand Conseil a-t-il mentionné sous les dispositions communes aux admissions volontaires et non volontaires les congés (art. 31), la sortie conditionnelle (art. 32), la réintégration après sortie sans autorisation (art. 33) ?

La loi mentionne donc clairement et sans aucun doute possible qu'un malade entré volontairement est sous le même régime juridique qu'un malade entré non volontairement.

Le Grand Conseil prévoit également, à l'art. 32, la sortie conditionnelle d'un malade entré volontairement soit a) en le confiant à la responsabilité d'une personne qualifiée prenant l'engagement de veiller sur lui, de lui prodiguer les soins prescrits et d'aviser le conseil en cas d'aggravation de l'état du malade;

b) en le soumettant à l'obligation de se faire suivre par un médecin qui, en cas de non-respect de cette obligation, en avise le conseil.

L'art. 31 de la loi soumet aux mêmes congés les malades entrés volontairement et les malades entrés non volontairement.

Pourquoi le Grand Conseil genevois persiste-t-il absolument à vouloir régler au moyen d'une loi les congés d'un malade entré volontairement dans un établissement psychiatrique alors qu'aucune disposition légale ni même réglementaire n'existe pour les congés des malades entrés volontairement à l'hôpital cantonal. Il en va de même de l'obligation de se faire suivre par un médecin.

Les dispositions susmentionnées concernant les congés et la sortie conditionnelle restreignent, du point de vue du recourant, de façon inadmissible la liberté personnelle d'un malade entré volontairement dans un établissement psychiatrique.

Ainsi que le recourant l'a précisé dans le préambule qui précède, le présent recours vise uniquement à contester une mesure privative de liberté qui serait contraire aux droits constitutionnels du citoyen. Or, dans sa réponse aussi bien en ce qui concerne l'art. 23 de la loi, mais également et surtout l'art. 10 du règlement, le Conseil d'Etat parle essentiellement de soins médicaux, de malades demandant à être soignés et de l'obligation de donner des soins du médecin face à un malade qui lui demande de le soigner. D'ailleurs, aussi bien pour l'art. 23 de la loi que pour l'art. 10 du règlement d'exécution, le Conseil d'Etat justifie les mesures prises par le fait que le malade va, de lui-même, demander des soins dans un établissement psychiatrique. Mais le Grand Conseil et le Conseil d'Etat ont à ce point réglementé la liberté personnelle du malade entré volontairement par des dispositions plus ou moins claires qui permettent, en fait, de priver ce malade de liberté et de le traiter ainsi de force. Car c'est bien de mesures privatives

de liberté dont il faut parler. Thomas S. Szasz, psychiatre américain, dans "La théologie de la médecine" petite bibliothèque payot Paris 1977 p. 121, ne comprend pas ces mesures privatives de liberté lorsque le malade va demander de l'aide à son médecin : "Ainsi, je n'ai pas très bien saisi pourquoi un patient qui avait placé sa confiance dans son thérapeute, au point de lui confier ses intentions suicidaires, devenait ipso facto inapte à juger de son propre intérêt." puis : "Le but de la manoeuvre était donc une fois de plus de priver le patient de l'un de ses droits fondamentaux : à savoir le droit de changer de thérapeute lorsque patient et médecin ne sont pas d'accord sur la thérapie à appliquer."

Le recourant est d'avis que, si un malade, aux yeux de son médecin, n'est plus en état de juger de ses actes, il y a d'abord lieu de rechercher si l'institution d'un conseil légal, d'une curatelle ou d'une tutelle serait appropriée, avant de chercher à le traiter médicalement contre sa volonté, étant donné que les traitements psychiatriques durent couramment plusieurs années.

Le Conseil d'Etat, en page 13 de ses écritures, relève que le législateur, en formulant l'art. 23 de la loi, a également tenu compte de la nécessité d'offrir une garantie minimum, écartant tout risque d'abus. Le recourant n'a pas très bien saisi quelle était cette garantie minimum. Quant à parler d'écarter tout risque d'abus, il semble que le législateur, en donnant les pleins pouvoirs aux médecins pour décider de la sortie d'un malade entré volontairement, permet plutôt toutes sortes d'abus.

En définitive, le Conseil d'Etat conclut à l'admissibilité de l'art. 23 de la loi en arguant qu'il sera très rarement utilisé pour retenir un malade contre sa volonté (cf. notamment p. 10 de la réponse, dernière phrase). Ce qui revient à dire que le Conseil d'Etat invoque la rareté de l'application d'une disposition légale pour lui permettre de violer les droits constitutionnels du citoyen (ici la liberté personnelle) ainsi que les dispositions du Code civil relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance et les dispositions du Code des obligations relatives au mandat. D'ailleurs, en page 10 de ses écritures, le Conseil d'Etat ne parle que de justification "médicale" pour retenir un malade entré volontairement contre sa volonté. Or, pour une mesure privative de liberté, il faut une justification d'ordre juridique basée sur un motif d'ordre public.

Il est également à relever que le législateur fédéral, en introduisant le recours de droit public contre l'adoption de dispositions légales cantonales, a d'abord voulu permettre aux citoyens de faire censurer par le Tribunal fédéral une disposition viciée au départ et, de ce fait, à l'empêcher de déployer ses effets.

Le recourant tient à signaler ici que le "Manuel de psychiatrie" de Henri Ey, P. Bernard et Ch. Brisset mentionné en page 19 du mémoire de recours est le manuel de base en langue française en usage à la Faculté de médecine de Genève. Le recourant ne voit donc pas en quoi il essaierait, dans le cas particulier, de développer sa propre conception de la psychiatrie. Si le "Manuel de psychiatrie" susmentionné prône l'admission libre en établissement psychiatrique, le recourant en conclut simplement qu'une part importante du corps médical souhaiterait le maximum d'entrées libres.

Le recourant considère également que le Tribunal fédéral est très restrictif en ce qui concerne la mise sous tutelle (ATF 81 II 259 = JdT 1956 I 291; ATF 82 II 274 = JdT 1957 I 266; ATF 96 II 369 = JdT 1972 I 66). Il s'agit vraiment de la dernière solution entrant en ligne de compte s'il n'y a pas d'autres mesures plus douces entrant en considération. La privation de liberté étant une atteinte plus grave à la liberté personnelle que la mise sous tutelle, le recourant est donc d'avis qu'il convient également d'être très restrictif en ce qui concerne une privation de liberté à des fins d'assistance. Le recourant ne saurait donc tolérer qu'une loi cantonale (ici l'art. 23 de la loi) donne moins de garanties au malade qu'une mise sous tutelle.

En dernier lieu, l'on relèvera que, contrairement à ce qu'écrit le Conseil d'Etat (p. 19 de sa réponse), l'art. 23 de la loi innove bel et bien, car l'art. 27 de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales du 14 mars 1936 stipulait que la sortie ne pouvait être refusée que si le malade présentait un danger pour lui-même ou pour autrui (cf. mémoire de recours p. 32).

L'art. 23 de la loi dont est recours a innové dans le sens qu'il supprime le critère du danger pour le malade lui-même ou pour autrui et se borne à fournir une base légale pour retenir contre sa volonté un malade entré volontairement pour des motifs non définis dans la loi.

La formulation des alinéas 2 et 3 du nouvel art. 23 de la loi contesté par le présent recours est à ce point imprécise qu'elle ne permet pas de prévoir quel sera le contenu des mesures que prendront les médecins chargés d'appliquer la loi. Or, une formulation imprécise concernant une norme législative restreignant la liberté personnelle ne saurait être admise.

2. Article 23 de la loi et liberté personnelle.

En page 15 de sa réponse, le Conseil d'Etat estime que les griefs du recourant sont dépourvus de toute pertinence lorsqu'il affirme que l'art. 23 de la loi viole la liberté personnelle garantie par la Constitution fédérale et l'art. 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et affirme qu'il ne peut y avoir, en effet, restriction de la liberté personnelle que lorsque la liberté personnelle est retirée à une personne sans son assentiment ou contre sa volonté.

Le recourant conteste ce point de vue pour les raisons suivantes :

a) Il semble, en conséquence, qu'il s'agit ici bien d'une privation de liberté "à la demande de la personne elle-même". Le Conseil d'Etat, dans sa logique, en conclut qu'il n'y a pas de violation de la liberté personnelle en raison de l'accord du malade. Ce raisonnement se conçoit dans la mesure où le malade ne manifeste pas d'intentions de s'opposer et ne s'oppose pas aux mesures décidées par les médecins de l'établissement. Or, c'est précisément pour permettre à ces médecins de s'opposer immédiatement à une "envie" de quitter l'établissement de la part d'un malade entré volontairement que l'art. 23 de la loi a été rédigé avec les alinéas 2 et 3 contestés par le présent recours, ou encore pour permettre aux médecins de l'établissement de forcer un malade volontaire à ingérer un médicament dont il ne veut pas.

Ici, il est évident que le médecin de l'établissement qui refusera une sortie le fera d'abord parce que l'article 23 al. 2 de la loi le lui permet et il pensera d'abord à la "réussite" de son traitement (comme le dit le Conseil d'Etat en page 18 de sa réponse) avant de songer aux trois conditions cumulatives énoncées à l'article 24 al. 1 de la loi. Le médecin, qui n'est en principe pas juriste, se bornera à constater que l'art. 23 al. 2 de la loi lui permet de retenir un malade pour n'importe quel motif et personne ne lui reprochera une privation de liberté qu'il avait le droit de décider.

Au surplus, si le malade demande sa sortie conformément à l'art. 23 al. 3 de la loi et que le médecin refuse la sortie, le malade aura affaire à une délégation de 3 médecins membres du Conseil de surveillance psychiatrique (cf. art. 16 al. 2 et 18 al. 1 lettre i de la loi) où le risque existe qu'ils se basent sur les mêmes critères que le médecin de l'établissement psychiatrique.

Les décisions de cette délégation de trois médecins du Conseil de surveillance psychiatrique sont exécutoires (cf. art. 16 al. 2 de la loi) et susceptibles d'un recours à la Cour de justice dans un délai de 10 jours dès la communication de la décision.

La question reste ouverte de savoir si, à partir du 1er janvier 1981, date de la mise en vigueur des nouvelles dispositions du Code civil, le recours en réforme auprès du Tribunal fédéral sera recevable selon le nouvel article 44, let. f OJ, puisque la privation de liberté n'aura pas été ordonnée en suivant la procédure prescrite par les art. 397 a à 397 f du CCS, mais selon une procédure spécifiquement cantonale.

En conclusion, si, au départ, la situation d'un malade entrant volontairement dans un établissement psychiatrique donne l'illusion qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté personnelle, il n'en va pas de même si le malade n'est plus d'accord avec le médecin de l'établissement et s'oppose à un traitement médical ou s'il se voit opposer un refus de sortir. En page 10 de sa réponse, le Conseil d'Etat ne nie pas qu'il faille, pour chaque sortie, obtenir une autorisation juridique (et non médicale) du médecin pour quitter l'établissement. Au surplus, il ne s'agit pas d'une simple autorisation de sortie du médecin, mais bien, selon la loi, d'une décision unilatérale du médecin que le malade doit solliciter (cf. art. 23 al. 2 : Le séjour cesse sur décision du médecin responsable de l'établissement). Comment, dans ces conditions, ne pas parler de privation de liberté ?

b) En page 11 de sa réponse, le Conseil d'Etat affirme qu'un malade entré volontairement ne sera retenu que si les trois conditions cumulatives énoncées à l'art. 24 al. 1 de la loi sont réunies. Cette affirmation est, d'une part, déjà en contradiction avec les lignes figurant en page 18 de la réponse :

> "Le Conseil d'Etat a souligné dans la partie en fait du présent mémoire que l'obligation faite au patient d'un hôpital d'aviser le médecin s'il désire quitter l'établissement n'a rien d'extraordinaire et se justifie parfaitement par les impératifs du bon fonctionnement de l'établissement et de la réussite du traitement entrepris."

D'autre part, pourquoi le Grand Conseil genevois n'a-t-il pas inscrit dans l'art. 23 de la loi que l'observation des trois conditions de l'art. 24 al. 1 de la loi est nécessaire pour retenir une personne entrée volontairement ? En le faisant, le législateur aurait au moins eu le mérite de rédiger une base légale claire.

Car la base légale de l'art. 23 qui permet de retenir n'importe quel malade entré volontairement pour, en fait, des motifs peu clairs, n'a pas la clarté requise, aux yeux du recourant, pour satisfaire à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la liberté personnelle. L'article 23 de la loi permet en effet de retenir un malade entré volontairement pour n'importe quel motif et doit donc, pour cette raison, être annulé.

c) Le Conseil d'Etat justifie le fait qu'il faille obtenir une autorisation du médecin pour quitter l'établissement par quelques cas rares qui pourraient se produire où il y aurait une évolution défavorable du patient (cf. pages 10 et 18 de la réponse). Pourquoi, dans ces quelques rares cas, ne pas entreprendre une procédure d'admission non volontaire selon les art. 24 et ss de la loi ?

Ce point de vue du Conseil d'Etat constitue aussi une violation de la valeur morale du caractère constitutionnel de la liberté personnelle, car le fait d'obliger tous les malades entrés volontairement d'aller solliciter une décision de sortie (comme les malades entrés non volontairement) auprès du médecin responsable de l'établissement uniquement pour éviter aux médecins de l'établissement de devoir entreprendre quelques rares procédures d'entrées non volontaires, ressemble fort à une privation

de liberté pour de simples motifs d'opportunité, et cette procédure doit donc être condamnée. Roland Bersier, dans"Contribution à l'étude de La liberté personnelle", 1968, page 56, a donné une définition de la valeur morale de la liberté personnelle :

> "Le caractère constitutionnel de la liberté personnelle a une grande valeur morale : ce droit fondamental doit être respecté par le législateur qui, par exemple, ne pourrait le limiter pour de simples motifs d'opportunité. Mais la valeur morale de l'injonction adressée au législateur ne constitue pas une garantie suffisante puisqu'elle n'empêche pas les atteintes possibles. Il en est de même de toutes les prescriptions qui ne sont pas assorties d'une sanction et d'un procédé par lequel leur bénéficiaire pourra en faire respecter l'application."

d) L'art. 23 de la loi permet une privation de liberté dans le futur contre la volonté du malade et, à ce titre, il doit satisfaire aux exigences constitutionnelles relatives à la protection de la liberté personnelle. En effet, le Conseil d'Etat, s'il se réfère (pages 14-15 de sa réponse) à un accord du malade qui pénètre dans l'établissement, passe sous silence qu'il peut manifestement en aller différemment quelques jours voire quelques heures ou même quelques minutes après l'hospitalisation. Il suffit aussi, par exemple, que le médecin hospitalier du patient ne soit pas présent le jour où le malade décide de quitter l'établissement (par exemple le week-end). Est-ce que, dans ce cas, un malade ne remplissant pas les trois conditions cumulatives prévues à l'art. 24 de la loi pour une entrée non volontaire, va-t-il être retenu illégalement par les infirmiers de service ? Selon la loi, oui, car le

séjour cesse sur décision du médecin de l'établissement (art. 23 al. 2). Le Conseil d'Etat a confirmé, en page 10 de sa réponse, la nécessité de cette autorisation du médecin pour quitter l'établissement.

Pour comparer, un malade décidant de quitter l'hôpital cantonal le week-end en l'absence de son médecin traitant hospitalier pourra quitter l'établissement sans que le personnel infirmier de service n'ait le moindre droit de le retenir de force.

En conséquence, l'affirmation du Conseil d'Etat stipulant "que les conditions de vie et les droits du patient entré volontairement à la Clinique psychiatrique universitaire de Bel-Air sont exactement les mêmes que ceux d'un patient entré à l'Hôpital cantonal" se trouve singulièrement démentie et amenuisée. Au surplus, il peut en aller de même et selon le même scénario pour une demande de congé formulée en l'absence du médecin hospitalier.

En ne formulant pas, à l'art. 23 al. 2 et 3 de la loi, les motifs pour lesquels les médecins de l'établissement psychiatrique peuvent retenir un malade entré volontairement, le Grand Conseil genevois permet toutes les interprétations possibles et, par conséquent, tous les abus possibles. D'ailleurs, l'art. 23 ne renvoie pas à l'art. 24 pour ce qui est d'une motivation éventuelle à un maintien dans l'établissement.

En conclusion, l'art. 23 permettant une privation de liberté pour des motifs qui ne sont pas définis (l'art. 23 de la loi se bornant à fournir une base légale nécessaire à une privation de liberté sans indiquer les motifs pour lesquels il peut y avoir privation de liberté) doit, aux yeux du recourant, être annulé afin que le malade entré volontairement soit au clair sur les motifs éventuels permettant une privation de liberté (ou un maintien dans l'établissement contre la volonté du malade). Or, le Tribunal fédéral exige "une base légale claire et, partant, statuera avec un plein pouvoir d'examen, lorsque l'atteinte portée à la liberté individuelle sera particulièrement grave." (ATF 90 I 39).

3. Article 23 de la loi et article 4 de la Constitution fédérale.

Le Conseil d'Etat, en pages 19 et 20 de sa réponse, estime que l'art. 23 de la loi ne viole pas l'article 4 de la Constitution fédérale, en arguant que le législateur jouit d'une liberté d'appréciation et que le Tribunal fédéral ne saurait se substituer au législateur et témoigne d'une retenue compréhensible.

A ce sujet, le recourant tient à relever les faits suivants :

Si la disposition attaquée ne se justifie aucunement, elle est censurable selon l'art. 4 de la Constitution (Grisel, Droit administratif suisse, p. 176). Or, le Grand Conseil genevois a prévu des dispositions légales semblables pour le séjour et la sortie des malades entrés volontairement et non volontairement. Et, il ne se justifie aucunement de prévoir un régime juridique semblable pour des malades privés de liberté et des malades qui ne sont pas privés de liberté. Il s'agit donc bien d'une assimilation insoutenable ainsi que le recourant l'a déjà souligné dans son mémoire de recours du 20 mai 1980.

D'autre part, le principe de la bonne foi régit tous les rapports entre l'administration et les administrés, principe qui doit être observé de part et d'autre. Le Tribunal fédéral se prononce librement sur l'application de ce principe, qu'il déduit de l'art. 4 Cst. (Grisel, op. cit. p. 187). Grisel cite ensuite à la même page que "Il importe ensuite que l'administré ait eu de sérieux motifs de croire en la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite." Dans le cas de l'art. 23 de la

loi dont est recours, il est tout à fait clair que le malade, se présentant à l'entrée de la clinique psychiatrique avec un simple certificat médical comme il le ferait à l'entrée de l'hôpital cantonal, va sérieusement croire qu'il fait une entrée libre réglementée par les art. 394 à 406 du Code des obligations traitant du mandat. Or, le recourant démontre justement avec le présent recours que tel n'est manifestement pas le cas.

En allant dans le même sens, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Loup du 12 octobre 1977, a relevé ce qui suit :

> "La jurisprudence du Tribunal fédéral a constamment admis que le principe général de l'égalité de traitement, proclamé par l'art. 4 Cst., ne permet pas de faire, entre divers cas, des distinctions juridiques qu'aucun fait important ne justifie ou de soumettre à un régime identique des situations de fait qui présentent entre elles des différences importantes et de nature à rendre nécessaire un traitement différent. Autrement dit, il y a lieu d'appliquer un traitement juridique semblable à des situations de fait semblables et un traitement juridique différent à des situations de fait différentes (ATF 101 Ia 515/516; 100 Ia 328 consid. 4 b; 94 I 654; 91 I 84; 90 I 162; 88 I 159; 87 I 358; 86 I 279)."

4. Article 23 de la loi genevoise et nouvelles dispositons du Code civil suisse.

Le Conseil d'Etat réfute la référence aux art. 397 a et ss du Code civil suisse pour la raison que "la loi fédérale du 6 octobre 1978 modifiant le Code civil n'est à ce jour pas entrée en vigueur. Dès lors, tout conflit entre le droit cantonal et la législation fédérale n'a, en l'état, qu'un caractère purement virtuel et ne saurait être sanctionné par le Tribunal fédéral. Le principe de la force dérogatoire n'intervient qu'en cas de conflit de règles valablement promulguées et en vigueur."

Le recourant conteste fermement ce point de vue pour les raisons suivantes :

1. La loi genevoise est par anticipation la loi cantonale d'application de la loi fédérale du 6 octobre 1978 modifiant le Code civil.

2. Si le recourant avait attendu l'entrée en vigueur de la loi fédérale pour contester la régularité du droit cantonal au vu du droit fédéral, il aurait été tardif à invoquer ce moyen par le biais du recours de droit public au Tribunal fédéral.

3. C'est faire preuve d'un juridisme excessif que de réfuter la validité d'une loi fédérale sous prétexte qu'elle n'est pas encore en vigueur et bien que la commission du Grand Conseil genevois qui a examiné la nouvelle loi déclare que la loi genevoise du 7 décembre 1979 est une loi d'application des nouveaux articles 397 a à 397 f du Code civil suisse.

4. Le Conseil d'Etat ne saurait faire grief au recourant de se fonder dans son argumentation sur une loi qui n'est pas encore en vigueur puisqu'il ne fait en cela qu'imiter le mode de faire du Grand Conseil et du Conseil d'Etat.

5. Ainsi que le stipule le nouvel article 12 B de la loi genevoise d'application du code civil du 3 mai 1911, introduit par l'article 45 de la loi du 7 décembre 1979 sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, le Grand Conseil se réfère lui-même formellement aux articles 397 d, 397 e et 397 f du Code civil suisse pour ce qui concerne l'application de la loi cantonale du 7 décembre 1979 qui comprend l'art. 23 dont est recours.

Le nouvel article 12 B de la loi d'application du code civil du 3 mai 1911 a la teneur suivante :

> "Les autorités compétentes en vertu des articles 397 a et suivants du code civil pour ordonner les privations de liberté à des fins d'assistance en matière de personnes atteintes d'affections mentales sont désignées par la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques. La procédure est soumise aux dispositions des articles 397 d, 397 e et 397 f, du code civil, ainsi qu'aux règles prévues par la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques."

Le recourant conclut donc que l'art. 23 de la loi dont est recours doit être également examiné sous l'aspect de la concordance avec les nouvelles dispositions du Code civil suisse en matière de privation de liberté à des fins d'assistance.

D'autre part, le Conseil d'Etat au message du Conseil fédéral qui stipule que le nouveau droit fédéral ne règlera que "les cas où la liberté est retirée à une personne sans son assentiment ou contre sa volonté.

L'art. 397 e du Code civil est très clair à sa première phrase : "La procédure est réglée par le droit cantonal, sous les réserves suivantes : ". Ensuite, le chiffre 1 de cet article est également clair et ne prête à aucune discussion : "Lors de toute décision, la personne en cause doit être informée des motifs justifiant la mesure prise et être avertie, par écrit, de son droit d'en appeler au juge." Or, ni l'alinéa 2, ni l'alinéa 3 de l'art. 23 de la loi dont est recours, ne respectent le chiffre 1 susmentionné de l'art. 397 e du Code civil. Car c'est ici que se pose le problème, s'il ne se pose pas déjà avant (lors de l'entrée dans l'établissement). A l'entrée dans l'établissement, la procédure prévue par les nouvelles dispositions du CCS n'est pas respectée car, dit le Conseil d'Etat en citant le Message du Conseil fédéral, il n'y a pas privation de liberté.

Mais, le malade, jouissant (selon le point de vue du Conseil d'Etat) ou ne jouissant pas (du point de vue du recourant) de sa liberté personnelle doit demander sa sortie au médecin responsable de l'établissement s'il a envie de quitter ledit établissement. L'alinéa 3 de

l'art. 23 dit que le médecin doit prendre une décision dans les 24 heures. En cas de refus, la demande est transmise au conseil qui statue dans les 3 jours ouvrables. Il est ici hors de doute pour le recourant que, si le médecin accepte la requête du malade, par exemple vingt heures après le dépôt de la demande, le malade aura été privé de liberté durant vingt heures pratiquement et juridiquement sans justification et sans que le médecin n'ait respecté la procédure imposée par l'art. 397 e CCS. Il en est de même si le médecin refuse la requête du malade et la transmet au conseil de surveillance psychiatrique, ce qui fait que le malade entré volontairement peut très bien être retenu contre sa volonté dans l'établissement durant 6 jours (qui se décomptent comme suit : 24 heures - 1 jour - représentant le temps de décision du médecin, + 5 jours - 3 jours + 2 jours de week-end - pour permettre au conseil de statuer), et ceci sans aucune indication légale de motif de privation de liberté, l'art. 23 de la loi n'imposant au médecin responsable de l'établissement aucune obligation d'informer le malade des motifs d'un refus de sortie.

Ainsi que le recourant l'a déjà souligné dans la partie en fait du présent mémoire complétif, le régime juridique d'un malade entré volontairement est exactement identique au régime d'un malade entré non volontairement.

L'art. 23 de la loi viole donc la procédure prescrite aux articles 397 a à 397 f du Code civil aussi bien, comme le considère le recourant dans son mémoire de recours du 20 mai 1980, à l'entrée d'un malade volontaire dans l'établissement que, ainsi qu'il vient d'être démontré, lors d'un maintien dans l'établissement.

5. Article 23 de la loi et règles du Code des obligations relatives au mandat.

Le Conseil d'Etat affirme que "le rapport d'usage qui s'établit entre les malades et l'établissement public hospitalier de Bel-Air à Genève est régi exclusivement par le droit public cantonal. Par voie de conséquence, les dispositions générales du droit privé ne s'appliquent pas." Et, pour terminer, de se référer à l'article 59 al. 1 du Code civil suisse qui cite cette réserve en faveur du droit public cantonal.

Le recourant conteste ce point de vue pour les raisons suivantes :

a) La loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques du 7 décembre 1979, ainsi qu'il est précisé en ses art. 2, 4, 5 et 6, de même que dans les art. 5 et 6 du règlement d'exécution de ladite loi, est aussi applicable aux établissements privés existants ou qui pourraient s'ouvrir dans un avenir proche ou lointain sur le territoire du canton de Genève. Or, le droit privé et les règles du mandat sont manifestement applicables dans les relations entre un établissement privé et ses patients.

b) La réserve en faveur du droit public de la Confédération et des cantons, mentionnée à l'art. 59 al. 1 CC n'est pas totale. Les personnes morales de droit public sont soumises au droit public pour leur fondation, leur organisation et leur responsabilité, mais elles ne sont pas absolument et par principe exclues de l'application du droit privé (ATF 72 II 145 = JdT 1947 I 2).

André Grisel, dans "Droit administratif suisse", page 119, va dans le même sens :

> "Cependant, cela ne signifie pas que, conformément à la théorie des intérêts, toutes les contestations entre l'établissement et ses usagers doivent relever du droit public. Lorsqu'elles résultent de relations analogues à celles qu'une entreprise privée noue avec ses clients, il ne se justifie pas toujours que le droit privé cède au droit public. Au contraire, il n'est guère concevable que les différends entre une banque d'Etat et ses créanciers ou ses débiteurs soient soustraits au droit privé et au juge ordinaire.
>
> Le caractère personnalisé ou non de l'établissement ne préjuge pas nécessairement la question du droit applicable. Tout au plus est-il vrai que les relations d'une personne morale avec ses usagers ressortissent plus souvent au droit privé que celles d'un établissement sans personnalité avec les siens. En outre, l'obligation de recourir aux services d'un établissement n'implique pas forcément l'acceptation de ses conditions d'utilisation ni, dès lors, l'assujettissement au droit public. Peu importe encore que les parties aient qualifié leurs rapports de contractuels, il existe des contrats de droit administratif aussi bien que de droit privé (RO 76 II 105; ZBl vol. 52 p. 437, vol. 56 p. 145)."

Le recourant estime dès lors que le client d'un établissement hospitalier public conclut, en quelque sorte, un contrat de droit administratif avec l'établissement où le droit public cantonal est applicable pour ce qui concerne l'organisation, la responsabilité de

l'établissement, le tarif applicable à la rémunération due par le malade en ce qui concerne le séjour et les soins dans l'établissement et où les règles générales relatives au mandat (art. 394 à 406 CO) sont applicables notamment en matière de conclusion du contrat (art. 395 CO), de l'étendue du contrat (art. 396 CO) et de la fin, y compris le droit de révocation du malade, du contrat (art. 404 CO).

L'établissement hospitalier public exerce en fait une activité comparable à celle d'une industrie et l'Etat ne saurait imposer ses conditions d'utilisation à quiconque.

Le recourant tient pour inadmissible le fait que l'Etat puisse, en vertu du droit public cantonal, imposer des conditions spéciales aux malades psychiques désirant être hospitalisés, surtout en restreignant la liberté personnelle de ces malades.

En outre, le recourant estime que le principe de la liberté contractuelle, qui est un aspect de l'autonomie privée et un prolongement de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 Cst) doit également être respecté dans le cas des malades entrant volontairement dans un établissement psychiatrique. La liberté contractuelle implique en particulier :

- la liberté <u>de conclure ou de ne pas conclure</u> un contrat déterminé (réserve : obligation de contracter);
- la liberté <u>de choisir le partenaire</u> avec qui on concluera un contrat déterminé (réserve : dans le domaine du droit public, p. ex.);

- la liberté de conclure un contrat sans forme spéciale (réserve : les formes légales);
- la liberté de déterminer l'objet du contrat;
- la liberté de résoudre ou de modifier un contrat.

(Gauch/Schluep/Tercier. Partie générale du droit des obligations. Tome I. Editions Schulthess. Zurich 1978, page 67).

c) Le droit public cantonal ne peut pas déroger aux droits constitutionnels des malades (ici, la liberté personnelle) (ATF 98 Ia 520-521 = JdT 1973 I 499-500).

Au vu des arguments qui précèdent, le recourant conclut que les dispositions du Code des obligations relatives au mandat sont en partie, dans tous les cas en ce qui concerne le début et la fin du mandat (y compris le droit de résiliation du malade), applicables aux relations entre un établissement hospitalier public et ses clients, et dans leur totalité en ce qui concerne les relations entre un établissement privé et ses clients.

II. Article 8 du Règlement d'exécution de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques.

Le Conseil d'Etat, en page 23 de sa réponse, reproche au recourant de ne pas avoir suffisamment exposé et précisé les droits constitutionnels ou les principes juridiques violés et démontré en quoi consiste la violation.

A cet égard, il y a lieu de relever les points suivants :

1. L'article 8 du Règlement est un article complétant l'article 23 de la loi et forme donc juridiquement un tout.

2. L'article 8 du Règlement, en prescrivant la remise d'un exemplaire de la loi au malade entrant volontairement dans un établissement, s'il attire son attention "sur ses droits", c'est-à-dire sur son unique droit de demander en tout temps sa sortie au médecin responsable de l'établissement, ce qui peut être très louable en soi, la lecture de la loi par le malade aura aussi et surtout pour conséquence qu'il sera informé que "le séjour cesse sur décision du médecin responsable de l'établissement", c'est-à-dire que le malade aura la (mauvaise) surprise d'apprendre que, juridiquement, il ne sera pas libre de quitter l'établissement de sa propre volonté comme il pourrait le faire à l'hôpital cantonal.

Un article d'un règlement d'exécution ayant pour objet d'informer le justiciable d'une restriction anti-constitutionnelle à la liberté personnelle est également contraire à la Constitution fédérale, comme l'article 23 de la loi traitant de la restriction à la liberté personnelle proprement dite, étant entendu que le recours contre l'art. 8 du règlement dépend de l'issue favorable du recours contre l'art. 23 de la loi.

3. L'article 8 du Règlement d'exécution, en corrélation avec l'art. 10 de la loi, ne prévoit, pour les malades entrant volontairement dans un établissement, qu'une information à l'entrée dans l'établissement, c'est-à-dire uniquement au moment à partir duquel il dépend de la décision du médecin pour quitter l'établissement. Pourquoi, et puisque le Conseil d'Etat tient tellement à informer les malades entrant volontairement, l'article 8 du règlement d'exécution n'a-t-il pas prévu une information (par ex. remise d'une notice ou d'un exemplaire de la loi) au moment où le médecin rédige le certificat médical prévu à l'article 23 alinéa 1 de la loi par ce médecin, ceci afin que le malade, encore libre,puisse renoncer à accepter les conditions imposées par la nouvelle loi aux malades entrant volontairement (particulièrement les alinéas 2 et 3 de l'art. 23) et renoncer, de ce fait, à entrer dans l'établissement. Le recourant considère au surplus cette information à l'entrée de l'établissement, alors qu'elle pourrait très bien se faire avant, comme étant contraire au principe de la bonne foi entre l'Etat et le citoyen.

4. Ainsi qu'il ressort des pages 5, 15 et 16 de la réponse du Conseil d'Etat, les nouvelles dispositions du CCS relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397 a à 397 f) ne sont pas applicables aux personnes entrant volontairement dans un établissement. En page 24, lettre c de ses écritures, le Conseil d'Etat justifie cette information par une obligation qui lui est imposée par le nouvel article 397 e du Code civil. Cette référence à l'article 397 e du Code civil n'est pas justifiée eu égard à ce qui précède, c'est-à-dire que les nouvelles dispositions du CCS ne sont pas applicables aux entrées volontaires dans un établissement.

En pages 8, 24 et 25 de sa réponse, le Conseil d'Etat, en se basant sur l'avis du Conseil fédéral (pages 24 et 25 de la réponse) fait une exception en ce qui concerne l'information des personnes entrant volontairement dans un établissement et se réfère à l'art. 397 e chiffre 2 du Code civil.

A cet égard, il y a lieu de relever ce qui suit :

a) L'exception formulée par le Conseil fédéral (cf Message p. 36-37) n'est pas explicitement mentionnée à l'art. 397 e c. 2 du Code civil et n'a donc pas force légale obligatoire. L'art. 397 e c. 2 CCS dit uniquement que "Toute personne qui entre dans un établissement doit être immédiatement informée, par écrit, de son droit d'en appeler au juge contre son maintien dans cet établissement ou le rejet d'une demande de libération".

Le recourant estime ici que l'art. 397 e c. 2 CCS ne doit être applicable qu'aux malades ayant été privés juridiquement de liberté et ayant été d'accord avec cette mesure (c'est-à-dire avec information des motifs justifiant la mesure prise et indication du droit d'en appeler au juge dans les dix jours selon l'art. 397 e c. 1 CCS) et remplissant les conditions nécessaires à une privation de liberté à des fins d'assistance eu égard aussi bien aux nouvelles dispositions du CCS et de la nouvelle loi genevoise (art. 24 à 29). De plus, il n'est pas précisé dans le Message ce que le Conseil fédéral entend par "entrée volontaire", c'est-à-dire qu'il ne fait pas de distinction entre un malade qui demande son entrée lui-même dans un établissement et le cas où un malade se rend de lui-même dans un établissement à l'invitation d'une autorité compétente (office approprié selon l'art. 397 b CCS).

L'art. 397 e c. 2 du CCS précité inspire au recourant les réflexions suivantes :

b) La notion d'établissement n'est pas clairement définie : s'agit-il de tous les établissements recevant plus ou moins longtemps des malades psychiques ? Si oui, il faudrait alors, à Genève, également informer tous les patients séjournant à la policlinique de psychiatrie et tous les patients en traitement dans les hôpitaux de jour du Centre psycho-social universitaire (les patients de l'hôpital de jour de Bel-Air sont soumis à la nouvelle loi genevoise et ceux du Centre psycho-social universitaire ne sont pas soumis à cette nouvelle loi). Il se pose donc la question d'une éventuelle inégalité de traitement entre ces deux catégories de patients.

c) Selon l'art. 23 de la loi genevoise sur l'organisation de l'assistance publique médicale du 21 novembre 1900, "La clinique psychiatrique de Bel-Air est destinée à traiter les personnes atteintes de maladies mentales. Peuvent y être également reçus les alcooliques, les épileptiques et les idiots."

A Genève, les alcooliques sont soumis à la Loi sur le traitement et le placement des alcooliques du 3 décembre 1971. Selon cette loi, c'est la Chambre des Tutelles qui est compétente pour prendre des mesures coercitives, dont le placement dans un établissement, à l'égard des alcooliques. Les alcooliques ne sont donc pas soumis à la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques en ce qui concerne une éventuelle privation de liberté.

Les épileptiques et les idiots n'étant en principe pas forcément des malades mentaux, ils ne sont pas non plus soumis à la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques.

La question se pose donc de savoir si ces trois catégories de malades vont être également informés au au moyen d'un exemplaire de la loi à une entrée dans l'établissement psychiatrique de Bel-Air. La logique voudrait que non. L'art. 397 e c. 2 voudrait que oui, puisqu'il parle de "Toute personne entrant dans un établissement". Le recourant ne sait pas ce qui va se passer en pratique et ne peut donc se prononcer à ce sujet.

d) L'art. 397 e c. 2 du CCS, parlant d'une manière explicite d'un droit du patient d'en appeler au juge contre un maintien dans l'établissement ou le rejet d'une demande de libération présuppose et sous-entend que la personne à laquelle est destiné cet article soit juridiquement privée de liberté. Or, il est inconcevable de prévoir un recours au juge pour une personne qui serait libre, juridiquement parlant, de quitter l'établissement quand bon lui semble.

e) D'autre part, la remise, si les circonstances l'exigent, d'un autre exemplaire de la loi à la famille ou aux proches dans la mesure où ils sont connus de l'établissement (art. 8 al. 2 du règlement d'exécution) peut, suivant les cas, constituer une violation du secret professionnel selon l'art. 321 du Code pénal suisse si le malade est majeur, non interdit ni sous tutelle et s'il n'a pas été

privé de liberté au sens des nouvelles dispositions du CCS. Le Conseil d'Etat affirme à cet égard qu'un malade entré volontairement dans un établissement selon l'art. 23 de la loi n'est pas privé de liberté selon les nouvelles dispositions du CCS (cf. réponse du Conseil d'Etat, page 15).

Le recourant maintient donc son recours contre l'article 8 du Règlement d'exécution, celui-ci informant un malade jouissant de la liberté personnelle garantie par la Constitution fédérale d'une restriction anti-constitutionnelle à sa liberté personnelle (obligation juridique de demander la permission de sortir, sous peine d'amende - cf. art. 38 de la loi -, au médecin responsable de l'établissement) et ceci seulement après son entrée dans l'établissement, ce qui est une violation des règles de la bonne foi.

L'art. 8 du Règlement d'exécution viole donc la liberté personnelle garantie par la Constitution fédérale et est également arbitraire au sens de l'art. 4 de la Constitution fédérale.

III. Article 10 du Règlement d'exécution de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques.

1. Généralités.

Le Conseil d'Etat, en pages 25 et 26 de sa réponse, met en évidence que l'art. 10 du règlement d'exécution dont est recours, "a pour objet de permettre au corps médical de donner les premiers soins à une personne qui se présente aux portes d'un établissement hospitalier psychiatrique et dont l'état dénote à l'évidence qu'elle est en danger immédiat grave pour sa vie et sa santé."

Le recourant n'a, par principe, aucune objection à ce qu'un médecin donne les premiers soins à une personne qui se présente aux portes d'un établissement hospitalier public. Encore faudrait-il que cette personne puisse repartir aussi librement qu'elle est venue se présenter à l'entrée de l'établissement.

Le recourant tient notamment à faire ici une nette distinction entre une hospitalisation et une privation de liberté, car le Conseil d'Etat a la fâcheuse tendance, dans sa réponse, d'assimiler l'hospitalisation à la privation de liberté.

C'est en effet ici que se situe le noeud du problème. Le Conseil d'Etat passe sous silence que la personne qui vient se présenter spontanément va être privée de liberté. La procédure d'admission qui va être entreprise dans les 24 heures (art. 10 al. 2 et 3 du règlement d'exécution) le prouve sans contestation possible.

Le recourant ne conteste donc pas les soins à donner, mais exclusivement la mesure de privation de liberté.

A ce sujet, la réponse du Conseil d'Etat ne répond absolument pas à la question posée par le recourant dans son mémoire de recours du 20 mai 1980 (p. 39 du recours), à savoir si les entrées spontanées visées par l'art. 10 du règlement deviendront, dans les 24 heures, des entrées volontaires ou non volontaires ou encore si le choix du genre d'entrée va être laissé au choix du médecin extérieur à l'établissement qui va procéder aux formalités d'admission. Le recourant est d'avis que le silence du Conseil d'Etat à ce sujet signifie qu'il n'accorde pas d'importance au genre d'entrée puisque, de toute façon, c'est le médecin de l'établissement qui décidera du traitement à appliquer et de la sortie éventuelle à accorder au malade. L'art. 10 du règlement traite donc bien de privations de liberté à des fins d'assistance.

Ainsi que l'a relevé le Conseil d'Etat en page 25 de sa réponse, toute entrée, y compris l'entrée volontaire, nécessite un certificat médical. Donc, si l'établissement dispense un début de traitement à une personne se présentant sans certificat médical, il ne saurait être question de parler d'entrée volontaire.

D'autre part, l'art. 10 du règlement d'exécution mentionnant explicitement l'état d'un grave danger pour sa vie ou son état mental, il semble plutôt qu'il s'agit du danger grave pour le malade lui-même mentionné à l'art. 24 al. 1 de la loi.

Il ne faut pas non plus perdre de vue qu'une entrée dans un établissement psychiatrique selon l'art. 10 du règlement entraîne ipso facto l'introduction d'une procédure d'admission non volontaire selon les art. 24 à 29 de la loi (cf. al. 2 et 3 de l'art. 10 du règlement). Comment le Conseil d'Etat peut-il dès lors soutenir valablement que l'art. 10 du règlement "n'entend nullement introduire une mesure attentatoire aux libertés individuelles" ? (cf. réponse p. 28). Les faits sont ici, aux yeux du recourant, tout à fait clairs. Le simple fait d'accepter une personne dans un établissement psychiatrique et, en même temps, d'entamer une procédure d'admission non volontaire à l'égard de cette personne, doit être considéré comme une privation de liberté, éventuellement en la qualifiant de provisoire en attendant la décision définitive, mais une privation de liberté malgré tout.

Au surplus, le recourant ne voit pas la nécessité de procéder à une procédure d'entrée non volontaire si, comme le dit le Conseil d'Etat, le malade vient de lui-même demander des soins. Une procédure d'entrée volontaire sans la production, par le malade, d'un certificat médical, devrait suffire.

Les éléments précités incitent donc le recourant à conclure que le médecin extérieur à l'établissement intervenant dans les 24 heures procédera aux formalités nécessaires à une entrée non volontaire. Il s'ensuit que les médecins de l'établissement ne se gêneront pas de retenir par la force un malade qui s'est présenté de sa propre initiative bien qu'il n'a pas encore été procédé aux formalités d'admission (non volontaire) par un médecin extérieur à l'établissement et malgré que le Conseil d'Etat proclame qu'il ne s'agit pas d'un cas d'internement ou d'admission (cf. réponse p. 26).

Le Conseil d'Etat mentionne, en page 25 de sa réponse, que c'est à la demande du corps médical que le Conseil d'Etat a voulu autoriser, à l'alinéa 1 de l'article 10, les médecins à fournir un "début de traitement". Pourquoi le corps médical ou le Conseil d'Etat n'ont-ils dès lors pas demandé au Grand Conseil d'inscrire cette possibilité dans la loi ? En le faisant, ils auraient respecté la jurisprudence du Tribunal fédéral qui exige une base légale et non simplement réglementaire comme c'est le cas ici pour justifier une privation de liberté.

Il est également à relever que la clinique psychiatrique de Bel-Air n'a jusqu'à présent, avec la loi de 1936 et son règlement d'exécution, pas eu besoin d'une telle disposition pour sauver des malades mentaux d'une mort imminente.

D'autre part, le recourant se demande comment le Conseil d'Etat peut concevoir qu'une personne "en état de confusion mentale évident" (cf. p. 25 de la réponse) puisse se rendre "de sa propre initiative" (cf. p. 29 de la réponse) aux portes de la clinique de Bel-Air.

Le recourant se demande également comment il se peut qu'un malade, se présentant spontanément ou de sa propre initiative, ne soit plus en mesure de donner son consentement à l'acte médical (cf. notamment réponse p. 34).

2. Article 10 du règlement d'exécution et loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques.

La nouvelle loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques du 7 décembre 1979 a réglé d'une façon explicite et minutieusement détaillée la procédure qui permet, à teneur de ses art. 24 à 29, de priver une personne de liberté à des fins d'assistance pour des raisons de maladie psychique.

L'art. 10 du règlement, s'il ne crée pas un cas d'admission, n'en devient pas moins une nouvelle façon d'entrer dans un établissement psychiatrique que le Grand Conseil genevois n'avait pas prévue. De plus, s'il s'agit, comme le dit le Conseil d'Etat, de malades réclamant des soins à un médecin et étant d'accord avec ces soins, pourquoi le Conseil d'Etat n'a-t-il pas proposé au Grand Conseil de supprimer l'obligation de présenter un certificat médical à l'entrée de l'établissement lorsqu'il s'agit d'une entrée volontaire ? Le malade aurait ainsi pu faire une entrée volontaire et toute discussion et tout problème auraient été ainsi résolus. (Il est bien entendu que le recourant, lorsqu'il parle d'entrée volontaire dans le cadre de son recours contre l'art. 10 du règlement d'exécution sous-entend une entrée libre telle qu'il la demande dans le cadre de son recours contre l'art. 23 de la loi).

Le Conseil d'Etat dit, en page 27 de sa réponse, que "les dispositions légales concernant les admissions ne sont en d'autres termes pas modifiées par l'article 10 qui permet uniquement de donner les premiers soins, mais n'autorise pas à admettre le malade dans l'établissement."

Cette affirmation doit être contestée pour deux raisons. D'abord, l'art. 10 se borne à faire effectuer les formalités légales d'admission (probablement non volontaire) après l'entrée dans l'établissement alors que le législateur a voulu que ces formalités se fassent avant l'entrée à la clinique psychiatrique. Ensuite, en disant que l'art. 10 ne crée pas un cas d'admission, le Conseil d'Etat sous-entend que la personne qui a sollicité des soins et qui a été reçue dans l'établissement en application de l'art. 10 du règlement d'exécution reste effectivement libre de quitter l'établissement quand bon lui semble. Le recourant doute fortement que le médecin de l'établissement, qui a déjà appelé un de ses confrères, va simplement laisser cette personne s'en aller. Le recourant est d'avis que le médecin de l'établissement, dans un tel cas, va bel et bien retenir la personne de force de sa propre autorité avant d'avoir l'autorisation de la retenir contre sa volonté sur le vu d'une décision d'admission non volontaire établie par un médecin extérieur à l'établissement.

D'autre part, le Conseil d'Etat n'a pas répondu sur la question de la mention "ou accompagnée" figurant à l'alinéa 1 de l'art. 10 du règlement. S'agit-il simplement d'amis, de parents, ou cette notion regroupe-t-elle également les infirmiers, les ambulanciers et, en dernier lieu, la police qui aurait, par exemple, interpellé une personne bizarre dans la rue ou ailleurs et qui utiliserait la possibilité que lui fournit l'art. 10 du règlement pour faire donner à cette personne les premiers soins dont elle a besoin.

3. Article 10 du règlement d'exécution et liberté personnelle.

Il est évident, comme le dit le Conseil d'Etat en page 28 de sa réponse, que le seul fait de dispenser des soins ne peut être assimilé à une restriction de la liberté individuelle. Or, comme le recourant l'a déjà souligné avec l'art. 23 de la loi, cette conception du Conseil d'Etat ne vaut que dans la mesure où la personne à qui ces soins sont fournis jouisse de sa liberté personnelle et ait la faculté de quitter l'établissement si les soins dont elle est l'objet ne la satisfont pas et si elle désire chercher autre chose ailleurs.

D'autre part, le Tribunal fédéral exige une base légale qui soit claire en ce qui concerne les privations de liberté. Tout d'abord, le Conseil d'Etat, n'étant pas l'autorité législative, ne peut élaborer de base légale. Pour ce faire, il doit donc proposer un projet de loi au Grand Conseil. S'il s'agit d'une lacune, comme le dit le Conseil d'Etat dans sa réponse, il n'est donc pas autorisé à la combler lui-même.

De plus, l'art. 10 du règlement d'exécution, figurant dans un règlement d'exécution à une loi qui traite de privations de liberté à des fins d'assistance, va forcément traiter d'une privation de liberté. Si tel n'est pas le cas, il doit le mentionner explicitement comme les articles de la loi traitant de privations de liberté doivent être clairs.

En ne mentionnant pas explicitement s'il s'agit d'une privation de liberté à des fins d'assistance ou pas et s'il s'agit d'une entrée volontaire ou non volontaire,

le Conseil d'Etat permet n'importe quelle interprétation de l'art. 10 du règlement d'exécution. Or, un article de loi ou de règlement qui permet ou qui peut permettre ou encore qui vise à priver une personne de liberté doit être clair et explicite sur la notion de l'atteinte ou de la non-atteinte à la liberté personnelle.

L'art. 10 du règlement d'exécution, ne répondant pas à ces critères, doit donc être annulé en raison du fait qu'il viole le droit constitutionnel relatif à la liberté personnelle.

L'art. 10 du règlement d'exécution laissant croire au malade qui se présente "spontanément" aux portes d'un établissement psychiatrique qu'il va être libre de ses mouvements et notamment de quitter l'établissement lorsqu'il le décidera, alors que, ainsi que le démontre le recourant, il est privé de liberté ou les démarches en vue d'une privation de liberté sont en cours et il ne pourra plus quitter l'établissement de sa propre initiative en résiliant le mandat qu'il a donné au médecin en se présentant à lui. Cette façon de faire croire à un malade qu'il s'agit d'une entrée libre et volontaire comme à l'hôpital cantonal alors qu'il s'agit d'une privation de liberté est contraire aux principes de la bonne foi et de la morale et l'art. 10 du règlement d'exécution est ainsi également arbitraire et viole l'art. 4 de la Constitution fédérale.

4. Article 10 du règlement et nouvelles dispositions du Code civil suisse.

Ainsi que le recourant l'a démontré dans ses développements relatifs à l'art. 23 de la loi :

a) les dispositions cantonales d'application des nouvelles dispositions du Code civil suisse relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance doivent être conformes aux art. 397 a et ss du CCS.

b) les art. 397 a et ss doivent aussi s'appliquer dans les cas où l'entrée est volontaire mais où les médecins de l'établissement ont le droit d'imposer leur point de vue en ce qui concerne la durée du séjour ou le traitement à appliquer.

En outre, s'il n'est prévu aucune disposition coercitive au départ à l'égard des malades, il peut en aller différemment quelques heures, voire quelques minutes après l'entrée dans l'établissement.

D'autre part, les dispositions mentionnées par un groupe de travail constitué par le Département fédéral de justice et police, intitulé "Privation de liberté à des fins d'assistance - Dispositions cantonales d'introduction - Indications et suggestions" en suggérant que les cantons puissent prévoir également des privations de liberté fondées sur des mesures de police, afin d'empêcher un suicide ceci au cas où, à Genève, les 800 à 1000 offices appropriés ne seraient cependant pas en mesure de fonctionner, vont manifestement à l'encontre du texte explicite de l'art. 397 e CCS qui prévoit que la procédure mentionnée à cet article doit être respectée dans tous les cas.

Il est également hors de doute, du moins pour le recourant, que les 800 à 1000 offices appropriés du canton de Genève ne seront jamais tous "pas en mesure de fonctionner" en même temps.

Il aurait été concevable de prévoir des mesures d'urgence, telles que les prévoit l'art. 10 du règlement d'exécution, en les inscrivant dans la loi et en mentionnant clairement s'il s'agit ou non d'une privation de liberté à des fins d'assistance, si le Grand Conseil n'aurait prévu, par exemple, qu'un "office approprié" habilité à prendre une décision d'entrée non volontaire (par exemple la Chambre des tutelles).

Au surplus, en citant ce document de travail du Département fédéral de justice et police, le Conseil d'Etat se contredit, car à la page 30 de sa réponse, c'est-à-dire deux pages auparavant, il démontre que l'article 10 du règlement d'exécution "n'implique aucune mesure coercitive à l'égard des malades."

Pour les malades entrant dans un établissement psychiatrique selon l'art. 10 du règlement d'exécution, le Conseil d'Etat n'a pas prévu, contrairement à ce qu'il a ordonné pour les malades entrant volontairement selon l'art. 23 de la loi (art. 8 du règlement d'exécution), d'information du malade à l'entrée dans l'établissement sur ses droits d'en appeler au juge contre son maintien dans l'établissement ou le rejet d'une demande de libération (art. 397 e c. 2 CCS).

D'autre part, ainsi que le recourant l'a démontré avec l'art. 23 de la loi, l'art. 10 du règlement d'exécution doit être conforme aux art. 397 a et ss CCS.

Les développements précités incitent le recourant à conclure que l'art. 10 du règlement d'exécution viole les art. 397 a et ss du Code civil suisse.

5. Assistance à personne en danger.

Ainsi que le recourant l'a déjà exposé dans son préambule à l'art. 23 de la loi, le présent recours ne vise qu'à contester une mesure privative de liberté éventuelle ou un maintien dans l'établissement contre la volonté du malade qui ne reposerait pas sur une base légale claire et qui ne serait pas justifiée par un motif d'ordre public.

Le recourant a déjà relevé dans le présent mémoire complétif que l'art. 10 du règlement d'exécution ne respecte pas l'exigence de la base légale claire.

Le recourant, ainsi qu'il l'a déjà expliqué dans le préambule à l'art. 23 de la loi, est entièrement d'accord avec le Conseil d'Etat lorsqu'il dit qu' "Il est en effet contraire aux règles les plus élémentaires de l'assistance que de refuser à priori d'accorder des soins immédiats à une personne dont l'état constitue une menace grave pour sa vie ou sa santé. Doctrine et jurisprudence sont unanimes pour considérer que le médecin, en cas d'urgence, peut et doit intervenir, y compris dans les cas où le patient, en raison de son état, n'est plus en mesure de donner son consentement à l'acte médical". (cf. réponse p. 34).

Le recourant tient à relever ici que l'obligation du médecin de soigner une personne malade et une privation de liberté à des fins d'assistance sont deux problèmes distincts réglés différemment selon le droit et ne sauraient être assimilés. Or, le Conseil d'Etat, en justifiant l'art. 10 de son règlement d'exécution essentiellement par des considérations médicales, par exemple d'obligations du médecin de soigner un malade

mal en point, veut, ce faisant, faire admettre une procédure qui vise à priver une personne de liberté (cf. art. 10 al. 2 et 3 du règlement) tout en sous-entendant qu'il ne s'agit pas d'une privation de liberté.

Les malades, pour entrer dans un établissement psychiatrique selon l'art. 10 du règlement d'exécution, doivent se présenter spontanément ou de leur propre initiative. Ces malades sont donc tout à fait en état de donner leur consentement à l'acte médical, puisqu'ils ont déjà eu la capacité de discernement pour se rendre aux portes de l'établissement psychiatrique. Or, le Conseil d'Etat laisse entrevoir malgré tout qu'ils peuvent ne plus être en mesure de donner leur consentement à l'acte médical. (cf. réponse p. 34-35).

La référence du Conseil d'Etat à l'art. 127 du Code pénal suisse (cf. p. 36 de la réponse) est également non fondée. L'on ne saurait parler ici d'abandon d'une personne confiée à sa garde puisque le malade vient de lui-même demander des soins.

D'autre part, l'on revient au même problème que pour l'art. 23 de la loi, à savoir que si, au départ, le malade peut être d'accord avec une intervention médicale, il peut en aller différemment quelques heures voire quelques minutes après l'entrée dans l'établissement.

Le Conseil d'Etat affirme également que l'individu peut, dans un cas particulier et pour une durée déterminée, aliéner une partie de l'exercice de sa liberté individuelle (cf. réponse p. 38). La formulation proposée par l'art. 10 du règlement d'exécution ne satisfait pas au critère de la

durée déterminée mentionné par l'arrêt cité du Tribunal fédéral. Le recourant est d'avis que, dans un tel cas, la nature et la durée de l'abandon de l'exercice de la liberté personnelle doivent être expresséement prévues à l'avance. L'art. 10 du règlement d'exécution propose en effet une aliénation de la liberté personnelle sur la demande du malade lui-même pour une durée indéterminée puisque, dans les 24 heures, l'entrée "spontanée" aura été transformée en privation de liberté à des fins d'assistance.

6. Article 10 du règlement d'exécution et intérêt public.

Le Conseil d'Etat affirme ici que "La disposition dont est recours vise en particulier à protéger les individus contre eux-mêmes et dès lors répond à un intérêt public évident". (cf. réponse p. 40). Le Conseil d'Etat sous-entend ici que l'art. 10 est en fait une privation de liberté pour protéger la personne contre elle-même. Si l'intérêt public peut dès lors être invoqué, il n'en reste pas moins qu'une base légale claire est nécessaire, puisqu'il s'agit d'une atteinte à la liberté personnelle. Cette référence à l'intérêt public démontre également que le Conseil d'Etat, en fait, cherche à introduire au moyen de l'art. 10 du règlement d'exécution une privation de liberté "d'urgence" qui n'est pas réglée par la loi du 7 décembre 1979. Or, la compétence de décider s'il y a lieu, dans un tel cas, de priver une personne de liberté ressortit au législateur.

7. Article 10 du règlement d'exécution et principe de la proportionnalité.

Le Conseil d'Etat affirme que l'art. 10 du règlement d'exécution constitue la seule réponse possible aux cas exceptionnels d'urgence. Il argue également qu'il n'est pas possible, dans toutes circonstances, de procéder à une admission immédiate du malade selon les art. 23 et 24 de la loi et qu'il peut se passer quelques heures avant qu'un médecin indépendant puisse se rendre de la ville à Bel-Air afin d'examiner le patient. (cf. réponse p. 42).

Le recourant tient à remarquer ici qu'il est tout à fait possible, en supprimant l'obligation de présenter un certificat médical lors d'une entrée volontaire selon l'art. 23 de la loi, de traiter ces cas d'urgence, visés par l'art. 10 du règlement d'exécution, comme des cas d'urgence lors de maladies physiques ou somatiques à l'hôpital cantonal en appliquant les règles du code des obligations relatives au mandat et, éventuellement, à la gestion d'affaires sans mandat.

Le recourant tient aussi à relever que, si l'hospitalisation, en matière de maladies mentales, devient un fait beaucoup moins fréquent que par le passé, cela veut dire que l'on hospitalise moins de malades mais que les malades hospitalisés font des séjours répétés en établissement psychiatrique, car la politique actuelle des psychiatres est de faire des hospitalisations brèves qui entraînent, d'une part, l'administration de doses de médicaments plus élevées qu'auparavant et, d'autre part, des rechutes plus fréquentes.

CONCLUSIONS :

Le recourant, maintenant au surplus son exposé des faits et ses considérants en droit mentionnés dans son mémoire de recours du 20 mai 1980,

confirme et maintient ses conclusions formulées par son acte de recours du 20 mai 1980.

Genève, le 28 AOUT 1980

le recourant :

Rolf Himmelberger