AU TRIBUNAL FEDERAL SUISSE

RECOURS DE DROIT PUBLIC

formé par

Rolf HIMMELBERGER
35, avenue Dumas
1206 Genève

contre

l'art. 23, al. 3 (nouvelle teneur), (mots "et sauf incidence négative précise sur l'état de santé du malade") de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, du 7 décembre 1979 (K 1 12), modifié par l'art. 11 de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (K 1 30) (Modifications à d'autres lois) du 7 mai 1987, approuvé par le Conseil général de la République et canton de Genève le 6 décembre 1987

pour violation de

la liberté personnelle, art. 4 al. 1 Cst, art. 2 Disp. trans. Cst et art. 5 § 1 lettre e CEDH.

EN FAIT :

1.- L'article 23 de la loi genevoise sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques (LPAAM) du 7 décembre 1979 (K 1 12) avait la teneur suivante :

"SECTION 2
ADMISSIONS VOLONTAIRES
Art. 23
Principe [1]Les malades qui demandent leur admission en signant, à cet effet, une formule avant leur entrée ou dès leur entrée dans l'établissement, sont admis sans autre formalité que la production d'un certificat constatant que leur état mental actuel justifie cette admission.
[2]Le séjour cesse sur décision du médecin responsable de l'établissement.
[3]Le malade peut demander en tout temps sa sortie au médecin responsable de l'établissement. Celui-ci doit prendre une décision dans les 24 heures. En cas de refus, la demande est transmise immédiatement au conseil qui statue dans les 3 jours ouvrables après avoir entendu le malade et le médecin qui refuse la sortie, ou toute autre personne qu'il juge opportun de consulter."

2.- Le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 28 janvier 1981, confirmé cet article, plus particulièrement son alinéa 3, entre autre pour les motifs suivants :

"Le recourant Himmelberger tire aussi argument du fait qu'une admission volontaire peut intervenir aussi pour des motifs qui ne se recouvrent pas avec ceux qui, d'après l'art. 24 de la loi cantonale, justifient un placement. A ce propos, il faut d'emblée relever qu'un placement ou un maintien ne se justifient que si les conditions prévues à l'art. 397 a CC sont cumulativement remplies, le législateur cantonal n'ayant aucune compétence pour modifier ou compléter le code civil sur ce point." (La Semaine judiciaire, 1983, p. 171),

puis, plus loin :

> "Il sied de souligner que, de toute façon, toutes les autorités cantonales doivent respecter le principe de la libération dès que l'état de la personne le permet (art. 397 a al. 3)". (S.J. 1983, p. 175).

3.- Le 13 janvier 1983, le Comité d'initiative pour les droits des malades, dont fait partie le recourant soussigné, a déposé une initiative populaire non formulée au sens des art. 64, 67 et 67 A de la Constitution genevoise, intitulée "Pour les droits des malades" (voir annexe 1). Cette initiative était subdivisée en trois chapitres, à savoir : I. Dispositions générales pour tous les patients (qui demandait notamment le droit du patient qui le demande à être informé d'une manière complète sur le diagnostic médical, le traitement, les risques du traitement, etc.), II. Dispositions particulières pour les patients psychiques (qui demandaient l'interdiction de la psycho-chirurgie et de la mise en cellule d'isolement à caractère carcéral, la réalisation d'une demande de sortie d'un patient hospitalisé à titre "volontaire" dans les délais les plus brefs et l'exigence de la signature de deux médecins pour un certificat médical d'entrée non volontaire) et III. Procédures de plaintes et de recours (demandant notamment la création d'une autorité de plainte indépendante et de composition paritaire qui a pour compétence de constater l'existence ou l'inexistence d'une violation d'un droit d'un patient et de donner au responsable du traitement ou des soins les injonctions nécessaires avec droit de recours en appel au Tribunal administratif).

Le chiffre 2 du chapitre II de l'initiative susmentionnée prévoit ce qui suit :

"En matière psychiatrique, toute demande de sortie d'un patient hospitalisé "à titre volontaire" doit être réalisée dans les délais les plus brefs."

4.- Le Grand Conseil, dans sa séance du 24 mars 1983, adressa l'initiative "Pour les droits des malades" à une commission afin qu'elle l'étudie et lui fasse des propositions (Mémorial des séances du Grand Conseil 1983, pp. 821 - 835).

5.- Lors de sa séance du 12 avril 1984, le Grand Conseil genevois, sur la base d'un rapport intermédiaire de la commission, a voté l'entrée en matière de l'initiative au sens de l'art. 67 al. 1 de la Constitution genevoise (Mémorial 1984, pp. 1644 - 1651).

6.- Le 13 septembre 1985, le Grand Conseil a examiné un "Deuxième rapport de la commission chargée d'étudier l'initiative populaire "pour les droits des malades" et projet de loi concernant les rapports entre médecins et malades" (voir annexe 2) (Mémorial 1985, pp. 4712 - 4753).

Le projet de loi proposé par la commission et figurant en annexe au deuxième rapport prévoit la formulation suivante en ce qui concerne les alinéas 3 (nouvelle teneur) et 4 (nouveau) de l'art. 23 de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques (LPAAM) :

"[3] Le malade peut demander en tout temps sa sortie au médecin responsable de l'établissement. Celui-ci doit prendre une décision dans les 24 heures. En règle générale et sauf incidence négative précise sur l'état de santé du malade, cette décision est positive.

> [4]En cas de refus, la demande est transmise immédiatement au conseil qui statue dans les 3 jours ouvrables après avoir entendu le malade et le médecin qui refuse sa sortie, ou toute autre personne qu'il juge opportun de consulter."

(Deuxième rapport, p. 31/ Mémorial 1985, p. 4743).

8.- Les mêmes dispositions seront adoptées par le Grand Conseil le 7 mai 1987 sur la base du troisième rapport comme le recourant l'expliquera plus loin.

Pour des motifs ne tenant pas à la nouvelle version proposée de l'art. 23 al. 3 de la LPAAM, le Grand Conseil a renvoyé le tout en commission, divers organismes, dont le comité d'initiative, ayant émis des objections quant à d'autres dispositions du projet de loi.

Or, la disposition contestée par le recourant et figurant dans le projet de loi proposé dans le deuxième rapport de la commission du 12 juillet 1985 étant déjà la même que celle adoptée finalement par le Grand Conseil le 7 mai 1987 et par le Conseil général le 6 décembre 1987 sur la base du troisième rapport de la commission du 21 avril 1987, le recourant se référera déjà aux arguments soulevés dans le deuxième rapport de la commission relatifs aux entrées volontaires en établissement psychiatrique.

9.- Le deuxième rapport de la commission relate les auditions de diverses associations et organismes officiels ayant trait aux entrées volontaires en établissement psychiatrique :

Audition du comité d'initiative (le 19 avril 1983)

"La législation genevoise, qui n'autorise pas un patient qui s'est fait admettre volontairement à quitter l'hôpital psychiatrique de son plein gré, devrait être modifiée pour introduire un tel parallélisme." (Deuxième rapport p.5 / Mémorial 1985, p. 4716)

Audition de MM. Jean-Pierre Junod, directeur médical des institutions de gériatrie, Jacot-des-Combes, médecin-chef de service aux institutions universitaires de psychiatrie

"Les médecins ne sont pas favorables à un strict parallélisme entre l'entrée et la sortie volontaires de l'établissement psychiatrique. Du reste, si des obstacles sont mis à la sortie, le recours au conseil de surveillance psychiatrique offre des garanties suffisantes au malade. Dans certains cas, il faut pouvoir, en psychiatrie, imposer des thérapeutiques qui seules peuvent ramener le patient à un état dans lequel il se trouve mieux" (Deuxième rapport, p. 10 / Mémorial 1985, p. 4721).

Audition de l'Association des médecins du canton de Genève (le 3 novembre 1983)

"Lorsqu'un malade entre volontairement dans un établissement psychiatrique, il est pris en charge par un médecin dont la responsabilité s'étend à ce qui lui arrive après sa sortie; il doit donc avoir, sur ce point, une possibilité de codécision. L'hospitalisation n'est pas une privation de liberté et le but du traitement est précisément de libérer le malade des effets de sa maladie. La population n'est pas prête à accepter un malade psychiatrique dont le comportement, par suite d'une sortie mal préparée, pose problème. En cas de litige, le recours au conseil de surveillance psychiatrique donne la meilleure garantie contre toute décision arbitraire, qui pourrait être ressentie comme un abus de pouvoir." (Deuxième rapport, p. 12 / Mémorial 1985, p. 4723).

Audition du Conseil de surveillance psychiatrique
(le 5 juin 1984)

> "En psychiatrie, que l'entrée soit volontaire ou non, le traitement doit être appliqué si le malade est dangereux pour lui-même ou pour son entourage. Il ne faut pas oublier que les malades refusent souvent leur traitement en raison même de leur maladie, mais ils ont un droit de recours et leurs plaintes sont examinées par le conseil de surveillance psychiatrique." (Deuxième rapport, p. 16 / Mémorial 1985, p. 4727).

10.- Au commentaire article par article des modifications à d'autres lois (K 1 12), la commission a dit ceci à propos de la nouvelle teneur de l'art. 23 al. 3 et du nouvel al. 4 :

> "Cet article, proposé par le département, résulte de la division en deux parts de l'alinéa 3 actuel de l'article 23. En quelque sorte, il retourne le fardeau de la preuve et fait de la sortie volontaire la règle, alors que l'opposition motivée à la sortie constitue l'exception et le médecin qui refuse doit en saisir le Conseil de surveillance psychiatrique. On va ainsi à la rencontre des initiants aussi loin que possible.
>
> Au vote article par article, l'alinéa 3, nouvelle teneur, a été accepté à l'unanimité moins 1 abstention et l'alinéa 4 à l'unanimité." (Deuxième rapport, p. 26 / Mémorial 1985, p. 4737).

11.- Lors de sa séance du 7 mai 1987, le Grand Conseil a examiné un "Troisième rapport de la commission chargée d'étudier : a) l'initiative populaire "Pour les droits des malades"; b) le projet de loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (voir annexe n° 3) (Mémorial 1987, pp. 1990 - 2022).

12.- Le projet de loi proposé par la commission a été adopté sans aucune modification par le plénum, dont la nouvelle version de l'art. 23 al. 3 LPAAM et le nouvel al. 4 du même article déjà mentionnés ci-devant.

13.- Dans le troisième rapport, aux commentaires article par article, il est dit ceci à propos des admissions volontaires en établissement psychiatrique :

> "Art. 23, alinéa 3 (modifié) : Admissions volontaires
>
> Les initiants demandent que les entrées volontaires permettent, en retour, des sorties volontaires et libres. Or, le délai d'attente, lorsqu'il y a demande de sortie, est de 24 heures, motivé par un minimum de contrôles. En réalité, il faut éviter que par mesure de sécurité on aboutisse à renoncer systématiquement aux entrées volontaires.
>
> Le droit de recours en cas de refus de l'autorisation de sortie semble garantir suffisamment les intérêts du patient, surtout avec la nouvelle formulation.
>
> Vote : unanimité."
> (Troisième rapport, p. 14 / Mémorial 1987, p. 2003).

14.- Le projet de loi ainsi adopté par le Grand Conseil le 7 mai 1987 a été publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 15 mai 1987. Il était précisé que la date du scrutin serait fixée par arrêté séparé (voir annexe n° 4).

15.- Le recourant précisera encore au chapitre de l'exposé des faits que, lors d'une des auditions par la commission de la délégation du Comité d'initiative dont il faisait partie, il avait demandé que figure expressément dans l'article 23 al. 3 de la LPAAM (K 1 12) comme critère de rétention d'une personne ayant effectué une entrée volontaire, la référence aux trois consitions cumulatives prévues par l'art. 24 de la même loi pour les admissions non volontaires, à savoir :

a) le malade présente des troubles mentaux;
b) son état constitue un danger grave pour lui-même ou pour autrui;
c) un traitement ou des soins dans un établissement s'avèrent nécessaires.

Messieurs VERNET, Conseiller d'Etat chef du Département de la prévoyance sociale et de la santé publique et RODRIK, secrétaire-adjoint dudit département, ont alors répondu au recourant que la situation n'est pas la même lorsqu'il s'agit de prononcer une entrée non volontaire que lorsqu'une personne entrée volontairement demande à pouvoir en ressortir. Dans ce dernier cas, il s'agit d'assurer la poursuite d'un traitement qu'il n'est pas possible d'arrêter.

16.- Dans la brochure envoyée à toutes les citoyennes et à tous les citoyens en vue de la votation populaire du 6 décembre 1987, le Conseil d'Etat mentionne le commentaire suivant en pages 9 - 10 (Voir annexe n° 5) :

> "..., enfin, la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques (K 1 12) mentionnera à l'avenir, si le peuple le veut, qu'à une entrée volontaire correspond normalement une sortie volontaire. Subsiste bien entendu une possibilité pour le médecin de refuser cette sortie, mais le refus est indiqué comme étant exceptionnel. Il appartiendra désormais au médecin d'établir de façon pertinente la raison pour laquelle il refuse, et non au patient d'avoir à démontrer qu'il peut sortir. La logique de la loi et le fardeau de la preuve ainsi renversés constituent un pas important de plus en faveur d'une psychiatrie respectueuse des libertés."

17.- Le recourant relèvera encore que, toujours le 7 mai 1987, le Grand Conseil a adopté une disposition essentielle relative au consentement du malade à un traitement, disposition qui concrétise le chiffre 5

du chapitre I de l'initiative pour les droits des malades. L'art. 5 de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients a la teneur suivante :

"Art. 5

Consentement [1]Le consentement éclairé du patient est nécessaire pour toute mesure diagnostique et thérapeutique, les dispositions concernant les mesures diagnostiques et thérapeutiques d'office étant réservées.

[2]Le consentement est valablement donné par le patient capable de discernement. En l'absence de discernement, le médecin demande l'accord du représentant légal.

[3]Dans le cas d'urgence, lorsque le patient n'est pas en mesure de se prononcer et que l'intervention thérapeutique est vitale, le consentement est présumé.

[4]En cas de refus ou de retrait du consentement pouvant entraîner des conséquences graves pour le patient, le médecin en informe ce dernier de façon approfondie. Si le patient persiste, le médecin est en droit de demander une confirmation écrite.

[5]Lorsque le refus émane du représentant légal du patient et qu'il peut avoir pour le malade des conséquences graves, le médecin peut s'adresser à l'autorité tutélaire. Si l'urgence est telle que cette démarche pourrait compromettre les chances de survie du patient, le médecin peut procéder à l'intervention avant la décision de l'autorité tutélaire.

[6]Le patient donne des renseignements complets et véridiques sur son état de santé et suit les prescriptions à l'exécution desquelles il a donné son consentement."

18.- Les autres dispositions essentielles prévues par la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients et sur lesquelles le peuple s'est spécialement exprimé lors de la votation populaire du 6 décembre 1987 sont :

- le droit à l'information du malade (art. 1),
- le droit de consultation du dossier (art. 2),
- le droit, pour le malade hospitalisé, de consulter un médecin ou un autre membre des professions de la santé pratiquant à l'extérieur de l'établissement (art. 3),
- la précision que le secret médical n'est pas opposable au malade (art. 4),
- le consentement du malade lors de recherche, expérimentation et enseignement (art. 6),
- le droit, lors d'un séjour hospitalier, à des visites et à des contacts avec l'extérieur (art. 7),
- l'introduction d'une instance à laquelle le patient peut se plaindre si ses droits ne sont pas respectés avec possibilité de recours au Tribunal administratif (art. 10),
- les conditions dans lesquelles la psychochirurgie peut être pratiquée (art. 11 - art. 7 A : K 1 12),
- l'interdiction de la mise en cellule d'isolement à caractère carcéral (art. 11 - art. 7 B : K 1 12),
- l'institution d'une voie de droit simplifiée pour les litiges en matière d'honoraires dont le montant n'excède pas 8000 F. (art. 11 - art. 138 A : K 3 1, art. 11 A : E 2 1 et art. 70, al. 1:E 2 3).

19.- Le 8 décembre 1987, le Conseil d'Etat a édicté un "Arrêté constatant les résultats de la votation cantonale, du 6 décembre 1987, sur le projet de loi émanant de l'initiative populaire pour les droits des malades (IN 10) concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients" proclamant que la loi a été acceptée par 51267 oui contre 13126 non. Cet arrêté a été publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 11 décembre 1987 (voir annexe n° 6). L'arrêté mentionne également que les recours contre la procédure des opérations électorales doivent être déposés au Tribunal administratif au plus tard le 16 décembre 1987.

20.- Le 23 décembre 1987, la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (voir annexe n° 7) a publié un arrêté du Conseil d'Etat du 21 décembre 1987 relatif à la validation des opérations électorales du 6 décembre 1987 ainsi qu'un arrêté du Conseil d'Etat du 21 décembre 1987 relatif à la promulgation de la loi du 6 décembre 1987, concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (K 1 30 - 5766) (émanant de l'initiative pour les droits des malades) et arrêtant ce qui suit : "La loi ci-dessus est promulguée pour être exécutoire dans tout le canton dès le lendemain de la publication du présent arrêté".

EN DROIT :

21.- Le recours est dirigé contre une loi de portée générale adoptée par le Grand Conseil puis par le Conseil général sur la base de l'art. 39 lettre c) de la Constitution genevoise. Comme telle, la loi ne peut pas être déférée à une autorité cantonale de recours (cf. art. 8 à 10 LTA). Le délai de 30 jours institué par l'art. 89 al. 1 OJ pour former un recours de droit public commence à courir dès la publication de l'arrêté de promulgation du Conseil d'Etat du 21 décembre 1987 dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève, le 23 décembre 1987 (JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, n° 1710; ATF 67 I 23 c. 2). Déposé ce jour, l'acte de recours l'est en temps utile; il est, sous cet angle, recevable.

22.- Selon l'art. 88 OJ, la qualité pour former un recours de droit public appartient aux particuliers ou aux collectivités lésés par des arrêtés ou des décisions qui les concernent personnellement ou qui sont d'une portée générale. A cette qualité pour entreprendre un arrêté de portée générale toute personne à laquelle celui-ci pourrait s'appliquer un jour; une

atteinte simplement virtuelle suffit, mais il faut quand même un minimum de vraisemblance (SJ 1986, p. 163 avec les arrêts cités).

Personne physique domiciliée dans le canton de Genève, le recourant pourrait être concerné un jour par la mesure prévue dans la disposition qu'il critique. Il a donc qualité pour en contester la constitutionnalité par la voie du recours de droit public pour violation des droits constitutionnels des citoyens.

23.- Le Tribunal fédéral a donné la définition suivante de la liberté personnelle :

> "a) La liberté personnelle, droit constitutionnel non écrit, imprescriptible et inaliénable, donne fondamentalement à l'individu le droit d'aller et de venir et le droit au respect de son intégrité corporelle (ATF 109 Ia 279 consid. 4a et les arrêts cités). Elle le protège, en outre, dans l'exercice de sa faculté d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir selon cette appréciation. Cette garantie n'englobe certes pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme, si peu importante soit-elle; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine. Elle se conçoit, dès lors, comme une garantie générale et subsidiaire, à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il allègue la violation ne font pas l'objet de garanties particulières (ATF 101 Ia 346 consid. 7a et arrêts cités; ANDRE GRISEL, La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, dans Revue internationale de droit comparé, 1975, p. 549, 570; HANS DRESSLER, Der Schutz der persönlichen Freiheit in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, in ZBl, 1980, p. 377 - 379).
>
> b) La liberté personnelle oblige le détenteur de la puissance publique à un comportement envers le citoyen, qui soit compatible avec le respect de sa personnalité. Elle protège intégralement la dignité de l'homme et sa valeur propre." (ATF 111 Ia pp. 232 - 233 consid. 3 a) et b).

24.- Le Tribunal fédéral avait aussi décidé que les atteintes à la liberté individuelle devaient reposer sur une base légale et que les restrictions éventuelles à cette liberté devaient l'être aussi dans l'intérêt public (ATF 90 I p. 37).

25.- En ce qui concerne la protection de la liberté personnelle dans le domaine médical par rapport au développement du droit médical, JEAN SAVATIER écrit :

> "Le progrès de la médecine aboutit, d'autre part, à augmenter les pouvoirs des médecins à l'égard de leurs patients. Les méthodes thérapeutiques modernes (anesthésie, radiothérapie, électro-choc, narco-analyse ...) obligent le malade à abandonner plus complètement son corps et son esprit aux mains du médecin et aux forces qu'elles contrôlent. Les patients ont donc davantage besoin de la protection des règles juridiques contre des abus possibles de la part des médecins." (Défense et illustration du Droit médical, dans Archives de philosophie du droit. Nouvelle série. Déontologie et discipline professionnelle. Ed. Recueil Sirey. Paris 1953 - 1954, pp. 124 - 125).

26.- Il est actuellement incontesté qu'une atteinte à l'intégrité corporelle d'un patient n'est licite que dans la mesure où le patient a donné son consentement, à l'exception des cas où le patient mimeur ou interdit est incapable de discernement. Si une personne majeure et non interdite est incapable de discernement (par ex. accidenté dans le coma), il y a lieu, sauf urgence, de lui désigner un curateur (art. 392 ch. 1 CC). (PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, p. 90, en particulier n^{os} 626, 629, 631; voir aussi JEAN SCHNETZLER, L'intervention pratiquée contre le gré du patient par les médecins d'un établissement hospitalier public, dans Revue de droit administratif et fiscal, 1967, pp. 61 ss, not. 64).

D'autre part, "admettre l'éventualité d'un consentement hypothétique du patient en tant que motif justificatif de l'acte médical paraît difficilement compatible avec la nature de ce motif". (ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1985, p. 134, n° 516).

Enfin, le consentement peut être révoqué en tout temps. "On ne saurait admettre que le consentement d'une personne est acquis du seul fait que celle-ci n'a pas réagi contre une atteinte causée précédemment sous une forme différente; celui qui subit une atteinte est libre de décider à quelle occasion il entend invoquer la protection de la personnalité (ATF 109/1983 II 353/362 = JdT 1985 I 98/107)". (HENRI DESCHENAUX et PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, Berne, 1986, deuxième édition, p. 151, n° 588).

Le consentement du patient est requis aussi parce que, si les atteintes à l'intégrité corporelle commises par des médecins le sont "pour écarter un mal plus grave", il n'en demeure pas moins que "le résultat escompté ne peut jamais être garanti : la médecine n'est pas une science exacte ni le médecin un homme infaillible. Plusieurs écoles existent d'ailleurs au sein de la profession médicale et leur approche de la maladie diffère parfois largement. On a dès lors admis depuis longtemps que le médecin n'est tenu qu'à une obligation de moyens et non de résultat envers le patient. En d'autres termes, l'objet du contrat médical est le traitement du patient, non sa guérison." (OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Neuchâtel, 1986, p. 23).

Il sied encore de rappeler que les patients des établissements publics médicaux ont les mêmes droits par rapport aux actes médicaux que les patients soignés dans un établissement hospitalier privé. L'on ne saurait donc invoquer l'existence d'un rapport de droit spécial pour les malades soignés dans un hôpital public pour ce qui concerne leur traitement médical (ATF 111 Ia 231, pp. 237 - 238).

27.- En matière psychiatrique, le consentement du patient à un traitement médical est également requis. Il s'agit même d'un délit pénal si le médecin passe outre au refus du malade. En effet, le Tribunal fédéral dit ceci dans les considérants de son arrêt Respini c. Gobbi du 14 septembre 1973 :

> "... les art. 122 ss CP peuvent s'appliquer aux atteintes à l'intégrité corporelle ou à la santé, causées par des médecins dans l'exercice de leur profession. On doit toutefois examiner si l'acte controversé est justifié par les circonstances et exempt de faute. Dans ce domaine, divers commentateurs ont examiné la punissabilité des interventions sanitaires : Thormann/von Overbeck, art. 32 n° 9; Hafter, A.T. p. 165; Logoz, art. 32 n° 4; Schultz, A.T. vol. I pp. 160 ss.; Schwander, n° 175 p. 87. Ce qui est déterminant, c'est le consentement du patient si ce consentement peut être demandé. Même des motifs sanitaires valables ou un état de nécessité ne peuvent justifier une intervention contre la volonté de l'intéressé. Le droit italien pose la même règle (cf. Disegno di legge pp. 6/7; F. Antolisei : Manuale di diritto penale, partie générale V^e édition p. 232 ss). Malgré la forte opposition exprimée par la doctrine, la jurisprudence allemande a posé le principe que toute intervention médicale portant atteinte à l'intégrité corporelle constitue un cas de lésions corporelles qui ne peut être justifié que par le consentement exprès ou présumé du patient (RGS 25 pp. 375 ss; Schönke/Schröder, art. 223 n^os 8 et 20, avec référence entre autre à BGH NJW 1956 p. 1106, BGH st vol. II, p. 111, DLG Hamm MDR 1963 p. 520)." (ATF 99 IV 208 = JdT 1974 IV 132, p. 134).

Il convient encore de relever que la maladie mentale n'abolit pas forcément la capacité de discernement. "Un malade psychique doit donc pouvoir dans bien des cas se prononcer valablement sur l'opportunité d'un traitement prescrit, d'une hospitalisation en vue de ce traitement ou d'une intervention constituant une atteinte à l'intégrité corporelle."(W. HEIM, Les droits du malade mental, Le point de vue du juriste, dans Revue médicale de la Suisse romande, 100 : 685 - 691, 1980, p. 688 avec les référence et arrêts cités).

Même certains psychiatres semblent être de cet avis, et le Professeur P.-B. SCHNEIDER s'exprime par ex. comme suit :

> "Le médecin et le personnel soignant devraient respecter ce droit, c'est-à-dire éviter dans toute la mesure du possible, toute atteinte à son intégrité physique. S'il le fait, tout de même, c'est avec le consentement implicite ou explicite du patient."

(Les droits du malade mental, Le point de vue du médecin, dans Revue médicale de la Suisse romande, 100 : 693 - 700, 1980, p. 698).

28.- Pour éliminer les disparités entre les diverses réglementations cantonales d'une part, et en vue de retirer la réserve formulée par la Suisse par rapport à l'art. 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) lors de la ratification de cette Convention le 28 novembre 1974, l'Assemblée fédérale a adopté une modification du Code civil suisse introduisant dans ce dernier des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance. Cette loi fut adoptée le 6 octobre 1978 et elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1981. Les Chambres ont également approuvé le retrait de la réserve concernant l'art. 5 CEDH (HENRI DESCHENAUX et PAUL-HENRI STEINAUER, op. cit., nos 1131 à 1133).

29.- Selon l'art. 397 a CCS, une "personne majeure ou interdite peut être placée ou retenue dans un établissement approprié lorsque, en raison d'une maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle nécessaire ne peut lui être fournie d'une autre manière."

D'autre part, selon l'art. 397 a al. 2 CCS, "il y a lieu de tenir compte aussi des charges que la personne impose à son entourage".

Il faut aussi "que la protection ne peut être réalisée autrement que par une mesure aussi grave que la privation de liberté (principe de proportionnalité). Il faut que d'autres mesures, telles que l'aide de l'entourage (famille, amis), l'aide sociale, un traitement ambulatoire, etc. aient été - ou paraissent d'emblée - inefficaces". (HENRI DESCHENAUX et PAUL-HENRI STEINAUER, op. cit., n° 1144). Cette exigence du principe de proportionnalité ressort d'ailleurs aussi des travaux des Chambres fédérales. M. le conseiller aux Etats DONZE s'est par exemple prononcé comme suit lors de la séance du 18 janvier 1978 :

> "Il n'en reste pas moins vrai que le problème posé reste celui des limites de la maladie mentale et qu'il faudra que les cantons se le posent dans leur législation pour s'adapter à ce nouveau titre du code civil, en particulier en ce qui concerne l'alcoolisme et la toxicomanie; reconnaître qu'il s'agit là de maladies et qu'avant d'en arriver à la perte de la liberté, comme d'ailleurs pour la maladie mentale, il faudra que les cantons fassent de très gros efforts pour offrir à ces malades d'autres moyens de réhabilitation de telle sorte que la perte de liberté devienne vraiment l'ultima ratio. Je crois qu'il faut relever cet aspect des choses parce que l'entrée en vigueur, me semble-t-il, ne pourra avoir lieu que lorsque les législations cantonales auront été modifiées. Il faudra, pour cela, aussi changer un certain état d'esprit basé sur la peur." (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, 1978, p. 38).

Ce principe de proportionnalité est également souligné par BERNARD KATZ :

> "C'est ainsi que si plusieurs mesures prévues par le droit fédéral paraissent aptes à atteindre le but visé, il faut choisir la plus légère, la privation de liberté à des fins d'assistance ne s'appliquant que comme ultima ratio. En outre, selon les "indications et suggestions" établies par un groupe de travail constitué par le Département fédéral de justice et police, le droit cantonal doit prévoir des mesures moins graves que la privation de liberté auxquelles recourt l'autorité avant de placer quelqu'un, ainsi que des mesures postérieures destinées aux personnes qui ont terminé leur séjour dans un établissement. La procédure et la protection juridique qui concernent ces mesures doivent alors être réglées par les cantons." (Privation de liberté à des fins d'assistance. Etude de droit fédéral et de procédure vaudoise. Thèse. Zurich. 1983, pp. 49 - 50, avec les références citées).

30.- L'art. 397 a CCS vise non seulement le placement, mais aussi le maintien, dans un établissement. Il s'applique donc aussi lorsqu'une personne se trouve déjà dans un établissement pour y être entrée volontairement ou de son plein gré (et elle n'est donc pas encore privée de sa liberté), mais ne veut plus y rester (HENRI DESCHENAUX et PAUL-HENRI STEINAUER, op. cit., n° 1150).

31.- En principe, la procédure proprement dite est réglée par les cantons (art. 397 e CCS) sous réserve de quelques règles édictées par le législateur fédéral destinées à favoriser un éventuel contrôle judiciaire (art. 397 d al. 2, 397 e ch. 1 - 3), à sauvegarder les droits des malades psychiques (art. 397 e ch. 5) et à assurer l'information entre autorités (art. 397 c) (HENRI DESCHENAUX et PAUL-HENRI STEINAUER, op. cit., n° 1163).

32.- La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée comme suit pour ce qui concerne les critères que les autorités nationales doivent, au minimum, retenir pour interner un individu comme aliéné au sens de l'art. 5 § 1 CEDH :

> "Une personne ne peut être considérée comme un "aliéné", au sens de l'article 5 § 1, et privée de sa liberté que sous les trois conditions minimales suivantes : l'aliénation doit être établie de manière probante, le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement et celui-ci ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble (arrêt X contre Royaume-Uni, précité, série A n° 46, p. 18, § 40, et, mutatis mutandis, arrêts Stögmüller du 10 novembre 1969, série A n° 9, p. 39-40, § 4, Winterwerp, précité, série A n° 33, p. 18, § 39, et Van Droogenbroeck, précité, série A n° 50, pp. 21-22, § 40)." (Cour eur D.H. arrêt Luberti du 23 février 1984, série A n° 75, p. 13 § 27).

33.- C'est au regard de ces principes qu'il convient d'examiner si le critère "et sauf incidence négative précise sur l'état de santé du malade" prévu pour la rétention d'un malade entré volontairement dans un établissement hospitalier psychiatrique par la nouvelle version de l'art. 23 al. 3 de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques (LPAAM) du 7 décembre 1979 est confome à la Constitution fédérale et à la CEDH.

a) La loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques (LPAAM) du 7 décembre 1979 a remplacé la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales du 14 mars 1936.

La loi de 1936 ne prévoyait, comme critère d'admission non volontaire, que la présence d'une maladie mentale (art. 21 et 22) et, pour les admissions en cas d'urgence, un critère supplémentaire spécifiant qu'un retard peut être préjudiciable au malade ou lorsqu'il y a danger manifeste pour la sécurité d'autrui (art. 21 al. 3). En ce qui concerne la rétention des patients entrés volontairement, la loi de 1936 disait que la sortie d'un malade entré librement devait être accordée à bref délai, à moins qu'elle n'offrît un danger pour le malade ou pour autrui (art. 27).

b) La loi du 7 décembre 1979 prévoit trois conditions cumulatives pour qu'une personne puisse être hospitalisée non volontairement, soit :

a) le malade présente des troubles mentaux;
b) son état constitue un danger grave pour lui-même ou pour autrui;
c) un traitement ou des soins dans un établissement psychiatrique s'avèrent nécessaires (art. 24 al. 1).

Aucun critère ne régissait la rétention de malades ayant effectué une admission volontaire (art. 23). Il sied de souligner à ce sujet que le Tribunal fédéral avait relevé que ce furent les conditions prévues par l'art. 397 a CCS qui étaient applicables en l'espèce (S.J. 1983, p. 171; voir également supra n° 2).

c) La loi du 7 mai 1987 / 6 décembre 1987 prévoit, maintenant, un nouveau critère pour la rétention des malades ayant effectué une entrée volontaire, soit l' "incidence négative précise sur l'état de santé du malade". Ce critère n'est plus le même que celui fixé par la loi de 1936 qui demandait un danger pour le malade ou pour autrui (voir supra n° 33 a). Les critères concernant les entrées non volontaires n'ont pas été modifiés.

34.- Tout d'abord, la nouvelle formulation de l'art. 23 al. 3 LPAAM, en instaurant le critère de l' "incidence négative précise sur l'état de santé du malade" pour la rétention d'un malade ayant effectué une entrée volontaire viole l'art. 2 des Dispositions transitoires de la Constitution fédérale.

En effet, la Confédération a édicté de manière exhaustive les critères de droit matériel applicables pour l'hospitalisation non volontaire des personnes atteintes d'affections mentales à l'art. 397 a CCS (voir supra n^{os} 29 et 30). Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà eu l'occasion de confirmer que les critères institués par l'art. 397 a CCS étaient, et eux seuls, applicables lors de la rétention d'une personne hospitalisée volontairement (S.J. 1983, p. 171, voir également supra n^{o} 2).

Par ailleurs, il convient aussi de se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'art. 5 § 1 CEDH pour l'interprétation de l'art. 397 a CCS (voir supra n^{o} 32). Or, la nouvelle formulation de l'art. 23 al. 3 LPAAM ne respecte pas non plus les trois conditions minimales exigées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (dont notamment l'ampleur du trouble légitimant l'internement) en ne prévoyant que le critère de l'incidence négative précise sur l'état de santé du malade qui est en fait, comme le recourant l'explique dans le présent recours, le critère de la "suite du traitement".

Par contre, le recourant estime que les critères adoptés par le législateur genevois pour les entrées non volontaires dans un établissement psychiatrique (art. 24 al. 1 LPAAM), en prévoyant notamment que l'état du malade doit constituer un danger grave pour lui-même ou pour autrui (voir supra n^{o} 33 b) correspondent

aux exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (le critère de l'ampleur du trouble légitimant l'internement mentionné par la Cour européenne étant presque équivalent au critère du danger grave pour soi-même ou pour autrui évoqué par l'art. 24 al. 1 LPAAM).

La disposition critiquée viole donc l'art. 2 Disp. trans. Cst, ce d'autant plus qu'elle a été adoptée uniquement en vue de permettre aux médecins de l'établissement psychiatrique de conserver dans leur institution un malade qui refuserait la poursuite d'un traitement (ce qu'indiquent clairement les comptes-rendus des auditions de différents médecins et du Conseil de surveillance psychiatrique - voir supra n° 9 - ainsi que la position du Chef du département de la prévoyance sociale et de la santé publique telle qu'il l'a indiquée verbalement au recourant lors d'une audition par la commission du Grand Conseil - voir supra n° 15 -).

35.- En prévoyant, pour la rétention de malades hospitalisés volontairement, une solution qui restreint davantage la liberté personnelle que ne le fait l'art. 397 a CCS, le législateur genevois viole la garantie constitutionnelle relative à la liberté personnelle.

La disposition contestée ne respecte pas non plus l'exigence du principe de proportionnalité (voir supra n° 29) car elle permet, en particulier, aux médecins de poursuivre, le cas échéant, un traitement contre la volonté du patient (par exemple l'Association des médecins invoque le fait que "la population n'est pas prête à accepter un malade psychiatrique dont le comportement, par suite d'une sortie mal préparée, pose problème" et, qu'en conclusion, "le but du traitement est précisément de libérer le malade des effets

de sa maladie" -voir supra n° 9-) alors que doctrine et jurisprudence sont unanimes à exiger, même en matière psychiatrique, le consentement du malade à un traitement médical (voir supra n°s 25 à 27). De plus, il convient de rappeler que la garantie constitutionnelle relative à la liberté personnelle protège également l'intégrité corporelle (voir supra n° 23). L'art. 5 de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients, adopté par le Grand Conseil et le Conseil général en même temps que la disposition critiquée, prévoit également l'exigence du consentement du malade à un traitement médical (voir supra n° 17).

Enfin, si les médecins estiment qu'une personne hospitalisée volontairement en psychiatrie n'est pas capable d'apprécier la situation et qu'elle refuse le traitement en raison de sa maladie, il y a lieu, en tous les cas, sauf cas d'urgence et si la personne n'est pas mineure ou interdite, de lui désigner un curateur (PIERRE TERCIER, op. cit. p. 90 - voir supra n° 26 -), ce que la LPAAM ne prévoit pas pour ce qui concerne les entrées volontaires.

36.- En prévoyant explicitement deux critères différents pour, d'une part, les entrées non volontaires dans un établissement psychiatrique (art. 24 al. 1 LPAAM - voir supra n° 33b) -) et, d'autre part, la rétention de personnes ayant effectué une entrée volontaire (art. 23 al. 3 LPAAM nouvelle teneur), le Grand Conseil genevois viole l'art. 4 al. 1 de la Constitution fédérale. En effet, comme le Tribunal fédéral l'a souligné dans l'arrêt Loup :

> "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."

(ATF 103 Ia 517, p. 519).

Le principe de l'égalité de traitement doit également être appliqué par le législateur (ARTHUR HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985, p. 60).

Or, on peut ici en arriver à la situation absurde où un malade ayant effectué une entrée volontaire pourrait être retenu contre son gré selon le nouveau critère de l' "incidence négative précise sur l'état de santé du malade" alors qu'il ne remplirait pas les trois conditions requises pour une entrée non volontaire (dont, en particulier, le danger grave pour lui-même ou pour autrui) s'il se trouvait à l'extérieur de l'établissement.

Il convient encore de relever ici que les médecins voudraient pouvoir garder les malades psychiques, éventuellement contre leur volonté, sans que cela soit considéré comme une privation de liberté, si l'on s'en tient au compte-rendu de l'audition de l'Association des médecins du canton de Genève; le Conseil de surveillance psychiatrique semble avoir la même conception (voir supra n° 9). Cette manière de voir les choses n'est évidemment pas admissible dans un Etat de droit. Elle est encore d'autant moins admissible que les médecins ne garantissent aucun résultat (OLIVIER GUILLOD, op. cit. p. 23, voir supra n° 26).

Le recourant estime que le législateur genevois a dès lors le choix entre se référer aux trois conditions cumulatives prévues par l'art. 24 al. 1 LPAAM et pour les entrées non volontaires et pour les refus de sortie après entrée volontaire, et c'est ce que le recourant avait suggéré à la commission du Grand Conseil (voir supra n° 15), ou alors se référer exclusivement aux critères prévus par l'art. 397 a CCS aussi

bien pour les entrées non volontaires que pour les rétentions de malades entrés volontairement.

37.- Enfin, le recourant estime que l'argument avancé par le Conseil d'Etat dans son commentaire envoyé aux électrices et électeurs disant que, avec la nouvelle version de l'art. 23 al. 3 LPAAM, le fardeau de la preuve est maintenant renversé, la sortie volontaire devenant la règle, alors que l'opposition motivée à la sortie constitue l'exception (voir supra n^{os} 10 et 16) est dénué de pertinence dans la mesure où le législateur genevois a maintenu, et de ceci le Conseil d'Etat n'en parle pas dans son commentaire, le délai de 24 heures qui permet au médecin de l'établissement de retenir encore un jour un malade "volontaire" pour pouvoir établir éventuellement une opposition à la sortie alors que le médecin pourrait très bien prendre une décision dans les cinq minutes ou, à la rigueur, au plus tard dans l'heure qui suit, vu que ce dernier connaît déjà son malade. D'autre part, renversement du fardeau de la preuve ou pas, "les autorités cantonales doivent respecter le principe de la libération dès que l'état de la personne le permet (art. 397 a al. 3)" (S.J. 1983, p. 175 - voir supra n^{o} 2 -).

38.- Ainsi, le critère institué par les mots "et sauf incidence négative précise sur l'état de santé du malade" par la nouvelle formulation de l'art. 23 al. 3 de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques viole l'art. 2 des Dispositions transitoires de la Constitution fédérale, la liberté personnelle, l'art. 5 § 1 lettre e de la Convention européenne des droits de l'homme et l'art. 4 al. 1 de la Constitution fédérale; le recourant, en conséquence, prie le Tribunal fédéral de bien vouloir annuler la disposition incriminée.

CONCLUSIONS :

Par ces motifs, et vu en droit les art. 4 al. 1 Cst, 113 al. 1 ch. 3 Cst, 2 Disp. trans. Cst, 397 a CCS, 5 § 1 lettre e CEDH et 84 à 96 OJ, le recourant conclut à ce qu'il

PLAISE AU TRIBUNAL FEDERAL SUISSE

A. A la forme,

Déclarer recevable le présent recours de droit public.

B. Au fond,

Annuler les mots "et sauf incidence négative précise sur l'état de santé du malade" figurant dans la troisième phrase de l'art. 23, al. 3 (nouvelle teneur) de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, du 7 décembre 1979, modifié par l'art. 11 de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (K 1 30 - 5766) du 7 mai 1987 / 6 décembre 1987.

Genève, le 16 JAN. 1988

le recourant :

Rolf Himmelberger

ANNEXES :

1) Initiative pour les droits des malades.

2) Deuxième rapport de la commission chargée d'étudier l'initiative populaire "pour les droits des malades" et projet de loi concernant les rapports entre médecins et malades (IN 10 - B / PL 5766 / Dépôt : 12 juillet 1985).

3) Troisième rapport de la commission chargée d'étudier :
   a) IN 10-B - l'initiative populaire "Pour les droits des malades";
   b) PL 5766 - le projet de loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (K 1 30).
   (IN 10-C / PL 5766-A / Dépôt : 21 avril 1987).

4) Extrait de la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 15 mai 1987.

5) Votation populaire du 6 décembre / Votation cantonale (Brochure envoyée à toutes les citoyennes et à tous les citoyens).

6) Extrait de la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 11 décembre 1987.

7) Extrait de la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 23 décembre 1987.

***