Maria ROTH-BERNASCONI

mai 1995

LES DROITS DU PATIENT

DROIT PRIVE ET/OU DROIT PUBLIC

Séminaire de droit civil

Professeure : D. MANAI
Assistante : A. BERTHOUD

Maria ROTH-BERNASCONI mai 1995

TABLE DES MATIERES

I INTRODUCTION
II HISTORIQUE
III ENJEU DU TRAVAIL ET PRESENTATION DU PLAN
IV DEFINITIONS
- *1. La santé*
- *2. Le patient*
- *3. Le soignant*
- *4. Les institutions hospitalières (hôpitaux, cliniques)*
- *5. Droit privé et droit public*

V LA LIBERTE PERSONNELLE EN DROIT SUISSE
- *1. La déclaration universelle des droits humains*
- *2. La Convention européenne des droits de l'Homme*
- *3. Le droit constitutionnel suisse non-écrit*
- *4. Les conséquences en droit médical*
- *5. Existe-t-il un droit à la santé?*
- *6. L'effet horizontal des droits constitutionnels*
- *7. La liberté personnelle dans les constitutions de Genève, Bâle et Lucerne*

VI LES DROITS DE LA PERSONNALITE SELON LES ARTICLES 27 ET 28 DU CC
- *1. L'art. 27 du CC*
- *2. L'art. 28 du CC*

VII LA PROTECTION DE LA PERSONNALITE DANS LE DROIT PUBLIC CANTONAL
- *1. Les dispositions dans les lois publiques cantonales*

VIII LE PATIENT EST-IL BIEN PROTEGE EN SUISSE ?
IX DROIT DES MALADES = DROIT DES PATIENTS OU DROIT DES MEDECINS?
X DROIT COMPARE
- *1. Droit allemand*
- *2. Droit français*

XI CONCLUSION

I INTRODUCTION

La relation entre malade et soignant est marquée par une répartition inégale des pouvoirs: d'un côté celui qui sait, le soignant, et de l'autre côté le patient qui confie à ce soignant ce qu'il a de plus précieux, sa vie et sa santé.[1] L'acte médical met une personne se considérant malade en présence d'une autre à laquelle elle accorde pouvoir et connaissance.[2] Cette demande d'aide expose le ou la malade à un état de dépendance.
Par ailleurs, le développement scientifique et technique de la recherche et de la médecine moderne renforce la tendance au réductionnisme et au matérialisme. Le corps n'est plus celui du malade, mais plutôt un corps malade parcellisé, éclaté entre différents spécialistes.[3] Dès lors, le soignant peut avoir tendance à oublier que derrière la maladie, un être humain avec un corps et un esprit indivisible existe.
L'affirmation juridique, au plan constitutionnel ou légal, d'un droit de la personne humaine suppose la réalisation de deux conditions préalables. D'une part, la faculté ou la prétention en cause doit être considérée, dans une société à une époque donnée, comme assez essentielle pour être garantie par l'ordre juridique et, d'autre part, un tel droit doit être jugé potentiellement menacé. Or, l'affirmation des droits des malades révèle que la situation des patients vis-à-vis des médecins et des structures hospitalières est ressentie comme mettant en péril des facultés et des prétentions jugées essentielles à l'épanouissement de la personne humaine et au respect de sa dignité.[4]
Nous nous poserons la question de savoir à partir de quel moment le besoin d'affirmer les droits des patients face au monde médical est apparu.

II HISTORIQUE

Dans l'Antiquité, la maladie était attribuée à des forces occultes et soignée par des rites magiques.[5] Les fondateurs de notre médecine sont les Grecs et c'est la Grèce qui a vu naître Hippocrate dont nous connaissons le célèbre serment qui professe pour la première fois la règle du secret médical. Ce serment constitue encore aujourd'hui la règle de base d'éthique médicale et il a été repris dans le serment de Genève adopté par l'Assemblée générale de l'Association Médicale Mondiale.
Au Moyen-Age, le patient et le médecin sont soumis à la nature laquelle est, elle-même, soumise à la volonté de Dieu. Ainsi le Pape Pie V, en 1566, rappela aux médecins la règle ancienne selon laquelle il fallait cesser de soigner un malade qui, après trois visites, ne s'était pas confessé. Ce principe deviendra une obligation légale en France, par déclaration royale de 1712.[6]
Les premiers hospices ont été créés au 4ème siècle dans les couvents de Constantinople, et jusqu'au 19ème siècle, en Europe, l'institution hospitalière appartenait au domaine de la charité chrétienne.[7]
Pendant les 2 millénaires qui vont d'Hippocrate au 18ème siècle, peu de choses changent et les relations soignants - malades restent régies par 3 principes: les patients doivent honorer les médecins qui détiennent leur autorité d'un pouvoir divin, ils doivent avoir confiance en eux et doivent leur obéir.
Ce n'est qu'à la Renaissance que la notion d'individu émerge. Il y a rupture avec l'Eglise et sa philosophie, ce qui permet le développement des sciences expérimentales dès le 18ème siècle. La Déclaration des droits de l'Homme suit la Révolution française. Dès lors, apparaît la notion de la protection positive des gens en bonne santé vis-à-vis des dangers morbides.[8]

---

[1] HOERNI Bernard, Réflexion sur les personnes malades, p. 1
[2] SOURNIA Jean-Charles, Histoire de la médecine, introduction
[3] HOERNI, Bernard, L'autonomie en médecine, introduction, p. 12
[4] ROSSINELLI Michel, Aspects constitutionnels des droits des patients, In Aspects du droit médical suisse, p. 50
[5] CRUCIATTI Flavio, Le médecin et les droits de l'Homme, in Le médecin face aux droits de l'Homme, p. 71
[6] HOERNI, Bernard, L'autonomie en médecine, p. 18
[7] SOURNIA Jean-Charles, Histoire de la médecine, p. 61ss.
[8] MARTIN Jean, Pour la santé publique, p. 62

La médecine devient véritablement scientifique au 19ème siècle. L'organisation économique du monde favorise la naissance de vastes entreprises industrielles et commerciales. Par la concentration de la main d'oeuvre autour des villes, la pauvreté devient visible et la santé publique naît à cette époque. En 1838 une première loi - exemplaire en Europe - est adoptée en France pour assurer la protection des aliénés trop souvent soumis à des traitements inhumains.[9]
Le premier Code de l'American Medical Association (AMA), rédigé en 1847, énonçait le principe selon lequel le premier objectif de la profession médicale était de rendre service à l'humanité en respectant pleinement la dignité de l'Homme et les droits du patient.[10] Or, ces droits ne seront pas explicités avant longtemps.
Au 20ème siècle naît la science expérimentale et avec elle une classe de médecins-chercheurs dont le but premier n'est plus de guérir le malade mais de faire des découvertes scientifiques.[11] Mais les excès commis durant la 2ème guerre mondiale mèneront à l'adoption du Code de Nuremberg, en 1947.
Depuis les années soixante, l'évolution des sociétés a connu des mouvements d'émancipation extraordinaires. Les mouvements de contestation de 1968 ont abouti au rejet d'un paternalisme excessif. Parallèlement, des progrès phénoménaux sont réalisés en science médicale qui s'accompagnent d'une certaine déshumanisation de la médecine.
En Suisse, les premiers combats en faveur d'une meilleure prise en considération des intérêts des malades face à leurs puissants partenaires médicaux (médecins, hôpitaux, assurances, industrie pharmaceutique, etc.) ont été menés à la fin des années 70.[12]Le mouvement des patients a débuté en 1978 à Zurich où la première Patientenstelle a été créée. Le Forum Santé genevois, qui remplit un rôle semblable aux Patientenstellen de la Suisse alémanique fut créé en 1990.
En 1980, le Conseiller national Braunschweig déposait une motion invitant le Conseil fédéral à créer des bases légales appropriées pour améliorer le statut juridique des patients. Cette motion est restée sans suites concrètes jusqu'à aujourd'hui.
En résumé on peut donc dire que la naissance des droits des malades va de pair avec la naissance des droits de l'Homme, mais que le grand débat autour de ces droits a ses origines dans l'évolution récente de la société post soixante-huitarde.

III ENJEU DU TRAVAIL ET PRESENTATION DU PLAN

Aujourd'hui, ce sont les libertés fondamentales protégées en Suisse par la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH ci-après) et par la Constitution fédérale (CST ci-après), les droits de la personnalité protégés par le droit privé fédéral (articles 27 à 30 du Code civil (CC ci-après)), les règles découlant du droit des obligations en ce qui concerne les relations privées entre médecins et patients, ainsi que le droit public cantonal qui servent de bases légales à la protection des droits des patients. Le droit pénal suisse protège également les droits des patients (protection de la vie et de l'intégrité corporelle, de la santé publique, secret médical), mais le présent travail ne traite pas cette branche du droit, pas plus que du droit des obligations.
Ce travail a pour objectif de dresser un inventaire des règles découlant des droits de la personne humaine (DH, CEDH, droits constitutionnels) et du droit civil, notamment de la protection de la personnalité (art. 27 et 28 CC). Il s'agira ensuite de montrer les interactions et les articulations entre le droit privé et le droit public fédéral (droit constitutionnel), d'une part, et les conflits de normes qui peuvent surgir entre le droit fédéral et le droit cantonal, d'autre part.
L'analyse devrait également nous permettre de voir si les droits des patients, vus sous l'angle du droit constitutionnel et du droit privé, sont suffisamment protégés ou non en Suisse. Puis, nous tenterons de faire des propositions en ce qui concerne le droit désirable.

[9] SOURNIA Jean-Charles, Histoire de la médecine, p. 246
[10] HOERNI, Bernard, L'autonomie en médecine, p. 21
[11] GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, p. 28
[12] Avant-propos de Patient-Patientenrecht/Droits des malades - quel diagnostique?, collection Volk und Recht

De plus, on peut se poser la question de savoir si les droits des malades, tels qu'ils sont actuellement définis, sont réellement les droits des patients ou si les règles en la matière ne font que réglementer la relation de dépendance existant entre le soignant et le patient et concernent, de ce fait, plus les médecins, hôpitaux et autres soignants que les patients.
Après avoir défini des notions spécifiques concernant les droits des patients, l'analyse juridique suivra la pyramide de Kelsen. Nous commencerons par examiner les droits des patients sous l'angle des droits fondamentaux (droits de l'Homme, droits constitutionnels), en y incluant le problème de l'effet horizontal des droits fondamentaux, pour ensuite mettre l'accent sur la protection de la personnalité et les droits qui en découlent pour le malade en droit privé (art. 27 et 28 CC). Il s'agira ensuite de déterminer comment sont protégés ces droits dans le droit public cantonal et de voir les articulations entre le droit privé fédéral et le droit public cantonal.
En dernier lieu, nous esquisserons une comparaison avec le droit français et le droit allemand afin de voir si le droit suisse pourrait prendre exemple, sur ce droit ou non.

IV DEFINITIONS

1. La santé

Selon le paragraphe d'introduction de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), de 1948, la santé est **« un état de complet bien être général, physique, mental et social »** et ne consiste pas seulement en l'absence de maladie ou d'infirmité.[13] Etre en bonne santé, c'est donc plus que de ne simplement pas être malade. C'est un état normatif permettant l'épanouissement optimal de la personnalité.[14] Pour la plupart d'entre nous, la santé a un caractère relatif. L'attitude de la personne est d'une grande importance. Ainsi le soignant peut avoir en face de lui des personnes totalement saines du point de vue physiologique, alors qu'elles se sentent malades, en raison d'une absence de bien-être dont la cause n'est pas définissable à première vue.

2. Le patient

Etymologiquement, le patient est celui qui souffre, qui subit. Autrefois étaient nommés patients les hommes et les femmes que l'on soumettait à la torture.[15] Aujourd'hui, lorsqu'une personne souffre de maladie, elle n'est pas condamnée à la subir d'une manière passive, négative.[16] Etre patient reste souvent une situation transitoire. La plupart du temps, les soins que reçoit le patient s'accompagnent de l'effet escompté (guérison, soulagement, réconfort). Généralement, le patient ne s'oppose pas à une certaine dépendance, voire à une relative absence de droits, même si un patient éclairé, majeur, l'acceptera moins volontiers. Autant les patients qui ne souhaitent pas une plus grande autonomie vis-à-vis des « fournisseurs des soins »[17] que les malades qui acceptent une responsabilité accrue à l'égard de leur maladie et du traitement ont droit au respect de leurs droits et de leur dignité.

3. Le soignant

Les soignants sont les fournisseurs des soins. L'exercice d'une profession de la santé (medizinische Heiltätigkeit) n'est permis que sous certaines conditions et est en général soumis à l'exigence d'une autorisation de l'Etat.[18] Ce sont les lois publiques cantonales qui régissent ces autorisations.[19]
Dans un sens large, les professionnels de la santé sont toutes les personnes qui exercent une profession dont l'objet est de rétablir, sauvegarder ou améliorer la santé en recourant aux moyens mis à disposition par la médecine.[20] Le catalogue des professions de la santé

[13] CRUCIATTI Flavio, Le médecin et les droits de l'Homme, in Le médecin face aux droits de l'Homme, p. 76
[14] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 50
[15] GILLIAND Pierre, Réapproprier la santé, in Patient-Patientenrecht/droits des patients - quel diagnostique?, p. 17
[16] HOERNI Bernard, Réflexion sur les personnes malades
[17] MARTIN Jean, Pour la santé publique, p. 31ss.
[18] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 81
[19] cf. annexe 1 pour ce qui concerne les cantons qui sont examinés dans le cadre de ce travail
[20] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 82

reconnues par l'Etat s'est allongé au cours de l'histoire et ne correspond pas toujours aux exigences de l'actualité.[21]
Pour recevoir l'autorisation d'exercer l'unes des professions de la santé, énumérées dans les lois cantonales, un titre professionnel est nécessaire. En se fondant sur l'article 31 alinéa 2 de la Constitution fédérale, les cantons peuvent, dans le domaine de la santé publique, restreindre le libre exercice de la profession dans l'intérêt de l'ordre public, de la santé et de la moralité publique (cf. ATF 81 I 457ss.).[22]

4. Les institutions hospitalières (hôpitaux, cliniques)

Nous connaissons en Suisse des établissements médicaux de droit public et de droit privé. Selon Gross, les hôpitaux sont « zeitgemässe eingerichtete öffentliche und private Anstalten und deren Abteilungen, die unter ständiger ärtzlicher Leitung oder Kontrolle stehen und der Behandlung und Pflege von Kranken dienen. ».[23] Pour savoir si c'est le droit public ou le droit privé qui s'applique, lors d'un problème surgissant entre un patient et un hôpital, il faut voir s'il s'agit, d'une part, d'un établissement de droit public (droit public) ou d'une clinique privée dotée d'une personnalité juridique - société anonyme, société à responsabilité limitée, coopérative ou association --(droit privé)[24]. D'autre part, il faut examiner la loi cantonale applicable en l'espèce qui, selon les articles 6 et 59 du CC, peut définir à quel droit elle soumet la relation entre patients et soignants dans ses hôpitaux publics.

5. Droit privé et droit public

Le droit public est l'ensemble des normes qui règlent l'organisation de l'Etat et de ses fractionnements. Il régit les rapports entre la puissance publique et les particuliers.[25]
Le droit privé est l'ensemble des règles régissant les rapports entre les particuliers ainsi que les relations juridiques entre l'administration et les particuliers lorsqu'elles ne sont pas exorbitantes du droit commun.[26] Le droit privé est considéré comme le domaine de l'autonomie privée, « der privaten, eigenverantwortlichen Rechtsgestaltung » (Gross), alors que le droit public relève de la formation unilatérale du droit par la puissance publique de l'Etat.[27]
En vertu de l'art. 64 de la CST, la Confédération a une compétence concurrente obligatoire non limitée aux principes pour légiférer en matière de droit civil. Vu que la Confédération a exercé cette compétence en adoptant le CC dans sa première version en 1912, le droit civil est régi uniquement par le droit fédéral.
Néanmoins, en vertu de l'art. 6 CC, les cantons conservent la compétence d'édicter des règles de droit public dans les domaines qui sont en principe régis par le droit fédéral privé, pour autant que le législateur fédéral n'ait pas entendu régler la matière de façon exhaustive, que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éludent pas le droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit.[28]
Toutefois, en vertu de l'art. 2 des dispositions transitoires de la CST, selon lequel le droit fédéral prime le droit cantonal, les cantons n'ont pas le droit d'adopter des règles contraires au droit fédéral ou de légiférer dans des domaines déjà régis par le droit fédéral.

V LA LIBERTE PERSONNELLE EN DROIT SUISSE

La liberté personnelle est une liberté centrale parce qu'elle protège la personne humaine dans ce qu'elle a de plus élémentaire : la vie, l'intégrité corporelle et l'intégrité psychique. Elle recouvre toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à

[21] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 82
[22] id. p. 87
[23] id. p. 47
[24] HONSELL Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, p. 47
[25] GUILLIEN R. et VINCENT J., Lexique des termes juridiques
[26] id.
[27] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 69
[28] ATF 114 Ia 350

l'épanouissement de la personne humaine. Elle protège intégralement la dignité de l'Homme et de la femme et sa valeur propre.[29]
La liberté personnelle apparaît d'emblée comme le creuset le plus adéquat des droits des malades.[30] En effet, la liberté personnelle garantit la libre disposition de son corps, mais également l'exercice de la faculté personnelle d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir d'après cette appréciation.[31]

1. *La déclaration universelle des droits humains*

La déclaration universelle des droits humains (DH ci-après) a été adoptée le 10 décembre 1948 par la troisième session de l'Assemblée générale des Nations Unies sous forme de résolution. Dès lors, cette déclaration énonce seulement un ensemble de principes qui, du point de vue juridique, ne sont pas contraignants pour les Etats. Mais elle exprime une conception commune qu'ont les peuples du monde entier des droits inviolables et inaliénables inhérents à tous les membres de la famille humaine.[32]
La plupart des principes énoncés dans la DH ont été repris dans les deux pactes de 1966, qui sont, eux, contraignants pour les Hautes Parties Contractantes. La liberté personnelle fait partie du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié par la Suisse en 1992. La surveillance et l'application du pacte sont assurés par le Comité des droits humains, dont les Etats sont libres de ne pas en reconnaître la compétence.

2. *La Convention européenne des droits de l'Homme*

La Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH ci-après) a été signée à Rome le 4 janvier 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. La CEDH est le premier traité international dans le domaine des droits de l'Homme qui ait créé des obligations à l'égard des Etats et accordé aux particuliers un droit de requête. La CEDH contraint les Etats signataires de veiller à ce que leurs constitutions et leurs lois ne soient pas contraires à leur engagement international. La Suisse a ratifié la CEDH le 24 novembre 1974; celle-ci est dès lors devenue du droit fédéral de rang constitutionnel[33] et sa violation peut être invoquée devant les tribunaux suisses.
La liberté personnelle est garantie par l'art. 5 CEDH. Elle comprend la liberté de mouvement, le droit de ne pas être détenu ou interné indûment, le droit à l'intégrité physique, le droit à l'intégrité intellectuelle et morale et le droit à tout ce qui fait la dignité humaine.[34] Le droit à la vie est garanti par l'art. 2 de la CEDH. Cette disposition invite les Etats à protéger la vie par la loi. La Suisse a concrétisé ce droit dans le code pénal suisse (CP ci-après) (cf. les art. 111ss CP), dans le CC (cf. l'art. 28 CC) ainsi que dans d'autres normes du droit privé (cf. notamment l'art. 45 du code des obligations - CO ci-après).

3. *Le droit constitutionnel suisse non-écrit*

La liberté personnelle est un droit constitutionnel non-écrit en droit suisse.[35] C'est le Tribunal fédéral qui, dans un arrêt 89 I 92ss., a admis pour la première fois la liberté personnelle comme droit constitutionnel non écrit. Le groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la CST proposait d'inclure explicitement la garantie de la liberté personnelle: « Die persönliche Freiheit ist unverletzlich. Jedermann hat das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, körperliche Bewegungsfreiheit und persönliche Sicherheit. »[36]
En Suisse, les droits garantis par la CEDH le sont donc également par le droit constitutionnel non écrit.

---

[29] ATF 111 Ia 231
[30] ROSSINELLI Michel, Aspects constitutionnels des droits des patients, In Aspects du droit médical suisse, p. 53
[31] GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, p. 39
[32] MAURIZE Marie-Odile, Au delà de l'Etat, p. 67ss.
[33] 113 al. 3 et 114bis al. 3 Constitution fédérale, ATF 117 Ib 203
[34] ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical, p. 67
[35] ATF 111 Ia 231
[36] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 28

4. *Les conséquences en droit médical*

Le droit fondamental de la liberté personnelle garantit, en tant que principe constitutionnel de base, toutes les libertés qui constituent des manifestations élémentaires de l'épanouissement de la personnalité humaine. Pour cette raison la jurisprudence a consacré le droit à la vie comme droit constitutionnel découlant de la liberté personnelle.[37]

Le droit à l'intégrité physique permet à tout individu de refuser des soins. Cela revient à admettre un droit à la maladie. En vertu de la liberté personnelle, qui lui permet d'exiger une abstention, le malade peut choisir de vivre sa maladie comme il lui convient, de se débarrasser d'un médecin trop zélé, de repousser des soins insupportables pour lui ou de refuser un acharnement thérapeutique.[38]

Dans la pratique, le statut social donné à un malade est celui d'une force improductive dont le coût, souvent très élevé, pèse, en termes économiques, de façon sensible sur la communauté.[39] Pourtant, la maladie peut également être vue comme une « libération » de l'individu malade de ses fonctions et tâches normales.[40] Si un droit à la maladie ne peut être consacré dans un droit fondamental, ni l'Etat, ni les soignants ne peuvent définir de manière absolue la santé - donc le bien-être - et prescrire de cette sorte le bonheur aux citoyens. La « fuite dans la maladie » est un acte d'autodétermination non condamnable a priori du point de vue moral ou social.[41]

Si le patient a le droit de refuser des soins, on en déduit que des soins donnés sans consentement éclairé du patient sont illicites et dès lors violent le droit fondamental de la liberté personnelle.

En vertu de l'art. 5 de la CEDH, aucun patient ne peut être retenu en un lieu sans sa volonté, qu'il s'agisse d'un établissement hospitalier de droit public ou de droit privé. La seule exception importante est constituée par les articles 397 et suivants du CC et permet la privation de la liberté à des fins d'assistance. Dans ce cas, la CEDH ne peut être invoquée en vertu de l'art. 113 alinéa 3 de la CST.[42]

Les droits fondamentaux peuvent être restreints, selon la jurisprudence, sous trois conditions: la restriction doit être prévue par une base légale suffisante, justifiée par un intérêt public et être proportionnelle. Dès lors, elle ne doit pas aller au-delà de ce qu'il faut pour atteindre le but d'intérêt public recherché. Enfin, tout droit fondamental, dont la liberté personnelle sous tous ses aspects, ne saurait être complètement supprimé ou vidé de son contenu par des restrictions justifiées par l'intérêt public.[43]

Il découle de ces principes qu'un patient ne peut être hospitalisé contre sa volonté, même si cela s'avère nécessaire du point de vue médical, sauf si une base légale claire l'ordonne, que l'intérêt public l'exige et que ce soit la seule mesure qui permette d'atteindre le but recherché par l'intérêt public.

La garantie constitutionnelle de la liberté personnelle protège, outre la vie et l'intégrité corporelle, la vie privée de l'individu et lui confère un droit de maîtrise sur toutes les données personnelles. De cet aspect de la liberté personnelle découle le droit au secret médical d'une part, et le droit d'accès au dossier médical, d'autre part.

Le Tribunal fédéral a admis, en 1919 déjà, que la protection constitutionnelle de la personnalité ne prend pas fin avec le décès de l'individu. Cette jurisprudence est demeurée inchangée jusqu'à aujourd'hui.[44] Il en découle que le patient a le droit de déterminer le sort de son corps après sa mort. Selon l'ATF 111 Ia 231, la liberté personnelle protège aussi le sentiment de piété des parents et partant, leur droit de s'opposer à une intervention injustifiée sur la dépouille d'un défunt.

---

[37] ATF 98 Ia 508 (JdT 1973 I 490)
[38] ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical, p. 68
[39] CRUCIATTI Flavio, Le médecin et les droits de l'Homme, in Le médecin face aux droits de l'Homme, p. 82
[40] Parsons, cité in GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 54
[41] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 54
[42] ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical, p. 67
[43] cf. ATF 114 Ia 350, ATF 111 Ia 231
[44] ATF 98 Ia 508

5. *Existe-t-il un droit à la santé?*

Les droits fondamentaux se traduisent en premier lieu par une injonction négative envers l'Etat: une obligation de ne pas intervenir dans la sphère privée protégée par les droits fondamentaux. Ainsi, la santé est protégée par une abstention d'action de l'Etat, voire par la répression de comportements d'organismes publics ou d'individus susceptibles de nuire ou de mettre en danger les conditions physiques et/ou psychiques des individus.[45] Les libertés constitutionnelles, selon la doctrine classique, n'obligent pas l'Etat à fournir des prestations positives. Depuis l'arrivées des idées socialistes, l'introduction de droits sociaux dans les textes fondamentaux est de plus en plus revendiquée. La santé humaine est devenue l'objet d'un droit reconnu sur le plan international à la fin de la deuxième guerre mondiale, lorsque les Etats membres de l'ONU signèrent la déclaration universelle des droits de l'Homme dans laquelle est aussi mentionné le droit à la santé (article 25 alinéas 1 et 2).[46] La santé est donc un droit fondamental de l'Homme. Mais si la vie et la sauvegarde de l'existence peuvent être déterminés de manière objective, le bien-être personnel, qui fait partie de la définition de la santé par l'OMS, est plus difficile à définir de manière abstraite. Les besoins de santé subjectifs sont très différents d'un individu à l'autre et ils sont en relation avec le niveau de l'approvisionnement: « Die subjektiven Gesundheitsbedürfnisse sind je nach dem gegebenen Versorgungsniveau verschieden ».[47] Plus le niveau de vie est élevé, plus les éléments subjectifs dans l'évaluation d'un besoin sont nombreux. Dès le moment où les besoins élémentaires en nourriture et hygiène sont satisfaits, la santé ne peut plus être définie de manière objective.
Dans nos sociétés occidentales et dans les limites de la liberté des autres, un droit fondamental à la santé ne peut être compris que comme un droit à la liberté personnelle, plus précisément défini comme le pouvoir de déterminer soi-même ce que l'on comprend sous bien-être personnel. Ce n'est donc pas l'Etat qui peut assurer le bien-être personnel, mais, par définition, l'individu lui-même. Cela ne signifie néanmoins pas que des conditions de base ne doivent pas être créées pour assurer à l'individu le maximum de possibilités de s'épanouir, notamment un minimum d'éducation, un logement décent et une nourriture suffisante.[48]

6. *L'effet horizontal des droits constitutionnels*

Garantis par l'Etat, les droits fondamentaux sont dirigés contre l'Etat. Ils garantissent l'existence d'un espace social dans lequel ces droits peuvent s'épanouir. Puisque l'Etat agit à travers ses organes, ce sont les autorités qui trouvent une limite dans leurs activités par les libertés constitutionnelles.
Or, la relation qui unit un médecin indépendant ou une clinique privée à ses patients est, en règle générale, exclusivement soumise au droit privé[49]. Seules les relations entre un hôpital public et les patients sont régies par le droit public. Ce n'est que dans cette activité médicale que les droits fondamentaux protègent le patient contre l'Etat.[50] Or l'Etat n'a pas le monopole du pouvoir. Des formes privées d'organisation de ce pouvoir peuvent menacer tout autant, voire davantage, la liberté du particulier.
La relation entre soignant et patient correspond à une répartition de pouvoir inégale entre les parties[51] qui est peut-être le caractéristique principal de cette relation.[52] Il est dès lors souhaitable que les patients puissent invoquer les droits fondamentaux également dans une relation de droit privé, en raison de leur situation de faiblesse et de dépendance.[53]
La théorie de l'effet horizontal (également nommé effet réflexe ou Drittwirkung), théorie dont la reconnaissance est réclamée par une partie importante de la doctrine actuelle,

---

[45] SCALABRINO-SPADEA, Mme., Le droit à la santé, inventaire des normes et principes de droit international, in Le médecin face aux droits de l'Homme, p. 97
[46] id., p. 98
[47] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 50
[48] id., p. 51
[49] ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical, p. 59
[50] id., p. 59
[51] GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, p. 23
[52] id, p. 24
[53] ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical, p. 59

considère que les droits fondamentaux garantis par la CST ou la CEDH déploient leurs effets dans l'ensemble de l'ordre juridique. Gross parle d'une « Ausstrahlung auf die Beziehungen Privater unter sich ».[54]
Certes, le patient peut invoquer ses droits subjectifs privés. L'effet horizontal permet néanmoins de s'assurer que les droits fondamentaux des parties, en général de la partie faible, n'ont pas été violés, y compris dans le cas où les droits subjectifs privés des patients ont été respectés.[55]
Le Tribunal fédéral admet le principe de l'effet horizontal sans être précis sur les conditions ni sur les modalités de son application.[56]
Selon la doctrine, les droits fondamentaux peuvent produire des effets entre les particuliers de trois manières:

1. Le législateur doit adopter des lois conformes à la CST, que ce soit en droit public ou en droit privé.
2. Le juge doit appliquer les lois en les interprétant de la manière la plus conforme à la CST.
3. Selon les partisans de l'effet horizontal direct, les droits fondamentaux consacrent des droits subjectifs privés à côté de ceux du droit privé.

En premier lieu, les droits fondamentaux trouvent une application directe à titre subsidiaire. En effet, selon l'art. 1 du CC, le juge doit d'abord appliquer la loi, en l'espèce le droit privé; à défaut d'une loi, c'est à dire en cas de lacune proprement dite, il applique la coutume et en dernier lieu il doit établir des règles de droit comme s'il était lui-même législateur. Il doit s'inspirer dans ce dernier cas de la jurisprudence et de la doctrine et respecter les droits fondamentaux. De ce fait, le juge peut donc directement appliquer la jurisprudence relative à un droit fondamental dans une relation de droit privé, à condition qu'il y ait analogie entre le litige de droit privé et un litige de droit public.[57]
En second lieu, s'il y a une lacune improprement dite, c'est à dire un défaut de la loi, le juge peut, en vertu de l'art. 2 al. 2 du CC, la corriger. Or, une inconstitutionnalité constitue certainement un défaut de la loi et l'invocation d'une norme inconstitutionnelle est un abus de droit. Mais l'article 113 alinéa 3 de la CST prévoit que le Tribunal fédéral doit appliquer la loi fédérale sans se demander si elle est conforme ou non à la CST. En même temps, selon la doctrine, l'application d'une loi qui présente un défaut constitue un abus de droit. Le juge doit donc ménager l'une et l'autre norme, sans que l'une d'entre elle soit vidée de sa substance.[58]
Il y a deux raisons d'invoquer l'effet horizontal en droit médical:

1. **La nécessité de cohérence entre le droit public et le droit privé**. Pour qu'on invoque les droits fondamentaux dans une relation de droit privé, l'analogie des situations réglées par le droit public et des situations réglées par le droit privé est nécessaire. En droit médical, cette analogie peut découler du rapport de dépendance entre le médecin et le patient, mais également de la similarité de la relation d'un patient avec un établissement privé avec celle qu'il entretient avec un établissement public.[59]

2. **Le rapport de subordination et de dépendance**: Les droits fondamentaux protègent l'individu contre l'Etat en tant que titulaire de la souveraineté, du fait de l'inégalité de la relation entre l'individu et l'Etat. Mais la même protection doit être donnée lorsque c'est « l'autre » qui menace la liberté. La société civile n'est en effet pas un ensemble harmonieux et uni dans lequel tous se donneraient la main pour travailler conjointement à la construction du meilleur des mondes possibles. Des conflits sociaux et économiques, de grandes divergences d'intérêts peuvent faire appel à l'application directe d'un droit constitutionnel. Le législateur en a donné un exemple concret en adoptant l'art. 4 alinéa 2 de la CST, disposition qui a un effet horizontal direct en ce qui

[54] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 40
[55] ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical, p. 59
[56] ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical., p. 61
[57] id., p. 62ss
[58] id., p. 64ss
[59] id., p. 66

concerne l'égalité des salaires entre homme et femme. Dès lors, dans la relation patient - médecin ou patient - hôpital privé, certains droits fondamentaux peuvent également être invoqués directement. Or, il ne faut pas oublier qu'une application trop étendue des droits fondamentaux en droit privé serait contraire à l'art. 113 alinéa 3 de la CST, et par conséquent contraire au droit.[60] Il s'agit de trouver la voie du juste milieu.

7. *La liberté personnelle dans les constitutions de Genève, Bâle et Lucerne*

Selon une opinion que partagent la doctrine, la jurisprudence et le Conseil fédéral, le fait que l'ensemble des libertés découlant expressément ou implicitement de la CST s'impose aux cantons, prive la garantie cantonale de ces libertés de toute portée propre et suspend leur valeur juridique. Dès lors, cette garantie n'a d'effets de droit que dans la mesure où elle va plus loin et reconnaît des droits et des libertés que la CST ne garantit point.[61] Alors que la liberté personnelle n'est garantie au niveau fédéral que par un droit constitutionnel non écrit, presque toutes les constitutions cantonales la consacrent expressément. Il en est ainsi dans les CST genevoise[62] et lucernoise.[63] La CST de Bâle-Ville ne mentionne pas directement la liberté personnelle, mais renvoie à son art. 10 à la CST fédérale : « Die sämtlichen von der Bundesverfassung aufgestellten allgemeinen Bestimmungen gelten auch für die kantonale Verfassung ».[64]
En vertu de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal, le droit constitutionnel cantonal ne peut avoir une influence sur le droit privé fédéral. L'effet réflexe des droits fondamentaux cantonaux sur le droit privé fédéral est exclu.
En **conclusion** on peut affirmer que les droits fondamentaux jouent un rôle important dans la relation patient-soignant. Ils interviennent dans tous les cas dans la relation patient-établissement médical public. En ce qui concerne la relation patient-médecin/établissement privé, il est incontestable que l'effet horizontal existe, bien que l'art. 113 al. 3 limite singulièrement sa portée qui devrait, de lege ferenda, être plus étendue. Toutefois, lorsque les droits constitutionnels sont concrétisés par les lois fédérales privées ou les lois cantonales publiques, l'invocation de l'effet horizontal direct n'est plus nécessaire.

VI LES DROITS DE LA PERSONNALITE SELON LES ARTICLES 27 ET 28 DU CC

De par sa tradition, le droit privé s'applique aux relations entre des citoyens égaux. Si l'on admet que la relation entre médecin ou établissement privé et patient correspond à une telle relation, elle doit être soumise au droit privé. Selon Eugen Bucher, l'égalité entre soignant et patient est caractéristique de leur relation,[65] mais, comme nous l'avons constaté auparavant, cette opinion peut être critiquée.
Les droits de la personnalité sont l'ensemble des attributs que la loi reconnaît à tout être humain (droit à la vie, à l'intégrité corporelle et psychique, droit à l'honneur et à l'image, etc.). Ils sont placés en dehors du commerce juridique et dotés d'une opposabilité absolue.[66]
Selon Tercier, la protection de la personnalité désigne l'ensemble des normes de droit privé suisse destinées à prévenir, supprimer, voire réparer les atteintes que des tiers peuvent porter aux biens de la personnalité d'un sujet de droit.[67] La personnalité regroupe l'ensemble des valeurs essentielles de la personne, valeurs (ou « biens ») qui lui sont propres et peuvent faire l'objet d'une atteinte.[68]

---

[60] id., p. 74
[61] MALINVERNI Giorgio, Les libertés, in Document de base de droit constitutionnel, Numéro 17, p. 10
[62] RO systématique de la législation genevoise, A 2 1, art. 3 et art. 12
[63] Systematische Gesetzessammlung des Kanton Luzern, Nummer 1, art. 5
[64] Systematische Gesetzessammlung des Kanton Basel-Stadt, Nummer 111.100
[65] BUCHER Eugen, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in Arzt und Recht, p. 39
[66] GUILLEN Raymond et VINCENT Jean, Lexique de termes juridiques
[67] TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, p. 17ss
[68] BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 123ss

La protection de la personnalité est le corollaire nécessaire de la liberté de la personne d'organiser sa vie privée et sociale. C'est l'expression du postulat du libéralisme classique, selon lequel la liberté de l'individu ne s'exerce et ne peut s'exercer que dans les limites du respect de la liberté d'autrui.[69] Contrairement aux droits fondamentaux qui s'adressent en premier lieu à l'Etat, les droits de la personnalité s'adressent, en principe, exclusivement aux sujets soumis au droit privé.[70]

1. L'art. 27 du CC

La liberté de la personne signifie en particulier que toute personne est libre de conclure avec autrui des actes juridiques créant des droits et des obligations.[71] Mais la protection contre les engagements excessifs permet à celui qui s'est lié à un tiers d'obtenir sa libération totale ou partielle lorsque cet engagement, par son objet ou son contenu, porte une atteinte excessive à sa liberté ou à un autre droit de la personnalité.[72] Il s'agit d'une protection de la personne contre elle-même.
L'art. 27 du CC interdit tout engagement ou renonciation à un droit par lequel la liberté et la dignité de la personne est atteinte.[73] De ce fait, le consentement d'un patient à une intervention médicale n'est valide que si le patient a la capacité civile ou au moins la capacité de discernement au moment du consentement et que l'intervention est compatible de par son contenu avec le droit de la personnalité.[74]
L'art. 27 al. 2 du CC a pour but d'assurer à la personne sa liberté de décision. Il veut empêcher qu'un individu puisse renoncer de façon juridiquement valable à sa liberté de décision pour l'avenir, concernant des choix qui l'engagent dans les aspects essentiels de sa personnalité. Mais il n'interdit bien sûr pas tout engagement pour le futur.[75]
On déduit de cet article que la décision du patient de se soumettre ou non à un traitement devrait en principe, en tant qu'acte de disposition portant sur un bien de la personnalité, être contemporaine au traitement, ou le précéder immédiatement. Une décision exprimée au préalable reste librement révocable en tout temps et sans formalité, jusqu'à l'administration du traitement.[76]
Selon l'art. 27 du CC, une personne ne peut valablement consentir à sa mort ou à sa mutilation.[77] Mais peut-elle établir qu'elle désire s'opposer dans le futur à un acharnement thérapeutique (testament biologique)?
Pour apprécier si le testament biologique, en tant que manifestation de volonté anticipée permettant d'arrêter un traitement médical et de ce fait ne pas empêcher la mort, est contraire à l'art. 27 CC, il faut, selon Guillod, examiner trois éléments au moins:

1. Plus l'objet du testament biologique est vaste, plus l'engagement anticipé est susceptible d'être contraire à l'art. 27 CC.
2. Plus le décalage temporel entre le moment ou le patient a exprimé sa volonté et le moment où celle-ci doit prendre effet est grand, plus l'engagement est suspect d'être contraire à l'art. 27 CC.
3. Plus la connaissance de la situation est mince et approximative, plus l'engagement anticipé risque d'être contraire à l'art. 27 CC.[78]

Un engagement excessif au sens de l'art. 27 CC est frappé de nullité absolue.[79] Compte tenu du but de l'art. 27 du CC (protection de la liberté de décision), et du texte de l'art. 20 al. 2 du CO, une nullité partielle de l'engagement peut être admise. Lorsqu'une personne

[69] id., p. 115
[70] TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, p. 28
[71] BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 117
[72] TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, p. 23
[73] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 109
[74] id., p. 109
[75] GUILLOD Olivier, Validité et efficacité du testament biologique, in Revue de droit suisse, p. 417
[76] id., p. 418
[77] EISNER Beat, Die Aufklärungspflicht des Arztes, p. 26
[78] GUILLOD Olivier, Validité et efficacité du testament biologique, in Revue de droit suisse, p. 418 et 419
[79] id., p. 120

s'oblige à subir à l'avenir une opération, ce serait souvent démesuré de considérer ce consentement (de même que le contrat conclu avec le médecin) comme nul et inexistant. Pour concrétiser la protection découlant de l'art. 27 CC, il est suffisant, autant que nécessaire, d'autoriser l'intéressé à révoquer unilatéralement l'obligation pour l'avenir. Par contre, on admettra la nullité totale d'un tel engagement si l'exigence de déclarer sa révocation faisait peser sur l'intéressé une charge trop lourde (par exemple lorsque l'obligation de se soumettre à une opération est assortie d'une promesse faite à l'intéressé de recevoir une somme d'argent importante) et dans le cas où la personne concernée ne pourrait révoquer valablement son consentement en raison de son incapacité de discernement.[80]
Le patient ne doit néanmoins pas oublier que dans la mesure où il adopte un comportement contraire à la bonne foi ou aux moeurs et qui lui est imputable à faute, il devient responsable envers l'autre partie (le médecin)du dommage résultant de la caducité, le cas échéant, de la révocation du contrat. Sa responsabilité serait engagée si par exemple le patient, de façon abusive, revenait sur sa décision de se soumettre à une intervention chirurgicale à un moment où le médecin a déjà tout préparé pour y procéder. Il peut s'agir d'une responsabilité précontractuelle fondée sur l'obligation de se comporter conformément aux règles de la bonne foi (cf. l'art. 2 du CC) ou d'une responsabilité contractuelle (cf. l'art. 404 al. 2 du CO). [81]
En cas d'atteinte à la personnalité par un engagement excessif, il peut s'ensuivre, outre la nullité de l'engagement, une action en dommages-intérêts et réparation du tort moral.

2. L'art. 28 du CC

Alors que l'art. 27 du CC protège la personne contre une privation de toute liberté de décision à la suite de ses propres actes[82], l'art. 28 tend à préserver la personnalité en tant que telle, c'est à dire la totalité de toutes les valeurs essentielles de la personne, d'une atteinte par des tiers[83], c'est à dire l'ensemble des biens inhérents à chaque personne, qui lui appartiennent de sa naissance à sa mort de par sa seule qualité de personne physique ou morale.[84] Ils sont, en général, sans valeur économique.[85]
L'article 28 CC contient un principe général et ne définit pas le contenu de la personnalité. L'énumération des droits qui en découlent n'est donc jamais exhaustive.[86]

a)Les droits de la personnalité physique sont composés du droit à la vie et à l'intégrité corporelle et incluent le droit à l'intégrité psychique. La vie et l'intégrité corporelle qui comprennent la santé et la liberté de mouvement, jouissent d'une protection juridique primordiale et sont protégés non seulement par l'art. 28 CC mais également par les droits de l'Homme, le droit constitutionnel (droit non écrit), le droit pénal et par d'autres normes du droit privé (notamment les art. 45ss CO).[87] La vie est, en droit, la condition de la personnalité juridique (cf. l'art.. 31 CC).[88]

b)Le droit à l'intégrité psychique, de même valeur que le droit à l'intégrité physique et dont il représente un aspect, est également protégé par les droits fondamentaux, le droit pénal et le droit civil.[89] Il contient notamment **le droit à l'autodétermination**. Chaque être humain a dès lors la liberté de disposer du bien juridique qu'est son intégrité physique et psychique. L'art. 27 CC limite cette liberté.

---

[80] id., p. 121
[81] GUILLOD Olivier, Validité et efficacité du testament biologique, in Revue de droit suisse, p. 121ss
[82] id., p. 116
[83] EISNER Beat, Die Aufklärungspflicht des Arztes, p. 26
[84] TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, p. 22
[85] id., p. 48
[86] BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 124
[87] PEDRAZZINI Mario und OBERHOLZER Niklaus, Grundriss des Personenrechts, p. 133
[88] TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, p. 53ss.
[89] PEDRAZZINI Mario und OBERHOLZER Niklaus, Grundriss des Personenrechts, p. 134

Selon le Tribunal fédéral, le traitement médical consiste en un empiétement sur l'intégrité corporelle[90] (et psychique) et est illicite sans fait justificatif.
Dès lors, le patient a le droit de décider du sort de son corps pendant et après la vie. En vertu de l'art 27 CC il n'a néanmoins pas un droit à l'autodestruction, mais il peut refuser un traitement. Ainsi, un patient capable de discernement a le droit de refuser une mesure de maintien en vie et de s'opposer à un acharnement thérapeutique. Il a le droit à une mort digne.
Pouvant disposer du sort de son corps après sa mort, toute personne peut dès lors refuser un prélèvement d'organes de son vivant.[91]
Or, un problème surgit si une autre personne ne peut être sauvée que par le prélèvement d'organes sur le corps de quelqu'un qui l'avait refusé de son vivant. Dans ce cas il faut procéder à une pesée d'intérêts en prenant en considération toutes les circonstances de l'espèce. Nous reviendrons sur ce point dans le cadre de l'analyse de la personnalité affective.
Du droit à l'autodétermination découle en outre le droit de choisir son médecin et son hôpital. De facto, ce droit sera néanmoins limité par des considérations financières.[92] Le patient a également le droit de choisir le moyen thérapeutique qui lui sera appliqué, d'interrompre une thérapie ou de changer de médecin.

c)Les droits de la personnalité affective concernent les relations de famille, au sens large. La relation affective entre plusieurs personnes peut créer des liens à tel point étroits, que certaines atteintes à la personnalité portées au lésé touchent aussi ces autres personnes.[93] Par conséquent, la piété des proches d'un patient défunt est protégée.
Ainsi lorsqu'un défunt n'a pas pris de dispositions de son vivant quant à un éventuel prélèvement d'organes, le consentement de ses proches, qui ne peut être présumé, doit leur être demandé pour faire un tel prélèvement. Néanmoins, le droit à la vie d'un autre patient peut primer le Pietätsrecht des proches du défunt, à condition que ce soit le seul moyen qui permette de sauver la vie de ce patient, qu'une telle transplantation soit possible dans les circonstances matérielles données de l'hôpital et qu'un succès paraisse vraisemblable.[94]

d)La protection de la personnalité sociale contribue à rendre harmonieuse la vie en société et assure une certaine égalité de traitement dans l'individualité de chaque citoyen.[95]
La **sphère privée** fait partie de la personnalité sociale et est de ce fait protégée par l'art. 28 CC. Cette protection couvre l'ensemble des faits personnels, dans la mesure où leur connaissance est limitée à un cercle déterminé de personnes. Notons qu'une protection spéciale a été instaurée avec la loi sur la protection des données (LPD). Il en découle que le patient a le droit à ce que le secret médical soit respecté par tous les soignants. Le secret médical est aussi valable entre les soignants. Le droit d'accès au dossier médical découle également de cette disposition. Il y a divergence d'opinion par rapport à l'étendue de ce droit d'accès au dossier médical, notamment en ce qui concerne la question de savoir si les notes personnelles du personnel soignant en font partie ou non.
La protection de la personnalité sociale donne, en outre, au malade hospitalisé, un droit aux contacts avec l'extérieur (téléphone, courrier, visites) tant qu'un intérêt prépondérant privé ou public ne s'y oppose pas. Le patient a également le droit de refuser ces contacts.

e) La nature juridique des droits de la personnalité
Les droits de la personnalité sont des droits absolus et, contrairement aux droits relatifs, opposables à tout le monde. Extra-patrimoniaux, ils n'ont pas de valeur susceptible d'être estimée en argent. Leur valeur est avant tout morale. Cependant, l'atteinte à la personnalité peut causer un dommage économique (par exemple frais de traitement médical ou perte de gains en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle) et faire naître pour la victime un droit à une

[90] HONSELL Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, p. 122
[91] BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 125
[92] RAMER Paul et RENNHARD Josef, Patientenrecht, p. 33
[93] BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 126
[94] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 111
[95] BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 127

réparation. Les droits de la personnalité sont inaliénables, car indissolublement liés à la personne de leur titulaire et ne peuvent être cédés. En revanche, les droits patrimoniaux qui découlent de la violation du droit de la personnalité peuvent être cédés.[96] En principe, le titulaire des droits de la personnalité ne peut pas y renoncer, en vertu de 27 CC.
Selon l'art. 31 CC, la personnalité juridique finit avec la mort. Les droits y afférents s'éteignent en principe au décès de leur titulaire. Mais les proches peuvent faire valoir des droits qui découlent de l'atteinte à leur propre personnalité commise par le biais d'une atteinte visant le défunt.
Les droits de la personnalité sont strictement personnels et, de ce fait, ne peuvent être exercés par des mineurs et des interdits capables de discernement sans le concours de leur représentant légal (cf. l'art. 19 al. 2 CC).
En tant que droits absolus, ces droits sont imprescriptibles. La question se pose de savoir si les créances découlant d'une action en atteinte à la personnalité sont également imprescriptibles. Selon Tercier, elles sont imprescriptibles si elles découlent d'une action défensive, et prescriptibles si elles découlent d'une action en réparation.[97]

f) L'illicéité de l'atteinte à la personnalité et les motifs justificatifs (art. 28 al. 2 CC)
Le caractère absolu des droits de la personnalité impose à chacun le devoir de ne pas nuire à autrui. Toute atteinte à ces droits est donc par principe illicite sauf motif justificatif.[98]
L'art. 28 al. 2 CC en mentionne trois:

1. **Le consentement de la victime** qui, selon Eugen Bucher est le « König der Rechtfertigungsgründe » en droit médical.[99] C'est donc le premier et plus important motif justificatif, notamment dans le domaine qui nous préoccupe. Aucune forme n'est exigée. Pour que le consentement soit valablement donné, le patient doit avoir été correctement informé (notion du consentement éclairé). Le patient a dès lors le droit de connaître son état de santé, le diagnostic qui le concerne, les tenants et aboutissements du traitement proposé, ainsi que d'éventuelles alternatives. Une information sur les risques non courants et sur d'éventuels implications économiques doit être donnée par le médecin.[100] Selon le Tribunal fédéral, l'information sur l'état de santé et le diagnostic peut être tue au patient s'il s'agit d'éviter de mettre en danger sa santé en provoquant des états d'angoisse (privilège thérapeutique).[101] Cette jurisprudence est - à juste titre à mon avis - critiquée.[102] En effet, comment un patient peut il exercer son droit à l'autodétermination s'il n'est pas informé sur son état de santé? Plutôt que de refuser de donner une information pour des raisons de privilège thérapeutique, le soignant doit réfléchir à la manière dont il transmettra cette information et à l'accompagnement du malade par la suite.
2. **L'intérêt privé ou public prépondérant:** L'atteinte à la personnalité à laquelle la victime n'a pas consenti, n'est pas illicite si un intérêt prépondérant public ou privé peut être invoqué pour la justifier. L'intérêt prépondérant est privé lorsqu'il est lié à une personne et il est public lorsqu'il se confond avec l'intérêt général.[103] Pour déterminer l'intérêt, prépondérant, une pesée entre les intérêts en présence doit être faite. En droit médical, le droit à la vie d'une personne qui a besoin de recevoir un organe face au droit à l'autodétermination d'une personne quant au sort qui sera réservé à son corps après son décès ou à la protection de la personnalité affective des proches d'un décédé peut nous amener à une telle pesée d'intérêts. Dans ce cas et dans les conditions décrites auparavant, il faudrait plutôt pencher pour le droit à la vie de la personne vivante. L'intérêt public prépondérant n'a encore jamais été invoqué dans le domaine médical. Il

[96] id., p. 131
[97] TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, p. 50ss. et BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 131ss
[98] BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 133
[99] BUCHER Eugen, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in Arzt und Recht, p. 42
[100] RAMER Paul et RENNHARD Josef, Patientenrecht, p. 79ss
[101] ATF 117 Ib 203
[102] RAMER Paul et RENNHARD Josef, Patientenrecht, p. 88
[103] BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, p. 136ss.

est important aujourd'hui de relever qu'un intérêt purement économique ne suffit pas pour justifier une atteinte à la liberté personnelle et donc limiter la protection de la personnalité.

3. **La loi** : Dès qu'une loi de droit public s'applique, nous nous trouvons dans le cadre d'une relation de droit public et 28 CC n'est plus applicable.[104] Or, des dispositions de droit privé peuvent également intervenir de manière impérative pour justifier une atteinte à la personnalité. Dans le domaine de la protection de la sphère privée, et, notamment du secret médical, assurée par l'art. 28 CC et la LPD, le devoir d'assistance et de fidélité entre époux (art. 159 CC), ou les devoirs réciproques entre parents et enfants (art. 272 CC) permettent éventuellement au médecin de violer la sphère privée de son patient et de dévoiler l'existence d'une maladie contagieuse grave au membre de la famille concerné (conjoint, enfant, parents). Cette question, controversée, est devenue d'une grande actualité avec l'apparition du SIDA.

g) Les conséquences d'une atteinte illicite à la personnalité

Dès qu'une atteinte illicite à la personnalité est constatée, la victime peut, sans qu'une autre condition ne soit nécessaire (préjudice économique ou faute, sous réserve de l'action en dommage-intérêts), exercer les actions spécifiques de la protection de la personnalité énumérées à l'art. 28a al. 1 CC. Il s'agit de

- l'action en prévention de l'atteinte
- l'action en cessation de l'atteinte
- l'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte
- l'action en dommages-intérêts et en réparation du tort moral
- l'action tendant à la remise du gain réalisé par l'auteur de l'atteinte.

Dans la relation soignant - patient, il faut partir de l'idée qu'en cas d'action en protection de la personnalité, la violation a déjà eu lieu et est terminée de sorte que l'atteinte illicite ne peut être compensée que financièrement. Ce sont donc les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral qui entrent en ligne de compte le plus souvent.[105]

En **conclusion** on peut affirmer que les normes de droit civil protégeant les droits de la personnalité trouvent une large application dans le droit médical. La protection de la volonté du patient est centrale: tout patient peut accepter ou refuser une intervention médicale, sans pour autant pouvoir exiger n'importe quel acte dit médical.[106] Les art. 27 et 28 CC concrétisent le droit constitutionnel de la liberté personnelle et s'appliquent dans tous les cas dans les relations entre médecin privé ou établissement privé et patient.

VII LA PROTECTION DE LA PERSONNALITE DANS LE DROIT PUBLIC CANTONAL

La question se pose de savoir si la protection de la personnalité peut également être invoquée dans une relation entre un établissement public et un patient. La nécessité de cohérence entre le droit public et le droit privé en droit médical nous a conduit à affirmer que l'application directe des droits constitutionnels doit être admise. Doit - on dès lors, pour les mêmes raisons de cohérence, admettre que les normes de droit privé peuvent être invoquées dans une relation entre un établissement public et un patient?

Selon Eugen Bucher, la relation entre médecin d'un établissement public et un patient ne doit pas ressortir du droit public, car le médecin n'est pas investi de la puissance publique. Dès lors, un patient doit pouvoir invoquer subsidiairement la protection de la personnalité découlant du droit privé, tant qu'il n'y pas de normes de droit public qui puissent intervenir directement. Pour cet auteur, la relation juridique entre un médecin d'un établissement public et son patient ne doit pas être différente de celle qui existe entre un médecin d'un

[104] BUCHER Eugen, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in Arzt und Recht, p. 42, 43
[105] EISNER Beat, Die Aufklärungspflicht des Arztes, p. 27
[106] ENGEL Pierre, Aspects généraux du droit médical, in Aspects du droit médical, p. 13

établissement privé et son patient.[107] Le Tribunal fédéral affirme néanmoins qu'il s'agit dans ces cas-là d'une relation de droit public.[108]
L'article 6 du CC stipule que « les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public. »
Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette règle en faveur du droit public cantonal est soumise aux trois conditions suivantes:

1. Il faut que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer cette matière de façon exhaustive.
2. Les règles cantonales doivent être motivées par un intérêt public pertinent.
3. Ces règles ne doivent pas éluder le droit civil fédéral ni en contredire le sens et l'esprit.[109]

En vertu de l'art. 6 al. 1 CC et l'art. 59 al. 1 CC, le législateur cantonal peut choisir s'il veut soumettre la relation juridique entre un établissement public et ses utilisateurs au droit public ou au droit privé. S'il soumet cette relation juridique au droit public cantonal, la protection de la personnalité ne s'examine plus sous l'angle des articles 27 et 28 CC (droit privé), mais sous l'angle des libertés constitutionnelles.[110]
En règle générale, un établissement hospitalier cantonal a le statut d'établissement de droit public; mais cela ne signifie pas automatiquement que la relation soignant - patient soit soumise au droit public. Or, le Tribunal fédéral considère, dès qu'il s'agit d'un établissement de droit public, que les relations juridiques entre patients et soignants sont soumises au droit public.[111] Il l'a déduit de la loi genevoise qui indique à son article 5 LEPM[112] que les établissements hospitaliers cantonaux sont des établissements de droit public dotés de la personnalité juridique
La loi lucernoise est la seule à énoncer clairement que les relations entre soignants et patients dans les institutions hospitalières cantonales sont soumises au droit public (art. 5 du RDP[113]). La loi bâloise reste muette tant sur le statut juridique des hôpitaux cantonaux que sur le droit applicable aux relations entre patients et soignants. La loi genevoise n'énonce pas très clairement le droit applicable aux relations entre patients et soignants mais la jurisprudence a déduit de l'art. 5 LEPM que la relation patient - soignant dans un établissement public est soumise au droit public.[114]
Les lois cantonales se préoccupant des droits des malades, ne concernent néanmoins pas que les relations patient - établissement public et s'appliquent également dans les relations juridiques entre privés, à l'exception du canton de Lucerne, où le règlement sur les droits des malades ne s'applique qu'aux établissements publics.
Examinons à ce stade d'examiner quelles sont les lois de santé publique des cantons de Bâle-Ville, Lucerne et Genève afin de vérifier si leur droit public cantonal n'empiète pas sur le droit privé ou n'en contredit pas le sens ou l'esprit.

1. Les dispositions dans les lois publiques cantonales

a) Bâle-Ville

A Bâle-Ville, les droits conférés aux patients dans les établissements publics et privés correspondent aux droits découlant tant de la liberté constitutionnelle (droit public) que de la protection de la personnalité (droit privé). Les droits sont énumérés de manière assez détaillée, et un règlement spécifique règle les droits des personnes âgées séjournant dans

[107] BUCHER Eugen, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in Arzt und Recht, p. 40
[108] ATF 101 II 277/111 Ia 231
[109] ATF 113 Ia 309, 114 Ia 350
[110] ATF 111 Ia 231
[111] ATF 111 Ia 231
[112] cf. annexe 1
[113] cf. annexe 1
[114] ATF 111 Ia 231

un home. L'art. 4 du RPA[115] indique que le personnel soignant doit respecter les habitudes et le rythme de vie des pensionnaires.
En droit désirable, vu que les droits sont énumérés de manière assez détaillés, on pourrait indiquer que le droit d'accès au dossier médical devrait également être réglé dans la loi publique cantonale.
Il est intéressant de constater que selon la loi bâloise (et la loi lucernoise), le consentement à un **prélèvement d'organes** est présumé (art. 12 LH BS, art. 68 LU)[116] alors qu'en droit genevois, le consentement doit, s'il n'a pas été donné par écrit auparavant par le défunt, être demandé aux proches. Un projet de loi prévoyant d'adopter cette présomption dans la loi genevoise, est actuellement en discussion au Grand Conseil genevois[117]. Or, selon Gross, un tel consentement ne peut pas être présumé.[118] Il s'agirait dès lors d'une violation du droit fédéral (art. 28 CC, liberté personnelle).

b) Lucerne

Concernant la législation de Lucerne, deux particularités peuvent être relevées qui nécessitent un examen plus approfondi quant à leur conformité au droit fédéral:
Le règlement concernant les droits et les devoirs des malades dans les établissements publics admet **la validité des testaments biologiques** (art. 25 RDP)[119] et cette même disposition, ainsi que l'article sur l'accompagnement en fin de vie (Sterbehilfe) (art. 32 RDP)[120] **renvoient aux directives de l'Académie suisse des sciences médicales** (ASSM ci-après).

1. ***Règle sur la validité des testaments biologique.*** Le patient soigné dans un établissement hospitalier public se trouve dans un rapport de subordination avec l'Etat, pour tout ce qui concerne la discipline interne ou le tarif des prestations, notamment.[121] Or, si cette même réglementation s'appliquait à un établissement de droit privé, il faudrait examiner sa conformité en lien avec les articles 27 et 28 du CC. Selon l'ATF 111 Ia 231, il n'existe aucune raison, en ce qui concerne les actes médicaux proprement dits, pour que la liberté personnelle d'un patient admis dans un établissement hospitalier public soit restreinte dans une mesure plus étendue que n'est celle d'un patient soigné dans un établissement hospitalier privé. En leur qualité d'organes d'un établissement public, les médecins ne disposent pas, sur ce point précis, de pouvoirs de décision plus étendus que ceux dont jouissent leurs collègues exerçant leur activité sur la base d'un contrat de droit privé. Dès lors, l'examen de la conformité de la réglementation de l'établissement sous l'angle du droit constitutionnel se fait selon les mêmes critères que l'examen sous l'angle de la protection de la personnalité du droit privé (art. 27 et 28 du CC).
   Qu'en est-il d'une disposition qui confère, à première vue, un droit plus étendu au patient? La question se pose de savoir si le législateur cantonal a la compétence d'édicter une règle admettant la validité du testament biologique ce qui implique d'admettre l'euthanasie passive. Or, en vertu de l'art. 64 de la CST, la confédération a une compétence exclusive en matière de droit civil, et en vertu de l'art. 64bis de la CST, en matière de droit pénal. Le début et la fin de la vie sont régis exclusivement par le droit fédéral (droit civil et droit pénal). Dès lors, un canton ne peut pas légiférer en cette matière sans violer l'art. 2 des dispositions transitoires de la CST. Notons qu'à Genève, lors de la discussion sur l'initiative des droits des malades, les initiants ont délibérément évité de parler du thème délicat de l'euthanasie passive. Les députés, ayant proposé en premier lieu un article sur la mort dans la dignité, l'ont finalement retiré.[122]

2. ***Le renvoi aux directives de l'ASSM***

---

[115] cf. annexe 1
[116] cf. annexe 1
[117] PL 7230, déposé le 5 avril 1995
[118] GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, p. 111
[119] cf. annexe 1
[120] cf. annexe 1
[121] ATF 111 Ia 231
[122] cf. Mémorial du Grand Conseil genevois du 7 mai 1987, p. 2001

Il s'agit d'examiner la valeur juridiques des directives de l'ASSM sous l'angle de la validité de la délégation de compétence législative.
L'ASSM est une fondation créée le 24 septembre 1943 par les doyens des facultés de médecine humaine et vétérinaire, ainsi que par la Fédération des médecins suisses. Les directives sont donc le fait d'un organe privé et n'ont pas de valeur juridique indépendante tant qu'elles ne sont pas reprises dans une loi ou un règlement. Selon un postulat largement admis dans notre pays, les règles essentielles de notre collectivité devraient être légitimées démocratiquement: or, tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une réglementation émanant d'un organisme privé qui n'est pas légitimé par une élection populaire.[123] Il en découle que la délégation de compétence législative par un organe étatique à un organe privé doit être soumise à des conditions strictes.
Selon Mandofia et Bürgisser, elle doit remplir 5 conditions[124]:

- L'organe étatique ne peut déléguer que dans les matières qui relèvent de sa compétence.
  Cette norme pouvant réglementer l'euthanasie passive, c'est au législateur, et non pas à un organisme privé, de dire clairement qu'il admet une telle procédure. En effet, si l'on peut admettre le renvoi à des normes privées pour des questions d'ordre technique (cf. le renvoi aux règles de l'art), des questions touchant à quelque chose d'aussi essentiel que la vie humaine comme celle de l'euthanasie passive doivent être réglée par le législateur[125], et finalement par la population toute entière.
- La précision de la norme de délégation doit correspondre à l'importance de l'objet.
  En principe, les lois émanent de l'organe législatif lequel peut néanmoins déléguer sa compétence à l'autorité exécutive sous certaines conditions. Il s'agit dès lors d'examiner la validité de la clause de délégation. Elle doit notamment, en fonction de l'importance de l'objet, être d'une certaine précision.
  La clause de délégation donnant au Conseil d'Etat de Lucerne la compétence de réglementer en matière des droits de malades est claire et précise (cf. art. 63 LSP[126]: Der Regierungsrat regelt durch Verordnung.....namentlich die Rechte und Pflichten der Patienten). Dès lors, on ne peut pas prétendre que le Conseil d'Etat a violé la séparation des pouvoirs. De plus, aucune loi fédérale n'interdit de réglementer les droits des malades par un règlement du gouvernement.
- La structure juridique du délégataire doit satisfaire à certaines exigences démocratiques.
  Selon Mandofia et Bürgisser, et nous partageons cet avis, « l'expertocratie », même si elle est pluraliste, n'est satisfaisante du point de vue démocratique que si elle est suivie d'un large débat au sein du groupe qui adopte ces règles. Or, les commissions qui élaborent les règles éthiques de l'ASSM, sont composées de membres cooptés entre eux, et majoritairement des médecins. Sans base démocratique, la légitimité scientifique ne peut dès lors porter que sur des aspects techniques et non sur des aspects éthiques.[127]
- L'autorité délégante doit exercer une surveillance sur la procédure « législative » privée.
  L'ASSM étant une fondation selon les art. 80ss du CC, la mission de surveillance de l'Etat se fonde sur l'art. 84 al. 2 du CC. Il doit vérifier que l'ordre privé a respecté la procédure qu'il s'est fixée pour l'édition de nouvelles règles. Or, le Conseil d'Etat lucernois ne peut pas intervenir si l'ASSM a violé les principes de la procédure. Dès lors un contrôle n'est pas possible.
- Les règles émises par le délégataire doivent être conformes au droit positif.

---

[123] MANDOFIA Marina et BUERGISSER Michel, Réflexions critiques sur le règlement genevois en matière de fécondation in vitro, in Semaine judiciaire 1988, p. 180 ss
[124] id., p.181 ss
[125] cf. MANDOFIA Marina et BUERGISSER Michel, Réflexions critiques sur le règlement genevois en matière de fécondation in vitro, in Semaine judiciaire 1988, p. 191
[126] cf. annexe 1
[127] MANDOFIA Marina et BUERGISSER Michel, Reflexions critiques sur le règlement genevois en matière de fécondation in vitro, in Semaine judiciaire 1988., p. 193 et 194

Si l'on peut admettre sous certaines conditions que le droit au refus de l'acharnement thérapeutique et à une mort digne découle de la protection de la personnalité et de la liberté personnelle, on peut prétendre que cette disposition ne soit pas contraire au droit positif.

Au vu de ce qui précède, il y a un conflit de normes entre le droit fédéral et le droit cantonal.

c) Genève

En ce qui concerne la législation genevoise, la loi sur les droits des malades est conforme au droit fédéral. L'initiative qui est son origine avait notamment pour but de réglementer la soumission de toute intervention médicale au consentement du patient.[128] C'est la seule loi qui mentionne le respect de la pudeur et le droit de chaque patient à la courtoisie de tout soignant (cf. art. 9 al. 1 LRP[129]).

En **conclusion** nous pouvons constater que les droits des patients sont une préoccupation réelle des cantons suisses.
Abstraction faite des situations délicates que sont la réglementation touchant à la fin de la vie (législation lucernoise) ainsi que l'absence d'un droit d'accès au dossier médical dans la loi bâloise, on peut affirmer que les droits des malades sont réglementés de manière assez détaillée dans les lois des trois cantons examinées. Tous ces droits découlent soit de la liberté personnelle quand il s'agit du droit public, soit de la protection de la personnalité quand il s'agit du rapport entre un soignant/établissement privé et un patient. Vu que les lois publiques cantonales concrétisent des droits constitutionnels, les patients de Bâle et de Genève qui s'estiment lésés n'ont pas besoin d'invoquer l'effet horizontal direct des droits constitutionnels, alors que les patients du canton de Lucerne ne bénéficient de cette protection cantonale que s'ils se trouvent dans un hôpital cantonal. Pour eux, l'effet horizontal direct peut se révéler intéressant lorsqu'ils se trouvent dans une relation de droit privé et ceci pour appuyer des revendications se basant sur les articles 27 ou 28 du CC.

VIII LE PATIENT EST-IL BIEN PROTEGE EN SUISSE ?

Qu'on examine les droits des patients sous l'angle de la liberté personnelle et sous l'angle de la protection de la personnalité du droit privé, on constate que ces règles protègent les mêmes droits. La dignité, la vie privée ainsi que la vie sociale du malade doivent être respectées. Sauf exception, une intervention médicale ne peut se faire sans l'accord préalable du patient qui doit être donné de manière éclairée, suite à une information préalable. Le patient a le droit de s'opposer à un traitement voire à un acharnement thérapeutique; il choisit lui-même comment il veut vivre sa maladie, et le cas échéant, il a le droit à une mort digne. Le patient a le droit de disposer de son corps pendant et après la vie. Les droits des proches sont également protégés.
Nous pouvons ainsi constater que le droit de la santé n'existe en Suisse que sous sa forme défensive et n'est pas consacré sous sa forme positive, c'est à dire de droit social. Or, c'est cela qui constituerait une protection positive juridique du malade.[130]
Si l'on définit la santé comme le fait l'OMS, il s'agit d'un bien-être général. Il ne peut incomber au droit (donc à l'Etat) de garantir la santé dans cette acceptation à tous les citoyens et citoyennes mais le législateur devrait retenir, pour l'élaboration des lois, l'impact sur la santé de beaucoup de domaines du droit public, notamment (la protection de l'environnement, l'aménagement du territoire, le droit du travail, etc.).
Il faudrait également clairement affirmer le droit d'être malade et de vivre sa maladie à sa manière. En effet, la situation économique et sociale de la société moderne soumise à l'exigence constante de la rentabilité, peut contraindre une personne malade à se faire soigner par n'importe quel moyen afin de se réintégrer au plus vite dans le circuit économique.

---

[128] ATF 114 Ia 350
[129] cf. annexe 1
[130] ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical, p. 70

Les lois publiques cantonales examinées dans ce travail concrétisent les droits découlant de la Constitution et des articles 27 et 28 CC. On constate que plus la réglementation est nouvelle, plus elle est détaillée.
Si les actes médicaux ordinaires ne posent pas trop de problèmes, dans les domaines où le pouvoir médical peut décider de la vie ou de la mort du patient (Sterbehilfe - euthanasie passive, procréation assistée, avortement, etc.) surgissent des conflits de normes entre droit privé fédéral et droit public cantonal. Il est dès lors préférable de régler ces problèmes au niveau fédéral qu'au niveau cantonal.
Ainsi, en dernier lieu, on peut se poser la question de savoir si les droits des malades ne devraient pas être réglés dans une loi fédérale explicitant tous ces droits et donnant des moyens d'actions tant de droit public que de droit civil.
En effet, comme dans le droit de travail entre employeur et travailleur, la relation entre soignant et patient est inégale. Le médecin détient son pouvoir de son savoir et le patient se livre à lui. Il est dans une position de faiblesse. De plus, on ne peut nier que les tribunaux ont jusqu'à aujourd'hui appliqué les règles de la responsabilité civile plutôt en faveur des médecins qu'en faveur des patients. Il serait dès lors souhaitable d'édicter au niveau fédéral une loi concrétisant tous ces droits et indiquant une procédure simple et claire pour que les droits des malades soient réellement respectés partout en Suisse.

IX DROIT DES MALADES = DROIT DES PATIENTS OU DROIT DES MEDECINS?

Les droits des malades règlent la relation de dépendance des patients face aux médecins et aux institutions et établissements médicaux, situation comparable au droit du travail, où les droits des syndicats ont été acquis de haute lutte par le mouvement ouvrier.
Il est intéressant de constater que les premières esquisses d'une organisation des malades dans les années septante ont leur origine dans les mouvements des membres des professionnels de la santé qui étaient en opposition avec le système actuel, et non pas des patients eux-mêmes.
Peut-on dès lors affirmer, comme le fait Ralf Binswanger[131], que les droits des patients ne font que renforcer le pouvoir médical en donnant à l'action des soignants une légitimation. Cet auteur prétend que l'affirmation des droits des patients protège plus les médecins que les malades car elle protège la profession de médecin (Aerztestand) d'une mauvaise réputation et de prétentions découlant de la responsabilité civile.
On ne peut nier que l'affirmation des droits des malades a eu une influence positive sur les rapports entre soignants et patients. Or, quant à l'application de ces droits, on peut réellement se demander si une volonté politique existe pour concrétiser ces principes juridiques.
Dans les établissements publics médicaux, le manque de personnel et de moyens mis à disposition des soignants fait que trop souvent les droits des malades passent au second plan.[132]
De plus, il ne suffit pas d'édicter des lois, il faut les faire connaître, les diffuser et les expliquer. Ainsi, le personnel soignant devrait, de même que les patients, être rendu attentif à ces droits et pouvoir suivre des cours pour en apprendre l'application, notamment par des méthodes de dialogue et d'écoute active.

X DROIT COMPARE

1. Droit allemand

La protection de la personnalité du droit privé allemand se base sur l'effet horizontal direct des droits fondamentaux, notamment sur l'article 1 alinéa 1 (droit à la dignité humaine) et

[131] BINSWANGER Ralf (unter Mitarbeit von Andrea Stauffacher), Patientenrechte im Justizvollzug, in Patient-Patientenrecht/droit des patients-quel diagnostic?, p. 55
[132] cf. Communiqué de presse et les Cahiers noirs de l'hôpital, diffusé par dialogai et personnes vivant avec (PVA) du 15 mars 1995

l'article 2 alinéa 1 (droit à l'épanouissement personnel) de la Constitution allemande (Grundgesetz, GG ci-après).[133]
Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral allemand (Bundesgerichtshof), l'acte médical est considéré comme une atteinte illicite à l'intégrité corporelle (Körperverletzung).[134] Le motif justificatif principal pour lever cette illicéité est le consentement éclairé du patient. Par conséquent, c'est au soignant, généralement un médecin, de prouver qu'il a correctement informé le patient pour que celui-ci donne un consentement éclairé. Le médecin encourt une responsabilité s'il a procédé à une intervention sur le patient sans son consentement, et ceci même si l'acte en cause était indiqué du point de vue médical et que le médecin n'a commis aucune faute.[135] Il s'agit dans ce cas d'un acte interdit (unerlaubte Handlung selon l'art. 823 du Bundesgesetzbuch, BGB ci-après, qui correspond à notre CC).[136] Comme en droit suisse, une atteinte illicite à la personnalité donne une action au patient sans autre condition (ni préjudice économique ni faute). Mais le droit allemand connaît une disposition inconnue en droit suisse: l'article 847 du BGB, qui confère une prétention au patient en cas de violation d'une norme spéciale d'interdiction (Schmerzensgeld bei unerlaubter Handlung).[137] Il s'agit d'une action spécifique qui est donnée en cas d'atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté, au patrimoine ou à un autre droit subjectif violé de manière illicite. Alors qu'en cas d'une action pour dommage-intérêts ou de tort moral, le dédommagement ne correspond qu'au dommage ou au tort moral effectivement subi, l'action spécifique de l'art. 823 du BGB donne droit à un « Schmerzensgeld » qui ne dépend pas uniquement du dommage éprouvé. Le patient lésé par une intervention médicale sans son consentement peut baser son action sur l'art. 823 du BGB.
Selon la jurisprudence et doctrine allemande, le droit à l'autodétermination du patient est déduit de l'article 1 alinéa 2 du GG ainsi que le devoir d'information du médecin qui en découle.[138]
Le privilège thérapeutique n'est pas admis par la jurisprudence du Bundesgerichtshof [139]. Dans la pratique allemande, aucun cas n'est connu dans lequel un patient aurait subi un dommage suite à l'information véridique sur son état de santé.
Selon la doctrine[140], le patient doit apprendre qu'il est malade et de quelle maladie il est atteint. Si la maladie est grave, le médecin décrit l'état de santé avec précaution et peut éventuellement retenir certains renseignements diagnostiques.
Le droit au secret médical et le droit d'accès au dossier découlent également du droit à la protection de la personnalité (droit à la dignité humaine).[141]
Un patient a le droit de refuser un traitement, il a le droit de vivre sa maladie à sa manière. Le refus d'un acharnement thérapeutique est admis, et les discussions sur l'euthanasie passive sont menées de la même manière qu'en droit suisse.
On peut donc conclure que tous les droits des patients que nous connaissons en droit suisse sont également connus en droit allemand. La base légale principale est le GG, applicable directement en droit privé, étant donné qu'aucune disposition de droit privé ne donne explicitement un droit de la protection de la personnalité.

2. Droit français

En droit français, les droits du patient découlent des droits de l'Homme à l'intégrité corporelle (DH et article 5 de la CEDH), ainsi que du Code de déontologie médicale, du Code de la santé publique et d'autres lois publiques, comme par exemple la loi sur les prélèvements d'organes.

---

[133] NAEGELI Max, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, p. 44
[134] ERTEL, Wolfgang-Andreas, Grundfragen des deutschen und italienischen Arzthaftungsprozesses im Vergleich, p. 136 et LAUFS Adolf, Arztrecht, numéro 174
[135] ERTEL, Wolfgang-Andreas, Grundfragen des deutschen und italienischen Arzthaftungsprozesses im Vergleich, p. 136
[136] EISNER Beat, Die Aufklärungspflicht des Arztes, p. 30
[137] EISNER Beat, Die Aufklärungspflicht des Arztes., p. 31
[138] ERTEL, Wolfgang-Andreas, Grundfragen des deutschen und italienischen Arzthaftungsprozesses im Vergleich, p. 136
[139] id., p. 139
[140] cf. LAUFS Adolf, Arztrecht, numéro 250
[141] DEUTSCH E., Arztrecht und Arzneimittelrecht, p. 37

Le droit de l'Homme à son intégrité corporelle fonde l'impératif « Noli me tangere ».[142] Une intervention médicale sans consentement préalable du patient est dès lors illicite. En cas de violation des droits du patient, et notamment du droit d'être correctement informé pour pouvoir donner son consentement éclairé, cette atteinte grave est constitutive d'une faute personnelle, même d'un manquement aux devoirs médicaux.[143]
Alors qu'en droit allemand le médecin doit prouver avoir reçu le consentement[144], en droit français, le défaut de consentement doit être prouvé par le patient.[145] Dans une action civile, c'est en principe au demandeur d'apporter la preuve fondant son action. Or, des règles de procédure peuvent alléger le fardeau de la preuve pour la partie demanderesse si l'on estime que la relation entre les deux parties est inégale. Etant donné que la relation entre médecin et patient est dominé par le principe de confiance, il est rare de trouver une trace écrite de l'information et du consentement du patient. Il est dès lors extrêmement difficile pour la partie la plus faible, en l'occurrence le patient, d'amener la preuve qu'il n'a pas consenti de manière éclairée. Pour cette raison, la doctrine et la jurisprudence allemande admettent, sous certaines réserves, le renversement du fardeau de la preuve lors d'un problème entre médecin et patient.[146] Pour la doctrine française, admettre le renversement du fardeau de la preuve serait supposer qu'un malade est un être diminué. Selon cette même source, la nature confiante de la relation entre médecin et patient doit laisse présumer que les parties ne se sont pas trompées mutuellement.[147] Pour ces raisons, l'allégement du fardeau de la preuve du patient n'est pas admis en doctrine française.
Le respect de la personne humaine impose celui de la volonté de cette personne, en incluant le pouvoir de l'individu de refuser des interventions médicales. Dans le système juridique français, seule une loi, à l'exclusion d'un texte simplement réglementaire, peut imposer un acte sur le corps humain.[148] Comme en droit suisse, une dérogation aux libertés fondamentales n'est permise qu'en présence d'une base légale, d'un intérêt public ou privé prépondérant et du respect de la proportionnalité. Il en découle qu'un patient peut refuser un traitement et s'opposer à un acharnement thérapeutique.
Le droit au secret médical est issu du droit à la dignité, droit découlant également des droits de l'Homme, et est consacré par l'article 378 du Code pénal et par les Codes de déontologie professionnels.[149]
Selon la doctrine, le médecin doit dire la vérité à son patient y compris en ce qui concerne son diagnostic. Or, l'article 42 du Code de déontologie médicale indique que le médecin peut laisser le malade dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic fatal lequel ne doit être révélé qu'avec la plus grande circonspection. Mais la famille doit généralement en être prévenue, sauf interdiction du malade.[150] On constate donc que le privilège thérapeutique est plus facilement admis en France qu'en Allemagne.

En résumé, on peut affirmer que les droits des malades sont de plus en plus reconnus aussi dans les pays qui nous entourent. La base légale principale sont les droits de l'Homme, concrétisés dans des lois publiques.

XI CONCLUSION

Le médecin voit ses actes guidés par la maxime d'Hippocrate: « salus aegroti suprema lex » (recherche du bien-être physique du patient). De ce fait, sa finalité impérieuse est la guérison du malade. Le juriste par contre, est influencé par la maxime: voluntas aegroti suprema lex (la volonté du patient est la loi suprême).[151]

---

[142] MEMETEAU Gérard, Le droit médical, numéro 516 et MELENNEC Louis, Traité de droit médical, p. 33
[143] MEMETEAU Gérard, Le droit médical, numéro 516
[144] LAUFS Adolf, Arztrecht, numéro 167
[145] MELENNEC Louis, Traité de droit médical, p. 39
[146] ERTEL, Wolfgang-Andreas, Grundfragen des deutschen und italienischen Arzthaftungsprozesses im Vergleich p. 142
[147] MELENNEC Louis, Traité de droit médical, p.39
[148] MEMETEAU Gérard, Le droit médical, numéro 516
[149] DE FORGES Jean-Michel, Le droit de la santé, p. 28
[150] DEMICHEL André, Droit médical, p. 129
[151] EISNER Beat, Die Aufklärungspflicht des Arztes, p. 18

Le médecin a tendance à subordonner toute autre valeur à la recherche de la guérison alors que le juriste donne au patient le droit de décider de son destin et le perçoit souvent comme une pauvre victime - a posteriori - alors que le médecin se préoccupe du cas en temps réel, voire même pour les plus endurcis, le patient ne devient plus qu'un « cas ».[152]
Afin d'humaniser les relations entre soignants et patients et de responsabiliser les malades, les droits des malades ont concrètement été revendiqués depuis les années septante. Or ces droits acquièrent d'autant plus d'importance qu'aujourd'hui, la médecine permet aux soignants et chercheurs de décider de la vie et de la mort de leurs patients. Ces prochaines années se posera la question fondamentale de savoir si la médecine a le droit de faire tout ce dont elle sera capable (Darf die Medizin was sie kann?).
Ce débat ne pourra plus être laissé aux seuls médecins et juristes mais devra impliquer l'opinion publique toute entière.
Ce travail ne s'est que peu intéressé aux cas limites de la médecine, son but étant de faire un catalogue des droits intervenant dans la relation entre un patient « ordinaire » et son soignant.
Or, si l'affirmation des droits peut permettre de changer les mentalités, les moyens mis à disposition des soignants, notamment dans les établissements publics, me font fortement douter de l'application réelle de ces droits.
S'il a subi une atteinte grave à sa santé, le patient hésitera moins à intenter une action qu'en cas de violation de droits qui se manifestent de manière plus subtiles. La position de faiblesse du patient est telle qu'il n'osera pas - ou n'aura pas les moyens - d'intenter une action contre le ou les soignants.
Dès lors, si l'on veut contribuer à l'humanisation de la médecine et des conditions hospitalières les lois concernant les droits des malades devront chercher à atteindre leur but principal qui est de prévenir des atteintes aux droits de la personnalité dans les relations entre soignants et patients.
Pour conclure, nous nous bornerons à citer le député genevois Genecand qui, intervenant lors de la discussion sur l'initiative des droits des malades à Genève, disait: « Les droits du malade ne trouveront leur vraie dimension que dans la mesure où ils seront appliqués avec humanité et même avec cordialité. »[153]

[152] SCHWANDER Dominique, Responsabilité médicale et la médecine, Aspects du droit médical, p. 26
[153] Mémorial du Grand Conseil genevois du 7 mai 1987, p. 2011

Protection de la personnalité en droit public cantonal (Bâle-Ville, Lucerne, Genève)

canton	Bâle-Ville	Lucerne	Genève
droit applicable	• loi sur les hôpitaux (LH)[1] • règlement d'exécution du Conseil d'Etat (RH)[2] • loi sur les soins à domicile (LS)[3] • loi concernant l'exercice des professions de la santé LPS) • règlement concernant les maisons pour personnes âgées[4] (RPA)[5]	• loi sur la santé publique (LSP)[6] • règlement concernant les droits et les devoirs de patients dans les établissements médicaux cantonaux (RDP)[7] • CC, CO de manière subsidiaire (cf. art. 5 RDP)	• loi sur les rapports entre les membres de la profession de la santé et patients (LRP)[8] • loi sur les établissements publics médicaux (LEPM)[9] • loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical (LEPS)[10] • loi concernant la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains (LDC)[11]
établissements publics	LH, RH et LS applicables	LSP et RDP applicables	LRP, LEPM, LDC applicables
établissements privés/médecins privés	LH, RH et LS applicables droits des patients édictés pour établissements privés et publics	LSP applicable droits des patients édictés que pour établissements publics	LRP, LEPS, LDC applicables droits des patients édictés pour établissements privés et publics
relation médecin - patient dans les établissements publics	rien	soumis au droit public, art. 5 RDP	soumis au droit public, art. 5 LEPM (cf. ATF 111 Ia 231)
autorisations	art. 7 LH: droit d'exploiter un établissement public ou/et privé condition: respect des droits des patients (art. 7 al. 2 litt. e LH) art. 7 LS avec comme condition le respect de la protection de la personnalité (art. 7 al. 2 litt. h)	art. 16 ss LSP (soignants, médecins); art. 61 (établissements publics et privés)	art. 4 LEPS (soignants, médecins); art. 39 LEPS (établissements médicaux privés)

[1] Spitalgesetz vom 26. März 1981, syst. Gesetzessammlung Nummer 330.100
[2] Verordnung zum Spitalgesetz vom 4. Mai 1982, syst. Gesetzessammlung Nummer 330.110
[3] Gesetz betreffend spitalexterner Kranken- und Gesundheitspflege (Spitexgesetz) vom 5. Juni 1991, syst. Gesetzessammlung Nummer 329.100
[4] Gesetz betreffend der Ausübung des Berufes der Medizinalpersonen vom 26. Mai 1879, syst. Gesetzessammlung Nummer 310.11
[5] Alters- und Pflegeheimverordnung vom 11. Dezember 1990, syst. Gesetzessammlung Nummer 329.510
[6] Gesetz über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz) vom 29. Juni 1981, syst. Gesetzessammlung Nummer 800
[7] Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patienten und Patientinnen der kantonalen Heilanstalten (Patientenverordnung) vom 16. November 1993, syst. Gesetzessammlung Nummer 823
[8] Loi concernant les rapports entre les membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987, RO de la législation genevoise K 1 30
[9] Loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980, RO de la législation genevoise K 2 1
[10] Loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 16 septembre 1983, RO de la législation genevoise K 3 1
[11] Loi concernant la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains du 16 septembre 1988, RO de la législation genevoise K 1 19

canton	Bâle-Ville	Lucerne	Genève
	art. 1 LPS: autorisation néc. pour médecins et soignants privés		
protection de la personnalité	art. 11 LH, art. 12 ss RH, art. 6 LS, art. 4 RPA (y compris respect des habitudes et du rythme de vie de ces personnes âgées)	art. 63 LSP; art. 14 ss RDP	LRP
droit à un traitement	art. 11 al. 1 LH: droit à un traitement adéquat selon les principes reconnus de la science médicale et dans le respect de la dignité humaine	art. 14 RDP: droit à un traitement adéquat selon les principes reconnus de la science médicale, de la « science des soins infirmiers », de l'humanité et de l'économie	art. 2 LEPM: droit aux soins que l'état requiert dans les établissements publics; rien par rapport aux établissements privés
droit à l'autodétermination	droit à une information adéquate: art. 11 al. 3 LH et art. 12 RH; consentement éclairé: art. 13 RH: aucune intervention contre la volonté expresse du patient; mais présomption de consentement pour les petites interventions courantes, sans risques majeurs.	droit à une information adéquate (art. 65 al. 3 LSP) sous réserve du privilège thérapeutique (sauf si le patient insiste pour connaître la vérité): art. 17 RDP; consentement éclairé: art. 20 ss RDP: dispositions assez détaillées y compris élargissement d'une opération, pas de présomption de consentement.	droit à une information simple, compréhensible et acceptable: art. 1 LRP consentement éclairé: art. 5 LRP; consentement présumé si patient incapable de se prononcer et que l'intervention est vitale; disposition assez détaillée
droit à la personnalité affective	droit aux visites art. 11 al. 4 LH	définition du terme « proches »: art. 3 RDP; possibilité pour les soignants de réduire les contacts avec l'extérieur, droit de recours pour les patients. art. 16 RDP; droit aux visites: art. 28 RDP	droit aux visites et au maintien des liens avec l'extérieur pendant un séjour hospitalier: art. 7 LRP (y compris contact avec le médecin traitant, cf. également art. 3 LRP)
droit à la vie privée (dignité, secret médical, accès au dossier médical)	droit à une assistance spirituelle: art. 11 al. 5 LH, art. 6 RH; secret médical: art. 15 LH; art. 15, 16 et 22 RH; pas de réglementation concernant l'accès au dossier médical	respect de la dignité: art. 16 RDP; droit à une assistance spirituelle: art. 30 RDP; secret médical: art. 22 LSP, art. 19 et 27 RDP; accès au dossier médical. art. 18 RDP. tout sauf les notes personnelles des soignants	respect de la dignité et de la personnalité: art. 9 LRP (respect de la pudeur et courtoisie des soignants)
droit au refus d'un traitement/ à la sortie de l'établissement	art. 14 al. 1 LH: refus d'un traitement - décharge écrite; art. 14 al. 2 LH: sortie prématurée de l'établissement - décharge écrite	art. 12 RDP: sortie prématurée de l'établissement - décharge écrite ; art. 24 RDP: refus d'un traitement - décharge écrite.	droit au refus d'un traitement - décharge écrite. art. 5 al. 4 LRP
droit à une mort digne/testament biologique	rien	testament biologique. art. 25 RDP qui admet la validité d'un tel testament sous certaines conditions et renvoie aux directives de l'ASSM.	rien

canton	Bâle-Ville	Lucerne	Genève
		Accompagnement en fin de vie/ Sterbehilfe: l'art. 32 renvoie aux directives de l'ASSM.	
prélèvement d'organes	art. 12 LH: un prélèvement est permis tant que le défunt ou les proches ne se sont pas opposés et s'il est nécessaire à la survie d'un autre patient.	art. 68 LSP: un prélèvement en vue d'aider le traitement d'autres malades est permis tant que le défunt ou ses proches ne s'y sont pas opposés	art. 14 LDC: prélèvement d'organes possible que sur la base d'une déclaration écrite du défunt ou avec le consentement d'un proche.
renseignement du patient sur ses droits	art. 11 al. 8 LH; art. 21 RH	art. 10 al. 1 litt. b RDP	art. 9 al. 2 LRP: le personnel soignant doit assister le malade dans l'exercice de ses droits.
norme de délégation à l'exécutif/ normes de renvoi aux directives de l'ASSM	art. 14 LH: délégation au Conseil d'Etat, pas de délégation aux directives de l'ASSM	art. 63 LSP: délégation au conseil d'Etat; renvoi aux directives de l'ASSM aux art. 25 RDP (testament biologique) et 32 RDP (Sterbehilfe, constatation de la mort).	art. 139 LEPS: délégation large qui permet au Conseil d'Etat de réglementer d'autres activités touchant directement ou indirectement le domaine de la santé

BIBLIOGRAPHIE

1) Sources légales et médicales

1. Déclaration universelle des Droits de l'Homme (déclaration des droits de l'Homme) adoptée le 10 décembre 1948 (résolution 217 A (III)) par l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH) adoptée le 4 novembre 1950 à Rome par le Conseil de l'Europe.

3. Constitution fédérale de la Confédération suisse (CST féd.) du 29 mai 1874 (RS 101)

4. Code civil suisse (CCS) du 10 décembre 1907 (RS 210)

5. Code des obligations suisse (COS) du 30 mars 1911 (RS 220)

6. Loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992 (RS 235.1)

7. Directives et recommandations d'éthique médicale de l'Académie suisse des sciences médicales

8. Constitution de la République et du Canton de Genève (CST gen.) du 24 mai 1847 (Législation genevoise A 2 1)

9. Loi genevoise concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987 (Recueil systématique de la législation genevoise K 1 30)

10. Loi genevoise sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 16 septembre 1983 (Recueil systématique de législation genevoise K 3 1)

11. Verfassung des Kanton Luzern vom 29. 1. 1875 (Systematische Gesetztessammlung des Kanton Luzern Nummer 1)

12. Gesundheitsgesetz des Kanton Luzern vom 29. 6. 1981(Systematische Gesetzessammlung Nummer 800)

13. Verordnung über Rechte und Pflichten der Patienten und Patientinnen der kantonalen Heilanstalten in Luzern (Patientenverordnung) vom 16. 11. 1993 (Systematische Gesetzessammlung Nummer 823)

14. Verfassung des Kanton Basel-Stadt vom 2. 12. 1889 (Systematische Gesetzessammlung Nummer 111.100)

15. Gesetz betreffend die spitalexterne Kranken- und Gesundheitspflege (Spitexgesetz) des Kanton Basel-Stadt vom 5. 6. 1991 (Systematische Gesetzessammlung Nummer 329.100)

16. Spitalgesetz des Kanton Basel-Stadt vom 26. 3. 1981 (Systematische Gesetzessammlung Nummer 330.100)

17. Verordnung zum Spitalgesetz des Kanton Basel-Stadt vom 4. 5. 1982 (Systematische Gesetzessammlung Nummer 330.110)

18.Alters-und Pflegeheimverordnung vom 11. Dezember 1990 (Systematische Gesetzessammlung Nummer 329.510)

2) Jurisprudence

1. ATF 98 Ia 508

2. ATF 101 II 277

3. ATF 111 Ia 231

4. ATF 113 Ia 231

5. ATF 114 Ia 350

6. ATF 117 Ib 203

3) Ouvrages

1. BERNARD Jean, La bioéthique, Paris, éd. DOMINOS, Flammarion, 1994

2. BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, Bâle et Francfort sur le Main, éd. Helbling et Lichtenhahn, , 1985

3. BUCHER Eugen, Das Personenrecht, Kommentar zu Art. 27 ZGB, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Bern, Verlag Stämpfli und Cie. AG, 1993

4. COHEN Philippe et LABADIE Louis, Vos droits face aux médecins, guide juridique des patients, Paris, éd. De Vecchi SA, 1987

5. DE FORGES Jean-Michel, Le droit de la santé, Paris, éd. Que sais-je, 1986

6. DEMICHEL André, Droit médical, éd. Berger-Levrault, 1983

7. DEUTSCH E., Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, 1991

8. EISNER Beat, Die Aufklärungspflicht des Arztes, Bern, Verlag Hans Huber, 1992

9. ERTEL, Wolfgang-Andreas, Grundfragen des deutschen und italienischen Arzthaftungsprozesses im Vergleich, Konstanz, Hartung-Gone Verlag, 1989

10.GROSS, Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, zur öffentlichrechtlichen Normierung des medizinischen Behandlungsverhältnisses, Bern, Verlag Stämpfli und Cie AG, 1977

11.GUILLEN Raymond et VINCENT Jean, Lexique de termes juridiques, Paris, éditions Dalloz, 1990

12.GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, thèse Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1989

13.HOERNI Bernard, L'autonomie en médecine, Nouvelles relations entre les personne malades et les personnes soignantes, Paris, éditions Payot, 1991

14.HOERNI Bernard, Réflexion sur les personnes malades, Paris, éditions Doin, 1988

15. HONSELL Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994

16. LAUFS Adolf, Arztrecht, 5. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1993

17. LEIBHOLZ Gerhard und RINCK Hans-Justus, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Köln, Verlag Dr. Otto Schmid, 1975/198

18. MARTIN Jean, Pour la santé publique, éditions réalités sociales, 1987

19. MAURICE Marie-Odile, Au-delà de l'État: le droit international et la défense des droits de l'Homme, organisations et textes, Paris, Amnesty International, 1992

20. MELENNEC Louis, Traité de droit médical, tome 2, Paris, éd. Maloine SA, 1982

21. MEMETEAU Gérard, Le droit médical, Paris, éd. litec, 1985

22. NAEGELI Max, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Dissertation, Zürich, Juris Druck und Verlag, 1984

23. PEDRAZZINI Mario und OBERHOLZER Niklaus, Grundriss des Personenrechts, vierte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern, Verlag Stämpfli und Cie. AG, 1993

24. RAMER Paul et RENNHARD Josef, Patientenrecht, Ein Ratgeber aus der BEOBACHTER-Praxis, Zürich, Bebachter-Buchverlag, 1993

25. SOURNIA Jean-Charles, Histoire de la médecine, Paris, éd. La Découverte, 1992

26. TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984

4) Articles

1. BINSWANGER Ralf (unter Mitarbeit von Andrea Stauffacher), Patientenrechte im Justizvollzug, in Patient-Patientenrecht/droit des patients-quel diagnostic?, collection Volk und Recht, 1984, pp. 55-73

2. BUCHER Eugen, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis der recht- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, herausgegeben von Dr. Wolfgang Wiegand, Verlag Stämpfli und Cie AG, 1985, pp. 39-47

3. BUCHER Eugen, « Drittwirkung der Grundrechte? », Schweizerische Juristenzeitung, Heft 3, 1. Februar 187, 83. Jahrgang

4. CRUCIATTI Flavio, Le médecin et les droits de l'Homme, in Le médecin face aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, 1990, pp. 71-91

5. ENGEL Pierre, Aspects généraux du droit médical, in Aspects du droit médical, éd. universitaires Fribourg, 1987, pp. 1-21

6. GILLIAND Pierre, Réapproprier la santé, in Patient-Patientenrecht/droits des patients-quel diagnostique?, collection Volk und Recht, 1984, pp. 17-29

7. GLAUS Bruno, Verfassungswidriges Patientenrecht auf kantonaler Ebene, in Patient-Patientenrecht/droit des patients-quel diagnostique?, collection Volk und Recht, 1984, pp.31-42

8. GUILLOD Olivier, Validité et efficacité du testament biologique, Revue de droit suisse, 1988, pp. 400-433

9. GUILLOD Olivier, Patient incapable et consentement au traitement, Plädoyer, revue juridique et politique, No. 3, 1989, pp. 51, 52

10. GUILLOD Olivier, Droits de l'Homme et pratiques soignantes, in Compte rendu des Journées pratiques soignantes et droits de l'Homme, Amnesty international, section suisse, 1988, pp. 27-38

11. HESS R., Rapport national de la République Fédérale d'Allemagne, in Le médecin face aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, pp. 634-674

12. MALINVERNI Giorgio, Les libertés, in Document de base de droit constitutionnel, première année de droit, numéro 17, Université de Genève, faculté de droit, 1991/1992

13. MANDOFIA Marina et BUERGISSER Michel, Reflexions critiques sur le réglement genevois en matière de fécondation in vitro, Semaine judiciaire 1988, pp. 177, Genève, 1988

14. ROSSINELLI Michel, Aspects constitutionnels des droits des patients, in Aspects du droit médical suisse, éd. universitaires de Fribourg, 1987, pp. 49-58

15. ROSSEL J.-E., L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, in Aspects du droit médical, éd. universitaires de Fribourg, 1987, pp. 59-74

16. SCALABRINO-SPADEA, Mme., Le droit à la santé, inventaire des normes et principes de droit international, in Le médecin face aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, pp. 95-104

17. SCHWANDER Dominique, Responsabilité médicale et la médecine, in Aspects du droit médical, éd. universitaires de Fribourg, 1987, pp. 25-33

18. VALLAR Ch., Rapport national de la France, in Le médecin face aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, pp. 490-491

5) Brochures

1. Les droits des patients, Forum Santé, Genève, 1993

2. Les droits des patients, les devoirs et obligations des médecins pour l'information des patients, Patientenstelle Zürich, 1988

3. Die Rechte der Patienten, Die Pflicheten der Aerzte, Eine Orientierungshilfe für Patientinnen und Patienten, Patientenstellen von Zürich, Basel und der Innerschweiz, dritte Auflage, 1990

4. Patientenstelle Bulletin, Nummer 57 und 58, Juni und September 1994, Patientenstelle Zürich, Basel, Innerschweiz und Tessin