

**COMMENTAIRES DE PRO MENTE SANA SUR LE PL 28/00 DANS SA VERSION DE  
JANVIER 2001 MODIFIANT LA LOI DU 29 MAI 1985 SUR LA SANTE PUBLIQUE**

Genève, le 25 avril 2001

Mesdames Messieurs les Député(e)s,

Après avoir pris connaissance du projet mentionné en titre, ainsi que des critiques émises par d'autres associations de défense des patients psychiques Pro Mente Sana Romandie vous fait part de ses réflexions concernant quatre points juridiques :

- a) Densité normative de certaines clauses.
- b) Voies de recours.
- c) Protection des personnes incapables de discernement.
- d) Respect de la sphère privée des patients incapables de discernement.

**1. Manque de densité normative des articles 15 a alinéa 4 lettre d et 15 f alinéa 3 du PL**

Ces deux dispositions instituent les concepts de « violation caractérisée des droits de patients » pour l'article 15a et de « droits reconnus » s'agissant de l'article 15 f. L'article 15 a PL mentionne également la « contrainte ». Ces trois concepts ne sont pas suffisamment clairs compte tenu de leurs conséquences juridiques.

L'emploi de notions juridiques indéterminées entraîne une délégation de compétence en faveur des autorités d'application ou de juridiction chargées de les interpréter. Le principe de la réserve de loi veut que ces délégations de compétences soient aussi limitées que possible de façon à sauvegarder le caractère démocratique du débat législatif.

S'agissant de la violation « caractérisée » (art 15 a alinéa 4 lettre d PL), on remarque que le PL ne mentionne que les mesures de « contrainte » à titre d'exemple, ce qui paraît d'autant plus lacunaire que le législateur a choisi de ne donner aucune définition légale de la contrainte. Le commentaire du PL en pages 10 et 11, n'est guère plus explicite lorsqu'il définit la violation caractérisée comme une violation grave. S'agissant enfin des droits « reconnus » dont la violation alléguée permet au patient de saisir le médiateur (art 15 f alinéa 3 PL), le PL n'indique nullement

par quelle instance ils doivent être reconnus, ni si cette notion fait uniquement référence à une reconnaissance juridique ou si elle inclut des règles de déontologie.

En l'espèce c'est donc le médiateur qui statuera, par décision préalable sur le caractère « reconnu » du droit dont la violation est alléguée et qui pourra ainsi souverainement ouvrir ou fermer cette voie de plainte. La Commission d'examen des plaintes de son côté définira par sa jurisprudence le catalogue des violations caractérisées. Il est regrettable que des notions aussi essentielles soient laissées à la définition d'instances judiciaires ou quasi judiciaires alors qu'elles auraient pu faire l'objet d'un débat démocratique.

Les mesures de contrainte, qui sont par principe interdites (art 23d alinéa 1 PL), mais néanmoins admises à titre exceptionnel, devraient, à notre sens, également être strictement définies. La contrainte, constitutive d'une atteinte à la liberté personnelle (protégée par l'article 10 de la Constitution fédérale), n'est admissible qu'à condition de reposer sur une base légale formelle, de répondre à un intérêt public et d'être proportionnée au but poursuivi. Ces deux dernières conditions sont très précisément prévues par l'article 23d alinéa 2 lettre a et b PL. Néanmoins, faute d'une définition légale des mesures admissibles exceptionnellement, la condition de la base légale n'est pas remplie, la loi cantonale ne prévoyant pas l'atteinte. Il reviendra ainsi aux établissements médicaux de donner un contenu normatif à la loi en définissant au jour le jour la notion de « contrainte ». Il s'agit dès lors d'une délégation de pouvoir qui ne repose pas sur une clause de délégation suffisante compte tenu de la gravité des atteintes prévues. Le contenu de la loi est, à notre sens, insuffisant à garantir la prévisibilité des atteintes et l'égalité de traitement entre diverses situations de contrainte.

**En résumé :**

**La gravité de la restriction à la liberté personnelle déterminant le degré de précision de la norme qui lui sert de fondement, nous souhaitons, que les articles 15a et 15 f PL aient davantage de densité normative dès lors que les restrictions envisagées par le PL sont conséquentes. Nous suggérons notamment l'abandon des notions de violation caractérisée et de droit reconnu ainsi qu'une liste des mesure de contraintes exceptionnellement admissibles.**

## **2. Voies de recours et médiation**

### **Recours judiciaire**

La Commission d'examen des plaintes est compétente pour instruire les plaintes des patients et pour faire cesser les atteintes caractérisées. Il en découle qu'en cas de violation caractérisée et continue la victime peut, sur la base de l'article 15 h alinéa 3 PL, obtenir une décision dans les 5 jours. Si en revanche la violation n'est pas « caractérisée » ou si la mesure contestée a cessé au moment où la Commission d'examen des plaintes est saisie, celle-ci a un délai de trois mois pour transmettre un avis au/ à la Chef(fe)du Département. Or la loi n'indique pas que le/la Chef(fe)du Département soit tenu(e) de prendre une décision susceptible de recours. Elle stipule simplement que le plaignant est informé des déterminations du/ de la Chef(fe)du Département.

Aux termes de l'article 15 h alinéa 4 seules les décisions de la Commission sont susceptibles de recours au Tribunal administratif à l'exception de ses avis de l'alinéa 3. Il en résulterait donc qu'en cas de violation non caractérisée ou de violation caractérisée ayant cessé au moment du dépôt de la requête, il n'y aurait plus de voie de recours. Cette situation serait incompatible avec

l'article 31 alinéa 4 de la Constitution fédérale, selon lequel une personne privée de sa liberté est en droit d'obtenir dans les plus brefs délais une décision sur la légalité de sa privation de liberté, et ce quand bien même cette privation ne revêtirait pas un caractère de gravité particulière. La question du respect de l'article 13 CEDH qui garantit un recours effectif à toute personne dont les droits et libertés ont été violés se pose également.

### **Médiation**

Aux termes de l'article 15 f al 3 PL le médiateur « est compétent pour traiter de toute plainte relative à une violation de droits reconnus des patients ». Or réserver la médiation aux seules violations des « droits reconnus » nous paraît contre productif. En effet, la médiation n'a pas pour but de dire le droit mais de satisfaire les parties en dehors de toute reconnaissance juridique. Il est dès lors superflu de limiter l'accès à ce mode de réparation informel, qui ne saurait en aucun cas se confondre avec une voie de droit. Il convient au contraire d'ouvrir la possibilité de se faire entendre par le médiateur à un large cercle d'utilisateurs, et notamment à ceux dont les droits *stricto sensu* n'ont pas été violés mais qui par leurs plaintes soulèvent des problèmes dont l'autorité a intérêt à avoir connaissance. Le médiateur peut ainsi devenir l'instance qui développera une vraie connaissance d'éventuels dysfonctionnements n'entraînant pas violation des droits constitutionnels. Cette activité permet d'aider le législateur à appréhender la réalité dans toute sa complexité et à adapter la loi ou la pratique aux besoins de la population.

### **En résumé**

**Il convient d'étendre le pouvoir d'examen de la Commission à toute violation alléguée des droits des patients et non de la limiter aux seules violations caractérisées. Il convient également de donner à la Commission la compétence d'ordonner la cessation de toute violation dûment constatée des droits des patients (article 15 a alinéa 4 lettre d) et non de réserver ce pouvoir aux cas de violations caractérisées n'ayant pas encore cessé au moment du dépôt de la requête. Indépendamment du délai dans lequel elle statue, la Commission ne devait rendre que des décisions susceptibles de recours et non des avis sans suites juridiques obligatoires. Enfin le médiateur devrait être compétent pour traiter toute plainte relative à la violation d'un droit allégué et non des seules plaintes concernant des droits reconnus.**

### **3. Protection des personnes incapables de discernement**

Dans des cas d'incapacité de discernement, le PL prévoit que le consentement peut être valablement donné par le représentant légal et pour autant que la personne visée ne s'y soit pas opposée. Il s'agit de l'article 27 alinéa 3 PL concernant le prélèvement d'organes ou de tissus régénérables.

Le prélèvement d'organes constitue toujours une atteinte grave à l'intégrité corporelle, qui ne peut être justifiée que par le consentement éclairé du patient. Il s'ensuit qu'un tel prélèvement est en principe illicite s'il est effectué sur une personne incapable de discernement. Il faut exclure la validité du consentement du représentant légal car le prélèvement d'organe n'est pas fait dans l'intérêt du représenté mais dans celui d'une tierce personne.

Le prélèvement de tissus régénérables sur une personne incapable de discernement peut être rendu licite par le consentement du représentant dans la seule mesure où l'intervention n'entraîne aucune atteinte grave, n'est pas susceptible d'affecter l'intérêt général du sujet et ne s'accompagne d'aucun risque pour le donneur.

**En résumé**

**Il convient de distinguer le prélèvement de tissus régénérables de celui des organes.**

**Nous suggérons de modifier l'article 27 a alinéa 2 PL en ce sens qu'aucun prélèvement d'organe ne peut être effectué sur une personne qui n'a pas donné son consentement libre et éclairé, le consentement du représentant légal étant exclu.**

**S'agissant des tissus régénérables, il convient de limiter la possibilité de consentement du représentant légal au cas où cet acte n'entraîne aucune atteinte à la santé du sujet.**

#### **4. Respect de la sphère privée des patients incapables de discernement**

L'article 23 c alinéa 1 PL spécifie que, lorsque le patient est incapable de discernement, le professionnel de la santé doit recueillir l'avis des proches après leur avoir fourni les informations nécessaires. Cette disposition renvoie au droit d'information du patient garanti par l'article 21 alinéa 1 PL. Il en résulte que le droit des proches à l'information inclut le droit de connaître l'état de santé, les différents examens et traitements envisageables, les conséquences et les risques prévisibles importants qu'ils impliquent, le pronostic et les aspects financiers. Le droit d'information des proches d'un(e) incapable de discernement est ainsi exactement identique au droit d'information du patient capable de discernement institué par l'article 21 PL auquel l'article 23 alinéa 1 renvoie intégralement.

L'état de santé est une donnée sensible au sens de l'article 3 loi fédérale sur la protection des données (LPD). Or le droit des proches d'accéder à des informations tombant sous le coup du secret médical, destiné selon les termes mêmes du PL à protéger la sphère privée du patient (art 80 alinéa 2 PL), ne nous paraît pas compatible avec le respect de la sphère privée du patient et la protection de ses droits de la personnalité garantis par le droit fédéral, notamment l'article 28 alinéa 1 CCS. La communication de telles données aux proches est susceptible d'entraîner tant une rupture du rapport de confiance entre le patient et son médecin qu'un inutile ressentiment vis à vis d'un proche perçu comme intrusif. Une personne peut en effet avoir un intérêt légitime à cacher son état de santé à ses proches. Le droit fédéral protège cet intérêt.

Quoi qu'il en soit, les proches ne sont amenés à donner qu'un avis. Il en résulte qu'ils n'ont nul besoin d'être informés de façon aussi exhaustive que la personne concernée.

Pour le surplus le PL viole, à notre sens, l'article 13 Constitution fédérale garantissant la protection de la sphère privée, ainsi que la loi sur la protection des données.

**En résumé**

**Nous suggérons de supprimer de l'article 23 c alinéa 1 *in fine* le renvoi à l'article 21 PL.**

**La loi peut réserver le droit du médecin à communiquer aux proches ce qui est essentiel à recueillir leur avis dans les seuls cas d'urgence.**

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire,  
Mesdames et Messieurs les Député(e)s, à l'expression de nos meilleurs sentiments.

Pour Pro Mente Sana:  
Shirin Hatam  
Conseillère juridique