

Mesures de contrainte sous l'angle du nouveau droit de la protection de l'adulte

**Les professionnels de la santé face aux difficultés
d'application des mesures de contrainte.
Le cas des hôpitaux psychiatriques, des établissements
médicaux sociaux et des centres médicaux sociaux
du canton de Vaud.**

**Mémoire de Master présenté par Priscilia Rohrer
Sous la direction du Professeur Olivier Guillod**

Semestre de printemps 2013

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	2
TABLE DES ABREVIATIONS	5
BIBLIOGRAPHIE	8
REMERCIEMENTS	13
INTRODUCTION	14
PREMIERE PARTIE : DROIT APPLICABLE	16
I. MESURES DE CONTRAINTE ET DROITS FONDAMENTAUX	16
A. Généralités.....	16
B. Dignité humaine.....	16
C. Droit à la vie.....	17
D. Liberté personnelle	18
E. Protection de la sphère privée.....	19
F. Restriction des droits fondamentaux	20
II. MESURES DE CONTRAINTE ET DROIT FEDERAL.....	20
A. Droit pénal.....	20
B. Droit civil.....	21
1. Généralités	21
2. Protection de la personnalité.....	21
3. Droit de la protection de l'adulte	22
a) Généralités :	22
b) Droit à l'autodétermination	22
c) Droit des proches.....	23
d) Protection des personnes incapables de discernement séjournant en institution	23
e) Protection des personnes placées à des fins d'assistance	24
III. MESURES DE CONTRAINTE ET DROIT VAUDOIS.....	24
A. Généralités.....	24
B. Loi sur la santé publique.....	25
IV. MESURES DE CONTRAINTE ET NORMES ETHIQUES.....	26
A. Généralités.....	26
B. Directives et recommandations médico-éthiques de l'ASSM.....	26
C. Code de déontologie de la FMH.....	27
D. Code déontologique du CII pour la profession d'infirmière et principes éthiques de l'ASI.....	28
DEUXIEME PARTIE : RELATION PATIENT/MEDECIN	30
I. GENERALITES	30
II. PATIENT/RESIDANT/CLIENT CAPABLE DE DISCERNEMENT	30
A. Contrat de mandat	30
B. Obligations du professionnel de la santé.....	31

1. Devoir de diligence et de fidélité.....	31
2. Devoir d'information	32
<i>C. Droits du patient/résident/client.....</i>	<i>34</i>
1. Généralités.....	34
2. Droit aux soins médicaux.....	35
3. Droit de consentir aux soins médicaux.....	36
4. Droit de rédiger des directives anticipées.....	38
5. Droit de nommer un représentant thérapeutique	40
III. PATIENT/CLIENT INCAPABLE DE DISCERNEMENT.....	41
<i>A. Gestion d'affaires sans mandat.....</i>	<i>41</i>
<i>B. Obligations du professionnel de la santé.....</i>	<i>42</i>
1. Devoir de respecter les directives anticipées	42
2. Devoirs du soignant envers le représentant thérapeutique du patient.....	43
3. Devoirs du soignant envers les proches du patient	43
IV. RESIDENT INCAPABLE DE DISCERNEMENT	45
<i>Contrat d'assistance.....</i>	<i>45</i>
TROISIEME PARTIE : APPLICATION DES MESURES DE CONTRAINTE EN DROIT SUISSE.....	47
I. MESURES DE CONTRAINTE	47
<i>A. Généralités.....</i>	<i>47</i>
<i>B. Aperçu du droit international en matière de mesures de contrainte.....</i>	<i>48</i>
1. Généralités.....	48
2. Principes et recommandations des organisations internationales	49
3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	51
<i>C. Aperçu des directives médico-éthiques en matière de mesures de contrainte.....</i>	<i>52</i>
1. Généralités.....	52
2. Directives médico-éthiques	52
<i>D. Droit fédéral et cantonal en matière de mesures de contrainte.....</i>	<i>53</i>
1. Mesures limitant la liberté de mouvement	53
a) Atteinte aux droits fondamentaux et au droit de la personnalité	54
b) Objectif et justification de la mesure	55
c) Conditions d'application de la mesure.....	55
d) Intervention de l'autorité de protection de l'adulte.....	57
2. Traitement sans le consentement	57
a) Troubles somatiques versus troubles psychiques	58
b) Atteinte aux droits fondamentaux et au droit de la personnalité	60
c) Objectif et justification de la mesure.....	61
d) Conditions d'application de la mesure	62
e) Décision et appel au juge	63
3. Contention médicamenteuse	64
4. Placement à des fins d'assistance	65
a) Généralités.....	65
b) Placement en institution.....	66
c) Maintien en institution	68
d) Libération	69
e) Mesures de contrainte ordonnées dans le cadre du placement	70
f) Appel au juge	71
g) Mesures ambulatoires.....	71
II. PRATIQUES PROFESSIONNELLES.....	72
<i>A. Généralités.....</i>	<i>72</i>
<i>B. Pratique des hôpitaux psychiatriques.....</i>	<i>73</i>
<i>C. Pratique des établissements médico-sociaux.....</i>	<i>76</i>

1. Mesures de contrainte et EMS.....	76
2. Inspections de la CIVEMS	78
<i>D. Pratique des centres médico-sociaux</i>	<i>80</i>
1. Mission et interventions.....	80
2. Mesures de contrainte et CMS.....	81
III. DIFFICULTES RENCONTREES PAR LES PROFESSIONNELS DE LA SANTE.....	83
CONCLUSION	87

TABLE DES ABREVIATIONS

al.	alinéa
ARPEGE	Association pour la recherche et la promotion en établissement gérontopsychiatrique
art.	article
ASI	Association suisse des infirmières et infirmiers
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AVASAD	Association vaudoise d'aide et soins à domicile
AVDEMS	Association vaudoise d'établissements médico-sociaux
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CC ancien	teneur du Code civil avant la révision relative à la protection de l'adulte, au droit des personnes et au droit de la filiation du 19 décembre 2008
CDHB	Convention du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (RS 0.810.2)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101)
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CII	Conseil international des infirmières

CIVEMS	Coordination interservice des visites en établissements médico-sociaux
CMS	Centre médico-social
cons.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
Cst-féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst-VD	Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (RSVD 101.01)
éd.	édition
EMS	Etablissement médico-social
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
FMH	<i>Foederatio Medicorum Helveticorum</i> (Fédération des médecins suisses)
IDS	Institut de droit de la santé
JdT	Journal des tribunaux
LEp	Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies ; RS 818.101)
LEp nouveau	Modification de la loi sur les épidémies du 28 septembre 2012 (FF 2012 7543)
let.	lettre
LPMéd	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (RS 811.11)
LSP	Loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01)

LSP ancien	teneur de la loi sur la santé publique au 01 janvier 2012
N°	Numéro
ONU	Organisation des Nations unies
p.	Page
par.	Paragraphe
pp.	Pages
Principes MI	Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale
RDT/RMA	Revue du droit de tutelle / Revue de la protection des mineurs et des adultes
Rec.	Recommandation
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSVD	Recueil systématique de la législation vaudoise
s.	suivant(e)
SJ	Semaine judiciaire
ss.	suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
vol.	Volume

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

L. AMEY/R. CHRISTINAT, *Le placement à des fins d'assistance*, in : *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle 2012, pp. 283-340 (cité : L. AMEY/R. CHRISTINAT)

J.-F. AUBERT/P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : J.-F. AUBERT/P. MAHON)

A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux*, 2^{ème} éd., Berne 2006 (cité : A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER)

O. BABAÏANTZ, *Les directives anticipées en matière de soins médicaux et la représentation thérapeutique*, IDS cahier n°6, Neuchâtel 1998 (cité : O. BABAÏANTZ)

J.-L. BAIERLE, *Traitement médical forcé : droit des patients, rôle des médecins...que fait l'Etat ?*, in : *Droit, santé mentale et handicap*, Chêne-Bourg 2003, pp. 27-32 (cité : J.-L. BAIERLE)

D. BERTRAND, *Consentement à l'acte médical et refus de traitement*, in : *Médecin et droit médical : Présentation et résolution de situations médico-légales*, 3^{ème} éd., Chêne-Bourg 2009, pp. 112-118 (cité : D. BERTRAND)

D. BERTRAND/M. UMMEL/A.G. TOLEDO VERA/T.-W. HARDING/, *Médecin et droits de l'homme*, in : *Médecin et droit médical : Présentation et résolution de situations médico-légales*, 3^{ème} éd., Chêne-Bourg 2009, pp. 35-50 (cité : D. BERTRAND/M. UMMEL/A.G. TOLEDO VERA/T.-W. HARDING)

M.-A. BINO, *Hospitalisation forcée et droit du malade mental : étude de droit international et de droit comparé*, Genève 2006 (cité : M.-A. BINO)

A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^{ème} éd., Bâle 2009 (cité : A. BUCHER)

T. CLEMENT/C. HÄNNI, *La protection des droits des patients dans les législations cantonales*, in : *La relation patient-médecin : état des lieux*, Rapport IDS n°1, Neuchâtel 2003, pp. 50-118 (cité : T. CLEMENT/C. HANNI)

P. CORBAZ, *Protection et liberté dans les confins de la vie : Les mesures de contrainte dans un établissement médico-social de psychogériatrie, Analyse et réflexion éthiques*, Vevey 2011 (cité : P. CORBAZ)

C. DEVAUD, *L'information en droit médical*, Genève 2009 (cité : C. DEVAUD)

J.-M. DUC, *Responsabilité du médecin : le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient, Pratique juridique actuelle*, 2011, pp. 253 à 262 (cité : J.-M. DUC)

P. ENGEL, *Aspects généraux du droit médical*, in : *Aspects du droit médical*, Fribourg 1987, pp. 1-24 (cité : P. ENGEL)

FOËX BENEDICT/PICHONNAZ PASCAL (édit.), *Commentaire romand du code civil*, Bâle 2009 (cité : CR CC – Auteur, art. CC N)

E. FUCHS, *Respect de la liberté individuelle et ses limites du fait de la maladie, de la sénilité et des dépendances : réflexions sur le droit de contrainte*, *Revue du droit de tutelle*, 2000, pp. 16-24 (cité : E. FUCHS)

J. GAGNEBIN, *Le consentement libre et éclairé du patient : une notion transversale ou décroïsonnée*, in : « *Le droit décroïsonné* », *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Genève 2009, pp. 55-74 (cité : J. GAGNEBIN)

GEISER THOMAS /REUSSER RUTH (édit.), *Basler Kommentar, Erwachsenenschutz : Art. 360-456 ZGB ; Art. 14, 14a SchlT ZGB*, Bâle 2012 (cité : BSK Erw.Schutz – Autor/in, Art. N)

O. GUILLOD, *L'évolution du droit médical au cours des dernières décennies*, in *Médecin et droit médical : Présentation et résolution de situations médico-légales*, Chêne-Bourg 2009, pp. 61-82 (cité : O. GUILLOD, *L'évolution du droit médical*)

O. GUILLOD, *Le consentement à l'acte médical : une longue convalescence*, in : *Aspects du droit médical*, Fribourg 1987, pp. 83-92 (cité : O. GUILLOD, *Le consentement à l'acte médical*)

O. GUILLOD, *Le consentement éclairé : de la théorie à la pratique*, in : *Le consentement éclairé du patient : comment briser le mur du silence ?*, Institut universitaire Kurt Bösch (IKB), Verbier 1993, pp. 67-74 (cité : O. GUILLOD, *Le consentement éclairé*)

- O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, in : *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle 2012, pp. 1-32 (cité : O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*)
- O. GUILLOD, *Traitement ou contrainte : faut-il choisir ?*, in : *Prescrire la contrainte ?* Genève 2000 (cité : O. GUILLOD, *Traitement ou contrainte*)
- O. GUILLOD/N. HELLE, *Traitement forcé : des dispositions schizo-phrènes ?*, *Revue du droit de tutelle*, 2003, pp. 347-360 (cité : O. GUILLOD/N. HELLE)
- H. HAUSHEER/R.-E. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3^{ème} éd., Berne 2012 (cité : H. HAUSHEER/R.-E. AEBI-MÜLLER)
- D. HELL, *Leitlinien zum Umgang mit Zwangsmassnahmen in der Medizin*, in : *Psychiatrie und Recht = Psychiatrie et droit*, Zurich/Genève/Bâle 2005, pp. 269-277 (cité : D. HELL)
- Y. KHAZAAL/C. BONSACK/F. BORGEAT, *La contrainte en psychiatrie : actualités et perspectives*, *Revue Médicale Suisse*, 2005, vol. 1, n°7, pp. 515-518 (cité : Y. KHAZAAL/C. BONSACK/F. BORGEAT)
- A. LEUBA/ C. TRITTEN, *La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution*, *Revue du droit de la tutelle*, 2003, pp. 284-298 (cité : A. LEUBA/ C. TRITTEN)
- D. MANAI, *Le devoir d'information du médecin*, in : *Médecin et droit médical : Présentation et résolution de situations médico-légales*, 3^{ème} éd., Chêne-Bourg 2009, pp. 104-111 (cité : D. MANAI, *Le devoir d'information du médecin*)
- D. MANAI, *Le droit des proches du patient dans la prise de décision médicale*, in : *Médecin et droit médical : Présentation et résolution de situations médico-légale*, Chêne-Bourg 2009, pp. 131-140 (cité : D. MANAI, *Le droit des proches*)
- V. MARTENET/C. DEVAUD, *La révocation du consentement aux soins médicaux*, in : *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, pp. 265-278 (cité : V. MARTENET/C. DEVAUD)
- P. MEIER/S. LUKIC, *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : P. MEIER/S. LUKIC)
- C. MÜLLER, *Le contrat d'assistance en EMS*, in : *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle 2012, pp. 249-281 (cité : C. MÜLLER)

G. NIVEAU, *Les mesures de contrainte*, in : *Médecin et droit médical : Présentation et résolution de situations médico-légales*, 3^{ème} éd., Chêne-Bourg 2009, pp. 377-383 (cité : G. NIVEAU)

K. PÄRLI, *Zwangmassnahmen in der Pflege, Aktuelle juristische Praxis*, 2011, pp. 360-370 (cité : K. PÄRLI)

M. POGGIA, *Consentement du patient : D'où vient-on et où va-t-on ?*, in : *Droit de la responsabilité civile et des assurances*, Berne 2012, pp. 335-348 (cité : M. POGGIA)

D. ROSCH et al., *Das neue Erwachsenenschutzrecht : Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB*, Bâle 2011 (cité : HelbingKomm/AUTEUR)

Mis en forme : Allemand (Suisse)

J.-E. ROSSEL, *L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical*, in : *Aspects du droit médical*, Fribourg 1987, pp. 59-76 (cité : J.-E. ROSSEL)

H. SCHMID, *Erwachsenenschutz : Kommentar zu Art. 360-456 ZGB*, Zurich/St-Gall, 2010 (cité : H. SCHMID, ad art. CC N)

P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., Genève 2009 (cité : P. TERCIER)

THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand du code des obligations*, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : CR CO – Auteur, art. CO N)

C. TRITTEN, *Les directives médico-éthiques et recommandations de l'Académie Suisse des Sciences Médicales relatives au traitement et à la prise en charge des personnes âgées en situation d'urgence*, *Revue du droit de tutelle*, 2005, pp. 70-83 (cité : C. TRITTEN)

Publications officielles et directives

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, Directives et recommandations médico-éthiques concernant le traitement médical et la prise en charge des personnes en situation de handicap, 20 mai 2008

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, Directives médico-éthiques concernant les mesures de contrainte en médecine, 24 mai 2005

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, Directives et recommandations médico-éthiques concernant le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, 18 mai 2004

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, Directives médico-éthiques concernant l'exercice de la médecine auprès des personnes détenues, 28 novembre 2002

CONSEIL FEDERAL, Message du 28 juin 2006 concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635

Note juridique interne du chef du Département de la santé et de l'action sociale vaudoise du 13 novembre 2012 relative à la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte et de l'enfant) (cité : Note juridique interne relative à la révision du Code civil suisse)

Rapport du 12 octobre 2009, élaboré par un groupe de travail du Département de Psychiatrie du CHUV et adressé au secrétaire général du DSAS, relatif aux mesures de contention dans les hôpitaux psychiatriques du Canton de Vaud (cité : rapport relatif aux mesures de contention dans les hôpitaux psychiatriques du Canton de Vaud)

Document interne de la CIVEMS du 19 février 2010 relatif aux mesures de contrainte (cité : document interne de la CIVEMS relatif aux mesures de contrainte)

Rapport explicatif de la CIVEMS du 28 avril 2010 relatif aux inspections ciblées en établissement médico-social et division C d'hôpital (cité : rapport explicatif de la CIVEMS relatif aux inspections ciblées)

Réflexions et recommandations de l'Ordre professionnel (OP) de l'AVDEMS sur les mesures de contrainte en EMS, mai 2010 (cité : Réflexions et recommandations de l'AVDEMS sur les mesures de contrainte en EMS)

Charte des CMS du 13 juin 2012 (cité : Charte des CMS)

REMERCIEMENTS

Je tiens tout particulièrement à adresser mes plus vifs remerciements au Professeur Olivier Guillod qui a accepté de diriger ce travail de mémoire.

Je témoigne également toute ma reconnaissance amicale à Madame Claire-Anne Künzler pour son soutien, ses conseils avisés, le partage de ses expériences professionnelles ainsi que la confiance qu'elle m'a accordée tout au long de mon mandat AVASAD relatif au nouveau droit de la protection de l'adulte.

Que soient finalement remerciés Mesdames Claire-Anne Künzler, Marie-Claude Robert et Jeanine Resplendino ainsi que Messieurs Jacques Gasser et Christian Weiler pour le temps qu'ils m'ont accordé dans le cadre des interviews effectués. Sans leur précieuse intervention, l'analyse des pratiques professionnelles aurait sans nul doute été fortement compromise.

INTRODUCTION

De nombreux progrès ont été accomplis ces dernières années pour ce qui relève des droits du patient. Les droits fondamentaux ont été revalorisés et ont fait l'objet d'un développement jurisprudentiel important. Les juges internationaux et nationaux ont notamment précisé la portée de la liberté personnelle dans le domaine médical. Ils en ont déduit le droit à l'autodétermination du patient.¹ Notre société est ainsi passée d'une conception paternaliste de la médecine à un modèle de partenariat. Auparavant, le médecin ne partageait pas son savoir avec le patient. Il lui prodiguait les soins médicaux qu'il jugeait nécessaires pour son bien-être. Actuellement, le patient est acteur du système de soins. Considéré comme un véritable partenaire du médecin, il peut consentir aux soins de manière libre et éclairée.² L'autonomie du patient a ensuite été renforcée par les législations sanitaires cantonales.³ Un pas supplémentaire a été franchi avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte le 1^{er} janvier 2013. En effet, les droits du patient n'étaient pas garantis de façon identique dans les cantons. A titre d'illustration, les directives anticipées n'étaient pas toujours contraignantes pour les soignants. Les proches étaient consultés, mais leurs décisions n'étaient pas toujours assorties de force obligatoire. Les personnes privées de liberté à des fins d'assistance et les personnes incapables de discernement résidant en établissement médico-social ou en home n'étaient pas suffisamment protégées. Le traitement des troubles psychiques n'était pas réglementé au niveau fédéral. Le nouveau droit de la protection de l'adulte renforce le droit à l'autodétermination et la protection du patient. D'une manière générale, celui-ci est habilité à rédiger des directives anticipées et à nommer un représentant thérapeutique. Ses proches sont également autorisés à prendre des décisions médicales lorsque celui-ci n'a pas pris de dispositions personnelles anticipées. La protection des personnes vulnérables est en outre renforcée. Les mesures de contrainte font en effet l'objet de conditions légales strictes.⁴

Les mesures de contrainte sont mises en œuvre contre la volonté du patient. Elles sont classifiées de la manière suivante : les mesures limitant la liberté de mouvement, le traitement sans le consentement, la contention médicamenteuse et le placement à des fins d'assistance. Chacune de ces mesures étant restrictives de liberté, une réflexion au sujet de leur application a été engagée. Elles sont désormais appliquées dans un but de protection et dans le respect du principe de proportionnalité. Leur usage n'est plus banalisé.⁵

¹ D. BERTRAND/M. UMMEL/A.G. TOLEDO VERA/T.-W. HARDING, pp. 35-43

² D. BERTRAND, pp. 112-113

³ T. CLEMENT/C. HANNI, pp. 77-94

⁴ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 11-14 ; FF 2006, p. 6645-6649 et 6653-6654

⁵ K. PÄRLI, pp. 362 et 367-369

Face aux mesures de contrainte, le soignant se trouve dans une position inconfortable. Habituellement, son action recueille l'assentiment du patient. Toutefois, en situation de crise, il est amené à agir sans son consentement. Il doit ainsi choisir entre deux principes antinomiques : le principe de bienfaisance et le principe d'autonomie. Fort de ses représentations personnelles et professionnelles, il se considère comme le garant de la santé et de la sécurité du malade. Ayant toutefois conscience des risques que présentent les mesures de contrainte et des souffrances psychiques causées au patient, il peut ressentir de la culpabilité et de la frustration. Afin d'opérer le meilleur choix, il doit conduire une analyse complexe en tenant compte de principes éthiques et juridiques.⁶

La première partie de ce travail de mémoire traitera du droit applicable en matière de mesures de contrainte. Il s'agira notamment de passer en revue quelques droits fondamentaux ainsi que les normes juridiques et déontologiques pertinentes. La seconde partie de ce travail abordera la relation patient/médecin. Elle portera en outre sur le contrat de mandat, la gestion d'affaires sans mandat et le contrat d'assistance ainsi que sur les obligations et les droits des parties qui en découlent. La dernière partie de ce travail sera consacrée à l'application des mesures de contrainte en droit suisse. Elle traitera des mesures limitant la liberté de mouvement, du traitement sans le consentement, de la contention médicamenteuse et du placement à des fins d'assistance. Elle fera part des pratiques professionnelles y relatives ainsi que des difficultés rencontrées par les professionnels de la santé.

⁶ P. CORBAZ, pp. 43-46 et 56-57

PREMIERE PARTIE : DROIT APPLICABLE

I. MESURES DE CONTRAINTE ET DROITS FONDAMENTAUX

A. Généralités

Les droits fondamentaux, qui ont pris ancrage dans des textes nationaux et internationaux à la suite de la Seconde Guerre mondiale, ont notamment pour fonction de définir les contours de l'art médical. Le droit aux soins de qualité appropriée, le devoir d'information du médecin et le consentement du patient à l'acte médical sont autant d'exemples qu'il faut prendre en considération.⁷

Les mesures de contrainte, qui font partie intégrante de l'art médical, se présentent également comme un domaine d'application des droits humains. Bien qu'elles puissent se montrer conforme au droit à la vie, elles peuvent également se voir contraire à la dignité humaine et à la liberté personnelle.⁸

Ceci étant dit, ce chapitre a pour objectif de présenter les différentes libertés affectées sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, de la Constitution fédérale et de la Constitution vaudoise. En dernier lieu, il traitera brièvement des restrictions des droits fondamentaux.

B. Dignité humaine

La dignité humaine, qui était originellement un droit constitutionnel non-écrit, fait actuellement l'objet des art. 7 Cst-féd. et 9 Cst-VD. Figurant au début du catalogue des droits fondamentaux, la dignité humaine est généralement perçue comme « *le droit fondamental des droits fondamentaux* »⁹ ou « *le noyau et le point de départ des autres droits fondamentaux* »¹⁰. Ainsi, la dignité humaine sert de fondement aux autres libertés fondamentales.¹¹

La dignité humaine garantit le droit de ne pas être considéré comme un objet mais comme une personne à part entière et le droit de recevoir un traitement conforme à cette individualité.¹²

⁷ D. BERTRAND/M. UMMEL/A.G. TOLEDO VERA/T.-W. HARDING, p. 35

⁸ K. PÄRLI, pp. 363-364

⁹ BO CN 149 (*Vallender*) et 151 (*Koller*)

¹⁰ FF 1997 I 142

¹¹ J.-F. AUBERT/P. MAHON, pp. 68-69

¹² *Idem*, p. 70

Dans le domaine médical, la dignité humaine peut renforcer et concrétiser le droit à la vie ou la liberté personnelle. Ensemble, ces libertés imposent aux médecins de respecter l'intégrité physique et psychique de leurs patients. Elles accordent également des droits aux patients, tels que le droit de disposer de son propre corps.¹³ Finalement, la dignité humaine peut également constituer un frein à certaines activités médicales. Pour illustrer ce propos, on citera en exemple la mise en œuvre de mesures de contrainte qui ne peut être faite que moyennant le respect de conditions strictes.¹⁴

C. Droit à la vie

Le droit à la vie, qui était originellement un droit constitutionnel non-écrit, fait actuellement l'objet des art. 2 CEDH, 10 al. 1 Cst-féd. et 12 al. 1 Cst-VD. Il s'agit de la plus rudimentaire des libertés. En effet, seul un individu en vie peut faire valoir ses autres droits fondamentaux. Ainsi, cette garantie ne saurait souffrir de restriction au sens des art. 36 Cst-féd. et 38 Cst-VD.¹⁵

Le droit à la vie comprend une obligation négative et une obligation positive. La première enjoint aux Etats de ne pas priver les individus qui relèvent de leur juridiction de leur vie. La seconde impose aux Etats de prendre les mesures indispensables pour protéger la vie de ces personnes. Le Code pénal suisse, qui réprime notamment les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, poursuit d'ailleurs cet objectif.¹⁶

Le droit à la vie trouve notamment application dans le domaine médical. En effet, les médecins ont principalement pour mission de sauver des vies et sont communément perçus comme les garants de la santé. Cette affirmation fait d'ailleurs l'objet de l'article 2 du code de déontologie de la FMH qui a la teneur suivante : « *Le médecin a pour mission de protéger la vie de l'être humain, de promouvoir et de maintenir sa santé, de soigner les maladies, d'apaiser les souffrances et d'assister les mourants jusqu'à leur dernière heure* ». ¹⁷ Ajoutons que les médecins engagent leur responsabilité civile en cas d'erreur médicale et peuvent même être réprimés pénalement pour lésion corporelle par négligence¹⁸ ou homicide par négligence¹⁹. Finalement, les mesures de contrainte se montrent conformes au droit à la vie puisqu'elles permettent de protéger l'intégrité physique du patient. A titre d'exemple, on indiquera que les médecins doivent isoler une personne atteinte de troubles psychiques afin d'éviter qu'elle ne passe à l'acte.²⁰

¹³ ATF 134 II 235 cons. 4.1 et 4.2

¹⁴ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 167-169, 302-310 et 329-332

¹⁵ A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, p. 131

¹⁶ Idem, p. 132

¹⁷ http://www.fmh.ch/files/pdf8/Standesordnung_2012_02_19_frz.sc.pdf, consulté le 09.10.12

¹⁸ ATF 130 IV 7

¹⁹ RJJ 1991 p. 72

²⁰ ATF 120 Ib 411

D. Liberté personnelle

La liberté personnelle, qui était originellement un droit constitutionnel non écrit, fait actuellement l'objet des art. 5 § 1 let. e et 8 § 1 CEDH, 10 al. 2 et 31 Cst-féd et 12 al. 2 et 30 Cst-VD. Tout comme la dignité humaine et le droit à la vie, la liberté personnelle revêt un caractère élémentaire. Etant imprescriptible et inaliénable, elle se traduit dans de nombreuses situations sociales pour protéger l'intégrité physique, l'intégrité psychique et la liberté de mouvement des individus.²¹ Il s'agit dès lors de détailler chacun de ces aspects.

Premièrement, la liberté personnelle a pour fonction de protéger le corps humain contre toute atteinte injustifiée, qu'elle soit grave ou légère, volontaire ou accidentelle et quelles qu'en soient les raisons. Dans le domaine médical, les vaccinations obligatoires²², les expertises psychiatriques²³, les interventions médicales²⁴ et les traitements forcés en établissement²⁵ sont autant d'exemples jurisprudentiels dans lesquels le Tribunal fédéral a retenu une atteinte à l'intégrité physique. Néanmoins, ces atteintes n'ont pas toujours été considérées comme illicites. En effet, elles sont parfois justifiées par le consentement de la victime, par un intérêt public ou privé prépondérant ou par la loi. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a défini, dans divers arrêts, la portée de la liberté personnelle au regard des actes médicaux.²⁶ Il a établi que chaque acte thérapeutique comporte un risque qui ne peut être assumé que par celui qui y est confronté. En conséquence, le patient doit consentir librement à l'acte médical après avoir été dûment informé sur le traitement proposé. Le Tribunal fédéral a ajouté que le devoir d'information du médecin et le consentement libre et éclairé du patient découlent directement de la liberté personnelle, bien qu'ils soient souvent associés à la responsabilité contractuelle.²⁷

Deuxièmement, la liberté personnelle a pour fonction de protéger « l'homme contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque, à restreindre ou supprimer la faculté, qui lui est propre d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation. »²⁸ La jurisprudence récente attire notre attention sur le fait que toutes les prises de position d'une personne ne sont pas protégées par la garantie de l'intégrité psychique.

En effet, seuls les choix permettant l'épanouissement de l'être humain sont garantis. Selon le Tribunal fédéral, le droit au libre choix du médecin,²⁹ le droit au respect du secret

²¹ A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, pp. 143-146

²² ATF 99 Ia 747 ; RDAF 1970 p. 39

²³ ATF 124 I 40

²⁴ ATF 134 II 235

²⁵ ATF 126 I 112 = JdT 2002 I 405

²⁶ A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, pp. 149-151

²⁷ SJ 2012 I p. 275 ; ATF 133 III 121 cons. 4.1.1 ; ATF 117 Ib 197 cons. 2

²⁸ ATF 90 I 29 cons. 3 a)

²⁹ ATF 101 Ia 575

médical³⁰ ainsi que le droit de consentir aux soins de manière libre et éclairée³¹ émanent directement de la garantie de l'intégrité psychique.³²

Enfin, la liberté personnelle a pour fonction de protéger la liberté de mouvement des individus. En effet, chacun d'entre nous a le droit d'aller et venir et ne saurait être privé arbitrairement de sa liberté. En conséquence, le droit international et le droit constitutionnel suisse ont établi un certain nombre de principes en la matière. Tout d'abord, la privation de liberté doit se fonder sur une base légale au sens formel. Ensuite, elle doit se justifier par un intérêt public prépondérant. Enfin, elle doit se montrer conforme au principe de proportionnalité.³³ D'autres garanties telles que le droit d'être informé sur les raisons de la privation de liberté, le droit de recourir contre la décision de privation de liberté ou le droit de recevoir une indemnité en cas de détention irrégulière ont d'ailleurs été adoptées.³⁴ Dans le domaine médical, le placement à des fins d'assistance et les mesures de contention limitent de manière plus ou moins importante la liberté de mouvement de la personne qui en est sujette. Ainsi, les exigences énumérées ci-dessus doivent être dûment respectées. Les art. 426 à 439 CC concernant le placement à des fins d'assistance et les art. 383 à 385 CC relatifs aux mesures de contention remplissent d'ailleurs cette fonction.³⁵

E. Protection de la sphère privée

La protection de la sphère privée, qui originellement constituait un des aspects de la liberté personnelle et était ainsi un droit constitutionnel non-écrit, fait actuellement l'objet des art. 8 § 1 CEDH, 13 al. 1 Cst-féd. et 15 al. 1 Cst-VD. Cette garantie favorise l'épanouissement de la personne humaine en protégeant les comportements et les opinions qui lui sont propres et les relations qu'elle noue avec ses semblables.³⁶

Dans le domaine médical, la protection de la sphère privée trouve application. D'une part, elle confère au patient le droit au secret médical ainsi que le droit à l'autodétermination. En effet, cette garantie, qui préserve les comportements intimes de l'être humain, permet au patient capable de discernement de disposer de son propre corps et de prendre des dispositions pour le cas où il serait déchu de cette faculté.³⁷

Le nouveau droit de la protection de l'adulte va notamment dans ce sens puisqu'il lui permet de désigner un représentant thérapeutique et de rédiger des directives anticipées. D'autre part, le droit au respect de la vie familiale confère des droits aux proches du patient incapable de

³⁰ ATF 98 IV 217

³¹ ATF 108 II 59

³² A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, pp. 156-158

³³ Idem, pp. 158-163

³⁴ Idem, pp. 167-171

³⁵ Idem, pp. 173-174 et 178-179

³⁶ Idem, pp. 184-186

³⁷ T. CLEMENT/C. HANNI, p. 70

discernement. On citera en exemple le droit de représentation dans le domaine médical accordé par l'art. 378 CC et le droit de recourir contre la décision de placement à des fins d'assistance accordé par l'art. 439 CC.³⁸

F. Restriction des droits fondamentaux

Bien que garanties par des instruments internationaux et nationaux, les libertés fondamentales peuvent faire l'objet de restrictions. Néanmoins, ces dernières ne sont envisageables que moyennant le respect des conditions posées par la CEDH et par les art. 36 Cst-féd. et 38 Cst-VD. Ces exigences sont au nombre de quatre. Premièrement, la restriction doit être prévue dans une base légale. Deuxièmement, la restriction doit être justifiée par un intérêt public prépondérant. Troisièmement, la restriction doit respecter le principe de proportionnalité. Enfin, la restriction ne doit pas violer l'essence du droit fondamental.³⁹

II. MESURES DE CONTRAINTE ET DROIT FEDERAL

A. Droit pénal

A titre liminaire, il est nécessaire de signaler que le droit pénal, qui ne fait pas l'objet de ce travail, est mentionné par souci d'exhaustivité et ne sera en aucun cas détaillé. Ainsi, la section suivante énumère uniquement quelques infractions relatives à la pratique médicale et aux mesures de contrainte.

Premièrement, les professionnels de la santé engagent leur responsabilité pénale lorsqu'ils commettent une infraction contre la vie et l'intégrité corporelle. La jurisprudence relate notamment un cas dans lequel un médecin est condamné conformément à l'art. 117 CP pour homicide par négligence⁴⁰ et un cas dans lequel un médecin est condamné conformément à l'art. 125 CP pour lésions corporelles par négligence⁴¹. Théoriquement, nous pourrions également concevoir qu'un médecin, qui refuse de prendre en charge une personne souffrant de troubles psychiques, désireuse de mettre un terme à son existence, se rende coupable d'une omission de prêter secours au sens de l'art. 129 CP.

Deuxièmement, les professionnels de la santé engagent leur responsabilité pénale lorsqu'ils commettent un crime ou un délit contre la liberté. Les mesures de contrainte entravent la liberté d'action des personnes qui y sont soumises. Ainsi, si le soignant venait à les utiliser dans un but autre que celui de protection ou de préservation de la paix sociale, et notamment, s'il cherchait à obtenir une faveur quelconque du patient, il se rendrait coupable de contrainte au sens de l'art. 181 CP.

³⁸ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 11-14

³⁹ A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, pp. 79-85

⁴⁰ RJJ 1991 p. 72

⁴¹ ATF 130 IV 7

Enfin, nous indiquerons pour mémoire que les professionnels de la santé engagent leur responsabilité pénale lorsqu'ils commettent des infractions contre leurs devoirs professionnels. On citera en exemple la violation du secret professionnel consacrée par l'article 321 CP.⁴²

B. Droit civil

1. Généralités

La section suivante a pour but d'énumérer quelques principes de droit privé qui trouvent application en droit médical. Dans un premier temps, nous nous intéresserons aux art. 27 et 28 CC qui concrétisent la liberté personnelle en offrant une protection contre les engagements excessifs et les atteintes illicites à la personnalité. Dans un second temps, nous nous concentrerons sur les principes généraux du nouveau droit de la protection de l'adulte.

2. Protection de la personnalité

En concluant un contrat, en prenant une décision ou en s'engageant à un acte juridique unilatéral, un individu peut porter atteinte à sa personnalité en restreignant sa liberté de manière inadmissible. Ainsi, l'art. 27 CC intervient pour lui conférer une protection contre ses engagements qui, de par leur objet, leur intensité et leur durée, sont considérés comme excessifs.⁴³ Le droit à la vie et le droit à l'intégrité corporelle, qui trouvent d'ailleurs application dans le domaine médical, bénéficient de la protection de l'art. 27 CC. D'une part, il est admis que l'individu ne saurait renoncer au droit à la vie. En effet, seule une personne vivante peut jouir de ses droits civils et les exercer. D'autre part, un individu n'est pas en droit de consentir à n'importe quelle atteinte à son intégrité physique et doit pouvoir révoquer son consentement si tel est son désir.⁴⁴

L'art. 28 CC est le garant des droits de la personnalité. En effet, il protège la personnalité physique, affective et sociale d'une personne contre des atteintes illicites émanant de tiers.⁴⁵ Les professionnels de la santé doivent, comme tout sujet de droit privé, respecter la personnalité de leurs patients. A titre d'exemple, un médecin ne peut pas prodiguer des soins sans le consentement libre et éclairé de son patient. Il en va ainsi même lorsque ces soins sont conformes à la déontologie médicale et permettent d'améliorer ou de rétablir la santé de ce dernier.⁴⁶ Nous indiquerons également que les relations affectives qui se créent entre un patient et les membres de sa famille doivent être protégées.⁴⁷ Ainsi, une clinique privée ne

⁴² ATF 106 IV 131

⁴³ CR CC I – MARCHAND, art. 27 CC N 1-7 et N 12-14

⁴⁴ A. BUCHER, p. 92

⁴⁵ CR CC I – JEANDIN, art. 28 CC N 24-34

⁴⁶ H. HAUSHEER/R.-E. AEBI-MÜLLER, pp. 178-179

⁴⁷ A. BUCHER, p. 97

saurait interdire le droit de rendre visite à une personne hospitalisé sans porter une atteinte illicite à sa personnalité et à celle de ses proches. De même, le droit de représentation en matière médicale accordé aux proches d'un patient incapable de discernement par le nouveau droit de la protection de l'adulte s'inscrit directement dans le respect de leur personnalité affective.⁴⁸ Enfin, mentionnons que les atteintes à la personnalité sont illicites sous réserve des cas où la victime y a consenti, où la loi le prévoit et où un intérêt public ou privé se montre prépondérant.⁴⁹

3. Droit de la protection de l'adulte

a) Généralités :

Le nouveau droit de la protection de l'adulte, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, se fonde sur plusieurs principes généraux qu'il convient de développer. En effet, le renforcement du principe d'autodétermination, le renforcement de la solidarité familiale, l'amélioration de la protection des personnes incapables de discernement séjournant en institution ainsi que l'amélioration de la protection des personnes placées à des fins d'assistance sont autant de notions qui ont trait aux mesures de contrainte.

b) Droit à l'autodétermination

Depuis quelques années, les progrès de la médecine se sont multipliés. De nombreux traitements et interventions chirurgicales ont été développés, afin de diminuer les souffrances, de stabiliser ou de guérir de graves pathologies. Les personnes gravement atteintes dans leur santé ne meurent plus nécessairement, mais s'exposent à des incapacités de discernement durables ou passagères mettant en péril leur droit à l'autodétermination. L'espérance de vie étant en constante augmentation, le droit de la personne à disposer d'elle-même est également affecté par des troubles liés à l'âge, tels que les démences séniles et la maladie d'Alzheimer.⁵⁰

Ainsi, bien que le droit de consentir aux soins soit déjà garanti par la dignité humaine, la liberté personnelle et la protection de la personnalité, le nouveau droit de la protection de l'adulte le réaffirme et le renforce en prévoyant notamment le droit de nommer un représentant thérapeutique et le droit de rédiger des directives anticipées. Les nouvelles dispositions fédérales adoptées en la matière ne sont toutefois pas novatrices. En effet, les législations cantonales autorisaient déjà une personne capable de discernement à édicter des directives anticipées ou à nommer un représentant thérapeutique pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Toutefois, la portée des directives anticipées variait

⁴⁸ A. BUCHER, p. 111

⁴⁹ Idem, p. 107-108

⁵⁰ FF 2006 pp. 6645-6647

d'un canton à l'autre. Le nouveau droit de la protection de l'adulte a donc pour objectif d'uniformiser les règles en la matière.⁵¹

c) Droit des proches

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les relations qui se nouent entre un individu et les membres de son entourage doivent être respectées et protégées. La pratique a démontré que les proches d'une personne incapable de discernement se chargeaient eux-mêmes de certaines tâches, afin de sauvegarder ses intérêts.⁵² Dans le domaine médical, les cantons se sont rendus compte que le droit à l'autodétermination du patient n'était pas garanti en l'absence de directives anticipées ou de représentant thérapeutique dûment nommé. Certains cantons ont donc comblé cette lacune en conférant un droit de décision aux proches du patient incapable de discernement. D'autres cantons ont, au contraire, laissé au médecin la liberté de décider des soins à prodiguer, tout en leur imposant un devoir de consulter les proches du patient incapable de discernement. Ici encore, le nouveau droit de la protection de l'adulte intervient pour unifier les règles en la matière. Le législateur fédéral a considéré que les proches du patient incapable de discernement étaient les mieux à même de connaître la volonté présumée de ce dernier. Ainsi, l'art. 378 CC leur accorde un droit de représentation dans le domaine médical.⁵³

d) Protection des personnes incapables de discernement séjournant en institution

En raison du vieillissement de la population, de plus en plus de personnes, atteintes dans leur santé, sont placées dans des établissements médico-sociaux ou dans des homes. Or, depuis quelque temps, les standards de protection des personnes incapables de discernement séjournant en institution sont remis en question. La société civile reproche aux institutions leur manque de transparence. Plusieurs insuffisances concernant la qualité des soins, l'encadrement de chaque résident et la prise en compte des besoins qui leur sont propres, ont d'ailleurs été relatées.

Le législateur fédéral s'est donc saisi de cette problématique tout en indiquant qu'il ne régirait pas la matière de manière exhaustive.⁵⁴ Le nouveau droit de la protection de l'adulte nous fait part de trois grandes améliorations. Premièrement, l'art. 382 CC impose aux institutions de conclure, avec le représentant dans le domaine médical du résident incapable de discernement, un contrat d'assistance qui établit les prestations à effectuer et leur coût. Deuxièmement, les art. 383 à 385 CC font mention des conditions qui doivent être remplies pour qu'un soignant puisse instaurer une mesure limitant la liberté de mouvement. Enfin,

⁵¹ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 11-12

⁵² P. MEIER/S. LUKIC, p. 12

⁵³ FF 2006 pp. 6647-6648

⁵⁴ Idem, p. 6649

l'art. 387 CC prévoit l'instauration d'une surveillance des établissements médico-sociaux et des homes par les cantons, afin d'éviter et de remédier à des abus éventuels.⁵⁵

e) Protection des personnes placées à des fins d'assistance

Comme nous l'avons indiqué auparavant, le nouveau droit de la protection de l'adulte a pour objectif d'améliorer la protection des personnes placées à des fins d'assistance. Les dispositions relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a et ss CC ancien), entrées en vigueur en 1981, se sont montrées concluantes. Toutefois, la pratique a relevé l'importance de poser quelques gardes fous. Premièrement, l'art. 429 CC insiste sur le fait que seuls les médecins désignés par les cantons peuvent ordonner un placement à des fins d'assistance. Deuxièmement, l'art. 430 CC régit de façon précise la procédure à suivre en cas de placement ordonné par un médecin. Troisièmement, l'art. 431 CC impose à l'autorité de protection de l'adulte⁵⁶ de contrôler périodiquement le respect des conditions justifiant un placement à des fins d'assistance. Enfin, l'art. 432 CC confère au patient le droit de faire appel à une personne de confiance. Par ailleurs, les dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance ne prévoyaient pas de règle sur le traitement des troubles psychiques, donnant ainsi libre cours au législateur cantonal. Afin d'harmoniser les pratiques en la matière, le législateur fédéral a adopté les art. 433 et ss CC. Ces articles prévoient notamment la possibilité d'imposer un traitement à un patient psychique placé à des fins d'assistance. Le traitement sans le consentement constitue toutefois une mesure de dernier recours, les désirs de l'individu étant, dans la mesure du possible, pris en considération.⁵⁷

III. MESURES DE CONTRAINTE ET DROIT VAUDOIS

A. Généralités

A titre liminaire, mentionnons que les cantons sont compétents en matière de santé (art. 3 et 42 Cst-féd.). Les compétences attribuées à la Confédération par la Constitution fédérale en matière d'assurance sociale (art. 111 à 117 Cst-féd.), de protection de la santé (art. 118 Cst-féd.), de médecines complémentaires (art. 118a Cst-féd.), de recherche sur l'être humain (art. 118b Cst-féd.), de procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst-féd.) et de médecine de transplantation (art. 119a Cst-féd.) demeurent toutefois réservées.

Les législations sanitaires cantonales s'inscrivent dans le respect des droits fondamentaux et des règles fédérales en matière de santé. Outre des dispositions organisationnelles, elles concrétisent notamment la relation patient/médecin en conférant expressément des droits aux

⁵⁵ P. MEIER/S. LUKIC, p. 16

⁵⁶ Dans le canton de Vaud, l'autorité de protection de l'adulte est la justice de paix (art. 4 LVPAE)

⁵⁷ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 21-23

patients, tels que le droit à l'information et le droit de consentir aux soins de manière libre et éclairée.

Dans ce chapitre, nous nous intéresserons à certains aspects de la loi sur la santé publique vaudoise. Ce choix se justifie pour deux raisons. D'une part, ce travail de mémoire passe en revue les pratiques professionnelles des hôpitaux psychiques, des établissements médico-sociaux et des centres médico-sociaux du canton de Vaud. D'autre part, l'auteure réside dans ce canton.

B. Loi sur la santé publique

Comme nous l'avons indiqué précédemment, les législations cantonales s'inscrivent dans le respect de la législation fédérale en matière de santé. Le nouveau droit de la protection de l'adulte, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, prévoit notamment des règles en matière de directives anticipées, de représentation dans le domaine médical, de protection des personnes incapables de discernement séjournant en institution et de protection des personnes placées à des fins d'assistance. La loi sur la santé publique vaudoise a donc été modifiée en conséquence. Il s'agit donc de s'intéresser à ses dispositions dans leur nouvelle teneur.

Le droit à l'autodétermination du patient, se déduisant de la liberté personnelle et de la protection de la personnalité, fait implicitement l'objet des art. 21 et 23 LSP. Ces dispositions imposent aux soignants de fournir une information claire et appropriée sur l'état de santé du patient, les examens et les traitements envisagés, les risques encourus et le coût de sa prise en charge, afin que ce dernier puisse se déterminer, de manière libre et éclairée, sur les soins médicaux qui lui sont proposés.

L'art. 23 al. 4 LSP impose, en conformité avec l'art. 382 CC, la conclusion d'un contrat d'assistance, lorsqu'une personne incapable de discernement est hébergée dans un établissement médico-social et prévoit une obligation identique en cas de séjour dans une division C d'hôpital.⁵⁸

Le nouveau droit de la protection de l'adulte contient des dispositions sur les directives anticipées. Les art. 370 à 373 CC régissent la matière de manière exhaustive. Le législateur cantonal a donc abrogé les règles y relatives.⁵⁹

Les mesures de contrainte font également l'objet du nouveau droit de la protection de l'adulte. Toutefois, les art. 383 à 385, 434 et 438 CC ne régissent pas la matière de manière exhaustive. D'une part, les articles 383 à 385 CC sont conçus, d'après la systématique de la loi, comme des mesures protégeant uniquement les personnes incapables de discernement résidant dans un établissement médico-social ou dans un home. D'autre part, l'art. 434 CC est conçu,

⁵⁸ Note juridique interne relative à la révision du Code civil suisse, p. 3

⁵⁹ Idem, p. 1

d'après la systématique de la loi et le message du Conseil fédéral⁶⁰, comme une mesure trouvant uniquement application en présence d'une décision formelle de placement à des fins d'assistance. Ceci étant dit, les art. 23d et 23e LSP complètent le droit fédéral en matière de mesures de contrainte. En supplément des règles organisationnelles, ces dispositions rappellent que les mesures de contrainte sont par principe interdites et étendent explicitement le champ d'application des art. 383 à 385 CC à tous les patients et résidents des institutions sanitaires vaudoises. Enfin, mentionnons que l'art. 437 CC prévoit une réserve en faveur du droit cantonal. Les cantons ont ainsi la possibilité d'édicter des règles relatives à la prise en charge du patient avant son admission en institution et lors de sa sortie de l'établissement. Dans ce cadre, ils peuvent en outre prévoir des mesures ambulatoires. Le canton de Vaud a saisi cette opportunité et a adopté l'article 58 LSP. Il est désormais possible d'imposer un traitement ambulatoire sous contrainte. Dans la mesure du possible, ce dernier doit d'ailleurs être préféré au placement à des fins d'assistance, sachant qu'il se montre plus respectueux de la liberté personnelle.⁶¹

IV. MESURES DE CONTRAINTE ET NORMES ETHIQUES

A. Généralités

Originellement, le droit de la santé n'était pas réglementé par des normes juridiques, mais faisait l'objet de normes éthiques. Actuellement, ces dernières s'inscrivent en parallèle des normes juridiques ; elles les complètent, mais en aucun cas ne les remplacent.

Les normes éthiques, pouvant revêtir une nature déontologique ou technique, sont principalement le fait d'associations professionnelles, telles que l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM), la Fédération des médecins suisses (FMH) et l'Association suisse des infirmières et infirmiers (ASI). Elles ont pour but de régir l'exercice des professions médicales et paramédicales et de recenser les règles scientifiques nécessaires à la pratique médicale.⁶²

B. Directives et recommandations médico-éthiques de l'ASSM

L'Académie suisse des sciences médicales, dont le siège se trouve à Bâle, a été constituée en 1943. Cette fondation de droit privé, au sens des art. 80 et ss CC, encourage la recherche et la relève scientifique, procure des conseils aux professionnels de la santé et assure la communication et la collaboration au niveau national et international.⁶³

⁶⁰ FF 2006 pp. 6654 et 6701-6703

⁶¹ Note juridique interne relative à la révision du Code civil suisse, pp. 3-4 et 7

⁶² P. ENGEL, pp. 3-4 et 6

⁶³ <http://www.samw.ch/fr/Portrait/Charte.html>, consulté le 05.11.12

En sus de ces activités de portée générale, les diverses commissions de l'ASSM assurent des tâches plus spécifiques. La Commission Centrale d'Ethique, qui est considérée comme la plus importante des commissions de l'ASSM, est investie de plusieurs missions. Premièrement, elle essaie de prévoir les différents problèmes médico-éthiques susceptibles de survenir en raison de l'évolution de la pratique médicale. Deuxièmement, elle prend position sur plusieurs questions médico-éthiques d'actualité. Enfin, elle élabore des directives et recommandations relatives à la pratique médicale et à la recherche biomédicale.⁶⁴ Ces dernières couvrent notamment les thèmes suivants : les directives anticipées, le droit des patients à l'autodétermination, les mesures de contrainte en médecine, le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance.⁶⁵

N'étant pas établies par un organe autorisé à légiférer, les directives et recommandations médico-éthiques de l'ASSM ne déploient pas d'effet juridique direct. En effet, aucune sanction juridique ne vient réprimer leur violation. Bien que dépourvues de conséquence juridique, ces directives se montrent importantes dans le domaine juridique. En effet, elles déploient un effet juridique indirect en influençant directement la législation et la jurisprudence en matière de santé.⁶⁶ Ainsi, les normes éthiques correspondent, dans la plupart des cas, aux normes juridiques. Lorsque tel n'est pas le cas, elles ne sauraient primer sur ces dernières et devraient être vérifiées et adaptées. L'ASSM s'est d'ailleurs conformée à ce principe en réformant certaines de ses directives et recommandations en raison de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte.⁶⁷

Pour terminer, nous affirmerons que les directives et recommandations de l'ASSM jouent un rôle important en matière de droit médical. En effet, elles complètent et précisent certains aspects des droits fondamentaux, tels que la liberté personnelle ainsi que la législation fédérale et cantonale en matière de droits du patient.⁶⁸

C. Code de déontologie de la FMH

Le Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997. Ce code, dans sa dernière version du 26 octobre 2011, réaffirme les grands principes de l'activité médicale et précise les devoirs professionnels prévus par la LPMéd. Le Code de déontologie de la FMH s'applique à tous les membres de la FMH. A l'heure actuelle, environ 95% des médecins sont membres de cette fédération.⁶⁹ Ceux-ci sont tenus, sous réserve de règles fédérales ou cantonales contraires, de le respecter et s'exposent, en cas de

⁶⁴ <http://www.samw.ch/fr/Portrait/Commissions/CCE.html>, consulté le 05.11.12

⁶⁵ <http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html>, consulté le 05.11.12

⁶⁶ P. ENGEL, p. 7 ; C TRITTEN p. 72 ; ATF 123 I 112

⁶⁷ <http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html>, consulté le 05.11.12

⁶⁸ C. TRITTEN, p. 83

⁶⁹ <http://www.fmh.ch/fr/fmh.html>, consulté le 05.11.12

violation de l'une de ses dispositions, à des sanctions disciplinaires (art. 47 Code FMH). Ce code n'a toutefois pas valeur de loi. Ainsi, il ne déploie pas d'effet juridique direct.

Le Code de déontologie de la FMH précise certains aspects de la législation fédérale et cantonale en matière de santé. Il régit les rapports entre un médecin et ses patients, ses confrères, les autres partenaires de la santé publique ainsi que la société (art. 1 Code FMH). S'agissant des droits du patient, ce code prévoit notamment des dispositions sur les principes du traitement (art. 4 Code FMH), le devoir d'information (art. 10 Code FMH) ou le secret médical (art. 11 Code FMH).⁷⁰

D. Code déontologique du CII pour la profession d'infirmière et principes éthiques de l'ASI

Le Code déontologique du CII pour la profession d'infirmière est entré en vigueur en 1953. Ce code s'inscrit dans le respect des droits de l'homme. Dans sa dernière version de 2005, il rappelle les principaux devoirs professionnels des infirmières à savoir, la promotion de la santé, la prévention des maladies, la restauration de la santé et le soulagement des souffrances. Il traite notamment de la relation infirmière/patient et réaffirme le devoir d'information du soignant ainsi que le droit du patient à l'autodétermination.⁷¹

En 1990, l'Association suisse des infirmières et infirmiers, ayant été encouragée par le CII à concevoir son propre code déontologique, a adopté un document nommé « *Les principes éthiques pour les soins infirmiers* ». Ce document a été révisé en 2003 et renommé « *L'éthique dans la pratique des soins* ». Les principes d'autonomie, de bienfaisance, de non-malfaisance et de justice y sont décrits. Nous les exposerons donc brièvement.⁷²

Le principe d'autonomie reconnaît le droit de faire part de ses propres valeurs et de ses opinions. Dans le domaine médical, le patient a le droit de se déterminer librement sur les soins qu'il souhaite recevoir. Il doit notamment être informé sur son état de santé, les traitements proposés et les risques prévisibles. Juridiquement, le principe d'autonomie correspond au droit de consentir aux soins de manière libre et éclairée.⁷³

Le principe de bienfaisance se comprend comme l'obligation morale de favoriser le bien-être d'un individu. Dans le domaine médical, le soignant doit notamment prendre au sérieux les symptômes du patient et lui prodiguer le traitement exigé par son état de santé. Juridiquement, le principe de bienfaisance n'a pas été consacré.⁷⁴

⁷⁰ http://www.fmh.ch/files/pdf8/Standesordnung_2012_02_19_frz.sc.pdf, consulté le 05.11.12

⁷¹ <http://www.sbk-asi.ch/webseiten/francais/7service-f/pdf/icncoddef.pdf>, consulté le 06.11.12

⁷² <http://www.sbk-asi.ch/webseiten/francais/0default-f/pdf-f/Ethik%20Pflegepraxis%20f.pdf>, consulté le 06.11.12

⁷³ Idem

⁷⁴ Idem

Le principe de non-malfaisance se définit comme l'obligation de ne pas causer de préjudice à autrui. Dans le domaine médical, le soignant doit prendre les mesures de protection nécessaires pour préserver l'intégrité corporelle du patient. Il doit notamment se conformer aux règles de l'art pour ne pas commettre d'erreur de comportement ou de jugement impliquant un préjudice pour le patient. Juridiquement, le principe de non-malfaisance correspond au devoir de diligence.⁷⁵

Le principe de justice implique le respect et la reconnaissance des droits de tout un chacun dans des conditions d'égalité et d'équité. Dans le domaine médical, le professionnel doit assurer une distribution équitable des ressources et prodiguer des soins respectueux des besoins de chaque patient. Juridiquement, le principe de justice se rattache à plusieurs notions, notamment, l'égalité de traitement, l'interdiction de la discrimination et le principe de proportionnalité.⁷⁶

Pour terminer, mentionnons que les principes éthiques développés ci-dessus ne sont pas uniquement applicables dans la pratique des soins infirmiers. En effet, ces valeurs chapeautent également les autres professions médicales. Elles s'inscrivent en parallèle des obligations juridiques imposées par la législation nationale en matière de santé. Bien que les soignants n'aient aucune obligation de les respecter, elles demeurent utiles pour leur prise de décision et permettent d'explicitier les obligations juridiques en fonction des besoins de la pratique.⁷⁷

⁷⁵ <http://www.sbk-asi.ch/webseiten/francais/Odefault-f/pdf-f/Ethik%20Pflegepraxis%20f.pdf>, consulté le 06.11.12

⁷⁶ Idem

⁷⁷ Idem

DEUXIEME PARTIE : RELATION PATIENT/MEDECIN

I. GENERALITES

La relation patient/médecin⁷⁸ peut être régie par le droit public ou le droit privé. Les médecins qui travaillent dans des hôpitaux publics doivent fournir les soins nécessaires à la population. Ils sont investis d'une mission d'intérêt public. Ainsi, un régime de droit public leur est, en principe, applicable. A l'inverse, les médecins qui travaillent dans leur propre cabinet médical ou pour le compte d'une clinique privée sont, en principe, soumis à un régime de droit privé.⁷⁹

La deuxième partie de ce travail sera consacrée à la relation patient/médecin sous l'angle du droit privé. Elle traitera des droits et des obligations des parties découlant du mandat et de la gestion d'affaires sans mandat, mais ne s'arrêtera pas sur le contrat d'entreprise et le contrat d'hospitalisation. Elle abordera enfin le contrat d'assistance qui est consacré par le nouveau droit de la protection de l'adulte.

II. PATIENT/RESIDANT/CLIENT CAPABLE DE DISCERNEMENT

A. Contrat de mandat

Le Code des obligations ne prévoit pas de disposition spécifique pour réglementer la relation patient/médecin. En raison de la durée et du caractère éminemment personnel du contrat, du rapport de confiance qui se crée entre les parties, de l'obligation de moyens à laquelle le soignant se soumet et du droit du patient de mettre un terme au contrat en tout temps, la doctrine⁸⁰ et la jurisprudence⁸¹ ont qualifié la relation médicale de contrat de mandat au sens des art. 394 et ss CO. Nous décrirons maintenant quelques éléments caractéristiques de ce contrat.

Les parties au contrat de soins sont les professionnels de la santé en qualité de mandataire et le patient en qualité de mandant. Le médecin doit notamment être au bénéfice d'un diplôme universitaire. Le patient ne doit pas remplir d'exigence particulière. Il peut être capable ou incapable de discernement et peut avoir la jouissance ou l'exercice des droits civils. Nous émettrons toutefois une distinction en fonction des actes à accomplir. Pour conclure un contrat de soins, le patient doit avoir l'exercice des droits civils. En effet, en acceptant le paiement

⁷⁸ Dans ce travail, le terme « relation patient/médecin » s'entend également de la relation entre un professionnel de la santé et son patient/résident/client.

⁷⁹ C. DEVAUD, p. 68

⁸⁰ P. TERCIER, p. 814 ; C. DEVAUD, p. 67

⁸¹ ATF 119 II 456 ; ATF 113 II 429 = JdT 1988 I 180 ; ATF 53 II 419 = JdT 1928 I 586

des honoraires, il s'oblige financièrement. Ainsi, lorsque la capacité civile fait défaut, l'assentiment du représentant légal doit être recherché. En revanche, pour exercer son droit à l'autodétermination, le patient doit uniquement être capable de discernement. En effet, le droit de consentir aux soins est un droit strictement personnel relatif. L'acte médical étant de nature invasive, il permet au malade de garder le contrôle de son intimité. Les soins étant toutefois nécessaires au maintien de la santé, la personne ayant perdu la capacité de discernement doit pouvoir se faire représenter. Ainsi, l'assentiment du représentant dans le domaine médical doit être recherché.⁸²

L'objet du contrat de soins est librement défini par les parties. Il porte sur l'ensemble des actes médicaux approuvés par ces dernières. Le médecin est tenu d'informer son patient sur les soins requis par son état de santé. Après avoir recueilli son consentement, il exécute sa prestation conformément aux règles de l'art. En vertu de son devoir de diligence, il s'engage à ne pas outrepasser ses compétences. Il n'est pas tenu à une obligation de résultat et ne saurait ainsi garantir la guérison de son patient en tant que telle. Il doit toutefois user de tous les moyens dont il a connaissance pour empêcher la dépréciation ou favoriser la restauration de la santé de celui-ci. Le patient, quant à lui, s'engage à lui payer ses honoraires. Il doit également lui fournir toutes les informations nécessaires à la prise en considération de son état de santé.⁸³

Ceci étant dit, les sections suivantes traiteront des droits et des obligations des parties. Dans un premier temps, nous nous intéresserons aux obligations principales du médecin. Ainsi, on se concentrera sur le devoir de diligence et le devoir d'information du soignant. Dans un second temps, nous passerons en revue certains droits du patient. Ainsi, nous nous focaliserons sur le droit aux soins médicaux, le droit à l'autodétermination et le droit de prendre des mesures personnelles anticipées. N'étant pas directement en lien avec les mesures de contrainte, les droits du soignant et les obligations du patient ne seront pas abordés.

B. Obligations du professionnel de la santé

1. Devoir de diligence et de fidélité

En vertu de l'art 398 al. 2 CO, le professionnel de la santé est responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat. L'exécution personnelle, l'obligation de diligence, les devoirs accessoires de conseils et de discrétion ainsi que l'obligation de fidélité peuvent être déduits de cette disposition. Nous les aborderons donc brièvement.

Premièrement, le soignant doit exécuter personnellement sa prestation. En effet, en raison du lien de confiance sur lequel se fonde la relation patient/médecin ainsi que des aptitudes développées par le praticien, l'exécution personnelle se montre dans l'intérêt du patient. Le

⁸² C. DEVAUD, pp. 69-70

⁸³ Idem, pp. 71-73

professionnel de la santé ne saurait toutefois outrepasser ses compétences. Ainsi, lorsque ses connaissances professionnelles ne lui permettent pas de mener à bien sa mission, il doit adresser son patient à l'un de ses confrères.⁸⁴

Deuxièmement, le soignant doit user de tout son savoir et de toute son expérience pour obtenir le résultat escompté. Bien qu'il ne puisse pas garantir la réussite de l'intervention réalisée ou des traitements administrés, le médecin doit faire preuve de la diligence requise.⁸⁵ Il doit se conformer aux règles de l'art, à savoir, « *aux principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens* ».⁸⁶

Troisièmement, un médecin ne saurait se prévaloir de la bonne exécution de son mandat, lorsqu'il n'a pas informé son patient sur son état de santé et sur les mesures propres à le maintenir, le stabiliser ou le rétablir. De même, un médecin ne saurait communiquer, sans l'assentiment du patient, les données sensibles qui le concernent à des tiers. En agissant de la sorte, il viole son obligation de diligence et les règles en matière de protection des données.⁸⁷

Enfin, le professionnel de la santé doit se préserver de tout conflit d'intérêts susceptible de nuire à la bonne exécution de sa prestation. Les pressions exercées par l'industrie pharmaceutique et les assureurs peuvent, dans certains cas, influencer les diagnostics et les propositions de traitement. Le médecin devrait dès lors se montrer transparent sur les relations qu'il entretient avec ces derniers.⁸⁸

En vertu des règles sur la responsabilité (art. 41 et ss CO ou art. 97 et ss CO), lorsque le soignant manque fautivement à son devoir de diligence et qu'il en résulte un préjudice pour le patient, il engage sa responsabilité et est tenu au paiement de dommages et intérêts et/ou d'une indemnité pour tort moral.⁸⁹

2. Devoir d'information

Le devoir d'information du médecin se trouve au cœur de la relation médicale. Comme nous l'avons vu précédemment, il découle explicitement de la législation sanitaire cantonale (art. 21 LSP) et peut être déduit de la liberté personnelle (art. 10 Cst et 8 CEDH), de la protection de la personnalité (art. 27 et 28 CC) ainsi que du devoir de diligence et de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO). La section suivante précisera dès lors la portée du devoir d'information et fera finalement part des exceptions y relatives.

⁸⁴ CR CO I – WERRO, art. 398 CO N 4-11

⁸⁵ Idem, N 12-14

⁸⁶ P. TERCIER, p. 817-818

⁸⁷ CR CO I – WERRO, art. 398 CO N 20-24

⁸⁸ Idem, N 29

⁸⁹ Idem, N 37-40

En règle générale, le patient ne dispose pas des connaissances nécessaires à sa prise de décision. Le médecin doit ainsi lui fournir une information claire, intelligible et aussi complète que possible sur le diagnostic, le pronostic, le traitement, les alternatives aux soins envisagés, les risques de l'intervention, les chances de guérison et l'évolution spontanée de la maladie. Le patient ne sait pas non plus quel comportement adopter pour favoriser sa guérison ou, du moins, ne pas mettre en péril sa santé. Le soignant est donc tenu de lui donner quelques conseils en la matière.⁹⁰ Le patient n'a pas toujours conscience des coûts engendrés par sa prise en charge. Afin de lui éviter tout désagrément sur le plan financier, le professionnel de la santé est tenu de lui indiquer que certains actes médicaux ne sont pas couverts par les assurances sociales ou privées.⁹¹

Le contenu de l'information se détermine en fonction de chaque cas particulier. D'une part, l'information doit correspondre aux attentes d'un patient raisonnable placé dans la même situation. D'autre part, l'information doit correspondre aux attentes du patient qui fait l'objet de l'intervention. Le professionnel de la santé doit donc tenir compte de la situation personnelle du malade, de sa capacité de compréhension, de ses angoisses et de ses désirs. Cette exigence se montre tout particulièrement importante en présence de patients vulnérables. A titre d'exemple, un médecin ne peut pas donner la même information à un mineur et à un majeur. En effet, les facultés cognitives des enfants sont moins développées que celles des adultes. Ainsi, le mineur est en droit de recevoir une information simplifiée pour consentir valablement aux soins. Cette affirmation est également fondée pour les personnes souffrant de troubles psychiques ou de troubles de la mémoire liés à l'âge. Les étrangers doivent également être considérés comme des personnes vulnérables. En effet, certains d'entre eux ne disposent pas des connaissances linguistiques nécessaires à la bonne compréhension de l'information médicale. En conséquence, les médecins doivent recourir à des services de traduction.⁹²

L'information ne peut pas parvenir au patient à n'importe quel moment et dans n'importe quel endroit. S'agissant du moment, le thérapeute doit informer son patient suffisamment tôt, afin que ce dernier puisse s'entretenir avec ses proches et revenir sur sa décision. Selon le Tribunal fédéral, « *le patient doit pouvoir fournir son consentement au plus tard un jour avant une opération sans gravité particulière. En revanche, si l'intervention est lourde ou présente des risques importants, le temps nécessaire pour forger la détermination du malade doit être de trois jours au moins* ». ⁹³ S'agissant du lieu, un cabinet médical doit être préféré à un lit d'hôpital lorsque l'état de santé du patient le permet. En effet, des pressions psychologiques dues à l'omniprésence du personnel soignant peuvent être ressenties par les personnes hospitalisées.⁹⁴

⁹⁰ J.-M. DUC, p. 254

⁹¹ Idem, p. 257

⁹² M. POGGIA, p. 340

⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2003, 4P.265/2002 cons. 5.2

⁹⁴ M. POGGIA, pp. 339-340

L'étendue du devoir d'information dépend de la gravité et du caractère prévisible du risque. En effet, le devoir d'information porte sur les risques graves et prévisibles relatifs à la prise en charge envisagée.⁹⁵ Selon la jurisprudence, le médecin est tenu d'annoncer un risque scientifiquement connu même s'il ne se réalise que rarement.⁹⁶ En revanche, le devoir d'information ne saurait concerner les risques exceptionnels imprévisibles.⁹⁷

Le devoir d'information souffre finalement de quelques exceptions. Lorsqu'il prodigue des soins urgents, lorsqu'il s'adonne à des mesures thérapeutiques courantes ou à des opérations anodines ou lorsqu'il ne souhaite pas inquiéter inutilement son patient en provoquant chez lui un état d'anxiété préjudiciable à sa santé (privilège thérapeutique), le médecin peut se soustraire à son devoir d'information.⁹⁸ Nous mentionnerons toutefois que le privilège thérapeutique ne serait vraisemblablement plus admis par le Tribunal fédéral actuellement. En effet, il se montre contraire au droit à l'autodétermination, droit qui par ailleurs est fortement renforcé par le nouveau droit de la protection de l'adulte.

C. Droits du patient/résident/client

1. Généralités

Auparavant, le paternalisme médical gouvernait la relation patient/médecin.⁹⁹ Le soignant était considéré comme le gardien de la santé des individus. Il décidait en lieu et place du malade en raison de ses connaissances et de son expérience. Il veillait toutefois à exercer son activité dans le respect des principes éthiques, notamment des principes de bienfaisance et de non-malfaisance. Le patient ne pouvait pas consentir librement aux soins. En cas de mécontentement, il pouvait néanmoins recourir aux services d'un autre professionnel.¹⁰⁰

Les droits du patient ont été reconnus à partir du vingtième siècle. Initialement consacrés par les droits fondamentaux et le droit fédéral en matière de protection de la personnalité, ils ont expressément été reconnus par les législations sanitaires cantonales dans les années quatre-vingt. « *Ceux-ci peuvent se définir comme l'ensemble des droits visant la protection de la personnalité des patients dans leurs rapports avec les professionnels des soins et les institutions de la santé* ». ¹⁰¹ A l'heure actuelle, le malade n'est plus considéré comme le sujet du médecin, mais comme son partenaire. Le patient est devenu le maître de son destin. Il a un droit à la santé et un « droit à la maladie ». ¹⁰² Il peut se prévaloir de son droit à l'autodétermination qui se situe dès lors au cœur de la relation médicale. ¹⁰³

⁹⁵ J.-M. DUC, p. 255

⁹⁶ Arrêt du TF du 28 avril 2003, 4P.265/2002 ; Arrêt du TF du 12 juillet 2007, 1P.71/2007

⁹⁷ Arrêt du TF du 26 octobre 2010, 6B_733/2010

⁹⁸ J.-M. DUC, p. 255

⁹⁹ O. GUILLOD, *L'évolution du droit médical*, p. 69

¹⁰⁰ J.-M. DUC, p. 253

¹⁰¹ T. CLEMENT/C. HANNI, p. 52

¹⁰² J.-E. ROSSEL, p. 70

2. Droit aux soins médicaux

A titre liminaire, il convient de préciser que le droit aux soins n'équivaut pas au droit à la santé. Le droit aux soins ne peut être invoqué que par des personnes en mauvaise santé. Il leur permet d'accéder au traitement nécessaire à leur rétablissement. Le droit à la santé s'inscrit dans une perspective plus large. Pour le comprendre, il est nécessaire de passer en revue la définition de la santé énoncée par l'Organisation mondiale de la santé. Selon cette dernière, « *la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* ». ¹⁰⁴ Ainsi, le droit à la santé ne vise pas uniquement à combattre une pathologie, mais permet à chacun d'exiger la prise de mesures étatiques visant la promotion de la santé et la prévention des maladies et des accidents. ¹⁰⁵

Le droit aux soins n'est pas expressément garanti par la CEDH, mais se déduit toutefois des art. 2, 3 et 8 CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme affirme que la cause doit être analysée sous l'angle de l'art. 2 CEDH lorsqu'un Etat a mis en danger la vie d'un individu en refusant de lui prodiguer les soins médicaux qu'il met à disposition de l'ensemble de la population. En revanche, lorsque sa vie n'a pas été menacée, les garanties subsidiaires des art. 3 et 8 CEDH trouvent application. ¹⁰⁶ L'Etat doit dès lors s'abstenir de tout acte de torture, de tout traitement cruel, inhumain ou dégradant et de tout comportement portant atteinte à l'intégrité corporelle des particuliers. Pour satisfaire à cette exigence, il est de son devoir de garantir une offre de soins. Toutefois, cette offre ne saurait s'étendre au-delà des ressources disponibles. En conséquence, un Etat ne sera pas tenu pour responsable lorsqu'il n'arrive pas à garantir les soins indispensables à une vie digne, en raison du manque de personnel, d'infrastructures ou de ressources financières. Pour satisfaire à ses obligations, l'Etat doit encore s'abstenir de toute discrimination. Lorsque l'offre de soins est suffisante, il doit traiter chaque individu en fonction de ses besoins. Il ne peut pas traiter différemment les personnes de conditions sociales divergentes. A l'inverse, dans une situation de pénurie, il doit établir des critères non discriminatoires pour régler l'accès aux soins. ¹⁰⁷

Auparavant, la santé était uniquement garantie par la liberté personnelle en tant que droit constitutionnel non écrit. Ce droit fondamental offrait une protection à tout individu contre les comportements étatiques qui portaient atteinte à son intégrité corporelle. En revanche, il ne permettait pas de requérir une prestation sanitaire de la part de l'Etat. En 1995, la situation s'est améliorée. Le Tribunal fédéral a reconnu l'existence d'un droit constitutionnel non-écrit au minimum vital. ¹⁰⁸ Actuellement, ce droit fait l'objet de l'art. 12 Cst-féd. Cette disposition garantit les conditions indispensables au maintien d'une existence décente. Dès lors, l'Etat est

¹⁰³ D. MANAI, *Le devoir d'information du médecin*, p. 104

¹⁰⁴ http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf, consulté le 13.11.12

¹⁰⁵ T. CLEMENT/C. HANNI, p. 57

¹⁰⁶ Arrêt Chypre c/Turquie du 10 mai 2001 § 219

¹⁰⁷ T. CLEMENT/C. HANNI, pp. 58-61

¹⁰⁸ ATF 121 I 367 cons. 2 a)

notamment tenu de fournir une prestation sanitaire. Cette dernière ne concerne toutefois que les soins de base ou les soins indispensables au respect de la dignité humaine. Selon le Tribunal fédéral, les soins auxquels un individu peut prétendre ne correspondent pas à ceux prévus dans le catalogue des prestations LAMal, car toute diminution de l'offre de soins serait considérée comme inconstitutionnelle.¹⁰⁹ Toutefois, le droit aux soins ne doit pas être réduit à ce qui est vital. Il faut dès lors considérer que toute personne a le droit aux soins d'urgence et aux soins de médecine générale qui consistent en des actes relativement simples et qui permettent de prévenir ou de remédier à une atteinte. Les soins psychiatriques, les soins somatiques et les soins dentaires peuvent donc faire l'objet du droit aux soins. Mentionnons enfin que la Constitution vaudoise garantit expressément le droit aux soins à son art. 34 Cst-VD. Cette garantie ne concernant que les soins essentiels, le canton de Vaud ne va pas au-delà de ce qui est inscrit dans la Constitution fédérale.¹¹⁰

3. *Droit de consentir aux soins médicaux*

Le droit de consentir aux soins médicaux de manière libre et éclairée représente le droit le plus élémentaire du patient. Comme nous l'avons indiqué précédemment, il découle explicitement de la législation sanitaire cantonale (art. 23 LSP) et se déduit du droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst-féd et 8 CEDH), de la protection de la personnalité (art. 27 et 28 CC) ainsi que du devoir de diligence et de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO). La section suivante précisera ainsi les composantes du droit à l'autodétermination.

Pour exercer valablement son droit à l'autodétermination, le patient doit être capable de discernement. La capacité de discernement est présumée. Elle est reconnue à toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables (art. 16 CC). Sous réserve de quelques changements terminologiques, le nouveau droit de la protection de l'adulte ne modifie pas le droit de la personnalité. Il reconnaît la capacité de discernement à toute personne capable d'agir raisonnablement. Mentionnons que la faculté d'agir raisonnablement implique la réunion de deux éléments : les aptitudes cognitive et volitive. En effet, l'individu doit pouvoir comprendre correctement une situation et se déterminer sur cette dernière. Il doit également pouvoir former lui-même sa volonté. Il ne doit en outre pas exister de cause altérant la faculté d'agir raisonnablement. La loi énumère ces causes de manière exhaustive. Il s'agit premièrement du jeune âge. Bien que la loi ne fixe pas l'âge de raison, il est admis que les enfants de moins de sept ans sont généralement incapables de discernement et que les mineurs de plus de quinze ans sont généralement capables de discernement. Entre sept et quinze ans, une analyse au cas par cas doit être opérée.¹¹¹ Il s'agit deuxièmement de la déficience mentale, à savoir, « *des déficiences de l'intelligence,*

¹⁰⁹ ATF 122 I 343 cons. 3 bb)

¹¹⁰ T. CLEMENT/C. HANNI, pp. 62-65

¹¹¹ J. GAGNEBIN, p. 62

congénitales ou acquises, de degrés divers». ¹¹² Il s'agit troisièmement des troubles psychiques, à savoir, de « *toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie [telles que] les psychoses et les psychopathies ayant des causes physiques ou non ou encore les démences, notamment la démence sénile* ». ¹¹³ A titre de précision, les dépendances, telles que la pharmacodépendance, l'alcoolisme ou la toxicomanie sont actuellement considérées comme des troubles psychiques. Il s'agit quatrièmement de l'ivresse, à savoir, d'un état d'ébriété passager empêchant une personne de comprendre et de se déterminer par rapport à une situation donnée. Il s'agit finalement des autres causes semblables, notamment « *des déficiences similaires à celles qui affectent les personnes ayant un handicap mental ou des troubles psychiques* ». ¹¹⁴ Mentionnons en outre que la cause d'altération doit être durable. A titre de précision, il est utile d'indiquer que la capacité de discernement est une notion relative. Elle s'apprécie au cas par cas et dépend du moment et de l'acte à accomplir. Il est toutefois nécessaire de rappeler que seule la faculté d'agir raisonnablement doit être appréciée. Ainsi, la capacité de discernement ne dépend pas du caractère raisonnable ou déraisonnable de l'acte accompli. ¹¹⁵

Pour exercer valablement son droit à l'autodétermination, le patient doit pouvoir consentir aux soins de manière libre. Le consentement est libre lorsqu'il est exempt de toute pression, contrainte, crainte ou tromperie. D'une part, le soignant doit vérifier que le patient ne soit pas induit en erreur par des informations médicales incorrectes ou insuffisantes. D'autre part, il doit s'assurer que le patient ne soit pas influencé par des tiers (proches ou personnel médical). ¹¹⁶ Selon le Tribunal fédéral, le chirurgien ne saurait se prévaloir de l'usage rationnel et planifié du bloc opératoire pour convaincre le malade d'accepter une intervention lourde de conséquences. Bien au contraire, il doit lui accorder un délai de réflexion variant en fonction des risques encourus. ¹¹⁷ En outre, le patient ne saurait accepter par avance tout acte médical (blanc-seing) ou consentir à un traitement risqué sans réel bénéfice pour sa santé. En effet, de tels actes sont prohibés par l'article 27 al. 2 CC. Le malade peut aussi refuser librement certains soins et révoquer son consentement à tout moment, auxquels cas le médecin doit l'informer sur les conséquences de sa décision. ¹¹⁸

Pour exercer valablement son droit à l'autodétermination, le patient doit pouvoir consentir aux soins de manière éclairée. Le consentement est éclairé lorsque le patient a reçu l'information médicale lui permettant de prendre une décision en connaissance de cause. A

¹¹² FF 2006 p. 6676

¹¹³ Idem

¹¹⁴ FF 2006 pp. 6676-6677

¹¹⁵ A. BUCHER, pp. 12-17 ; SJ 2012 I p. 275 et ATF 117 II 231

¹¹⁶ D. BERTRAND, p. 115

¹¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2003, 4P.265/2002, cons. 5.4

¹¹⁸ J. GAGNEBIN, p. 60-61 ; V. MARTENET/C. DEVAUD, p. 275 ; O. GUILLOD, *Le consentement à l'acte médical*, pp. 86-87

titre de rappel, mentionnons que le malade est en droit de recevoir une information personnalisée, claire, complète et compréhensible.¹¹⁹

Finalement, il convient de relever quelques exigences relatives au moment et à la forme du consentement. En règle générale, le consentement du patient doit intervenir avant la réalisation de l'acte médical. Le médecin le recueillera, au plus tard, au moment où il porte atteinte à l'intégrité corporelle du malade.¹²⁰ En outre, bien que le consentement du patient ne soit soumis à aucune exigence de forme, il est conseillé aux professionnels de la santé de consigner la décision du malade pour se prémunir d'une éventuelle poursuite pénale ou action en responsabilité civile. Le formulaire de consentement et la décharge sont ainsi des instruments fréquemment utilisés dans la pratique.¹²¹

4. Droit de rédiger des directives anticipées

Au cours de leur existence, de plus en plus de personnes sont sujettes à une incapacité de discernement d'une durée plus ou moins longue. Outre l'allègement des souffrances et la restauration de la santé, la médecine a pour but de prolonger la vie. La mortalité étant en baisse, elle cède le pas à la vieillesse et à de nouvelles maladies liées à l'âge. Alors que certains souffrent de démences séniles, d'autres sont atteints de troubles psychiques ou ont malencontreusement perdu connaissance en raison d'un accident.¹²² Or, comme nous l'avons mentionné dans la sous-section précédente, le droit de consentir aux soins de manière libre et éclairée dépend de la capacité de discernement. Etant de nature constitutionnelle, le droit à l'autodétermination doit également être garanti aux personnes incapables de discernement. Ainsi, les législations sanitaires cantonales ont admis que le patient capable de discernement puisse se déterminer de manière anticipée. Une nouvelle institution, s'inspirant du testament biologique de l'association Exit, a vu le jour.¹²³ Il s'agit des directives anticipées. Ces dernières ont été accueillies péniblement par les soignants. Leur crainte majeure était celle du frein constant à l'activité médicale. Les cantons ont ainsi légiféré différemment à leur sujet. Certains les ont rendues contraignantes. D'autres les ont conçues comme l'expression de la volonté présumée du patient. Ces disparités se sont montrées problématiques, notamment en cas d'hospitalisation d'un individu dans un canton autre que celui de son domicile. Le législateur fédéral s'est ainsi saisi de la matière et a adopté les art. 370 et ss CC.¹²⁴

Les directives anticipées sont des instructions qui doivent, sous réserve de quelques exceptions, être respectées par le personnel soignant et par la personne désignée comme

¹¹⁹ D. BERTRAND, pp. 115-117 ; J. GAGNEBIN, p. 61-62 ; V. MARTENET/C. DEVAUD, pp. 274-275 ; O. GUILLOD, *Le consentement à l'acte médical*, p. 86

¹²⁰ O. GUILLOD, *Le consentement à l'acte médical*, p. 87

¹²¹ D. BERTRAND, pp. 117-118

¹²² FF 2006 pp. 6645-6646 et 6664

¹²³ O. BABAĀANTZ, pp. 3-4

¹²⁴ P. MEIER/S. LUKIC, p. 115

représentant dans le domaine médical. Elles permettent à tout individu capable de discernement de se déterminer, librement et de manière anticipée, sur les actes médicaux qu'il accepte ou qu'il refuse, au cas où il deviendrait incapable de discernement. Les directives anticipées ont ainsi pour but de prolonger dans le temps la faculté d'exercer valablement son droit à l'autodétermination.¹²⁵

Les directives anticipées doivent avoir un contenu licite (art. 372 al. 2 CC). A titre d'illustration, mentionnons que le Code pénal suisse réprime le meurtre sur demande de la victime (art. 114 CP). Ainsi, des directives anticipées qui prescriraient une forme d'euthanasie, au cas où une intervention chirurgicale tournerait mal, sont illicites et donc, ne sont pas contraignantes pour le personnel soignant. En règle générale, les individus se servent des directives anticipées pour désigner un représentant thérapeutique ou pour refuser certains actes médicaux. Plusieurs exemples peuvent être mentionnés à cet égard. Certaines personnes atteintes de troubles psychiques ont utilisé cet instrument pour refuser l'administration de neuroleptiques en cas de future hospitalisation. Quelques protestataires, ayant entamé une grève de la faim, s'en sont servis pour refuser l'alimentation artificielle. Les témoins de Jéhovah les ont utilisées pour refuser toute transfusion sanguine. D'autres encore s'en sont servis pour refuser toute mesure de réanimation. La licéité de ces diverses instructions n'est pas contestée, car chacun a le droit de vivre sa vie ou sa maladie comme il le souhaite, même si cela peut entraîner sa mort. Il arrive également que des individus usent des directives anticipées pour manifester leur préférence pour certains soins ou pour demander un traitement particulier. Le contenu de telles instructions est réputé licite. Il est toutefois exclu que ces soins soient administrés à une personne qui n'aurait pas été en droit de les réclamer si elle était au bénéfice de sa capacité de discernement. Enfin, il est possible que les individus se servent des directives anticipées pour fixer des critères permettant d'établir leur volonté présumée. Bien que ces critères soient sujets à interprétation, ils peuvent se montrer intéressants dans l'hypothèse d'un placement en EMS. En effet, le personnel médical et socio-éducatif est mieux à même d'établir le projet de vie du résident s'il a connaissance de ses conceptions, de ses attentes, de ses angoisses ou de son style de vie.¹²⁶

Les directives anticipées doivent revêtir la forme écrite simple (art. 371 al. 1 CC). En effet, le rédacteur s'engage par sa signature. Celle-ci doit dès lors être manuscrite. En revanche, le support matériel sur lequel reposent ces instructions ne fait l'objet d'aucune exigence légale. Dans la majorité des cas, elles figurent néanmoins sur un support papier. Elles peuvent être entièrement rédigées de la main de leur auteur, dactylographiées ou se trouver sur un formulaire, tels que ceux mis à disposition par Pro Senectute, Pro Mente Sana ou l'ASSM. Bien que la peau humaine puisse être un support matériel valable, la doctrine admet qu'un tampon encreur avec la mention « no cpr »¹²⁷, suivi de la signature manuscrite de l'intéressé,

¹²⁵ P. MEIER/S. LUKIC, p. 116 ; O. BABAĀNTZ, p. 7

¹²⁶ O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, pp. 20-21 ; P. MEIER/S. LUKIC, pp. 117-118

¹²⁷ Ce terme anglais signifie « no cardiopulmonary resuscitation », à savoir, « pas de réanimation cardiopulmonaire »

ne constitue pas une directive anticipée formellement valable, mais un indice de la volonté de la personne concernée. L'auteur des directives anticipées doit également dater ce document. La nullité pour vice de forme sera prononcée lorsqu'il n'est pas possible de déterminer autrement la date d'achèvement du document et que cette date permet de se positionner sur la capacité de discernement, la priorité entre plusieurs directives ou le caractère actuel des instructions. Toutefois, même en cas de nullité pour vice de forme, le soignant doit prendre en compte ce document pour établir la volonté présumée de son patient.¹²⁸

Les directives anticipées doivent être édictées par une personne capable de discernement.¹²⁹ Tout comme le droit de consentir aux soins, l'acceptation ou le refus anticipé de certains actes médicaux doit être libre et éclairé. Cette condition matérielle n'est pas expressément prévue par l'art. 370 al. 1 CC. En effet, le législateur est parti de l'idée que la personne qui rédige des directives anticipées a reçu une information complète, claire et intelligible au préalable. En outre, les exigences relatives à l'information du patient ne doivent pas être trop importantes. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'intéressé se soit rendu chez le médecin avant de rédiger des directives anticipées. De même, il n'est pas impératif que la personne qui entend refuser tout acharnement thérapeutique soit au bénéfice d'une information spécifique. En revanche, une information individualisée peut s'avérer capitale lorsque le patient demande un traitement particulier.¹³⁰

L'auteur des directives anticipées doit finalement s'assurer que ces dernières seront connues des tiers. Il peut notamment avertir son médecin traitant, sa personne de confiance, son représentant thérapeutique ou ses proches de leur existence. Il peut aussi entreprendre les démarches nécessaires pour que leur constitution et leur lieu de dépôt soient indiqués sur sa carte d'assuré.¹³¹

5. Droit de nommer un représentant thérapeutique

Historiquement, la représentation thérapeutique est née en réponse aux diverses critiques émises à l'encontre des directives anticipées. Ces dernières sont souvent difficiles à interpréter. Elles se montrent trop précises ou, au contraire, trop vagues. En outre, lors de la prise de décision médicale, le médecin ne sait pas si la volonté présumée du patient correspond toujours à sa volonté émise par anticipation. A titre d'illustration, celui qui refuse, dans des directives anticipées, tout traitement contre la maladie d'Alzheimer, n'a pas connaissance des derniers médicaments mis sur le marché. Dans l'hypothèse où un traitement serait révolutionnaire, le soignant ne sait pas s'il doit s'écarter ou, au contraire, respecter les instructions écrites du patient devenu incapable de discernement. La représentation thérapeutique privée, en combinant des instructions et une procuration au sens de l'art 32 CO,

¹²⁸ O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, pp. 19-20 ; P. MEIER/S. LUKIC, pp. 122-123

¹²⁹ Pour plus d'informations au sujet de la capacité de discernement, voir : part. 2, chap. II, let. C, ch. 3

¹³⁰ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 124-127 ; O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, p. 18

¹³¹ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 127-128 ; O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, pp. 21-22

permet de surmonter ces difficultés.¹³² Certains cantons ont dès lors consacré cette institution dans leur législation sanitaire. Le législateur fédéral a fait de même en adoptant l'art. 370 al. 2 et 3 CC.

Le représentant thérapeutique est une personne physique désignée, en dehors de toute procédure judiciaire, dans une directive anticipée ou dans un mandat pour cause d'incapacité. Agissant en tant que personne de confiance, il s'assure que la volonté exprimée par le patient devenu incapable de discernement est respectée et/ou consent aux actes médicaux proposés par les soignants, au nom et pour le compte de celui-ci.¹³³

Toute personne capable de discernement est en droit de désigner un ou plusieurs représentants thérapeutiques pour le cas où elle ne serait plus capable de discernement (art. 370 al. 2 CC). Le représentant dûment nommé doit être capable de discernement. Il doit également disposer des « compétences minimales » pour exercer sa fonction de représentation dans le domaine médical, notamment être empathique, être disponible, ne pas être endoctriné par une secte ou ne pas être en proie à des conflits d'intérêts.¹³⁴

La personne capable de discernement peut charger son représentant thérapeutique de prendre toutes les décisions en matière médicale, auquel cas elle lui confère un pouvoir général de représentation. Elle peut également lui attribuer un pouvoir plus restreint en lui demandant de se déterminer par rapport à une maladie particulière ou en lui confiant la tâche de faire respecter les décisions prises avant son incapacité de discernement. En édictant des directives anticipées, elle peut finalement lui donner des instructions et lui faire explicitement part de sa volonté.¹³⁵

III. PATIENT/CLIENT INCAPABLE DE DISCERNEMENT

A. Gestion d'affaires sans mandat

Comme nous l'avons vu précédemment, la relation patient/médecin est en principe régie par les règles du mandat. Toutefois, lorsque l'urgence de la situation et l'état de santé du patient ne permettent pas de requérir son consentement aux soins, la relation médicale est régie par les règles de la gestion d'affaires sans mandat.¹³⁶

¹³² O. BABAÏANTZ, pp. 45-46

¹³³ Idem, p. 46

¹³⁴ P. MEIER/S. LUKIC, p. 119

¹³⁵ Ibidem

¹³⁶ C. DEVAUD, pp. 78-79

Le gérant est tenu d'agir conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître (art. 419 CO). Il doit se comporter comme le ferait une personne raisonnable placée dans la même situation et faire preuve de la diligence requise (art. 422 al. 2 CO).¹³⁷

Cela étant dit, le médecin qui agit sans mandat est tenu de rechercher la volonté présumée de la personne devenue incapable de discernement. Il doit ainsi vérifier si cette dernière a rédigé des directives anticipées ou nommé un représentant thérapeutique. Lorsque tel n'est pas le cas, il doit contacter les proches du patient. Ces derniers, étant au bénéfice d'un pouvoir de représentation en matière médicale de par la loi, pourront consentir au traitement en lieu et place de la personne devenue incapable de discernement. En cas d'urgence, le soignant administrera les soins médicaux conformément aux intérêts de son patient.¹³⁸

B. Obligations du professionnel de la santé

1. *Devoir de respecter les directives anticipées*

Comme nous l'avons mentionné précédemment, toute personne capable de discernement peut préserver son autonomie en édictant des directives anticipées pour le cas où elle ne serait plus capable de discernement. Les médecins sont les principaux garants de la mise en œuvre des directives anticipées. Ils sont dès lors tenus de vérifier si le patient incapable de discernement a fait usage d'un tel instrument en consultant sa carte d'assuré et doivent contrôler brièvement la validité formelle du document et son contenu.¹³⁹

Le législateur fédéral a décidé, après de vifs débats enrichis d'une analyse du droit suisse et du droit comparé, que les directives anticipées seraient de nature contraignante. Les soignants sont dès lors tenus de les respecter. Ils peuvent toutefois s'en écarter lorsqu'elles violent des dispositions légales ou lorsque des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée (art. 372 al. 2 CC). Dans chacune de ces situations, le professionnel de la santé doit agir conformément à la volonté présumée du patient. Il doit en outre expliquer, dans le dossier médical de celui-ci, pour quelles raisons il a choisi de s'écarter des directives anticipées (art. 372 al. 3 CC). Ajoutons que le personnel médical doit prendre en compte les directives anticipées d'un patient souffrant de troubles psychiques placé à des fins d'assistance, mais n'est pas tenu de les respecter (art. 380 CC combiné avec art. 433 al. 3 et 435 al. 2 CC). Il faut tout de même être attentif au fait que cette exception ne vaut pas lorsque le patient psychique se rend volontairement dans un établissement psychiatrique ou lorsqu'il a besoin de soins somatiques.¹⁴⁰

¹³⁷ CR CO I – HERITIER LACHAT, art. 419 CO N 20-21

¹³⁸ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 152-153

¹³⁹ Idem, pp. 129-130

¹⁴⁰ O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, pp. 22-25 ; P. MEIER/S. LUKIC, p. 131

En cas de non-respect des directives anticipées, un proche du patient peut en appeler à l'autorité de protection de l'adulte (art. 373 al. 1 ch. 1 CC). Celle-ci pourra notamment obliger le soignant à se conformer à la volonté du patient, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 CP.¹⁴¹

2. Devoirs du soignant envers le représentant thérapeutique du patient

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le représentant thérapeutique a pour mission de faire respecter les décisions médicales prises par le patient devenu incapable de discernement et/ou de consentir aux actes médicaux en lieu et place de ce dernier.

Afin de se déterminer valablement sur les soins proposés par le corps médical et paramédical, le représentant thérapeutique doit notamment avoir reçu une information, claire, intelligible et complète sur le pronostic, les chances de succès, les risques encourus, l'évolution spontanée de la maladie, les alternatives au traitement prescrit et le coût de la prise en charge. Le professionnel de la santé doit donc respecter son devoir d'information¹⁴² et ne peut pas s'en décharger en se prévalant du secret professionnel.¹⁴³

Le représentant thérapeutique a pour mission de prolonger dans le temps le droit à l'autodétermination du patient. En tant que personne de confiance, il dispose d'un pouvoir de décision, à savoir, a la faculté d'accepter ou de refuser les mesures diagnostiques ou thérapeutiques proposées par le corps médical. Le personnel soignant est donc tenu de respecter ses décisions.¹⁴⁴ Il fera toutefois appel à l'autorité de protection de l'adulte lorsque les intérêts du patient sont compromis ou risquent de l'être (art. 373 al. 2 et 368 CC).¹⁴⁵

3. Devoirs du soignant envers les proches du patient

Juridiquement, les proches sont des personnes extérieures à la relation thérapeutique. En pratique, lorsque le patient capable de discernement est appelé à prendre une décision médicale délicate, ils le conseillent et lui apportent un soutien affectif et psychologique. Lorsque celui-ci est frappé d'une incapacité de discernement, ils lui fournissent une assistance personnelle régulière, accomplissent les actes juridiques nécessaires à ses besoins, administrent ses revenus, gèrent ses autres biens et s'occupent de sa correspondance, sans y avoir été habilités officiellement. Au vu de leur implication, les soignants se sont demandés s'ils devaient requérir leur consentement éclairé aux soins, les consulter lors de la prise de décision médicale ou uniquement les aviser du traitement envisagé. Originellement, le droit

¹⁴¹ O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, p. 25 ; P. MEIER/S. LUKIC, pp. 134-135

¹⁴² Pour plus d'informations au sujet du devoir d'information, voir : part. 2, chap. II, let. B, ch. 2

¹⁴³ P. MEIER/S. LUKIC, p. 120

¹⁴⁴ *Idem*, pp. 120-121

¹⁴⁵ *Idem*, p. 135

fédéral ne régissait pas cette problématique. Les législations sanitaires cantonales se sont ainsi saisies de la question. Certaines ont conféré un droit de décision au médecin, après consultation des proches. D'autres ont accordé un droit de décision à la famille. La doctrine majoritaire et la jurisprudence admettaient que les proches devaient être sollicités, mais que leur opinion n'était pas contraignante pour le médecin.¹⁴⁶ Ainsi, ils ne bénéficiaient d'aucun pouvoir de décision. Leur avis jouait tout de même un rôle essentiel, car il permettait au professionnel de la santé de déterminer la volonté présumée du patient en lui fournissant des informations sur son mode de vie, ses valeurs, ses habitudes et ses réactions.¹⁴⁷ La situation s'est toutefois modifiée avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte. En effet, l'art. 378 CC confère un pouvoir de représentation en matière médicale aux proches du malade. Ainsi, sous réserve des cas d'urgence et des cas où une personne souffrant de troubles psychiques est placée dans un établissement psychiatrique, le médecin ne bénéficie plus de son pouvoir de décision.¹⁴⁸

L'art. 378 CC définit les personnes ayant droit de représenter le patient incapable de discernement en matière médicale lorsque ce dernier n'a pas désigné de représentant thérapeutique, n'a pas nommé de mandataire pour cause d'inaptitude ayant expressément des pouvoirs dans ce domaine ou ne s'est pas vu désigné un curateur chargé de le représenter dans ce domaine. Ceci étant dit, la loi accorde un pouvoir de représentation légal aux proches énumérés ci-dessous, dans l'ordre hiérarchique suivant :

- son conjoint ou son partenaire enregistré, s'il fait ménage commun avec lui ou s'il lui fournit une assistance personnelle ;
- la personne qui fait ménage commun avec lui et qui lui fournit une assistance personnelle régulière ;
- ses descendants, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ;
- ses père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ;
- ses frères et sœurs, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière.¹⁴⁹

Méconnaissant la volonté présumée ou les intérêts de leur proche ou étant en proie à un conflit d'intérêts, les personnes investies, de par la loi, des pouvoirs de représentation en matière médicale ne sont pas obligées d'endosser leur fonction. Lorsque personne ne souhaite consentir aux soins en lieu et place du patient incapable de discernement ou lorsque la famille de ce dernier est décimée, l'autorité de protection de l'adulte nommera un curateur.¹⁵⁰

Le soignant doit déterminer l'identité de la personne habilitée à représenter le patient incapable de discernement. Il doit ensuite élaborer un plan de traitement, en accord avec ce

¹⁴⁶ D. MANAI, *Le droit des proches*, p. 137 ; ATF 114 Ia 350 ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362

¹⁴⁷ D. MANAI, *Le droit des proches*, pp. 132-133 et pp. 137-139

¹⁴⁸ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 152-153

¹⁴⁹ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 154-156 ; O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, pp. 27-29

¹⁵⁰ P. MEIER/S. LUKIC, p. 156

dernier (art. 377 CC). Le plan de traitement doit correspondre aux besoins du patient. Il doit tenir compte de l'évolution de sa santé et des progrès de la médecine. Qui dit plan de traitement, dit également droit de consentir aux soins de manière libre et éclairée. Le médecin est ainsi tenu de renseigner le représentant sur l'état de santé de la personne incapable de discernement et sur les traitements envisageables.¹⁵¹ Il ne peut pas lui opposer le secret médical. En outre, il est tenu de fournir les informations minimales au patient, afin de l'intégrer, dans la mesure du possible, dans la prise de décision. Le soignant s'assurera finalement que le représentant agit conformément aux directives anticipées et, le cas échéant, à la volonté présumée et aux intérêts du patient. Lorsque les intérêts de ce dernier sont compromis ou risquent de l'être, il en appellera à l'autorité de protection de l'adulte.¹⁵²

IV. RESIDENT INCAPABLE DE DISCERNEMENT

Contrat d'assistance

Depuis quelque temps, la maltraitance des personnes âgées incapables de discernement résidant en institution est devenue un problème préoccupant.¹⁵³ De nombreux quotidiens suisses dénoncent la mise en œuvre de mesures de contrainte injustifiées, l'inadéquation de la prise en charge des pensionnaires, l'insuffisance de l'encadrement des résidents, le manque de transparence envers leurs proches ainsi que la mauvaise qualité des prestations de soin et d'assistance.¹⁵⁴ Le législateur fédéral, désireux d'améliorer la protection des personnes incapables de discernement résidant en institution, s'est donc saisi de la problématique. Renonçant à élaborer une loi spéciale en la matière, il a établi le cadre légal en adoptant les art. 382 à 387 CC, dont le contrat d'assistance constitue la principale nouveauté. Seules quelques législations sanitaires cantonales connaissaient des dispositions similaires. Le canton de Vaud a d'ailleurs adopté un contrat-type, le contrat d'hébergement, obligatoire pour tous les EMS reconnus d'intérêt public. Depuis le 1^{er} janvier 2013, ce contrat vaut contrat d'assistance (art. 21 al. 4 LSP).¹⁵⁵

Au sens de l'art. 382 CC, le contrat d'assistance est un contrat par lequel un établissement médico-social ou un home s'oblige à céder l'usage d'une chambre et à apporter aide et soutien à une personne impotente incapable de discernement, moyennant un prix que celle-ci s'engage à lui payer.¹⁵⁶ Bien que les termes « établissements médico-sociaux » et « homes » sous-entendent le contraire, cette disposition s'applique à toute personne incapable de

¹⁵¹ Pour plus d'informations au sujet du devoir d'information, voir : part. 2, chap. II, let. B, ch. 2

¹⁵² O. GUILLOD, *Présentation globale de la réforme*, p. 27 ; P. MEIER/S. LUKIC, pp. 157-158

¹⁵³ <http://archives.24heures.ch/vaud-regions/actu/em-risque-maltraitance-present-2011-06-29>, consulté le 04.12.12

¹⁵⁴ <http://archives.24heures.ch/vaud-regions/actu/residents-maltraites-ems-lausannois-2011-06-27>, consulté le 04.12.12 ; <http://archives.tdg.ch/actu/suisse/scandale-ems-peines-pecuniaires-sursis-4-infirmieres-2010-04-16>, consulté le 04.12.12 ;

¹⁵⁵ C. MÜLLER, pp. 251-252

¹⁵⁶ *Idem*, p. 267

discernement.¹⁵⁷ En outre, cette dernière ne doit pas s'opposer de quelque manière à son placement, auquel cas les règles sur le placement à des fins d'assistance¹⁵⁸ trouvent application (art. 426 et ss CC).¹⁵⁹

Une personne incapable de discernement, ne pouvant pas s'engager valablement, doit se faire représenter. Le représentant est désigné conformément à l'art. 378 CC.¹⁶⁰ S'agissant de l'étendue de ses pouvoirs de représentation, une limite légale a été instaurée. Le représentant volontaire du résident (mandataire pour cause d'incapacité ou représentant thérapeutique) ou son représentant légal (proche ou curateur) doit, dans la mesure du possible, tenir compte, lors de la détermination des prestations fournies par l'institution, des souhaits du résident relatifs à l'aménagement du lieu de vie, à l'accompagnement en fin de vie, aux activités récréatives et à l'hygiène corporelle. Il peut en outre modifier et résilier le contrat d'assistance et user de tous les moyens légaux disponibles pour contraindre l'institution à respecter ses engagements.¹⁶¹

Pour des questions de preuve, la convention passée entre les parties doit revêtir la forme écrite. Pour satisfaire aux exigences fédérales, elle doit au moins détailler les prestations d'assistance fournies par l'institution et leur coût. Les prestations d'assistance comprennent toutes les prestations socio-hôtelières, notamment la mise à disposition de locaux et du mobilier, les repas, le nettoyage de la chambre et du linge, les promenades, les loisirs et les vacances. D'autres exigences peuvent être imposées par le droit cantonal. Le contrat d'hébergement vaudois règle d'ailleurs, en détail, les aspects juridiques relatifs au séjour du résident. Il prévoit notamment des dispositions sur les relations juridiques et les devoirs des parties, les prestations de soin, l'allocation pour impotence, l'assurance responsabilité civile, l'assurance des effets personnels et des biens de valeur ainsi que les plaintes. L'art. 386 CC imposant en outre aux institutions de respecter la personnalité du résident, le contrat d'assistance peut contenir des mesures concrètes visant à prévenir la solitude ou à lui garantir bien-être physique et psychique.¹⁶²

¹⁵⁷ Pour plus d'informations au sujet de la capacité de discernement, voir : part. 2, chap. II, let. C, ch. 3

¹⁵⁸ Pour plus d'informations au sujet du placement à des fins d'assistance, voir : part. 3, chap. I, let. D, ch. 4

¹⁵⁹ C. MÜLLER, pp. 258-261

¹⁶⁰ Pour plus d'informations au sujet de la représentation dans le domaine médical, voir : part. 2, chap. III, let. B, ch. 3

¹⁶¹ C. MÜLLER, pp. 268-272 ; P. MEIER/S. LUKIC, pp. 163-165

¹⁶² C. MÜLLER, pp. 272-276 ; P. MEIER/S. LUKIC, pp. 162-163

TROISIEME PARTIE : APPLICATION DES MESURES DE CONTRAINTES EN DROIT SUISSE

I. MESURES DE CONTRAINTES

A. Généralités

En règle générale, la relation thérapeutique s'inscrit dans une optique de coopération. Le patient capable de discernement choisit librement son médecin, se rend volontairement à sa consultation et collabore à l'établissement du diagnostic. Le médecin, conscient de sa problématique, lui fournit l'information médicale lui permettant de se déterminer librement sur les soins à entreprendre. Ayant reçu une information appropriée, le malade peut se forger sa propre opinion. Il est en droit de consentir aux actes médicaux ou est à même de les refuser. Le soignant est tenu de respecter sa volonté, même lorsque les risques encourus paraissent inconsidérés.¹⁶³

Les mesures de contrainte ne se rapportent pas à l'exercice habituel de la médecine, mais permettent de gérer des situations complexes.¹⁶⁴ Par définition, la contrainte empêche la liberté d'action et de décision. Dans le domaine médical, les mesures de contrainte sont des mesures prises contre la volonté exprimée ou présumée du patient. Elles peuvent être de plusieurs ordres : les mesures limitant la liberté de mouvement, la contention médicamenteuse, le traitement sans le consentement et le placement à des fins d'assistance.¹⁶⁵

Etant contraires à la liberté personnelle du patient, les mesures de contrainte doivent rester exceptionnelles. D'une part, elles doivent satisfaire au principe de proportionnalité. D'autre part, elles doivent être justifiées. Elles doivent en outre être consignées.¹⁶⁶

Les mesures de contrainte peuvent être prises à l'encontre de patients capables de discernement. Pour exemple, les personnes pouvant propager des maladies transmissibles sont soumises aux mesures de contrainte prévues par la loi sur les épidémies, telles que la vaccination obligatoire, la surveillance médicale, l'isolement ou les examens médicaux.¹⁶⁷ Toutefois, les mesures de contrainte concernent surtout les patients incapables de discernement. A titre d'illustration, un patient en phase de décompensation psychotique aiguë peut faire l'objet de mesures de contrainte, telles que l'isolement ou le traitement forcé.¹⁶⁸ Les mesures de contrainte sont principalement utilisées en institution. Néanmoins, depuis

¹⁶³ C. DEVAUD, pp. 71-73

¹⁶⁴ G. NIVEAU, p. 377

¹⁶⁵ K. PÄRLI, p. 362

¹⁶⁶ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 167-169

¹⁶⁷ K. PÄRLI, p. 367

¹⁶⁸ G. NIVEAU, p. 377

quelques années, les professionnels de la santé les observent et les reproduisent parfois à domicile.¹⁶⁹

La pratique a révélé une utilisation abusive des mesures de contrainte dans certaines institutions sanitaires. Bon nombre de cantons, notamment Fribourg, Genève, Neuchâtel, Vaud et Zurich, ont pris conscience de la nécessité de protéger les « patients vulnérables », à savoir, les jeunes enfants, les personnes souffrant de troubles psychiques, les personnes en situation de handicap et les personnes âgées. Des dispositions sanitaires cantonales régissaient ainsi la question des mesures de contrainte.¹⁷⁰ Toutefois, dans la plupart des cantons la protection des patients vulnérables s'est avérée lacunaire. Ainsi, le législateur fédéral s'est saisi de la question. Afin d'éliminer ces lacunes de protection, il a fixé, de manière uniforme, les conditions relatives aux mesures restrictives de la liberté de mouvement et au traitement sans le consentement. Il a également apporté quelques modifications aux anciennes dispositions fédérales en matière de privation de liberté à des fins d'assistance.¹⁷¹

Les sections suivantes ne traiteront pas des mesures prises contre la volonté des personnes affectées par des maladies transmissibles ou des patients détenus, ces contraintes ne faisant pas l'objet du nouveau droit de la protection de l'adulte. Elles offriront un survol des principes internationaux et des directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales en matière de mesures de contrainte. Elles détailleront ensuite plusieurs aspects relatifs aux mesures limitant la liberté de mouvement, au traitement sans le consentement et à la contention médicamenteuse. Elles aborderont finalement une mesure de contrainte souvent oubliée, bien que fréquemment prononcée : le placement à des fins d'assistance.

B. Aperçu du droit international en matière de mesures de contrainte

1. Généralités

Diverses organisations internationales, telles que l'Organisation des Nations unies, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe ou le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, se sont intéressées à la question des mesures de contrainte sous l'angle des droits de l'homme. Il ressort de leurs rapports que certains établissements sanitaires, notamment les hôpitaux psychiatriques, ont usé des mesures de contrainte de manière abusive. La protection des « patients vulnérables » n'étant pas adéquate, ces organisations ont établi un certain nombre de principes directeurs et de recommandations non contraignantes ayant servi à l'élaboration des législations nationales.¹⁷²

¹⁶⁹ K. PÄRLI, p. 362

¹⁷⁰ K. PÄRLI, pp. 367-368 ; G. NIVEAU, p. 380

¹⁷¹ K. PÄRLI, pp. 369-370

¹⁷² G. NIVEAU, p. 378

Ayant été saisie à la suite de plaintes pour mauvais traitements survenus dans des hôpitaux psychiatriques, la Cour européenne des droits de l'homme a également rendu diverses décisions contraignantes en matière de mesures de contrainte.¹⁷³

2. Principes et recommandations des organisations internationales

Lors de ses séances plénières du 20 décembre 1971 et du 9 décembre 1975, l'ONU a adopté deux déclarations qui concernent d'une part, les droits du déficient mental,¹⁷⁴ et d'autre part, les droits des personnes handicapées¹⁷⁵. Ces textes rappellent l'importance de protéger les droits des handicapés physiques et mentaux. Ils imposent aux Etats membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la dignité humaine. Outre le droit de séjourner dans un établissement approprié et le droit aux soins commandés par leur état de santé, les personnes en situation de handicap doivent être protégées contre tout traitement dégradant. Il est à noter que l'utilisation abusive de mesures de contrainte, atteignant un minimum de gravité, peut constituer un traitement dégradant.¹⁷⁶

Lors de sa séance plénière du 17 décembre 1991, l'ONU a approuvé les Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale.¹⁷⁷ Ces principes explicitent les droits de l'homme en matière de santé mentale et établissent des standards minimaux de protection. D'une manière générale, ils rappellent que toute personne atteinte de maladie mentale doit être traitée avec humanité et protégée contre les mauvais traitements physiques ou psychologiques ainsi que contre les traitements dégradants (Principe MI n°1). Ils se montrent toutefois particulièrement intéressants, car ils prévoient des règles spécifiques en matière de mesures de contrainte. Celles-ci doivent dès lors faire l'objet d'un bref exposé. Par principe, aucun traitement ne doit être administré sans le consentement éclairé du patient. Par exception, un traitement peut être dispensé sans son consentement en cas d'urgence ou lorsque celui-ci n'est pas entré volontairement dans l'établissement sanitaire, n'a pas la capacité de donner son consentement en connaissance de cause et lorsque le traitement envisagé répond au mieux à ses besoins (Principe MI n°11). Les mesures limitant la liberté de mouvement, telles que l'isolement, ne peuvent être utilisées que si elles représentent le seul moyen de prévenir un dommage imminent pour le patient ou pour un tiers. Ces mesures doivent en outre être limitées dans le temps et faire l'objet d'une surveillance adéquate. Elles doivent finalement être consignées dans le dossier du patient (Principe MI n°11). Une personne ne peut être placée ou retenue sans son consentement dans un établissement sanitaire que si un médecin, habilité par la législation nationale, diagnostique une maladie mentale qui affecte ses facultés cognitives et si cette personne ou autrui est exposé à un risque sérieux de dommage ou si le placement est nécessaire pour lui prodiguer

¹⁷³ G. NIVEAU, p. 378

¹⁷⁴ Résolution de l'Assemblée générale 2856 (XXVI) du 20 décembre 1971

¹⁷⁵ Résolution de l'Assemblée générale 3447 (XXX) du 9 décembre 1975

¹⁷⁶ G. NIVEAU, p. 378

¹⁷⁷ Résolution de l'Assemblée générale 46/119 du 17 décembre 1991

un traitement adéquat (Principe MI n°16). La décision de placement du médecin doit être confirmée par un organe judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial (Principe MI n°17).¹⁷⁸

Lors de sa réunion du 22 septembre 2004, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a élaboré une recommandation relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.¹⁷⁹ Cette recommandation établit notamment les conditions de mise en œuvre des mesures de contrainte. Le placement en institution sur décision de l'autorité est admissible lorsque le patient souffre d'un trouble mental, met sérieusement sa propre personne ou autrui en danger et a besoin d'un traitement qui ne peut lui être fourni d'aucune autre manière de façon appropriée (art. 17 al. 1 recommandations). Un traitement sans le consentement n'est autorisé que s'il répond à des symptômes cliniques, est proportionné à l'état de santé du patient, fait partie d'un plan de traitement écrit ainsi qu'est réexaminé et adapté périodiquement (art. 19 al. 1 recommandations). Des mesures de contention ne peuvent être mises en œuvre que dans des établissements appropriés. Elles doivent viser un but de protection, rester proportionnelles aux risques envisagés et faire l'objet d'un suivi médical régulier. Elles doivent en outre être consignées dans le dossier médical du patient et dans un registre instauré à cet effet (art. 27 recommandations).¹⁸⁰

Le Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est un organe du Conseil de l'Europe institué pour renforcer la protection des personnes privées de liberté. Il a notamment pour mission de visiter des établissements sanitaires et de faire rapport de ses observations et recommandations à l'Etat concerné. Dans son seizième rapport général d'activité,¹⁸¹ le CPT aborde la question des moyens de contention dans les établissements psychiatriques pour adulte. En raison du recours excessif aux mesures de contrainte et du risque de mauvais traitements, il a élaboré des recommandations conditionnant leur utilisation. Selon ces dernières, le corps médical peut avoir recours aux mesures de contrainte pour calmer un patient violent ou agité. La contrainte devant rester une mesure d'*ultima ratio*, elle ne doit pas être utilisée pour sanctionner ou modifier un comportement ou pour combler des carences en personnel. En application du principe de proportionnalité, le corps médical doit préférer la persuasion (discussion avec le patient dans le but de le calmer) aux mesures de contention (surveillance constante, techniques de contrôle manuel, moyens de contention mécanique, moyens de contention chimique et isolement). En outre, il ne doit pas avoir recours aux menottes, aux chaînes métalliques, au lit cage et au lit filet, ces moyens étant dégradants. Les mesures de contrainte ne doivent pas mettre en danger le patient. Ainsi, ce dernier ne doit pas être empêché de boire, de manger, de respirer ou de communiquer. Elles doivent également être limitées dans le

¹⁷⁸ G. NIVEAU, p. 378

¹⁷⁹ REC(2004)10

¹⁸⁰ G. NIVEAU, p. 379

¹⁸¹ 16^{ème} rapport général annuel du CPT, 2006, <http://www.cpt.coe.int/fr/annuel/rapp-16.htm>, consulté le 12.12.12

temps et être mises en œuvre dans un lieu approprié. Elles doivent finalement faire l'objet d'une surveillance adéquate et être consignées dans le dossier médical du patient. L'établissement sanitaire doit en outre former son personnel, adopter une politique interne relative aux mesures de contrainte, inscrire chaque mesure dans un registre et envoyer un rapport à une autorité de contrôle nationale.¹⁸²

3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les mesures de contrainte peuvent être contraires à l'article 3 CEDH. Dans l'affaire *Labita c. Italie*, la Cour indique que « *la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants* »¹⁸³, précise « *qu'un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3* »¹⁸⁴ et mentionne que « *[la gravité du traitement s'apprécie notamment en fonction] de la durée du traitement, de ses effets physiques et mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime* ».¹⁸⁵

Les mesures de contrainte peuvent également se montrer contraires à l'article 5 CEDH. Dans l'affaire *Aerts c. Belgique*, la Cour déclare que « *la détention doit avoir lieu selon les voies légales et être régulière* ».¹⁸⁶ Elle ajoute « *qu'il doit exister un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention* ».¹⁸⁷ Ainsi, « *la détention d'une personne comme malade mental ne sera régulière [...] que si elle se déroule dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié* ».¹⁸⁸

Les mesures de contrainte peuvent finalement être contraires à l'article 8 CEDH. Dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, la Cour rappelle que « *[...] l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé* ».¹⁸⁹

¹⁸² G. NIVEAU, p. 379

¹⁸³ Affaire *Labita c. Italie* 26772/95, par. 119

¹⁸⁴ *Idem*, par. 120

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ Affaire *Aerts c. Belgique* 61/1997/845/1051, par. 46

¹⁸⁷ *Ibidem*

¹⁸⁸ *Ibidem*

¹⁸⁹ Affaire *Pretty c. Royaume-Uni* 2346/02, par. 63

C. Aperçu des directives médico-éthiques en matière de mesures de contrainte

1. Généralités

Etant par définition contraires à la volonté exprimée ou présumée du patient, les mesures de contrainte vont à l'encontre du processus volontaire de soin et placent le personnel soignant dans une position inconfortable. Dans certaines situations, le choix de préserver l'autonomie du patient ou celui de satisfaire au devoir d'assistance et de protection peut s'avérer inextricable. La décision est d'autant plus compliquée sachant que l'expérience a révélé que les mesures de contrainte sont vécues, par les patients, comme des événements particulièrement pénibles et traumatisants, laissant parfois des séquelles physiques ou psychologiques. Afin de guider le corps médical dans sa prise de décision, l'Académie suisse des sciences médicales a élaboré plusieurs directives médico-éthiques en la matière.¹⁹⁰ Certaines concernent les catégories de patients particulièrement vulnérables. Il en va ainsi des directives traitant du traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance¹⁹¹, du traitement médical et la prise en charge des personnes en situation de handicap¹⁹² et de l'exercice de la médecine auprès des personnes détenues.¹⁹³ Une autre aborde la question des mesures de contrainte en médecine.¹⁹⁴ Se fondant principalement sur cette dernière directive, la section suivante met en exergue les principes applicables en matière de mesures de contrainte.¹⁹⁵

2. Directives médico-éthiques

Selon les directives de l'Académie suisse des sciences médicales, les mesures de contrainte concernent tant des patients atteints de troubles somatiques que des patients atteints de troubles psychiques, qu'ils soient mineurs ou majeurs. Elles peuvent être mises en œuvre dans un établissement ou dans le cadre de soins ambulatoires. Elles peuvent consister en des entraves à la liberté de mouvement ou en des traitements sous contrainte. Elles se distinguent toutefois du placement à des fins d'assistance qui fait l'objet d'exigences spécifiques.¹⁹⁶

La contrainte étant par nature liberticide, les soignants doivent y recourir de manière exceptionnelle. Ils ne peuvent entraver la liberté de mouvement du patient ou le traiter sans

¹⁹⁰ G. NIVEAU, pp. 379-380

¹⁹¹ Directives et recommandations ASSM concernant le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance du 18 mai 2004

¹⁹² Directives et recommandations ASSM concernant le traitement médical et la prise en charge des personnes en situation de handicap du 20 mai 2008

¹⁹³ Directives ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès des personnes détenues du 28 novembre 2002

¹⁹⁴ Directives ASSM concernant les mesures de contrainte en médecine du 24 mai 2005

¹⁹⁵ *Idem*, pp. 2-3

¹⁹⁶ *Idem*, pp. 3-5

son consentement que si la mesure permet d'éviter de graves perturbations de la vie communautaire et/ou s'inscrit dans un but de protection de la personne concernée ou des tiers. Ils doivent veiller au respect du principe de proportionnalité. La mesure imposée doit donc être apte et nécessaire pour atteindre le but poursuivi, être réversible et de durée déterminée et s'appuyer sur les dernières connaissances scientifiques. Elle ne doit être ni inutilement douloureuse, ni inutilement restrictive de la liberté personnelle. Elle ne doit pas servir à compenser des carences en personnel ou à sanctionner et à discipliner le patient. Elle doit finalement être mise en œuvre par des personnes compétentes dans un lieu approprié.¹⁹⁷

Une évaluation spécifique doit être effectuée par le soignant dans chaque situation critique nécessitant la mise en œuvre de mesures de contrainte. Ainsi, même en présence de maladies chroniques, le médecin ne saurait prescrire la contrainte par avance. Le professionnel de la santé doit documenter son intervention. Dans la mesure du possible, il doit également fournir au patient une information aussi claire, compréhensible et complète que possible au sujet de la mesure de contrainte envisagée. Lorsque cette dernière ne permet pas uniquement de parer à l'urgence de la situation, mais risque de se prolonger dans le temps, il doit prendre en compte les directives anticipées de la personne concernée et rechercher l'assentiment de son représentant dans le domaine médical. Le soignant est également tenu de réexaminer la mesure à intervalle régulier. Il doit finalement surveiller et assister le patient de manière appropriée pendant toute la durée de la mesure.¹⁹⁸

D. Droit fédéral et cantonal en matière de mesures de contrainte

1. Mesures limitant la liberté de mouvement

Toute intervention médicale suscitant des résistances physiques ou verbales ou se montrant contraire à la volonté présumée du patient constitue une mesure de contrainte. Ces actes comprennent en premier lieu les mesures limitant la liberté de mouvement (art. 383 CC).¹⁹⁹ Plusieurs auteurs de doctrine²⁰⁰ sont d'avis que « *la notion de restriction de liberté doit être comprise dans un sens large, pour permettre l'application des garanties procédurales prévues par la loi* ». ²⁰¹ Elle englobe ainsi les mesures permettant d'éviter les chutes, les moyens permettant d'entraver les déplacements, les dispositifs de surveillance électronique et les soins d'hygiène corporelle forcés. A titre d'illustration, sont notamment considérés comme mesure limitant la liberté de mouvement : la mise en place de barrières de lit, l'attachement des mains, des pieds ou du bassin, le verrouillage des fauteuils roulants, la dissimulation de vêtements ou de chaussures, la fermeture automatique des portes ou des fenêtres, l'utilisation de codes d'accès, l'isolement en chambre fermée, l'usage de bracelets électroniques et le

¹⁹⁷ Directives ASSM concernant les mesures de contrainte en médecine, pp. 7, 12 et 16-17

¹⁹⁸ Idem, pp. 8-10 et 17-18

¹⁹⁹ D. HELL, pp. 271-272

²⁰⁰ A. LEUBA/ C. TRITTEN, p. 292 ; BSK Erw.Schutz - Steck, Art. 383 N 7

²⁰¹ P. MEIER/S. LUKIC, p. 166

lavage forcé. D'autres mesures restreignant la liberté individuelle, telles que l'obligation de se rendre chez le coiffeur, l'interdiction de fumer, de boire de l'alcool ou de consommer des aliments excessivement gras, sucrés ou salés ne sont pas explicitement exclues du champ d'application de l'art. 383 CC. De telles mesures doivent toutefois être admises avec prudence. D'une part, elles doivent être commandées par l'état de santé de la personne concernée. D'autre part, elles doivent être approuvées par son représentant dans le domaine médical, car les comportements précités ne sont pas constitutifs de graves perturbations de la vie communautaire ou de graves dangers pour sa vie ou son intégrité corporelle ou celle d'autrui.²⁰²

a) Atteinte aux droits fondamentaux et au droit de la personnalité

Les mesures limitant la liberté de mouvement, imposées par le personnel soignant, portent atteinte à la liberté personnelle garantie par notre ordre juridique aux art. 8 CEDH, 10 al. 2 Cst-féd, 12 al. 2 Cst-VD ainsi que 27 et 28 CC. A titre d'illustration, le soignant qui verrouille une chaise roulante entrave la liberté de mouvement du résident en l'empêchant d'aller et venir librement. De même, le professionnel qui contraint un patient à prendre un bain entrave sa liberté de décision en agissant contrairement à sa volonté.²⁰³

Bien que protégés par notre ordre juridique, les droits garantis par la liberté personnelle, tels que la liberté d'action, de décision et de mouvement, ne sont pas absolus. Ils peuvent ainsi faire l'objet de restrictions. Dans le domaine médical, l'usage de la contrainte est parfois nécessaire voire indispensable pour protéger le patient ou les tiers. En guise d'exemple, une infirmière est tenue d'entraver la liberté de mouvement du résident confus qui oublie qu'interdiction lui est faite de se lever en raison d'une fracture de la hanche. Afin de limiter les risques d'abus, toute restriction des droits fondamentaux fait l'objet de conditions. Toute atteinte doit ainsi reposer sur une base légale au sens formel, être justifiée par un intérêt public prépondérant ou la protection des droits fondamentaux d'autrui, respecter le principe de proportionnalité et ne pas violer l'essence du droit fondamental.²⁰⁴

Avant le 1^{er} janvier 2013, la mise en œuvre des mesures restrictives de liberté n'était pas régie au niveau fédéral. Le droit cantonal était donc applicable. En raison de la diversité des solutions adoptées par les législateurs cantonaux et des carences de protection des personnes incapables de discernement séjournant en institution, le législateur fédéral s'est saisi de la question et a adopté les art. 383 à 385 CC. Ces dispositions font office de base légale au sens formel. En conditionnant la mise en œuvre des mesures limitant la liberté de mouvement, elles concrétisent les principes énoncés par la Constitution fédérale.²⁰⁵

²⁰² P. MEIER/S. LUKIC, p. 166 ; K. PÄRLI, p. 362 ; A. LEUBA/ C. TRITTEN, p. 293 ; BSK Erw.Schutz - Steck, Art. 383 N 8-9

²⁰³ BSK Erw.Schutz - Steck, Art. 383 N 2-3

²⁰⁴ Ibidem

²⁰⁵ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 165-166 ; BSK Erw.Schutz - Steck, Art. 383 N 2-3

b) Objectif et justification de la mesure

Les mesures de contrainte sont étrangères à la relation thérapeutique traditionnelle. Pourtant, nous les rencontrons fréquemment dans la pratique médicale. Dites inhérentes à la psychiatrie, habituelles en gériatrie, occasionnelles dans les soins à domicile, les mesures de contrainte ne font pas l'unanimité auprès des juristes et des médecins. Etant contraires à la liberté personnelle du patient, elles doivent rester exceptionnelles, se montrer proportionnelles et poursuivre un objectif clairement établi. Il s'agit ici de se concentrer sur les motifs justifiant les mesures restrictives de liberté.²⁰⁶

De manière générale, le recours aux mesures restrictives de liberté est inadmissible lorsqu'il vise à violenter, sanctionner ou discipliner le patient. En effet, toute mesure de contrainte doit être commandée par l'intérêt objectif de la personne concernée ou celui des tiers. Ainsi, toute forme de violence gratuite est prohibée.²⁰⁷

L'usage de mesures restrictives de liberté est toléré lorsqu'il s'inscrit dans un but de protection des patients ou des tiers. Il est envisageable lorsqu'il permet de faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire. L'ASSM apporte quelques précisions en la matière. La mesure de contrainte se montre dans l'intérêt du patient « *lorsque le comportement pathologique menace de causer des atteintes immédiates au patient lui-même* ». ²⁰⁸ Un professionnel de la santé est en droit d'attacher les bras d'une personne âgée sur les accoudoirs de sa chaise roulante, afin d'éviter que celle-ci ne se blesse avec les rouages. La mesure de contrainte est dans l'intérêt des tiers lorsque elle met gravement autrui en danger. On admet notamment l'existence d'un grave danger « *en cas de comportement agressif pouvant aller jusqu'à la menace de violence grave ou d'attaques physiques* ». ²⁰⁹ Un soignant est en droit d'isoler un patient agressif dans une chambre fermée, afin de protéger les autres résidents de violences physiques. Finalement, la mesure de contrainte se montre dans l'intérêt de la communauté « *lorsque le comportement d'un patient [...] est [très] éprouvant pour son entourage immédiat ou que celui-ci porte atteinte à la liberté des autres de telle façon qu'une vie en communauté avec lui n'est plus possible* ». ²¹⁰ Un résident désorienté peut se voir refuser l'accès à certaines pièces communes. ²¹¹

c) Conditions d'application de la mesure

Les conditions d'application des mesures limitant la liberté de mouvement sont prévues aux art. 383 et 384 CC. Ces dispositions trouvent application en présence de personnes incapables

²⁰⁶ J.-L. BAIERLE, p. 27

²⁰⁷ E. FUCHS, p. 18

²⁰⁸ Directives ASSM concernant les mesures de contrainte en médecine, p. 12

²⁰⁹ Ibidem

²¹⁰ Ibidem

²¹¹ J.-L. BAIERLE, p. 31

de discernement séjournant en institution. L'art. 23d al. 2 LSP étend toutefois leur champ d'application en prévoyant que celles-ci sont applicables par analogie à toute mesure de contrainte à l'égard des patients, des résidents et des personnes qui se trouvent dans un établissement pénitentiaire à condition que celui-ci dispose de locaux adaptés et qu'une surveillance médicale soit assurée.²¹²

Au sens de l'art. 383 CC, la mise en œuvre des mesures restrictives de liberté doit respecter trois conditions matérielles. Premièrement, la mesure de contrainte envisagée ne peut être appliquée que si des mesures moins rigoureuses ont échoué ou apparaissent a priori insuffisantes. Deuxièmement, la mesure de contrainte doit être reconsidérée à intervalle régulier et être supprimée dès que les circonstances le permettent. Ces deux premières conditions sont l'émanation du principe de proportionnalité. D'une part, le soignant doit avoir mené une réflexion sur les mesures alternatives à la mesure restrictive de liberté envisagée. Il doit en outre choisir une mesure apte à atteindre le but visé, mais également la mesure la plus respectueuse de la liberté personnelle. D'autre part, le professionnel de la santé doit réexaminer régulièrement la nécessité de la mesure et la lever lorsqu'elle ne s'avère plus nécessaire. La fréquence de l'évaluation dépend des circonstances. Pour exemple, la nécessité d'isoler un patient psychotique et agressif dans une chambre prévue à cet effet sera reconsidérée chaque demi-heure, alors que la nécessité de contenir un résident souffrant de la maladie d'Alzheimer et étant désorienté dans un établissement médico-social fermé sera reconsidéré chaque mois. Troisièmement, la mesure de contrainte doit poursuivre l'un des deux objectifs expressément et exhaustivement prévus par la loi. Elle doit ainsi permettre de prévenir un grave danger menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers ou permettre de faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire. Dans ce dernier cas, le soignant doit veiller scrupuleusement au respect du principe de proportionnalité. Il doit notamment prendre en compte le degré de compréhension et de tolérance pouvant être exigé des autres résidents. En dernier lieu, le soignant doit, sous réserve des cas d'urgence, informer la personne concernée au sujet de la mesure de contrainte envisagée. Le patient doit être renseigné sur la nature de la mesure, ses raisons, sa durée probable ainsi que la personne qui prendra soin de lui durant cette période. Il s'agit ici d'associer le patient au processus thérapeutique, afin de réduire le stress et les éventuelles frustrations et de s'assurer que le professionnel de la santé a effectué un examen minutieux de la situation.²¹³

Au sens de l'article 384 CC, la mise en œuvre des mesures restrictives de liberté doit encore respecter deux conditions formelles. Premièrement, la mesure de contrainte envisagée doit faire l'objet d'un protocole écrit. Le nom de la personne ayant décidé la mesure, le but, le type et la durée de la mesure doivent y figurer. Deuxièmement, le représentant dans le domaine médical de la personne concernée doit être avisé de la mesure limitant la liberté de

²¹² P. MEIER/S. LUKIC, p. 167

²¹³ Idem, pp. 167-168

mouvement. Il peut prendre connaissance du protocole en tout temps. Ces deux conditions formelles permettent au représentant thérapeutique du patient de contrôler les pratiques de l'établissement, afin de limiter les risques d'abus. Elles peuvent en outre conduire à une éventuelle intervention de l'autorité de protection de l'adulte.²¹⁴

d) Intervention de l'autorité de protection de l'adulte

Même si une décision officielle de l'autorité de protection de l'adulte n'est pas nécessaire pour la mise en œuvre des mesures restrictives de liberté, la personne concernée ou ses proches doivent pouvoir contester son application. Conformément à l'art. 385 CC, ils peuvent ainsi saisir l'autorité de protection de l'adulte du siège de l'institution pour faire valoir leur prétention. L'appel doit être fait par écrit, mais peut être réalisé en tout temps. Il peut concerner une mesure en cours d'exécution ou une mesure ayant pris fin. Dans ce dernier cas, l'appel permettra d'obtenir une décision de principe pour le cas où la nécessité de recourir à une mesure identique se représenterait.²¹⁵

L'autorité de protection de l'adulte se prononcera de prime abord sur le caractère illicite de la mesure. Dans l'hypothèse où elle la jugerait non conforme au droit, elle aura le pouvoir de la modifier, de la lever ou d'ordonner une autre mesure. En cas de violations graves ou répétées de la loi, elle devra en outre informer l'autorité de surveillance de l'institution.²¹⁶

L'art. 23e LSP apporte encore quelques précisions au sujet de la procédure de contestation des mesures de contrainte. Il établit une distinction entre les mesures de contrainte qui en raison de l'art. 23d LSP sont soumises par analogie aux exigences du droit fédéral et les mesures restrictives de liberté qui font directement partie du champ d'application des art. 383 à 385 CC. Les premières doivent, conformément aux exigences du droit cantonal vaudois, être contestées devant la commission d'examen des plaintes. Les secondes doivent, conformément aux exigences du droit fédéral, être contestées devant l'autorité de protection de l'adulte. Le Bureau cantonal de la médiation des patients et des résidents ou usagers d'établissements sanitaires et d'établissements socio-éducatifs peut être sollicité au préalable dans tous les cas.²¹⁷

2. Traitement sans le consentement

Toute intervention médicale suscitant des résistances physiques ou verbales ou se montrant contraire à la volonté présumée du patient constitue une mesure de contrainte. Ces actes comprennent en second lieu le traitement sans le consentement.²¹⁸ La notion de traitement

²¹⁴ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 168-169

²¹⁵ Idem, p. 169

²¹⁶ Idem, p. 170

²¹⁷ Note juridique interne relative à la révision du Code civil suisse, pp. 3-4

²¹⁸ D. HELL, p. 271-272

sans le consentement englobe notamment le traitement prodigué en cas d'urgence, la prise de médicaments sous surveillance médicale, l'administration de médicaments avec usage de la force ou l'administration de médicaments par voie parentérale.²¹⁹

a) Troubles somatiques versus troubles psychiques

En matière de traitement forcé, la loi établit une distinction entre les maladies somatiques et les maladies psychiques. Dans un premier temps, nous définirons chacune de ces notions. Dans un second temps, nous révélerons la teneur de cette distinction ainsi que les critiques émises à son égard.

Les troubles somatiques concernent le corps humain et ses organes. Ils proviennent de causes physiques et se manifestent au travers de symptômes corporels.²²⁰ Les troubles psychiques affectent le cerveau dans sa composante psychique. Ils se traduisent par des symptômes mentaux, tels que des névroses, des psychoses ou des démences.²²¹

Ceci étant dit, il est nécessaire de relever que la notion juridique de troubles psychiques (art. 390 et 16 CC) est une notion restrictive qui englobe les dépendances et les pathologies mentales reconnues en psychiatrie.²²² Le Tribunal fédéral s'écarter également de la définition médicale dont la portée est plus étendue, en prenant uniquement en considération « *les troubles psychiques durables et caractérisés qui ont sur le comportement extérieur de la personne atteinte des conséquences évidentes qualitativement et profondément déconcertantes pour un profane averti* ». ²²³

L'art. 380 CC prévoit que le traitement des troubles psychiques d'une personne incapable de discernement placée dans un établissement psychiatrique est régi par les règles sur le placement à des fins d'assistance. En édictant une telle disposition, le législateur fédéral a opéré une distinction entre les patients somatiques et les patients psychiques. En effet, les patients souffrant de troubles psychiques, placés dans un établissement psychiatrique pour soigner leur affection, ne sont pas soumis aux règles générales du Code civil relatives aux directives anticipées (art. 372 CC) et à la représentation dans le domaine médical (art. 377 et 378 CC), mais aux dispositions régissant spécifiquement le placement à des fins d'assistance (art. 426 et ss CC).²²⁴

Pour mieux comprendre l'importance de cette distinction, il est nécessaire de revenir brièvement sur les composantes du droit à l'autodétermination des patients telles que prévues

²¹⁹ Directives ASSM concernant les mesures de contrainte en médecine, p. 4

²²⁰ M.-A. BINO, p. 19

²²¹ Ibidem

²²² FF 2006 p. 6676

²²³ ATF 85 II 460 c. 3 ; ATF 117 II 231 c. 2a ; ATF 118 II 254 c. 4a ; JdT 1996 I 259

²²⁴ BSK Erw.Schutz – Eichenberger, Kohler, Art. 380 N 1-2

par les dispositions générales susmentionnés. En vertu de son droit de consentir aux soins, chaque patient capable de discernement peut se déterminer de manière libre et éclairée sur les actes médicaux qu'il souhaite ou non recevoir. Frappé d'une incapacité de discernement, il peut en outre faire perdurer son autonomie en rédigeant des directives anticipées ou en nommant un représentant thérapeutique avant son invalidité. A défaut de disposition personnelle anticipée, ses proches sont habilités à consentir aux traitements médicaux envisagés.²²⁵

Le droit à l'autodétermination, tel que résumé ci-dessus, est pleinement garanti aux patients somatiques, y compris aux patients psychiques soignés pour une maladie somatique. En effet, aucune disposition du Code civil n'autorise les médecins à leur prodiguer un traitement forcé. Les cas d'urgence sont toutefois réservés. Néanmoins, même dans ces circonstances, les soignants doivent tenir compte de leur volonté présumée et de leurs intérêts (art. 379 CC). Le traitement forcé d'un patient somatique est toutefois envisageable lorsqu'une loi fédérale ou le droit cantonal le prévoit. On citera ici en exemple l'art. 37 LEp nouveau.²²⁶

Le droit à l'autodétermination, tel que résumé ci-dessus, est relativement bien sauvegardé en présence de patients psychiques entrés volontairement dans un établissement psychiatrique. En effet, les règles applicables aux patients somatiques se transposent à cette catégorie de patients. Toutefois, si la personne concernée refuse toute collaboration avec l'équipe soignante, elle peut, sur décision du médecin chef et/ou de l'autorité de protection de l'adulte, changer de statut et être traitée comme un patient psychique placé à des fins d'assistance.²²⁷

Le droit à l'autodétermination, tel que résumé ci-dessus, est fortement amoindri en présence de patients psychiques placés à des fins d'assistance. D'une part, les médecins peuvent prendre des mesures thérapeutiques immédiates en cas d'urgence (art. 435 CC). D'autre part, ils peuvent traiter la personne concernée même si celle-ci n'a pas donné son assentiment au plan de traitement préalablement établi (art. 433 et 434 CC). En outre, le patient psychique ne peut pas être représenté par son représentant thérapeutique ou par ses proches. Il peut tout de même faire appel à une personne de confiance qui aura pour tâche de l'assister pendant toute la durée de son séjour. En cas d'incapacité de discernement, ses directives anticipées ne seront pas contraignantes, mais devront être prises en considération.²²⁸

La distinction résultant de l'art. 380 CC a fait l'objet de nombreuses critiques. D'une part, la distinction entre maladie somatique et maladie psychique pose des problèmes de délimitation. Bon nombre de pathologies sont dites psychosomatiques. Etant de nature psychique et somatique, elles soulèvent des difficultés au niveau du droit applicable.²²⁹ D'autre part, la

²²⁵ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 12 ; 116 et 154-157

²²⁶ O. GUILLOD, *Traitement ou contrainte*, pp.186-187

²²⁷ O. GUILLOD/N. HELLE, p. 357

²²⁸ BSK Erw.Schutz – Eichenberger, Kohler, Art. 380 N 4

²²⁹ Ibidem

distinction entre patient somatique et patient psychique se montre contraire à l'égalité de traitement consacrée par l'art. 8 Cst-féd. Le Professeur O. Guilloid est d'avis que « *patients somatiques et patients psychiatriques devraient être traités juridiquement sur un pied d'égalité et qu'ils jouissent donc exactement des mêmes droits* ». ²³⁰ Il affirme que ces deux catégories de patients ne devraient pas être traitées différemment en raison de la nature de la maladie, mais en raison de la capacité de discernement. Le droit à l'autodétermination devrait ainsi être pleinement garanti aux patients psychiques capables de discernement. L'art. 434 CC s'inscrit tout de même dans cette perspective. En effet, il autorise le traitement forcé des patients psychiatriques uniquement si ces derniers n'ont pas la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement. ²³¹ Toute la difficulté réside ici dans l'évaluation de la faculté d'agir raisonnablement. Les médecins doivent particulièrement être attentifs au fait que la capacité de discernement est relative. En outre, ils ne doivent pas associer automatiquement troubles psychiques et incapacité de discernement. ²³²

b) Atteinte aux droits fondamentaux et au droit de la personnalité

Le traitement sans le consentement porte gravement atteinte à la liberté personnelle garantie par notre ordre juridique aux art. 8 CEDH, 10 al. 2 Cst-féd, 12 al. 2 Cst-VD ainsi que 27 et 28 CC. ²³³ Etant contraire à la volonté exprimée ou présumée du patient, il viole son droit à l'autodétermination. N'étant pas justifié par le consentement de la personne concernée, il porte également atteinte à son intégrité physique. Ainsi, le personnel soignant n'est en général pas habilité à administrer un traitement forcé. ²³⁴

Bien que protégés par notre ordre juridique, les droits garantis par la liberté personnelle, tels que le droit à l'intégrité physique et le droit à l'intégrité psychique, ne sont pas absolus. Ils peuvent dès lors faire l'objet de restrictions. Dans le domaine médical, la protection du patient ou des tiers rend parfois inéluctable le recours à la contrainte. A titre d'illustration, un médecin est tenu de porter secours à une personne en danger de mort en vertu de l'art. 128 CP. Dans l'urgence, il peut ainsi lui prodiguer un traitement sans son consentement, en tenant compte de sa volonté présumée et de ses intérêts. De même, le soignant est autorisé à administrer un traitement forcé à un patient psychotique dangereux n'ayant pas la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement. Afin de limiter les risques d'abus, toute restriction des droits fondamentaux doit respecter les conditions de l'art. 36 Cst. Toute ingérence doit ainsi reposer sur une base légale au sens formel, être justifiée par un intérêt public prépondérant ou la protection des droits fondamentaux d'autrui, respecter le principe de proportionnalité et ne pas violer l'essence du droit fondamental. ²³⁵

²³⁰ O. GUILLOID, *Traitement ou contrainte*, p. 187

²³¹ FF 2006 p. 6702

²³² A. BUCHER, pp. 12-17

²³³ ATF 108 II 59 ; ATF 133 III 121

²³⁴ K. PÄRLI, p. 363-364

²³⁵ Ibidem

Avant le 1^{er} janvier 2013, le Code civil suisse ne réglait pas la question du traitement forcé. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs indiqué que les dispositions relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a et ss CC ancien) ne représentaient pas une base légale suffisante pour l'administration de médicaments sous contrainte et partant, que les cantons devaient légiférer en la matière.²³⁶ Il a néanmoins admis que le traitement forcé pouvait, dans des circonstances exceptionnelles, se justifier en application de la clause générale de police.²³⁷ Cette jurisprudence ne s'est toutefois pas avérée satisfaisante. En effet, seule une base légale au sens formel est susceptible de justifier une atteinte aussi importante à la liberté personnelle. Tirant expérience de la pratique, le législateur fédéral a adopté les art. 433 à 436 CC, afin de réglementer le traitement des troubles psychiques en institution. Il a également adopté l'art. 379 CC pour justifier les interventions médicales urgentes. En soumettant le traitement sans le consentement à des exigences strictes, il a concrétisé les principes énoncés par la Constitution.²³⁸

c) Objectif et justification de la mesure

Comme nous l'avons exprimé à maintes reprises, le personnel médical recourt régulièrement aux mesures de contrainte. Les hôpitaux qui disposent d'un service d'urgence dispensent chaque jour des soins de premier secours. Dans le domaine de la psychiatrie, les médecins affirment que la médication forcée est nécessaire. Le traitement sans le consentement reste tout de même liberticide. Ainsi, même si les circonstances le rendent parfois inévitable, il doit rester exceptionnel, se montrer proportionnel et poursuivre un objectif clairement établi. Il s'agit ici de se concentrer sur les motifs justifiant un tel traitement.²³⁹

De manière générale, le traitement forcé doit être commandé par les intérêts objectifs du patient ou ceux des tiers. Il doit en principe avoir une visée thérapeutique. Il peut ainsi être utilisé pour restaurer la santé de la personne concernée ou apaiser ses souffrances. Dans tous les cas, les actes inutilement douloureux sont prohibés.²⁴⁰

Le traitement sans le consentement des patients somatiques et des patients psychiques peut être justifié par l'urgence. Le message du Conseil fédéral apporte quelques précisions en la matière. De manière générale, la nécessité de l'intervention médicale est incontestée lorsque le patient souffre d'une affection soudaine comme un infarctus, une attaque cérébrale, une blessure ou une hémorragie grave, une infection foudroyante ou un empoisonnement. Dans le domaine de la psychiatrie, la nécessité de l'intervention médicale est reconnue lorsque la personne concernée menace de se tuer ou de se blesser, de tuer ou de blesser autrui ou se

²³⁶ ATF 125 III 169 c. 3

²³⁷ ATF 126 I 112 c. 4c

²³⁸ BSK Erw.Schutz – Geiser, Etzensberger, Art. 426 - 439 N 11

²³⁹ J.-L. BAIERLE, p. 27

²⁴⁰ E. FUCHS, p. 18

déchaîne sur des fenêtres, des portes ou des meubles. Toutefois, même en cas d'urgence, le principe de proportionnalité doit être respecté. Ainsi, des mesures alternatives doivent être préférées au traitement forcé si elles sont aptes à atteindre le but poursuivi.²⁴¹

Le traitement sans le consentement des patients psychiques est également admissible lorsque des mesures thérapeutiques immédiates ne sont pas nécessaires, mais que les soins prodigués s'inscrivent dans un but de protection du patient ou des tiers. L'ASSM apporte quelques précisions en la matière. La mesure de contrainte se montre dans l'intérêt du patient, lorsque ce dernier menace ou tente de porter atteinte à son intégrité corporelle et, dans l'intérêt des tiers, lorsque la personne concernée met gravement en danger autrui en adoptant un comportement agressif pouvant conduire à des menaces de violence graves ou à des attaques physiques.²⁴²

d) Conditions d'application de la mesure

Comme nous l'avons mentionné auparavant, le traitement sans le consentement peut intervenir en cas d'urgence ainsi que dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance pour troubles psychiques. Ce dernier cas de figure retiendra maintenant toute notre attention.

Les conditions d'application du traitement sans le consentement sont prévues à l'article 434 CC. Toutefois, plusieurs conditions doivent être réunies au préalable. Dans un premier temps, l'autorité de protection de l'adulte ou un médecin habilité par le droit cantonal²⁴³ doit avoir ordonné un placement à des fins d'assistance dans un but de traitement (art. 426 CC). Le traitement forcé n'est donc pas admissible en cas d'hospitalisation volontaire. Dans un second temps, le médecin psychiatre doit établir un plan de traitement écrit en collaboration avec la personne concernée et, le cas échéant, sa personne de confiance (art. 433 al. 1 CC). Il doit en outre satisfaire à son devoir d'information en fournissant des renseignements sur tous les éléments essentiels du traitement médical envisagé. Doivent notamment être abordés les raisons, le but, la nature, les modalités, les risques et les effets secondaires du traitement proposé, les risques encourus en cas de renonciation au dit traitement ainsi que l'existence de traitements alternatifs (art. 433 al. 2 CC). S'il est établi que le patient est capable de discernement, son assentiment au plan de traitement doit être recherché. Dans le cas contraire, ses directives anticipées ou un éventuel entretien de sortie sont pris en considération (art. 433 al. 3 CC). Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation légale, le médecin devrait également entendre le représentant du patient en matière médicale, afin de faciliter sa future adhésion au traitement médical. Lorsque le patient refuse de donner son assentiment au plan de traitement ou que ce dernier s'avère contraire à ses directives anticipées ou à son entretien de sortie, le médecin-chef de service peut prescrire les soins médicaux envisagés sans son consentement

²⁴¹ FF 2006 p. 6703

²⁴² Directives ASSM concernant les mesures de contrainte en médecine, p. 12

²⁴³ Dans le canton de Vaud, les médecins habilités par le droit cantonal sont les médecins désignés par le département (art. 57 LSP)

(art. 434 al. 1 CC). Le traitement forcé est une mesure d'*ultima ratio*. Les soignants ne peuvent donc y recourir que lorsque trois conditions cumulatives sont réunies. Premièrement, le défaut de traitement doit mettre gravement en péril la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui. A titre de précision, l'administration forcée de médicaments ne doit pas uniquement viser le bien-être du patient, mais doit être ordonnée pour protéger sa santé ou la vie ou l'intégrité corporelle des tiers. Deuxièmement, la personne concernée ne doit pas avoir la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement. Le traitement forcé est dès lors exclu lorsque le patient est capable de discernement au sens de l'art. 16 CC. Le soignant ne doit pas associer automatiquement troubles psychiques et incapacité de discernement. Bien au contraire, il doit reconnaître la capacité de discernement à toute personne étant capable de comprendre sa situation personnelle, le traitement proposé ainsi que ses alternatives et ayant la faculté de se déterminer librement à leur sujet. Il doit en outre garder en mémoire qu'une décision irrationnelle n'implique pas nécessairement une incapacité de discernement. Finalement, il ne doit pas exister de mesures appropriées moins rigoureuses. Le corps médical doit ainsi veiller au respect du principe de proportionnalité. Il doit rechercher des mesures alternatives au traitement sans le consentement. Dans la mesure du possible, il tentera de préférer les mesures limitant la liberté de mouvement à la médication forcée. Il vérifiera aussi que le traitement envisagé se fonde sur les dernières connaissances scientifiques et ne le prodiguera que lorsque son efficacité est réputée certaine.²⁴⁴

e) Décision et appel au juge

Le traitement sans le consentement d'un patient psychique placé à des fins d'assistance doit faire l'objet d'une décision écrite. La loi exige que celle-ci mentionne les voies de recours et soit communiquée à la personne concernée et à sa personne de confiance (art. 434 al. 2 CC).²⁴⁵

Dans les dix jours à compter de la notification de la décision, le patient psychique placé à des fins d'assistance, sa personne de confiance ou l'un de ses proches peut en appeler au juge²⁴⁶ pour contester les soins médicaux forcés, effectués dans un cas d'urgence ou, selon le plan de traitement préétabli (art. 439 al. 1 ch. 4 et al. 2 CC). Le recours doit être établi en la forme écrite et contenir la signature du recourant. Il ne doit pas nécessairement être motivé et n'est en principe pas assorti de l'effet suspensif (art. 450e al. 1 et 2 CC).²⁴⁷

Toute personne, institution ou autorité qui recevrait par erreur la demande de contrôle judiciaire est tenue de la transmettre immédiatement au juge compétent (art. 439 al. 4 CC).²⁴⁸

²⁴⁴ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 325-332

²⁴⁵ Idem, p. 332

²⁴⁶ Dans le canton de Vaud, le juge de paix est compétent (art. 10 LVPAE)

²⁴⁷ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 340-341

²⁴⁸ Idem, p. 342

En principe, le juge compétent doit rendre sa décision dans les cinq jours ouvrables qui suivent le dépôt du recours (art. 450e al. 5 CC). Il veillera en outre à respecter le droit d'être entendu de la personne concernée et, le cas échéant, à lui désigner un curateur de représentation (art. 450e al. 3 et 4 CC).²⁴⁹

3. Contention médicamenteuse

Toute intervention médicale suscitant des résistances physiques ou verbales ou se montrant contraire à la volonté présumée du patient constitue une mesure de contrainte. Ces actes comprennent, en dernier lieu, la contention médicamenteuse.²⁵⁰ La notion de contention médicamenteuse couvre l'administration forcée de médicaments dans un but de sédation. Dans les hôpitaux psychiatriques, les médecins y ont recours pour faire cesser de graves perturbations de la vie communautaire ou pour parer à l'agressivité de certains patients. Dans les établissements médico-sociaux, les soignants y ont notamment recours pour apaiser des résidents anxieux.²⁵¹

La contention médicamenteuse porte atteinte à la liberté personnelle du patient. D'une part, elle restreint sa liberté de mouvement. En effet, le médicament administré n'a pas de visée thérapeutique, mais a pour but de calmer la personne concernée. Fortement dosé, il l'empêche d'aller et venir librement. D'autre part, la contention médicamenteuse doit être considérée comme un acte médical invasif, à savoir, une mesure portant atteinte à l'intégrité physique et psychique du patient. Incapable de discernement, la personne anxieuse et/ou agressive est traitée sans son consentement. Elle subit également les effets secondaires du médicament, que celui-ci soit administré par voie orale ou par voie parentérale.²⁵²

La notion de contention médicamenteuse se montre trompeuse. En effet, en raison des termes utilisés, nous sommes amenés à la rattacher aux mesures limitant la liberté de mouvement (art. 383 à 385 CC). S'il est vrai que la contention médicamenteuse porte atteinte à la liberté de mouvement, elle affecte également l'intégrité corporelle du patient. Elle doit de ce fait suivre le régime protecteur le plus favorable, à savoir, les dispositions sur le traitement médical. Les art. 377 et ss CC sont ainsi applicables en présence de patients somatiques, de patients psychiques soignés pour des troubles somatiques et de patients psychiques entrés volontairement en établissement psychiatrique. La contention médicamenteuse sans le consentement du patient ou de son représentant dans le domaine médical est ainsi prohibée sous réserve des cas d'urgence. Les art. 433 et ss CC sont en outre applicables en présence de patients psychiques placés à des fins d'assistance. La contention médicamenteuse sans le consentement du patient est ainsi autorisée en cas d'urgence ou lorsque celle-ci est prescrite

²⁴⁹ P. MEIER/S. LUKIC, p. 342

²⁵⁰ D. HELL, pp. 271-272

²⁵¹ FF 2006 p. 6673

²⁵² A. LEUBA/C. TRITTEN, p. 292

par le médecin-chef de service selon le plan de traitement préétabli et conformément aux conditions strictement prévues par l'art. 434 CC.²⁵³

4. Placement à des fins d'assistance

a) Généralités

Le placement à des fins d'assistance est sans doute la mesure de contrainte la plus fréquemment utilisée dans la pratique médicale, notamment en psychiatrie. Il se différencie des autres mesures de police, telles que les privations de liberté trouvant leur fondement dans le droit pénal, le droit des étrangers ou la législation sur la lutte contre les épidémies. En effet, il permet de placer ou de maintenir une personne souffrant de troubles psychiques, présentant une déficience mentale ou se trouvant dans un grave état d'abandon, dans une institution appropriée, afin que l'aide et/ou les soins commandés par son état de santé lui soient apportés.²⁵⁴

En d'autres termes, le placement à des fins d'assistance poursuit deux objectifs principaux et un objectif secondaire. Il garantit, dans un premier temps, une existence décente aux individus qui ne sont plus capables de subvenir à leurs besoins. Il vise, dans un second temps, à rétablir leur autonomie. Il permet subsidiairement de soulager leur entourage.²⁵⁵

Le placement à des fins d'assistance peut être ordonné quel que soit le statut de la personne en cause. Il peut ainsi concerner des personnes sous curatelle ou des personnes qui ne sont pas sujettes à des mesures de protection. Il peut être mis en œuvre pour protéger des personnes capables ou incapables de discernement. A titre de précision, le placement se fondera sur les art. 426 et ss CC à chaque fois que la personne concernée s'y oppose. Une distinction doit également être opérée entre patients psychiques incapables de discernement et patients somatiques incapables de discernement. Les premiers seront toujours hospitalisés en établissement psychiatrique selon une décision formelle de l'autorité compétente (art. 380 CC). Les seconds seront généralement hospitalisés en établissement sanitaire selon une décision de leur représentant dans le domaine médical (art. 378 CC).²⁵⁶

Le placement à des fins d'assistance n'a pas d'effet sur l'exercice des droits civils.²⁵⁷ Il porte néanmoins gravement atteinte à la liberté personnelle de l'individu (art. 5 CEDH, 10 al. 2 et 31 Cst-féd). D'une part, le placement ou le maintien en établissement se montre contraire au droit à l'autodétermination du patient. Il est mis en œuvre selon une décision de l'autorité de protection de l'adulte ou des médecins habilités par le droit cantonal et intervient contre la

²⁵³ A. LEUBA/ C. TRITTEN, p. 293

²⁵⁴ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 299-300

²⁵⁵ L. AMEY/R. CHRISTINAT, p. 287

²⁵⁶ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 299-300

²⁵⁷ Idem, p. 301

volonté de la personne concernée. D'autre part, le placement ou le maintien en institution restreint la liberté de mouvement du patient. Celui-ci est en effet empêché, par des barrières architecturales et/ou organisationnelles, de quitter les lieux comme bon lui semble.²⁵⁸

Bien que protégés par notre ordre juridique, les droits garantis par la liberté personnelle ne sont pas absolus et peuvent faire l'objet de restrictions. Ces dernières doivent toutefois se fonder sur une base légale au sens formel, poursuivre un intérêt public prépondérant, respecter le principe de proportionnalité ainsi que l'essence du droit fondamental en cause (art. 36 Cst). Avant le 1^{er} janvier 2013, les art. 397a et ss CC ancien faisaient office de base légale au sens formel. Constatant quelques petites lacunes de protection, le législateur fédéral a souhaité remanier ces dispositions. Il a dès lors adopté les art. 426 et ss CC. Hormis les règles sur le traitement des troubles psychiques, ces articles reprennent en substance les dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance. En soumettant le placement et le maintien d'une personne dans une institution à des conditions strictes, le législateur justifie les atteintes portées à la liberté personnelle du patient.²⁵⁹

Cela étant dit, les sous-sections suivantes traiteront en premier lieu du placement et du maintien de la personne concernée en institution ainsi que de sa libération. Elles reviendront ensuite sur les mesures de contrainte pouvant être imposées en complément du placement à des fins d'assistance. Elles aborderont finalement les possibilités d'appel au juge ainsi que les mesures ambulatoires.

b) Placement en institution

L'art. 426 CC réglemente le placement en institution au sens strict. Selon cette disposition, une personne peut être placée dans une institution appropriée lorsque, en raison de troubles psychiques, d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon, l'assistance et/ou le traitement nécessaire ne peuvent lui être fournis d'une autre manière. Le placement en institution est subordonné à la réalisation de trois conditions cumulatives.²⁶⁰

Premièrement, il doit exister une cause de placement. La personne concernée doit ainsi souffrir de troubles psychiques, présenter une déficience mentale ou se trouver dans un grave état d'abandon. Les notions de troubles psychiques et de déficience mentale ayant déjà été abordées dans les chapitres précédents, il convient uniquement de revenir sur la notion de grave état d'abandon. Cet état, généralement causé par une impotence physique, place la personne concernée dans un état de déchéance non conforme à la dignité humaine. Il n'est pas directement lié au style de vie. Ainsi, clochards et hippies ne se trouvent pas nécessairement dans cette catégorie.²⁶¹ Le Tribunal fédéral a notamment reconnu qu'une personne âgée

²⁵⁸ L. AMEY/R. CHRISTINAT, p. 288

²⁵⁹ Ibidem

²⁶⁰ P. MEIER/S. LUKIC, p. 302

²⁶¹ L. AMEY/R. CHRISTINAT, pp. 293-294

incapable d'effectuer seule les actes élémentaires de la vie courante et dont l'assistance à domicile est devenue insuffisante se trouve dans un grave état d'abandon.²⁶²

Deuxièmement, la personne concernée doit avoir besoin d'assistance et/ou d'un traitement. Ces besoins doivent être suffisamment importants. L'existence menée par la personne concernée ne doit plus être conforme à la dignité humaine. Celle-ci ne doit plus être en mesure de se soigner, de se laver, de s'habiller, de s'alimenter ou de se mouvoir. En application du principe de proportionnalité, il ne doit pas exister une autre mesure moins restrictive de la liberté personnelle qui puisse assouvir les besoins de la personne concernée. Le placement se révèle ainsi comme la seule mesure capable d'améliorer sa situation personnelle. On notera ici que cette condition se montre problématique en présence de patients suicidaires. En effet, le placement à des fins d'assistance ne découragera pas une personne déterminée à se suicider. Il sera toutefois nécessaire si ses envies suicidaires découlent d'une maladie mentale dont les souffrances peuvent être apaisées. Dans la pesée des intérêts en présence, l'autorité compétente doit encore prendre en considération la charge que représente la personne concernée pour son entourage. Pour ce faire, elle recueille l'avis de ses proches, mais également celui de son médecin traitant, du personnel d'aide et soins à domicile ou de ses voisins. Elle vérifie avant tout que la personne concernée ne représente pas une charge excessive pour ces derniers ou ne les expose pas à un quelconque danger.²⁶³

Finalement, la personne concernée doit être placée dans une institution appropriée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les établissements fermés et les institutions limitant sensiblement la liberté de mouvement des personnes concernées, en raison de barrières architecturales et/ou organisationnelles, doivent être considérés comme appropriés.²⁶⁴ L'institution doit en outre disposer de professionnels qualifiés ainsi que de structures et de matériels adéquats pour répondre aux besoins de la personne concernée.²⁶⁵

Lorsque ces conditions sont réalisées, l'autorité de protection de l'adulte ou un médecin habilité par le droit cantonal prononce le placement en établissement. Le placement ordonné par l'autorité de protection de l'adulte n'est pas limité dans le temps. Le placement ordonné par un médecin habilité ne peut pas durer plus de six semaines, à moins que l'autorité de protection de l'adulte ne le prolonge par une décision de placement exécutoire (art. 429 al. 1 et 2 CC et art. 9 LVP AE).²⁶⁶

Agissant en qualité d'autorité, le médecin habilité par le droit cantonal doit respecter les règles élémentaires de procédure (art. 430 CC). Il doit tout d'abord examiner lui-même la personne concernée et respecter son droit d'être entendu. Le médecin doit en effet pouvoir se

²⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_828/2009 du 14 janvier 2010, c. 5

²⁶³ L. AMEY/R. CHRISTINAT, pp. 295-297 ; P. MEIER/S. LUKIC, pp. 305-307

²⁶⁴ ATF 121 III 306 ; JdT 1997 I 145 ; ATF 133 III 353 ; JdT 2007 I 362

²⁶⁵ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 307-308

²⁶⁶ L. AMEY/R. CHRISTINAT, p. 300 ; P. MEIER/S. LUKIC, pp. 311-313

forger sa propre opinion. Sa décision ne saurait ainsi s'appuyer uniquement sur les dires des tiers. Dans la mesure du possible, il doit également respecter son devoir d'information et recueillir l'avis de la personne concernée. La décision de placement doit ensuite revêtir la forme écrite et faire mention du lieu et de la date de l'examen médical, du nom du médecin ayant ordonné le placement, des résultats de l'examen médical, des raisons et du but du placement ainsi que des voies de recours. Il doit finalement remettre un exemplaire de la décision à la personne concernée, transmettre un autre exemplaire à l'institution et, dans la mesure du possible, aviser par écrit l'un des proches de la personne concernée.²⁶⁷

c) Maintien en institution

L'art. 427 CC régit le maintien en institution. Selon cette disposition, toute personne qui souhaite quitter l'institution dans laquelle elle est entrée de son plein gré en raison de troubles psychiques peut être retenue sur ordre du médecin-chef de l'institution pendant trois jours au plus si elle met en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou si elle met gravement en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui. Le maintien en institution est subordonné à la réalisation de trois conditions cumulatives.²⁶⁸

Premièrement, la personne entrée volontairement dans l'institution et souhaitant la quitter doit être atteinte de troubles psychiques et être capable de discernement. A titre de précision, mentionnons que la loi n'habilite pas le médecin-chef de l'institution à retenir une personne présentant une déficience mentale ou se trouvant dans un grave état d'abandon contre sa volonté. Il peut néanmoins signaler le cas à l'autorité de protection de l'adulte en vue du prononcé d'un placement au sens de l'art. 426 CC.²⁶⁹

Deuxièmement, l'institution doit être appropriée. En effet, la personne concernée ne saurait être retenue dans un établissement ne pouvant pas lui offrir les soins commandés par son état de santé.²⁷⁰

Finalement, la personne concernée doit mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité corporelle des tiers ou mettre en danger sa vie ou son intégrité corporelle. En application du principe de proportionnalité, le danger doit être sérieux et imminent. A titre de précision, mentionnons que l'autorité de protection de l'adulte ne devrait pas ordonner un placement au sens de l'art. 426 CC, lorsque ce placement a pour unique but de protéger des tiers. Toutefois, il ne paraît pas déraisonnable de considérer que l'autorité de protection de l'adulte n'outrepasse pas le mandat qui lui est confié en protégeant la personne qui n'a plus tous ses esprits de commettre un crime grave.²⁷¹

²⁶⁷ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 314-316

²⁶⁸ L. AMEY/R. CHRISTINAT, p. 300

²⁶⁹ Idem, p. 301

²⁷⁰ Idem, pp. 301-302

²⁷¹ Idem, p. 302

Lorsque ces conditions sont réalisées, le médecin-chef de service prononce le maintien en établissement. Celui-ci ne peut toutefois pas durer plus de trois jours consécutifs, à moins que l'autorité de protection de l'adulte ne le prolonge par une décision de placement exécutoire.²⁷²

Agissant en qualité d'autorité, le médecin-chef doit respecter les règles élémentaires de procédure. Il doit notamment respecter le droit d'être entendu de la personne concernée et l'informer par écrit de son droit de recourir au juge. Pour satisfaire à son devoir d'information, il ne peut pas se contenter d'évoquer la possibilité d'un appel au juge, mais doit indiquer quelle est l'autorité compétente et quel est le délai de recours.²⁷³ En application de l'art. 430 CC par analogie, il faut en outre considérer que la décision de maintien doit revêtir la forme écrite et être motivée.²⁷⁴

d) Libération

Lorsque les conditions de placement ne sont plus réalisées, la personne doit pouvoir quitter l'établissement (art. 426 al. 3 CC). Sous l'ancien droit, la libération devait intervenir une fois la crise traversée. Cette solution s'est avérée insatisfaisante. En effet, bon nombre de patients faisaient des aller/retours incessants entre leur domicile et l'institution. Ainsi, le législateur fédéral s'est montré plus restrictif quant aux exigences relatives à la libération. Cette dernière doit dès lors intervenir une fois que la personne est stabilisée et que l'encadrement nécessaire à son retour à domicile est mis en place.²⁷⁵ En revanche, de simples difficultés relatives à la recherche d'un logement ou le manque de certitudes quant à la continuation du traitement ne suffisent pas, à elles seules, à exclure la libération.²⁷⁶ Etant conforme au principe de proportionnalité, la libération progressive, tolérée sous l'ancien droit, devrait également trouver application sous le nouveau droit.²⁷⁷

Par souci d'impartialité, l'évaluation de l'opportunité du placement revient à l'autorité de protection de l'adulte. Un premier contrôle portant sur les conditions de placement et l'adéquation de l'institution interviendra dans les six mois qui suivent le placement ou la décision de maintien. En cas de maintien de la mesure, un examen identique sera effectué dans les six mois qui suivent le contrôle précédent. Par la suite, les examens seront effectués aussi souvent que nécessaire, mais au moins une fois par année (art. 431 CC).²⁷⁸

Lorsque la décision de placement ou de maintien émane de l'autorité de protection de l'adulte, celle-ci est généralement compétente pour ordonner la libération de la personne concernée. En application du principe de célérité, elle peut toutefois déléguer cette tâche à

²⁷² L. AMEY/R. CHRISTINAT, pp. 302-303

²⁷³ Idem, pp. 303-304

²⁷⁴ BSK Erw.Schutz – Geiser, Etzensberger, Art. 427 CC N 13 et 18

²⁷⁵ FF 2006 p. 6696

²⁷⁶ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 305-306

²⁷⁷ L. AMEY/R. CHRISTINAT, pp. 304-305

²⁷⁸ Idem, pp. 308-309

l'institution dans des cas particuliers (art. 428 CC). En revanche, lorsque la décision de placement émane du médecin, l'institution est compétente pour ordonner la libération de la personne concernée (art. 429 al. 3 CC).²⁷⁹

La libération de la personne concernée peut également intervenir suite à une demande de libération (art. 426 al. 4 CC). Cette demande peut être présentée en tout temps par la personne concernée capable de discernement ou par ses proches. Elle doit être adressée à l'autorité de protection de l'adulte ou à l'institution en cas de délégation de compétence. Elle n'est soumise à aucune exigence de forme. Elle doit être traitée, sans délai, par l'autorité compétente.²⁸⁰

e) Mesures de contrainte ordonnées dans le cadre du placement

Le placement à des fins d'assistance, en tant que mesure privative de liberté, représente en soi une mesure de contrainte. Afin de répondre aux besoins de la personne concernée, le placement à des fins d'assistance peut toutefois se cumuler avec des mesures limitant la liberté de mouvement et/ou un traitement sans le consentement. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la décision de placement n'habilite pas le médecin à recourir à de telles mesures.²⁸¹ Ces dernières doivent dès lors se fonder sur une base légale spécifique et respecter les conditions strictement prévues par la loi.²⁸²

L'art. 438 CC autorise expressément l'emploi de mesures limitant la liberté de mouvement en cas de placement à des fins d'assistance et renvoie, pour le surplus, aux art. 383 et 384 CC. A titre de rappel, la mise en œuvre de telles mesures doit faire l'objet d'un protocole, respecter le principe de proportionnalité et s'inscrire dans un but de protection de la personne concernée ou des tiers ou de préservation de la vie communautaire.²⁸³

Les art. 433 à 435 CC font actuellement office de base légale pour le traitement des troubles psychiques de patients placés à des fins d'assistance. A titre de rappel, le traitement forcé peut intervenir en cas d'urgence ou lorsque la personne concernée refuse de donner son assentiment au plan de traitement. Dans cette dernière hypothèse, le traitement sans le consentement n'est toutefois admissible que si le patient psychique est incapable de discernement, s'il respecte le principe de proportionnalité et s'il s'inscrit dans un but de protection de la personne concernée ou des tiers.²⁸⁴

²⁷⁹ P. MEIER/S. LUKIC, p. 322

²⁸⁰ L. AMEY/R. CHRISTINAT, pp. 306-307

²⁸¹ ATF 134 I 209 cons. 2.3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_335/2010 du 6 juillet 2010, cons. 3.1

²⁸² P. MEIER/S. LUKIC, p. 337

²⁸³ Pour de plus amples informations au sujet des mesures limitant la liberté de mouvement voir part. 3, chap. I, let. D, ch. 1

²⁸⁴ Pour de plus amples informations au sujet du traitement sans le consentement voir part. 3, chap. I, let. D, ch. 2

f) Appel au juge

Les décisions de placement, de maintien ou de refus de libération émanant de l'autorité de protection de l'adulte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal (art. 450 al. 1 CC et 8 LVPAE).²⁸⁵

Les décisions de placement, de maintien ou de refus de libération et les décisions relatives à la mise en œuvre d'un traitement sans le consentement ou de mesures limitant la liberté de mouvement émanant d'un médecin ou de l'institution peuvent faire l'objet d'un recours auprès du juge de paix (art. 439 al. 1 CC et 10 LVPAE).²⁸⁶

La qualité pour recourir est reconnue à la personne concernée et à ses proches, à condition que ces derniers soient capables de discernement et jouissent d'un intérêt digne de protection. Le délai de recours est de dix jours à compter de la notification de la décision. Un appel au sujet de mesures limitant la liberté de mouvement peut toutefois intervenir en tout temps (art. 450b al. 2 et 439 al. 2 CC). Le recours doit revêtir la forme écrite et n'a pas besoin d'être motivé (art. 450e al. 1 CC). Il est généralement dépourvu de l'effet suspensif (art. 450e al. 2 CC). En principe, l'instance judiciaire rendra sa décision dans les 5 jours ouvrables suivants le dépôt du recours (art. 450e al. 5 CC).²⁸⁷

g) Mesures ambulatoires

L'art. 437 CC habilite les cantons à régler la prise en charge de la personne concernée à sa sortie de l'institution et à prévoir des mesures ambulatoires.²⁸⁸ Le canton de Vaud a fait usage de cette possibilité en adoptant l'art. 29 LVPAE. Au sens de cette disposition, un médecin habilité par le droit cantonal ou l'autorité de protection de l'adulte peut prescrire des soins ambulatoires (intervention d'un organisme de soins à domicile, participation à des séances de psychothérapie ou fréquentation d'une clinique de jour ou de nuit) en lieu et place du placement à des fins d'assistance ou pour assurer le suivi de la personne concernée lors de sa sortie de l'établissement.

D'une manière générale, les mesures ambulatoires s'adressent aux patients faisant preuve de compliance et étant coopératifs. Elles atteindront leurs objectifs avec succès, lorsque la personne concernée y a consenti. Elles se montreront efficaces, si cette dernière se montre sensible aux menaces de placement ou de retour en institution. Elles n'auront toutefois aucun effet sur les patients les plus affectés. Ajoutons que la doctrine se montre divisée sur l'admissibilité du traitement ambulatoire forcé. Selon certains auteurs²⁸⁹, la médication forcée

²⁸⁵ P. MEIER/S. LUKIC, p. 340

²⁸⁶ Ibidem

²⁸⁷ L. AMEY/R. CHRISTINAT, pp. 333-334 et 336-337

²⁸⁸ Idem, p. 322

²⁸⁹ H. SCHMID, ad art. 437 CC N 5

est inadmissible. Selon d'autres auteurs²⁹⁰, la médication forcée n'est pas exclue en théorie, mais paraît inconcevable en pratique. Selon d'autres auteurs²⁹¹, la médication forcée, étant autorisée en institution, est admissible sous la forme ambulatoire, en application du principe de proportionnalité. Le législateur cantonal devrait toutefois adopter une base légale formelle reprenant des conditions analogues à celles de l'art. 434 CC.²⁹²

Le canton de Vaud semble avoir été sensible à ces difficultés pratiques. Considérant que les mesures ambulatoires se montrent plus respectueuses de la liberté personnelle que le placement à des fins d'assistance, il a prévu la possibilité de prescrire une médication sous forme ambulatoire. Toutefois, l'interprétation littérale de l'art. 29 al. 4 LVP AE ne semble pas nous permettre de conclure à son exécution par voie de contrainte. Bien au contraire, elle paraît préconiser de prononcer le placement ou la réintégration en institution, lorsque la personne concernée se soustrait aux contrôles prévus ou compromet de toute autre façon le traitement ambulatoire. Cet article étant néanmoins sujet à interprétation, il faudra attendre une décision jurisprudentielle pour être fixé sur la question de l'exécution forcée.²⁹³

II. PRATIQUES PROFESSIONNELLES

A. Généralités

Dans les sections précédentes, les mesures de contrainte ont fait l'objet d'une approche théorique. L'analyse effectuée nous a permis de démontrer que le recours à la contrainte ne s'inscrivait pas dans la relation thérapeutique traditionnelle, heurtant parfois les représentations personnelles et professionnelles des soignants. Juridiquement, elles nous ont conduit à relever que leur mise en œuvre était contraire à la liberté personnelle et aux principaux droits du patient qui en dérivent. Les mesures limitant la liberté de mouvement, le traitement sans le consentement, la contention médicamenteuse et le placement à des fins d'assistance doivent ainsi respecter des conditions strictes qui trouvent leur fondement dans des normes juridiques.

Ceci étant dit, il s'agit à présent de s'intéresser à la pratique médicale relative à la contrainte. Les sections suivantes traiteront, dans un premier temps, des mesures de contrainte dans les hôpitaux psychiatriques, les établissements médico-sociaux et les centres médico-sociaux. Elles aborderont, dans un second temps, les difficultés rencontrées par les professionnels de la santé.

A titre de précision, les sections suivantes se fondent principalement sur des rapports et des interviews réalisés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte. On

²⁹⁰ P. MEIER/S. LUKIC, p. 336

²⁹¹ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 336 et 337 ; HelbingKomm/ROSCH, ad art. 437 N 4

²⁹² L. AMEY/R. CHRISTINAT, pp. 323-325

²⁹³ Note juridique interne relative à la révision du Code civil suisse, p. 7

notera toutefois que la législation vaudoise en matière de mesures de contrainte, abrogée par les nouvelles dispositions du Code civil, était, pour l'essentiel, similaire à cette nouvelle réglementation. Ainsi, bien que la pratique devrait demeurer telle quelle, il n'est pas possible d'exclure toute modification pour l'avenir.

B. Pratique des hôpitaux psychiatriques

Depuis une dizaine d'années, la prise en charge des patients psychiques a été remise en question dans le canton de Vaud. Le législateur cantonal, soucieux des droits du patient, a adopté la loi sur la santé publique le 29 mai 1985. Cette loi a permis de rompre avec la conception paternaliste de la médecine qui était encore de mise il y a une quarantaine d'années. Elle a également favorisé les débats politiques relatifs aux mesures de contrainte. L'efficacité de telles mesures n'ayant pas pu être démontrée scientifiquement, une réflexion au sujet de leur pertinence a été engagée. La pratique des hôpitaux psychiatriques s'en est trouvée fortement modifiée. Soignants, éthiciens, politiciens, associations de patients et juristes ont redoublé d'effort pour réduire la contrainte et la codifier. Malgré la recherche de mesures alternatives, ils ne sont toutefois pas parvenus à la supprimer.²⁹⁴ Le Professeur Jacques Gasser admet à ce titre que l'abolition des mesures de contrainte en psychiatrie est illusoire, ces dernières étant inhérentes aux maladies mentales. Il poursuit en mentionnant que les mesures de contrainte doivent être utilisées à bon escient, notamment être commandées par les intérêts objectifs du patient et ne pas servir « d'oreiller de paresse » au personnel soignant.²⁹⁵ Cela étant dit, la situation dans les établissements psychiatriques se présente actuellement telle que décrite dans les paragraphes suivants.

Les hôpitaux psychiatriques utilisent divers moyens de coercition. Les premiers interviennent au stade de l'admission. Selon le Professeur Gasser, environ 50% des patients sont hospitalisés contre leur gré.²⁹⁶ Parmi ces derniers, certains sont admis d'office, d'autres sur demande de l'autorité. L'hospitalisation a lieu d'office lorsque la personne est admise en établissement psychiatrique sur ordre d'un médecin extérieur à l'institution. L'hospitalisation intervient sur demande de l'autorité lorsque la personne est admise en établissement psychiatrique suite à une décision de l'autorité de protection de l'adulte.²⁹⁷ Cependant, que la demande de placement émane d'un médecin ou de l'autorité de protection de l'adulte, le patient est soumis aux règles sur le placement à des fins d'assistance (art. 426 et ss CC). S'agissant de l'impact de l'admission contrainte, nous mentionnerons que des études scientifiques ont démontré que les hospitalisations non volontaires engendrent des symptômes de stress post-traumatique chez 11 à 52% des patients. Nous noterons également que le

²⁹⁴ Rapport relatif aux mesures de contention dans les hôpitaux psychiatriques du Canton de Vaud, pp. 2-7

²⁹⁵ Commentaire oral du Professeur Jacques Gasser, Chef du Département de psychiatrie du CHUV, du 19 novembre 2012

²⁹⁶ Idem

²⁹⁷ http://www.chuv.ch/chuv_home/patients-et-familles/chuv-patients-deroulement-sejour/chuv-patients-deroulement-prise-en-charge/chuv-hospitalisation-psychiatrie.htm, consulté le 22 janvier 2013

sentiment de coercition ne dépend pas uniquement du caractère volontaire ou involontaire de l'hospitalisation. En effet, bon nombre de patients ayant consenti à leur hospitalisation ont cédé à des pressions familiales, environnementales et/ou médicales. 5 à 10% des patients volontaires admettent ainsi avoir été sujets à une forme de contrainte. Le caractère non volontaire de l'hospitalisation est également reconsidéré, a posteriori, chez 35 à 45% des patients admis contre leur volonté. On indiquera finalement que la plupart des patients, qu'ils soient hospitalisés avec ou sans leur assentiment, reconnaissent, durant leur hospitalisation ou quatre à huit semaines après leur sortie, la nécessité de leur internement, malgré un éventuel sentiment de coercition.²⁹⁸

Durant son séjour en établissement psychiatrique, le patient, mettant sa vie, son intégrité corporelle ou celle d'autrui en danger ou perturbant gravement la vie communautaire, peut faire l'objet de mesures de contrainte, telles que l'isolement, l'enfermement, l'attachement, la contention médicamenteuse ou le traitement forcé. Dans le canton de Vaud, l'isolement en chambre de soins intensifs, la contention médicamenteuse et le traitement forcé sont les mesures de contrainte les plus fréquemment utilisées par les hôpitaux psychiatriques. Ayant conduit à des décès ou autres blessures graves, l'attachement est employé à titre exceptionnel et ne concerne ainsi qu'une personne par année.²⁹⁹ En outre, la prise en charge du patient diverge quelque peu en psychiatrie adulte, en psychogériatrie et en pédopsychiatrie. En psychiatrie adulte, les praticiens ont reconnu que le recours aux mesures de contrainte était envisageable en cas d'agitations causées par des substances psychoactives, de risques majeurs d'automutilation chez les patients atteints de graves troubles de la personnalité, de graves décompensations chez les patients maniaques ou schizophrènes ou de risques de fugue mettant sérieusement la personne concernée ou autrui en danger.³⁰⁰ En psychogériatrie, les praticiens ont admis que l'emploi de mesures de contrainte pouvait être justifié en cas d'état confusionnel avec agitation et de troubles du comportement chez les patients souffrant de la maladie d'Alzheimer. En outre, le recours aux mesures de contention dans le but de prévenir des chutes est controversé. L'expérience démontre que l'usage de barrières de lit ne doit pas être banalisé. En effet, des risques d'affections nosocomiales, d'escarres, de confusion et d'agitation ou de déconditionnement musculaire ont été identifiés. Par conséquent, des mesures alternatives, telles que des modifications architecturales ou environnementales, doivent être identifiées et appliquées. Des mesures compensatoires, telles que des activités récréatives ou toute autre approche permettant de réduire la douleur et les angoisses, doivent également être envisagées et mises en œuvre.³⁰¹ En pédopsychiatrie, les praticiens préconisent l'abandon des mesures de contrainte au profit de programmes spécifiques de gestion de la violence. La prise en charge du mineur peut également nécessiter le suivi d'un programme peu stimulant ou d'un programme journalier régulier, la prise de repas en chambre ou un

²⁹⁸ Y. KHAZAAL/C. BONSACK/F. BORGEAT, pp. 515-516

²⁹⁹ Commentaire oral du Professeur Jacques Gasser, Chef du Département de psychiatrie du CHUV, du 19 novembre 2012

³⁰⁰ Rapport relatif aux mesures de contention dans les hôpitaux psychiatriques du Canton de Vaud, pp. 7-9

³⁰¹ Idem, pp. 9-15

accompagnement individuel soutenu. Des mesures de contrainte, telles que la contention physique permettant d'immobiliser le patient en usant de la force physique du soignant ou la contention médicamenteuse, peuvent néanmoins être utilisées lorsque l'enfant est sujet à une grave décompensation. L'attachement n'est pas utilisé. L'isolement en chambre de soins intensifs n'est requis que deux à trois fois par an.³⁰²

Selon le Professeur Gasser, les psychiatres essaient, dans la mesure du possible, de respecter l'autonomie du patient. Ils effectuent des entretiens cliniques, afin de dialoguer avec celui-ci. Ils l'informent et recherchent son assentiment au plan de traitement. Ils tiennent compte de ses directives anticipées. Ils l'associent au processus de soins, afin de favoriser sa guérison.³⁰³ Un traitement forcé ou une contention médicamenteuse n'est autorisé que moyennant le respect des principes généraux de la pharmacopée. Ils ne peuvent être administrés que si la personne concernée est incapable de discernement et sujette à une crise aiguë. La prescription doit en outre être supervisée par un médecin cadre. Quant aux mesures restrictives de la liberté de mouvement, elles doivent être mises en œuvre selon un protocole strictement établi, être documentées et faire l'objet d'une surveillance appropriée.³⁰⁴

Bien que nous puissions observer une amélioration notable de la pratique des hôpitaux psychiatriques, des progrès peuvent encore être faits. D'une part, l'accent doit être mis sur la formation du personnel soignant. Le corps médical doit en outre être sensibilisé à la gestion des situations de crise, aux risques inhérents à la contrainte et aux mesures alternatives à la contrainte. D'autre part, du personnel supplémentaire doit pouvoir être engagé. En effet, les carences en personnel empêchent de procéder à un accompagnement personnalisé du patient, rendant parfois le recours aux mesures de contention inévitable. Finalement, les patients doivent être encouragés à rédiger des directives anticipées.³⁰⁵ Selon le Professeur Gasser, ces dernières sont particulièrement utiles en psychiatrie. Elles permettent d'entrer en discussion avec le patient et de le rendre acteur de son traitement. Elles permettent également de diminuer le risque de rechute en cas de troubles récurrents.³⁰⁶ A ce titre, nous noterons que l'entretien de sortie prévu par l'art. 436 CC poursuit les mêmes objectifs que les directives anticipées, à savoir, la collaboration avec le patient. Ainsi, cet instrument se révélera, sans aucun doute, bénéfique à l'avenir.

³⁰² Rapport relatif aux mesures de contention dans les hôpitaux psychiatriques du Canton de Vaud, pp. 15-18

³⁰³ Commentaire oral du Professeur Jacques Gasser, Chef du Département de psychiatrie du CHUV, du 19 novembre 2012

³⁰⁴ Rapport relatif aux mesures de contention dans les hôpitaux psychiatriques du Canton de Vaud, pp. 19-20

³⁰⁵ Y. KHAZAAL/C. BONSACK/F. BERGEAT, p. 516

³⁰⁶ Commentaire oral du Professeur Jacques Gasser, Chef du Département de psychiatrie du CHUV, du 19 novembre 2012

C. Pratique des établissements médico-sociaux

1. Mesures de contrainte et EMS

Les mesures de contrainte sont couramment utilisées dans les établissements médico-sociaux. Selon Christian Weiler, « *les EMS se doivent d'offrir un cadre de vie approprié à l'handicap* ». Les mesures de contrainte font ainsi partie de la mission de ces institutions. Elles se révèlent indispensables pour éviter de graves atteintes à la santé des personnes âgées et ne peuvent être éliminées en gériatrie, tout comme en psychogériatrie. Une réflexion au sujet de leur mise en œuvre doit toutefois être opérée, afin d'éviter tout risque d'abus.³⁰⁷ Cela étant mentionné, la pratique des établissements médico-sociaux apparaît telle que relatée dans les paragraphes suivants.

L'AVDEMS a édicté un certain nombre de recommandations en matière de mesures de contrainte dans les EMS. Elle préconise une approche centrée sur les besoins du résident et le suivi de sept étapes lors de l'usage de mesures de contrainte.³⁰⁸

Durant la première étape, le personnel médico-social collecte des informations et renseigne le résident et son représentant dans le domaine médical. La récolte des informations nécessaires au suivi du résident s'opère en questionnant les divers partenaires du réseau de soins ainsi que le résident et ses proches. Le personnel doit notamment demander si d'éventuelles mesures restrictives de liberté étaient mises en œuvre avant l'entrée en EMS. Pour satisfaire à son devoir d'information, le personnel doit notamment renseigner le résident et son représentant dans le domaine médical sur les prestations fournies par l'établissement, son organisation ainsi que sur ses contraintes architecturales, organisationnelles et sécuritaires. L'information doit également porter sur la politique de l'institution en matière de mesures de contrainte. En effet, les proches du résident doivent être sensibilisés à cette problématique.³⁰⁹ Selon Monsieur Weiler, une des difficultés des professionnels de la santé réside dans la gestion des proches. Face aux mesures de contrainte, ces derniers se montrent ambivalents. D'une part, ils souhaitent que l'institution prenne des mesures de protection. D'autre part, ils désirent favoriser l'autonomie de la personne âgée. Les questions relatives à la gestion des risques ainsi que celles concernant les dangers liés à l'usage des mesures de contrainte doivent ainsi être abordées avec eux.³¹⁰

Durant la seconde étape, le personnel médico-social observe le résident dans son nouveau lieu de vie. Il analyse ses réactions et se questionne sur ses besoins. Il note les événements qui le conduisent à penser qu'une mesure de contrainte est nécessaire. La sécurité et la dignité du résident se trouvent au cœur de sa réflexion. En effet, le personnel relate les dangers encourus

³⁰⁷ Commentaire oral de Monsieur Christian Weiler, Directeur de la Fondation Primoche, du 23 novembre 2012

³⁰⁸ Réflexions et recommandations de l'AVDEMS sur les mesures de contrainte en EMS, p. 10

³⁰⁹ Idem, p. 11

³¹⁰ Commentaire oral de Monsieur Christian Weiler, Directeur de la Fondation Primoche, du 23 novembre 2012

par le résident et par les tiers et se détermine sur la question de leur acceptabilité. Il porte une attention particulière à l'hygiène du résident et à la préservation de son intimité.³¹¹

Durant la troisième étape, le personnel médico-social entame une discussion avec le résident et/ou son représentant dans le domaine médical. Le soignant fait part de ses observations et de sa réflexion au sujet des mesures de contrainte envisagées. Il négocie la mise en œuvre de l'une de ces mesures avec ceux-ci. L'avis du résident incapable de discernement est pris en compte dans la mesure du possible. En effet, ce dernier doit pouvoir gérer son projet de vie.³¹²

Durant la quatrième étape, le personnel médico-social choisit la mesure de contrainte dans le respect des exigences légales. Il veille tout particulièrement au respect du principe de proportionnalité.³¹³ Dans certaines situations, le choix entre respect de l'autonomie du résident et devoir de protection s'avère cornélien. Afin d'aider les professionnels de la santé dans leur prise de décision, l'association ARPEGE a développé un logiciel de gestion de la contrainte nommé « GesCo ». Ce logiciel est particulièrement intéressant s'agissant de la recherche de mesures alternatives. A titre d'illustration, il prévoit une quinzaine de mesures alternatives aux barrières de lit, notamment la surveillance par le personnel soignant, la famille ou le voisin de chambre, l'utilisation d'un tapis de sol ou d'un tapis alarme, le port de protège hanche ou d'un casque, l'utilisation d'un détecteur de chute ou d'un détecteur de lit, le changement de position du lit, la mise en place de matelas au sol ou encore l'achat d'un lit spécialement bas.³¹⁴

Durant la cinquième étape, le personnel médico-social applique la mesure de contrainte. La personne en charge de la situation doit, en principe, être experte dans le domaine de la gérontologie.³¹⁵

Durant la sixième étape, le personnel médico-social se charge de l'encadrement et de la surveillance de la mesure de contrainte. Il renforce la surveillance durant toute la durée de la mesure et établit un protocole détaillé.³¹⁶ Il vérifie également que le résident ne s'oppose pas fortement à la mesure. En présence de vives contestations, il optera rapidement pour une autre mesure de contrainte. Lorsque la communication avec le résident est devenue impossible en raison d'une grave incapacité de discernement, le professionnel de la santé maintiendra la mesure de contrainte s'il observe que celle-ci ne cause pas de souffrance particulière au résident et la supprimera dans le cas contraire. Mentionnons d'ailleurs que cette méthode est utilisée dans le cadre des soins palliatifs.³¹⁷

³¹¹ Réflexions et recommandations de l'AVDEMS sur les mesures de contrainte en EMS, pp. 12-14

³¹² Idem, pp. 14-16

³¹³ Idem, pp. 16-17

³¹⁴ <http://www.arpege-vd.ch/gesco/exemple-de-contrainte/>, consulté le 31 janvier 2013

³¹⁵ Réflexions et recommandations de l'AVDEMS sur les mesures de contrainte en EMS, p. 17

³¹⁶ Idem, p. 18

³¹⁷ Idem, p. 12

Durant la septième étape, le personnel médico-social instaure des mesures de compensation. Il prévoit notamment des activités récréatives, telles que la lecture et les jeux, et favorise la mobilité du résident par le biais de promenades.³¹⁸

2. Inspections de la CIVEMS

La CIVEMS est un organisme d'inspection, rattaché conjointement au Service des assurances sociales et de l'hébergement et au Service de la santé publique. Elle assure la surveillance et le contrôle des EMS en effectuant des visites périodiques non annoncées ou sur demande de la Commission des plaintes ou des services susmentionnés.³¹⁹

Les inspections sont généralement réalisées par une infirmière, une assistante sociale et une diététicienne. A l'aide d'une grille d'évaluation, elles vérifient que les exigences légales cantonales, notamment celles relatives à l'autorisation d'exploiter, et les exigences légales fédérales, notamment celles relatives aux mesures restrictives de la liberté de mouvement et à la protection de la personnalité du résident incapable de discernement séjournant en institution, sont respectées.³²⁰

Durant la première partie de l'inspection, les inspectrices visitent certaines chambres ainsi que les locaux communs. Elles observent les résidents et le personnel lors des soins de base, des animations et des repas. Elles s'entretiennent avec ces derniers. Elles s'assurent tout particulièrement que la communication avec le résident est adéquate et que la dignité, l'intimité, la sécurité et l'autonomie de celui-ci sont sauvegardées. Utilisées à mauvais escient, les mesures limitant la liberté de mouvement ne garantissent pas la sécurité et l'autonomie du résident. La grille d'évaluation prévoit ainsi une disposition y relative : la norme 2.4. Cette norme, qui reprend les exigences légales en matière de mesures de contention, est conçue comme un instrument de mesure de la contrainte. En effet, elle permet aux inspectrices de vérifier le caractère exceptionnel des mesures limitant la liberté de mouvement.³²¹ Pour effectuer leur constat, elles procèdent de la manière suivante. Dans un premier temps, elles recensent les mesures de contention généralement considérées comme interdites, notamment les barrières de lit, les attaches, les tablettes fermant les fauteuils, les armoires, fenêtres ou portes fermées à clef, les drap « Zewi » empêchant certains mouvements, les fauteuils coques et toutes autres mesures analogues. Dans ce cadre, elles ne comptabilisent pas les mesures de contention mises en œuvre à la demande du résident, la contention médicamenteuse et les mesures de contention tolérées, à savoir, les bracelets anti-fugue, les tapis alarmes, les capteurs de présence, les caméras, les pyjamas fermés et les mitaines. Elles veillent toutefois à ce que ces mesures soient documentées. Elles identifient en outre les « situations particulièrement graves », à savoir, les situations où un résident subit

³¹⁸ Réflexions et recommandations de l'AVDEMS sur les mesures de contrainte en EMS, pp. 22-23

³¹⁹ <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/quels-contrôles/la-qualite/>, consulté le 23 janvier 2013

³²⁰ Idem

³²¹ Rapport explicatif de la CIVEMS relatif aux inspections ciblées, pp. 7-12

plusieurs mesures de contrainte de jour comme de nuit. Dans un second temps, elles s'entretiennent avec le personnel de l'établissement. Elles vérifient que ce dernier a été sensibilisé à la question des mesures de contrainte et que des mesures alternatives ont été recherchées et écartées avec raison. Elles contrôlent également que la prise en charge des résidents, sujets aux mesures de contention, est irréprochable. Les chiffres ayant été recensés, les inspectrices inscrivent la mention « atteint » lorsque l'EMS comptabilise entre 0 à 25% de mesures de contention, « partiellement atteint » lorsque l'EMS comptabilise entre 25 et 50% de mesures de contention et « non atteint » lorsque l'EMS comptabilise plus de 50% de mesures de contention ou en cas de constat d'une « situation particulièrement grave ».³²²

Durant la seconde partie de l'inspection, les inspectrices contrôlent le respect des exigences légales en matière de dotation et de qualification de personnel. Elles consultent également les dossiers des résidents et analysent les protocoles de référence.³²³ En application de la norme 4.3 de la grille d'évaluation, elles portent leur attention sur le protocole des mesures de contrainte. L'EMS doit présenter une directive interne conforme aux exigences légales (art. 383 et 384 CC et 23d LSP). Il doit également documenter chaque mesure de contrainte à l'aide d'un formulaire individuel. Pour satisfaire aux exigences fédérales, ce formulaire doit contenir au moins le nom de la personne ayant décidé de la mesure ainsi que le but, le type et la durée de la mesure. Pour satisfaire aux exigences cantonales, il doit également décrire les raisons ayant conduit à l'échec des mesures alternatives, relater les mesures compensatoires prévues, faire part des moyens de surveillance renforcée et contenir une évaluation individualisée. En fonction du respect de ces critères, elles attribuent la mention « atteint », « partiellement atteint » ou « non atteint ».³²⁴

Au terme de l'inspection, l'établissement reçoit un rapport écrit. Les EMS qui correspondent largement au standard cantonal, à savoir, ceux ayant plus de 80% des critères atteints, ayant au maximum deux critères non atteints et remplissant les exigences relatives à la dotation de personnel et aux mesures de contrainte, sont félicités. Les EMS qui correspondent au standard cantonal, à savoir, ceux ayant obtenu un résultat inférieur à celui énoncé ci-dessus et supérieur à celui énoncé ci-dessous, obtiennent des conseils, afin de pouvoir s'améliorer. Les EMS qui ne respectent pas le standard cantonal, à savoir, ceux ayant plus de 30% des critères non atteints et/ou ne remplissant pas les exigences relatives à la dotation de personnel ou aux mesures de contrainte, sont suivis par la CIVEMS et doivent prendre les mesures qui s'imposent pour rétablir leur conformité dans les meilleurs délais.³²⁵

Selon Madame Janine Resplendino, le fait de comptabiliser les mesures de contention n'est sans doute pas le meilleur instrument de contrôle. Il reste toutefois pertinent, sachant qu'il a

³²² Document interne de la CIVEMS relatif aux mesures de contrainte, pp. 2-3

³²³ Rapport explicatif de la CIVEMS relatif aux inspections ciblées, pp. 12-14

³²⁴ Document interne de la CIVEMS relatif aux mesures de contrainte, p. 4

³²⁵ Rapport explicatif de la CIVEMS relatif aux inspections ciblées, p. 5

permis de diminuer la contrainte en EMS.³²⁶ Nous rappelons à ce titre que la contention médicamenteuse ne fait pas l'objet de l'inspection. Le risque accru que les EMS recourent à la contention chimique pour faire baisser leur taux de contention ne doit pas être pris à la légère. Le contrôle des exigences relatives à la contention médicamenteuse serait donc souhaitable à l'avenir. Au surplus, cette méthode de contrôle devrait être axée sur les besoins individuels de chaque résident, plutôt que sur l'exigence d'exceptionnalité. En effet, en comptabilisant le nombre de mesures de contrainte auxquelles recourt une institution, nous répondons certes à l'exigence d'exceptionnalité, mais nous risquons également de favoriser des carences de protection. A l'avenir, il serait donc souhaitable que la CIVEMS procède à une meilleure pondération des critères, notamment que le respect des exigences légales annule la mesure de contention comptabilisée.³²⁷

D. Pratique des centres médico-sociaux

1. Mission et interventions

Dans le canton de Vaud, l'Association vaudoise d'aide et soins à domicile a pour mission d'aider les personnes dépendantes ou atteintes dans leur santé à rester dans leur lieu de vie, en garantissant la fourniture de prestations pluridisciplinaires. Pour mener à bien sa mission, l'AVASAD délègue à ses membres, les Associations ou Fondations régionales d'aide et soins à domicile, la gestion de centres médico-sociaux, d'Espaces Prévention et de centres de moyens auxiliaires qui se trouvent dans tout le canton.³²⁸

Les CMS réalisent la plupart des prestations d'aide et soins à domicile. Ils sont investis d'une mission d'intérêt public. En effet, des infirmiers, des ergothérapeutes, des diététiciens, des aides au ménage, des aides à la famille et des assistants sociaux œuvrent, afin de promouvoir, maintenir ou restaurer la santé des clients, optimiser leur autonomie, préserver leur intégration sociale et faciliter l'appui de leur entourage. Ils garantissent également leurs prestations à l'ensemble de la population vaudoise dans le respect des principes de non-discrimination et d'équité.³²⁹

Chaque intervention du CMS nécessite l'accord du client ou de son représentant dans le domaine médical. Le CMS commence par évaluer les besoins du client. Il établit ensuite un plan d'intervention recensant les objectifs, les moyens et les modalités de la prise en charge. Le plan d'intervention est finalement négocié avec le client. Notons que celui-ci est responsable de son maintien à domicile. Il assume notamment les risques résultant des décisions prises en connaissance de cause et contre l'avis du personnel soignant. Afin de

³²⁶ Commentaire oral de Madame Janine Resplendino, Cheffe de la division « qualité et profession de la santé » du Service de la santé publique, du 21 novembre 2012

³²⁷ Réflexions et recommandations de l'AVDEMS sur les mesures de contrainte en EMS, p. 19

³²⁸ Charte des CMS, p. 4

³²⁹ Idem, pp. 4 et 9

garantir une prise en charge optimale, le CMS collabore également avec le médecin traitant du client. Les prestations de soins sont en outre effectuées sous sa responsabilité et conformément à sa prescription médicale. Avec l'accord du client, le CMS coopère, dans la mesure du possible, avec son entourage. Les proches sont ainsi associés au projet de vie à domicile.³³⁰

Le CMS est parfois amené à intervenir dans des situations critiques. A titre d'illustration, certains clients sont éternellement insatisfaits des prestations du CMS. D'autres ont besoin de prestations dont la technicité dépasse les compétences et les ressources du CMS. D'autres mettent en danger l'intégrité corporelle des collaborateurs des CMS. D'autres encore, préférant clairement le maintien à domicile plutôt que le séjour en institution, se mettent gravement en danger. En présence de situations critiques, le CMS peut établir les limites de son intervention. Dans un premier temps, il peut régler contractuellement son intervention en négociant ses prestations et sa responsabilité avec le client, son médecin traitant et son entourage. Dans un second temps, il peut mettre un terme à son intervention en orientant le client vers un autre organisme de soins à domicile ou vers une autre institution sanitaire. Lorsque le client refuse toute aide extérieure et en cas de péril en la demeure, le CMS doit dénoncer la situation à l'autorité de protection de l'adulte, afin d'obtenir un placement à des fins d'assistance.³³¹

2. Mesures de contrainte et CMS

Avant d'aborder la question des mesures de contrainte, il faut avoir en mémoire que la spécificité de la pratique des CMS réside dans l'intervention à domicile. Les CMS sont en constante négociation avec le client et son entourage. Ils effectuent chacune de leurs prestations avec leur assentiment. Ils sont « invités » dans le lieu de vie du client ; la « pression institutionnelle » est ainsi inexistante. Cela étant dit, les mesures de contrainte ne devraient pas trouver application à domicile. Pourtant, les CMS y sont confrontés depuis quelques années.³³²

A domicile, la contrainte émane généralement des proches et est parfois reproduite par le personnel soignant qui manifeste des difficultés à l'identifier. Selon les consultantes du Service du Développement des Pratiques Professionnelles de l'AVASAD, il arrive que certains proches relèvent le défi d'un « maintien à domicile héroïque ». Un CMS a notamment été confronté à la situation suivante. Une dame souffre de graves troubles cognitifs. Son fils, désireux de respecter ses dernières volontés, ne souhaite pas la placer en EMS. N'étant pas en mesure de la surveiller vingt-quatre heures sur vingt-quatre, il l'enferme régulièrement dans

³³⁰ Charte des CMS, pp. 6-10

³³¹ Idem, pp. 12-13

³³² Commentaire oral des consultantes du Service du Développement des Pratiques Professionnelles de l'Association Vaudoise d'Aide et Soins à Domicile, du 26 novembre 2012

son appartement et demande aux collaborateurs des CMS de faire de même, après leur intervention.³³³

La contrainte à domicile devenant une pratique de plus en plus fréquente, l'AVASAD s'est penchée dernièrement sur cette question. Elle a constaté que les art. 383 à 385 CC réglaient uniquement les mesures limitant la liberté de mouvement en institution. Elle a également remarqué que les mesures de contrainte à domicile entraient dans le champ d'application de l'art. 23d LSP. Toutefois, cette disposition, en renvoyant aux règles du Code civil, ne prévoyait aucune exigence spécifique y relative. Elle en a conclu que la loi était lacunaire. Elle a donc édicté sa position institutionnelle en s'appuyant sur les grands principes tirés de ces dispositions. Elle a également invité les CMS à utiliser le contrat régissant les situations critiques lorsque l'utilisation de mesures de contrainte est constatée.³³⁴

La position institutionnelle de l'AVASAD relative aux mesures de contrainte se résume de la manière suivante : les mesures de contrainte sont en principe interdites ; dans des cas exceptionnels, elles peuvent toutefois être mises en œuvre moyennant le respect des conditions énumérées aux art. 383 et 384 CC et la rédaction d'un contrat régissant les situations critiques. Une mesure limitant la liberté de mouvement ne peut ainsi être imposée que si le client est incapable de discernement et si la mesure s'inscrit dans le respect du principe de proportionnalité. Dans ce cadre, le collaborateur du CMS doit s'assurer que la mesure de contention envisagée représente la meilleure alternative pour le client. Elle ne doit ni susciter sa résistance physique ou verbale, ni porter atteinte à sa dignité ou le mettre en danger. Elle doit également être la mesure la plus respectueuse de sa liberté personnelle. Elle doit en outre être imposée dans un but de protection. Le client doit ainsi mettre sa vie ou son intégrité corporelle en danger. La durée de la mesure doit aussi se montrer extrêmement brève. Dans le cas contraire, des mesures alternatives, notamment un court séjour en EMS ou une ou plusieurs journées dans un centre d'accueil temporaire, doivent être envisagées. Le client doit être informé au sujet de la mesure. Cette dernière doit notamment être négociée avec lui et ses proches. Enfin, la mesure doit être consignée dans le dossier médical du client.³³⁵

Au surplus, les proches ne sauraient contraindre le CMS à instaurer une mesure de contrainte. D'une part, le domicile n'est pas un lieu propice aux mesures de contrainte. En raison de l'intervention ponctuelle du CMS, la surveillance et l'assistance prescrites pendant toute la durée de la mesure ne peuvent pas être garanties. D'autre part, le respect des conditions légales est impératif, même si les proches décident d'instaurer une mesure de contrainte et

³³³ Commentaire oral des consultantes du Service du Développement des Pratiques Professionnelles de l'Association Vaudoise d'Aide et Soins à Domicile, du 26 novembre 2012

³³⁴ Idem

³³⁵ Idem

d'en assumer les conséquences. Finalement, le CMS doit dénoncer la situation de contrainte à l'autorité de protection de l'adulte lorsqu'il observe des signes de maltraitance.³³⁶

Cette approche de la contrainte à domicile est pragmatique. Elle répond d'une manière générale aux exigences légales et favorise d'une certaine manière l'autonomie du résident. En effet, le maintien à domicile est moins liberticide que le placement en institution. Comme le dit Monsieur Weiler : « *Il vaut mieux être maltraité chez-soi que malheureux dans une institution* ». ³³⁷

III. DIFFICULTES RENCONTREES PAR LES PROFESSIONNELS DE LA SANTE

Dans leur pratique, les professionnels de la santé sont confrontés à plusieurs difficultés. Certaines ont trait au droit à l'autodétermination du patient. D'autres sont directement en lien avec les mesures de contrainte. Les paragraphes qui suivent relateront ainsi quelques problèmes rencontrés par les soignants. Ils indiqueront aussi quels sont les outils mis à leur disposition pour les surmonter ou quelles sont les améliorations pouvant encore être apportées.

La première difficulté réside dans l'évaluation de la capacité de discernement. En effet, étant une composante du droit à l'autodétermination, le discernement doit être évalué avant tout acte médical et toute application de mesures de contrainte. Selon le Professeur Gasser, « *la question du discernement est spécialement difficile en psychiatrie, car les patients n'ont pas conscience de leur maladie* ». ³³⁸ Juridiquement, le discernement est présumé. Des doutes y relatifs peuvent toutefois naître en présence de jeunes enfants, de personnes affectées par une déficience mentale ou de personnes atteintes de troubles psychiques. Le médecin doit dès lors opérer une analyse au cas par cas. Il doit notamment tenir compte de l'acte à accomplir et du moment où celui-ci est effectué. Il ne peut pas associer automatiquement maladie mentale et incapacité de discernement. Il ne doit pas préjuger d'une incapacité de discernement lorsque la décision du patient paraît, selon des considérations personnelles et professionnelles, irrationnelle. Il ne peut pas conclure définitivement au discernement ou à l'absence de discernement, mais doit rester dans la nuance. ³³⁹ Afin d'aider le médecin dans sa prise de décision, deux outils ont ainsi été développés. D'une part, la capacité de discernement s'analyse à l'aide du « questionnaire de Silberfeld ». Le praticien demande au patient de résumer sa situation personnelle, d'exprimer ses préférences relatives aux traitements médicaux, de justifier ses choix, de raisonner sur les conséquences de sa décision et de

³³⁶ Commentaire oral des consultantes du Service du Développement des Pratiques Professionnelles de l'Association Vaudoise d'Aide et Soins à Domicile, du 26 novembre 2012

³³⁷ Commentaire oral de Monsieur Christian Weiler, Directeur de la Fondation Primeroche, du 23 novembre 2012

³³⁸ Commentaire oral du Professeur Jacques Gasser, Chef du Département de psychiatrie du CHUV, du 19 novembre 2012

³³⁹ Idem

réfléchir aux effets du traitement à court et à long terme. Il regarde ensuite si son récit présente des incohérences. D'autre part, la capacité de discernement s'analyse à l'aide des entretiens cliniques. Le praticien vérifie si le patient est conscient de son état de santé, capable de comprendre une information et apte à prendre une décision en connaissance de cause. Le patient doit notamment être en mesure d'analyser correctement sa situation personnelle et de comprendre les liens qui existent entre sa décision et ses conséquences.³⁴⁰

La seconde difficulté concerne le devoir d'information du médecin. En pratique, l'obligation de renseigner apparaît dans les hôpitaux comme une simple banalité. Ajoutons que certains médecins n'informent pas assez, étant persuadés que les patients ne sont pas en mesure de comprendre ou de supporter les explications relatives à leur état de santé. D'autres praticiens, en noyant les patients dans une mer de renseignements scientifiques, croient informer de manière convenable. Or, le respect du devoir d'information nécessite la capacité d'adapter le contenu et la forme de l'information en fonction de chaque patient. Certains soignants y parviennent tout de même parfaitement. Cependant, on constate que la communication entre professionnel de la santé et patient peut encore être améliorée. Il est notamment nécessaire que soignants et juristes cessent de faire la distinction entre patient psychique et patient somatique. Une différence de traitement n'est juridiquement envisageable que si elle se fonde sur le critère de la capacité de discernement. Il faut également perfectionner les instruments de communication. Le dialogue entre le patient et le médecin reste primordial. Il pourrait toutefois être assorti de prospectus, de dessins ou de vidéos. Finalement, il est nécessaire de sensibiliser les médecins à la dimension relationnelle de l'activité médicale et leur apprendre l'art de communiquer durant leurs études universitaires.³⁴¹

La troisième difficulté réside dans l'identification des mesures de contrainte. Mentionnons toutefois que ce problème concerne surtout les centres médico-sociaux. En effet, la contrainte émane principalement des proches du client. L'intervention des collaborateurs étant ponctuelle, la contrainte demeure souvent cachée. A titre d'illustration, il arrive que la famille d'une personne désorientée cache ses chaussures, afin d'éviter qu'elle sorte de chez-elle et se perde. Une telle mesure de contention est difficile à déceler. Il est également rare que le personnel soignant recense des plaintes du client. En effet, ce dernier se trouve dans la majorité des cas en situation de dépendance. Il se montre reconnaissant du soutien apporté par ses proches et est souvent sous l'emprise de la personne qui prend soin de lui. Au surplus, nous indiquerons que certains collaborateurs peu formés, tels que les aides au ménage ou les aides-soignants, ne sont pas habitués à la notion de contrainte. L'AVASAD est consciente de ces difficultés. Elle a édicté sa position institutionnelle en matière de mesures de contrainte et va prochainement former son personnel, afin que celui-ci dispose des outils nécessaires pour gérer la contrainte à domicile.³⁴²

³⁴⁰ P. CORBAZ, p. 31

³⁴¹ O. GUILLOD, *Le consentement éclairé*, pp. 70-74

³⁴² Commentaire oral des consultantes du Service du Développement des Pratiques Professionnelles de l'Association Vaudoise d'Aide et Soins à Domicile, du 26 novembre 2012

La quatrième difficulté a trait au choix inextricable entre deux principes éthiques antinomiques : le principe d'autonomie et le principe de bienfaisance. D'une part, l'éthique commande aux soignants de respecter la volonté du patient. D'autre part, elle leur prescrit de protéger la personne concernée contre toute atteinte à sa santé et de diminuer ses souffrances. Lorsque le professionnel de la santé applique une mesure de contrainte, il viole le principe de l'autonomie. Lorsqu'il s'en abstient, il viole le principe de bienfaisance. Il se trouve ainsi dans une position inconfortable. Cet inconfort est d'autant plus présent sachant que bon nombre de patients soumis aux mesures de contrainte souffrent physiquement et psychologiquement. Ce dilemme moral ne peut malheureusement pas être résolu. Il est toutefois certain que les soignants doivent respecter la loi et mener systématiquement une réflexion au sujet de la contrainte. Ils doivent notamment être attentifs au fait que la société accorde une importance particulière au principe d'autonomie et garder en mémoire que les mesures de contrainte présentent des risques pour le patient. Fort de ces constats, ils essayeront toujours de privilégier des mesures alternatives à la contrainte. Au surplus, ils agiront au plus près de leur conscience professionnelle.³⁴³

La cinquième difficulté réside dans le manque de ressources financières, les pressions exercées par les assurances et la crainte de l'ouverture d'une procédure pénale. Pour des raisons financières, les EMS et les hôpitaux psychiatriques ne peuvent pas engager plus de personnel. Or, le manque de soignants est un facteur à l'origine de la contrainte. Selon Monsieur Weiler, « *l'application de mesures de contention pourrait être évitée si deux professionnels s'occupaient en permanence d'une personne atteinte de la maladie d'Alzheimer. Financièrement, ceci n'est toutefois pas envisageable* ». ³⁴⁴ Ajoutons que de nombreux EMS succombent aux pressions exercées par les assureurs. En effet, ces derniers les menacent d'exercer leur droit de recours, arguant qu'ils ne respectent pas leur devoir de protection. Certaines mesures de contrainte sont donc mises en œuvre par précaution et pas par nécessité. Finalement, les professionnels de la santé sont tenus au respect des dispositions du Code pénal. Cherchant notamment à se protéger contre un procès pour lésions corporelles par négligence, ils sont amenés à appliquer des mesures de contrainte à titre préventif. Le choix entre respect du droit à l'autodétermination et devoir de diligence est délicat. Ici encore, les professionnels de la santé doivent effectuer une pesée des intérêts en présence. Le calcul des risques est primordial. Comme le dit Monsieur Weiler : « *le risque gouverne le choix* ». ³⁴⁵

La dernière difficulté concerne la gestion des proches. A domicile tout comme en EMS, la famille est associée au processus décisionnel. Elle demande la mise en œuvre de mesures de protection ou se montre totalement opposée aux mesures de contrainte malgré leur nécessité. Certaines situations deviennent ainsi source de conflits. Afin de régler ce genre de différends, le dialogue avec les proches est primordial. En raison des contraintes institutionnelles, la

³⁴³ P. CORBAZ, p. 50-57

³⁴⁴ Commentaire oral de Monsieur Christian Weiler, Directeur de la Fondation Primoche, du 23 novembre 2012

³⁴⁵ Idem

négociation est plus aisée en EMS. Le personnel analyse les risques encourus, se questionne sur leur acceptabilité, se demande si l'institution peut les assumer et sensibilise la famille au sujet des mesures de contrainte. Il prend ensuite une décision conciliante en tenant compte du cadre légal et de l'avis des proches.³⁴⁶ A domicile, la négociation est moins aisée. Sous réserve des cas de maltraitance qui doivent être dénoncés, il n'est pas possible d'interdire la contrainte lorsque celle-ci émane des proches du client. Le CMS peut toutefois établir les limites de son intervention, en établissant un contrat régissant les situations critiques. Il peut refuser d'appliquer des mesures de contrainte. Toutefois, avant de se décharger de toute responsabilité, il doit sensibiliser les proches à la problématique des mesures de contrainte et attirer leur attention sur le fait que la sécurité du client est compromise.³⁴⁷

³⁴⁶ Commentaire oral de Monsieur Christian Weiler, Directeur de la Fondation Primeroche, du 23 novembre 2012

³⁴⁷ Commentaire oral des consultantes du Service du Développement des Pratiques Professionnelles de l'Association Vaudoise d'Aide et Soins à Domicile, du 26 novembre 2012

CONCLUSION

En guise de conclusion, il convient de revenir brièvement sur les points essentiels de ce travail.

Originellement, les droits du patient découlent des droits fondamentaux et du droit fédéral relatif à la protection de la personnalité. Actuellement, ils sont expressément consacrés par les législations sanitaires cantonales et par certaines dispositions du nouveau droit de la protection de l'adulte. La reconnaissance des droits du patient a permis de faire évoluer la conception de la médecine. Du paternalisme médical, nous sommes passé à un véritable partenariat.³⁴⁸ Le médecin est tenu de pratiquer en observant les règles de l'art médical. Il doit en outre informer son patient de manière claire et appropriée sur son état de santé, les différents examens et traitements envisageables, leurs conséquences, leurs effets indésirables, les risques encourus en cas de refus de traitement, le pronostic et le coût de la prise en charge. Le patient capable de discernement a le droit de consentir aux soins de manière libre et éclairée.³⁴⁹ Il peut en outre faire perdurer son droit à l'autodétermination en rédigeant des directives anticipées ou en nommant un représentant thérapeutique pour le cas où il serait frappé d'une incapacité de discernement. Dans l'hypothèse où il n'aurait pas pris de dispositions personnelles anticipées, ses proches sont toutefois amenés à le représenter. Le médecin est tenu de respecter les décisions du patient ou celles de son représentant dans le domaine médical lorsque celles-ci sont prises librement et en connaissance de cause. Il ne peut en outre pas s'écarter des directives anticipées du patient, sauf si elles violent des dispositions légales ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de sa libre volonté ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée.³⁵⁰

Les mesures de contrainte sont des mesures prises contre la volonté exprimée ou présumée du patient. Elles permettent de gérer des situations cliniques complexes et sont ainsi étrangères à l'exercice habituel de la médecine. Les mesures de contrainte concernent principalement les personnes incapables de discernement. Elles peuvent revêtir plusieurs formes : les mesures limitant la liberté de mouvement, le traitement sans le consentement, la contention médicamenteuse qui s'apparente juridiquement au traitement sans le consentement, et le placement à des fins d'assistance. Chacune de ces mesures porte atteinte à la liberté personnelle du patient. Appliquées à mauvais escient, elles peuvent également se montrer

³⁴⁸ J.-M. DUC, p. 253

³⁴⁹ M. POGGIA, pp. 339-341

³⁵⁰ P. MEIER/S. LUKIC, pp. 116-121, 131, 154-158

contraires à la dignité humaine et être constitutives de traitements inhumains ou dégradants. Dans cette dernière hypothèse, elles sont bien évidemment interdites.³⁵¹

Etant liberticides, les mesures de contrainte ne font pas l'unanimité auprès des juristes et des médecins. Elles se révèlent toutefois nécessaires, dans certaines situations critiques, pour protéger le patient et les tiers ou préserver la vie communautaire. Elles doivent ainsi être admissibles dans le respect de conditions légales strictes. Ces conditions sont actuellement prévues par le nouveau droit de la protection de l'adulte. Au sens des art. 383 à 384 CC, les mesures restrictives de la liberté de mouvement ne peuvent être mises en œuvre que si elles permettent de prévenir un grave danger menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers ou si elles permettent de faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire. Elles doivent en outre s'inscrire dans le respect du principe de proportionnalité et faire l'objet d'un protocole.³⁵² Au sens des art. 380 et 433 à 435 CC, le traitement sans le consentement n'est autorisé que si le patient souffre de troubles psychiques et est placé à des fins d'assistance. Il faut en outre que celui-ci n'ait pas donné son assentiment au plan de traitement, que le défaut de traitement mette gravement en péril sa santé ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui, qu'il n'ait pas la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement et qu'il n'existe pas de mesures appropriées moins rigoureuses.³⁵³ Au sens des art. 379 et 435 CC, le traitement sans le consentement est aussi admissible en cas d'urgence.³⁵⁴ Au sens de l'art. 426 CC, le placement à des fins d'assistance est autorisé si la personne concernée souffre de troubles psychiques, est affectée par une déficience mentale ou se trouve dans un grave état d'abandon et si l'assistance et/ou le traitement nécessaire ne peuvent lui être fournis autrement.³⁵⁵

Les mesures de contrainte sont fréquemment utilisées par les professionnels de la santé en psychiatrie et en gériatrie. En effet, elles se révèlent indispensables pour protéger les patients vulnérables et permettent d'adapter le cadre de vie au handicap. En psychiatrie, 50% des patients sont admis en institution contre leur gré. Les patients psychiques sont, dans la mesure du possible, associés à la prise de décision médicale. Le traitement forcé semble ainsi rester une mesure d'*ultima ratio*. En raison de leur dangerosité, les mesures d'attachement ne sont utilisées que dans des cas exceptionnels. L'isolement en chambre de soins intensifs reste toutefois une pratique courante en psychiatrie adulte. En pédopsychiatrie, la tendance est à l'abandon des mesures de contrainte au profit de programmes de gestion de la violence.³⁵⁶ En gériatrie, l'usage des barrières de lit n'est plus banalisé. Le personnel socio-éducatif privilégie également la recherche de mesures alternatives pour répondre à l'exigence

³⁵¹ K. PÄRLI, pp. 362 et 367-369

³⁵² P. MEIER/S. LUKIC, pp. 165-169

³⁵³ Idem, pp. 325-332

³⁵⁴ Idem, pp. 153 et 333-334

³⁵⁵ Idem, pp. 302-310

³⁵⁶ Rapport relatif aux mesures de contention dans les hôpitaux psychiatriques du Canton de Vaud, pp. 7-18

d'exceptionnalité de la CIVEMS.³⁵⁷ A domicile, la contrainte émane principalement des proches. Les CMS sont actuellement au bénéfice d'une position institutionnelle claire s'appuyant sur le droit fédéral et cantonal en vigueur. L'AVASAD a également mis à leur disposition un contrat régissant les situations critiques, afin de clarifier la responsabilité de chaque acteur.³⁵⁸

Les professionnels de la santé sont confrontés à diverses difficultés dans leur pratique. Parmi ces dernières, nous recensons notamment les problèmes liés à l'évaluation de la capacité de discernement, à l'art de transmettre des informations médicales en les rendant accessibles pour chaque patient, à l'identification des mesures de contrainte et à la gestion des proches. Les choix entre principe de bienfaisance et principe d'autonomie et entre respect du droit à l'autodétermination et devoir de diligence ne sont pas aisés. Ils nécessitent la capacité d'analyse des risques encourus et la recherche systématique de mesures alternatives à la contrainte. Le logiciel GesCo, utilisé dans certains EMS, semble ici être un outil de travail précieux. Au surplus, les professionnels de la santé sont amenés à agir au plus près de leur conscience professionnelle.³⁵⁹

Ceci étant dit, il est regrettable que le législateur ait établi une distinction entre patient psychique et patient somatique. Cette distinction est juridiquement injustifiée, le seul critère pertinent étant la capacité de discernement. Elle se montre particulièrement dérangeante, car elle diminue la portée du droit à l'autodétermination des patients psychiques et risque de créer des confusions dans la pratique.³⁶⁰ Il est également regrettable que la contention médicamenteuse ne soit pas régie par une base légale spécifique. En effet, le nouveau droit de la protection de l'adulte la soumet aux dispositions sur le traitement médical. Or, contrairement au traitement médical, la contention médicamenteuse n'a pas de visée thérapeutique. Il s'agit bel et bien d'une mesure de contrainte qui mériterait, en raison de la gravité de l'atteinte portée à la liberté personnelle du patient, d'être strictement encadrée par la loi. Des risques d'abus sont à craindre. En effet, les EMS recourent fréquemment à la contention médicamenteuse. Dans certaines institutions, cette dernière est même utilisée comme mesure alternative aux mesures de contention. Ceci est d'autant plus inquiétant, sachant que la contention médicamenteuse n'est pas contrôlée par la CIVEMS. A l'avenir, il serait donc souhaitable que le canton de Vaud adopte une disposition spécifique pour la contention médicamenteuse, en s'inspirant de l'art. 434 CC. Il accroîtrait ainsi la protection des personnes incapables de discernement séjournant en institution.

Au surplus, des progrès peuvent encore être opérés. Il est notamment nécessaire de continuer à sensibiliser la population et le corps médical et paramédical à la problématique des mesures

³⁵⁷ Rapport explicatif de la CIVEMS relatif aux inspections ciblées, p. 10

³⁵⁸ Commentaire oral des consultantes du Service du Développement des Pratiques Professionnelles de l'Association Vaudoise d'Aide et Soins à Domicile, du 26 novembre 2012

³⁵⁹ P. CORBAZ, pp. 43-46 et 56-57

³⁶⁰ O. GUILLOD, *Traitement ou contrainte*, p. 187

de contrainte. Les patients doivent également être encouragés à prendre des mesures personnelles anticipées. Comme le dit Jean-Louis Barrault, « *La liberté, c'est la faculté de choisir ses contraintes* ». ³⁶¹

³⁶¹ <http://www.evene.fr/citation/liberte-faculte-choisir-contraintes-11916.php>, consulté le 19 février 2013