

DIRECTIVES  
ANTICIPÉES :  
DU NOUVEAU  
SOUS LE SOLEIL

SHIRIN HATAM

*Je n'étais plus moi-même, j'étais un autre,  
mais pour cette raison même je n'en étais que  
davantage moi-même. Robert Walser*

Dans la LT 35 de 2007, nous résumions le droit de la protection de l'adulte, cette modification du code civil (ci-après CC) entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2012, à « rien de bien nouveau sous le soleil ». Il faut malheureusement reconnaître que la biblique simplicité de ce constat est mal adaptée aux directives anticipées (ci-après DA) réglementées par le nouveau droit de la protection de l'adulte au titre des mesures personnelles anticipées. Il semble, en effet, que nous n'aurons pas assez d'un seul roi Salomon pour insuffler à cette contemporaine attention portée à la parole des patients la nécessaire sagesse de s'ouvrir à l'inédit et de respecter la confiance autant que la défiance de personnes aux prises avec leur mal et la sévère bienfaisance de la société contemporaine.

**UN TEMPS POUR SE TAIRE, UN TEMPS POUR PARLER**

Les DA viennent de loin. Elles sont nées avant la loi, de la volonté ferme autant qu'insurrectionnelle qu'avaient certains patients, particulièrement les patients psychiques, de se faire désormais entendre. Ainsi un Tribunal administratif a-t-il pu, en 1996<sup>1</sup>, considérer, en dehors de toute consécration législative fédérale ou cantonale, qu'il était illégal d'administrer des neuroleptiques à un patient qui les refuse, même pour l'empêcher d'adopter un comportement susceptible de mettre sa vie en danger, quand ce patient consentait à un autre traitement propre à lui sauver la vie. Que le choix du patient n'ait pas eu l'heur de plaire au corps médical de l'époque ne permit pas de passer outre la volonté raisonnable du patient. La liberté constitutionnelle s'épanouissait dans une nouvelle espèce d'espace.

C'est alors que les cantons s'emparèrent de la liberté et l'assaisonnèrent à leur façon. Un à un, au cours des années 2000, ils l'explicitèrent dans leurs lois de santé, contribuant par là à la faire connaître autant qu'à la canaliser et à en réglementer l'expressivité. Les lois suggéraient, en violation du code des obligations<sup>2</sup>, que les DA fussent écrites ; les hôpitaux se déclaraient ouverts mais, parfois, subrepticement, refusaient d'aider les patients à élaborer des DA déclinant le neuroleptique.

Ainsi coula l'eau sous les ponts et vint le temps de légiférer au niveau fédéral pour uniformiser les pratiques qui se développaient spontanément. Nous voici, au 1<sup>er</sup> janvier 2013, face à un nouveau droit, dont le maître mot, rappelé à l'envi par ses serviteurs, est qu'il favorise l'autonomie des personnes. À ceci près qu'il introduit une nouvelle emprise sur les patients psychiques, ainsi que diverses exceptions à la règle commune, pensées tout exprès pour eux.

**UN TEMPS POUR CHERCHER ET UN TEMPS POUR PERDRE**

La nouvelle loi autorise le traitement sans consentement à certaines conditions, restrictives il est vrai<sup>3</sup>. Le refus de se traiter durant un placement à des fins d'assistance (ci-après PAFA) est considéré comme un abus de droit par un message du Conseil fédéral<sup>4</sup>, affirmant par ailleurs favoriser l'autodétermination. Cette possibilité de traiter un patient psychique à rebours de sa volonté et de l'intelligence qu'il a de ses besoins et de ses ressources propres fut réclamée par des associations de proches au nom du légitime intérêt à ne pas épuiser sa sollicitude au long cours, malmenée par de désespérantes rechutes.

Il n'en demeure pas moins que, même relayée par une loi fédérale, l'aspiration à protéger l'un au détriment de la liberté de l'autre, doit être interprétée en conformité avec les principes suprêmes de protection de la personne, de son intégrité tant physique que psychique ainsi que de l'autonomie de sa volonté. Car ces valeurs sont gravées

dans le marbre de la Constitution fédérale, supérieure aux lois; elles en guident la compréhension jusqu'à l'accomplissement du plus petit geste médical.

## UN TEMPS POUR PLANTER...

### a. *Le décor des directives anticipées nouvelle mouture*

La validité des DA est soumise à de nouvelles exigences de forme : elles devront obligatoirement être écrites, datées et signées par leur auteur. Les DA pré-rédigées, proposées par les associations de patients seront formellement valables. Les DA pourront être inscrites sur la carte d'assuré. C'est en consultant celle-ci que le médecin sera renseigné sur leur existence. Il appartiendra, comme aujourd'hui, à l'auteur de DA de les faire connaître aux professionnels de la santé concernés<sup>5</sup>.

Les DA permettront également de désigner un représentant appelé à décider au nom d'une personne au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Si les DA n'indiquent pas de représentant, ce sont certains proches, désignés par l'article 378 CC, qui, de plein droit, représenteront le patient dans le domaine médical.

Une fois rédigées et communiquées, les DA devront être respectées par le médecin, sauf si elles violent des dispositions légales, ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient ou encore qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée. S'il ne peut pas respecter les DA, le médecin devra consigner dans le dossier médical le motif pour lequel il ne les a pas honorées<sup>6</sup>. Il devra alors s'en tenir à la volonté présumée et décider conformément aux intérêts de la personne incapable de discernement<sup>7</sup>.

C'est l'autorité de protection de l'adulte (ci-après APA) qui, sur demande des proches, tranchera les cas litigieux, par exemple lorsque les DA « ne sont pas respectées » ou qu'elles « ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient », ou encore « lorsque les intérêts du patient sont compromis ou risquent de l'être »<sup>8</sup>.

### b. *Avec la graine de leur dépérissement*

Il y a lieu de s'inquiéter du recours qui pourrait être abusivement fait à l'APA. Les proches, investis du pouvoir de soumettre les DA à l'intervention de l'APA, sont définis de façon beaucoup trop extensive dans le message du Conseil fédéral, qui précise à leur propos<sup>9</sup>: « sont également des proches le médecin traitant ou le personnel soignant ». Or il serait contraire au but d'autodétermination du patient poursuivi par le nouveau CC que l'APA puisse être saisie par un soignant qui estimerait que les intérêts du patient risquent d'être compromis par ses propres DA. Le recours prévu par cette disposition doit permettre de préserver l'autodétermination du patient, de faire respecter sa volonté, et non de la contester *in abstracto* au nom de l'intérêt supérieur d'une médecine efficace. À notre sens, il faut refuser la dilata-

tion *ad nauseam* du concept de proche, qui en trahit le sens commun autant que l'interprétation juridique usuelle. Dans tous les autres domaines du droit, il est reconnu que le proche doit s'entendre dans une acception restrictive : il s'agit de personnes qui vivent dans l'entourage les unes des autres et entretiennent entre elles des relations étroites<sup>10</sup>. En aucun cas le médecin traitant ou le personnel soignant ne répondent à ces critères et ne doivent pouvoir prétendre que des DA, qui expriment la libre volonté du patient, en compromettent les intérêts, médicalement objectivés. Le personnel soignant est suffisamment protégé contre des DA malaisées à respecter sans qu'il soit nécessaire de l'investir d'un droit de recours supplémentaire.

Le nouveau droit prétend également contrôler en partie le contenu des DA. En effet, si celles-ci permettent d'accepter ou de refuser un traitement médical, ou d'autres soins dispensés par d'autres professionnels de la santé, elles ne sauraient, selon le message du Conseil fédéral<sup>11</sup>, exiger un traitement qui ne soit pas indiqué sur le plan médical, ce qui suppose qu'il soit proposé par un médecin sur la base d'un diagnostic. Exit, donc, les demandes médicales novatrices qui ont permis à la médecine, étonnée, de se rapprocher des doutes et des questionnements qui font l'humanité du patient que nous sommes.

Quant aux DA dites sociales, qui se souciaient de la surveillance d'un animal domestique ou du paiement du loyer, elles disparaissent au profit du nouveau « mandat pour cause d'incapacité » qui, par principe, donne droit à une indemnisation appropriée du mandataire<sup>12</sup> et ne sera donc pas à la portée des bourses les moins garnies. Les DA n'ont donc plus d'autre aire où se déployer que médicale.

## ...ET UN TEMPS POUR ARRACHER CE QUI A ÉTÉ PLANTÉ

Tout ce qui a été dit plus haut sur l'efficacité des DA se nuance, va s'affaissant jusqu'à la transparence, lorsque un patient psychique est placé à des fins d'assistance puisque le nouveau droit a entendu ôter au patient placé le droit de s'opposer à un traitement nécessaire. Les DA en perdent leur force obligatoire et ne sont plus qu'à « prendre en considération » lors de l'établissement du plan de traitement<sup>13</sup>. Lequel plan de traitement pourra être prescrit contre la volonté du patient si le défaut de soins met gravement en péril sa santé ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui et si le patient n'a pas la capacité de comprendre la nécessité du traitement<sup>14</sup>.

### *La personne de confiance n'est pas un représentant*

Le patient en PAFA a le droit de faire appel à une personne de confiance pour l'assister<sup>15</sup>. Celle-ci a vocation, à teneur du message du Conseil fédéral, de décharger l'institution et, munie d'une procuration, elle aura accès à tous les documents concernant le patient et pourra lui rendre visite même si le droit de visite est restreint. Elle pourra participer à l'établissement du plan de traitement, mais, n'ayant pas davantage de droits que

le patient lui-même, elle ne pourra pas veiller au respect de DA qui contrediraient le plan de traitement.

### *Entretien de sortie ou propos de comptoir ?*

La loi envisage qu'un entretien de sortie ait lieu lorsqu'un risque de récidive existe, la loi envisage qu'un entretien de sortie ait lieu afin de prévoir la prise en charge thérapeutique en cas de nouveau PAFA<sup>16</sup>. Malheureusement, même à ces souhaits consensuels, la loi néglige d'accorder valeur obligatoire pour l'hôpital et le non respect des fruits de cet entretien au cours d'un PAFA ultérieur n'est pas sanctionné par la loi ni ne semble entraîner la responsabilité de l'hôpital.

### *Le cas d'urgence : une exception exceptionnelle*

L'urgence elle-même est soumise à une réglementation ad hoc en cas de PAFA. Alors que, à tout autre patient, le médecin administre les soins médicaux conformément à sa volonté présumée et ses intérêts de personne incapable de discernement, lors d'un PAFA la volonté de la personne n'est prise en considération que si elle est connue, sans qu'il soit nécessaire de la rechercher<sup>17</sup>; quant aux soins dispensés dans l'urgence, ils visent, non plus les intérêts de la personne concernée, mais sa protection ou, pire, celle d'autrui<sup>18</sup>.

### *Entrée libre, sortie entravée*

Enfin, un patient entré volontairement dans une institution peut être retenu durant trois jours sur ordre du médecin chef s'il met en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou celles d'autrui<sup>19</sup>. La loi oublie de nous dire si, pendant ce temps-là, il peut être soumis à des soins qui ne respecteraient pas ses DA.

## **PASSÉ LE TEMPS D'ABATTRE, VOICI CELUI DE BÂTIR :**

À première lecture, il pourrait sembler que les DA du patient psychique resteront lettre morte, puisque la loi tolère le traitement sans consentement du patient psychique en PAFA. Mais ce serait faire injure à la Constitution que de croire qu'elle laisserait se produire un tel revirement sans mettre un grain de liberté dans les rouages de l'hygiénisme bienveillant, sans permettre une interprétation émancipatrice des condescendantes intentions du législateur.

La Constitution fédérale, qui garantit le droit à l'autodétermination, est supérieure à la loi. Il en découle que la loi, fût-elle un code civil encore tout humide de son encre fraîche, doit être interprétée de façon conforme au droit qui lui est supérieur. Depuis 1964, le Tribunal fédéral admet que la liberté personnelle « protège l'homme contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque, à restreindre ou à supprimer la faculté qui lui est propre, d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation »<sup>20</sup>. Le droit à l'autodétermination du patient est donc garanti par la Constitution et le CC ne peut le limiter qu'à des conditions strictes, prévues par la Constitution<sup>21</sup>. Ainsi, chaque fois que la loi ne prévoit pas

*expressis verbis* que l'on puisse restreindre le droit du patient de voir respectées ses DA, il faut comprendre que ce droit existe, garanti par la Constitution. De plus, la loi qui prévoit clairement de limiter le droit du patient à l'autodétermination doit être interprétée conformément aux droits fondamentaux, de façon à ce que prévale, chaque fois que possible, la liberté personnelle du patient sur la faculté, octroyée à un tiers, de la limiter. Dès lors, le CC ne peut prévoir explicitement de limiter la faculté du patient de choisir son traitement que s'il poursuit un but d'intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui et qu'il n'existe pas, *in concreto*, de moyen moins incusif d'atteindre un tel but. Dans cette optique, il faut veiller scrupuleusement à ne pas confondre le bien-être ou le confort d'autrui, sa fatigue et sa détresse avec ses droits fondamentaux. En effet, les intérêts légitimes des tiers ne sont pas des droits constitutionnels qui pèseraient d'un poids égal à celui d'un patient au respect de son intégrité psychique, permettant de passer outre son consentement pour garantir le calme dans une unité hospitalière.

En outre, notre droit doit aussi respecter des engagements internationaux au nombre desquels la Convention d'Oviedo qui précise qu'une personne qui souffre d'un trouble mental grave ne peut être soumise, sans son consentement, à une intervention ayant pour objet de traiter ce trouble que lorsque l'absence d'un tel traitement risque d'être gravement préjudiciable à sa santé. La Convention n'envisage donc pas la possibilité de soigner un malade, lorsqu'il souffre d'un trouble psychique grave, dans le but de préserver l'intégrité corporelle d'autrui.

D'une lecture du code civil conforme à la Constitution et à la Convention d'Oviedo on retiendra que, dans tous les cas où le respect des DA permet d'atteindre le but de protection et d'assistance que vise la loi, il faut s'en tenir à la volonté connue ou présumée du patient et décider du traitement conformément à ses intérêts et en concertation avec sa personne de confiance, s'il en a une.

### *Les DA du patient*

Les DA du patient psychique qui n'est pas en PAFA restent entièrement valables dans les limites prévues par le nouveau droit, à savoir qu'elles respectent les conditions de forme, qu'elles soient connues et portent sur un traitement médicalement indiqué. S'agissant de cette dernière exigence, qui ne ressort pas de la loi mais de l'intention du législateur, il appartiendra à chacun de nous de ressusciter le partenariat thérapeutique là où le Conseil fédéral semble rêver de rétablir l'ancien empire du pouvoir médical sur la libre détermination du patient.

### *Les DA du patient en PAFA*

Ces DA doivent être pleinement respectées sauf si elles rendent impossible l'objectif poursuivi par le placement, qui est d'offrir à la personne le traitement ou l'assistance qui lui sont nécessaires. Cet objectif ne peut pas être atteint par des soins coercitifs, brutalisant l'idée que le patient se fait de sa dignité et

qui, loin de le soulager, l'inquiètent et peuvent l'entraîner à fuir désormais le secours de l'hôpital. Le nouveau droit ne donne nullement carte blanche aux médecins pour décider du traitement à l'encontre des désirs du patient.

Si les soins souhaités par le patient sont déraisonnablement coûteux, il ne doit être possible d'y renoncer que si le patient n'est pas en mesure de les financer, par une assurance privée par exemple. Il conviendrait toutefois que l'hôpital se batte aussi auprès des assureurs pour pouvoir dispenser des soins conformes à la volonté du patient lorsque ceux-ci sont appropriés et efficaces et qu'ils permettent de sauvegarder la juste confiance qu'un patient devrait avoir dans l'institution psychiatrique qui le reçoit, voire le séquestre, au pire moment d'une crise.

### *Le représentant est une personne de confiance*

Le représentant, désigné par DA, doit pouvoir faire office de personne de confiance lors d'un PAFA, si le patient n'a pas désigné une autre personne à cet effet. Il n'aura plus ses pouvoirs de représentant, mais pourra participer à l'élaboration du plan de traitement et veiller aux intérêts du patient, notamment en exigeant du médecin qu'il agisse de façon conforme au droit supérieur, lorsqu'il est dans une situation permettant de passer outre les DA.

### *L'entretien de sortie est une directive anticipée*

La loi use pratiquement des mêmes termes pour formuler la définition légale des DA que pour prévoir, au cours d'un entretien de sortie, une prise en charge thérapeutique concertée en cas de nouveau PAFA. Le silence de la loi sur le caractère contraignant de cet entretien de sortie pour l'équipe médicale doit être compris comme une lacune à interpréter conformément au droit supérieur, exigeant, sauf exception, le respect de l'autodétermination. Qui plus est, notre ordre juridique accorde une grande valeur aux contrats. Par conséquent, si l'entretien de sortie exprime la volonté libre du patient, consacrée par écrit, il ne pourra être trahi que s'il empêche d'atteindre le but d'un nouveau PAFA.

### *Le cas d'urgence n'est pas une exception à la Constitution*

Au regard de la Convention d'Oviedo il convient d'interpréter très restrictivement les dispositions légales qui envisagent le traitement d'urgence de l'un, souffrant d'un trouble mental grave, en vue de protéger l'autre, personnel soignant ou patient. Si le patient s'est déterminé par DA sur un traitement d'urgence, notamment en regard d'une précédente expérience, l'interprétation conforme au droit supérieur veut que l'on s'en tienne à ses DA sauf dans l'hypothèse où elles empêchent l'accomplissement du but légitime poursuivi. Or la protection du confort d'autrui n'est pas un but légitime.

### *Les DA du patient retenu pendant trois jours*

Le patient entré de son plein gré dans une institution psychia-

trique et qui s'y trouve retenu pendant trois jours sur ordre du médecin chef devra voir ses DA entièrement respectées tant qu'un PAFA n'a pas été formellement prononcé. En effet, il n'est pas question que l'institution qui retient une personne puisse la soigner contre sa volonté sans qu'une autorité externe ait constaté que les conditions d'un tel traitement sont remplies.

### **QUE LE VERBE DEVIENNE CHAIR**

Comme le non-respect des DA doit rester l'exception et se cantonner aux limites fixées par le droit supérieur fédéral et international, il faut encourager les personnes souffrant de troubles psychiques à faire des DA et à se choisir des représentants. *Dura lex*, mais ce n'est que la loi. Nous reste son interprétation, le garde-fou constitutionnel et un sens aigu de la valeur qu'on a, terreau des plus improbables conquêtes démocratiques.

<sup>1</sup> RDAF 1996 64

<sup>2</sup> Article 11 du code des obligations

<sup>3</sup> Article 434 CC

<sup>4</sup> FF 2006 6635 p. 67

<sup>5</sup> Pour un exemple de DA concernant principalement les personnes âgées voir <http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2012/2012-11-16.html>

<sup>6</sup> Article 372 CC

<sup>7</sup> Article 378 al. 3 CC

<sup>8</sup> Article 373 al. 1 ch. 1 et 2 CC

<sup>9</sup> Voir message du Conseil fédéral FF 2006 6635

<sup>10</sup> ATF 138 III 157 C.2.3.3

<sup>11</sup> FF 2006 6635

<sup>12</sup> Articles 360 et 366 CC

<sup>13</sup> Article 433 CC

<sup>14</sup> Article 434 CC

<sup>15</sup> Article 432 CC

<sup>16</sup> Article 436

<sup>17</sup> Article 379 CC

<sup>18</sup> Article 435 CC

<sup>19</sup> Article 427

<sup>20</sup> Auer, Malinverni, Hottelier *Droit constitutionnel suisse* vol II, Ed. Stämpfli SA, Berne, 2006, n° 339

<sup>21</sup> Article 36 Cst

<sup>22</sup> La Convention pour la protection des Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> novembre 2008, a donc valeur constitutionnelle.