

Effets du nouveau droit de la protection de l'adulte sur le traitement de patients incapables de discernement

Ursina Pally Hofmann Dr iur., avocate, cheffe suppléante du Service juridique

Première partie d'un article consacré aux modifications juridiques importantes pour le traitement des personnes incapables de discernement. Cette première partie présente les nouveautés en matière de traitements somatiques. La deuxième et la troisième parties de cet article, qui paraîtront dans les deux prochains numéros du BMS, aborderont respectivement le traitement psychiatrique et les premières expériences pratiques.

Le droit de la protection de l'adulte en vigueur depuis le 1er janvier 2013 entraîne quelques modifications relatives à la gestion du traitement médical des personnes incapables de discernement. Notre brochure intitulée «Bases juridiques pour le quotidien du médecin», dont la nouvelle édition a paru en 2013, explique, dans les grandes lignes, les nouveautés introduites par le droit de la protection de l'adulte. Ci-après, nous nous proposons, dans un premier temps, d'exposer dans le détail les règles qu'il convient de respecter dans le cadre du traitement médical de personnes incapables de discernement.

Puis la parole sera donnée à trois personnes qui appliquent le nouveau droit de la protection de l'adulte au quotidien. Ces personnes nous font part de leurs premières expériences y relatives. Cet article sera publié en plusieurs parties. Le numéro de ce jour présente les nouveautés en matière de traitements somatiques.

1. Traitement somatique stationnaire en hôpital de soins aigus ou ambulatoire

1.1 Directives anticipées et mandat pour cause d'inaptitude

Par le biais des directives anticipées ou du mandat pour cause d'inaptitude, le patient peut manifester sa volonté au sujet des traitements médicaux et/ou désigner une personne autorisée à le représenter.

La *volonté du patient*, consignée dans les directives anticipées ou le mandat pour cause d'inaptitude, a *force obligatoire* pour autant qu'elle soit suffisamment précise et que d'autres éléments n'amènent pas à conclure à une volonté contraire. Tel peut être le cas si ces documents n'ont pas été mis à jour pendant une longue période avant le traitement et/ou s'il existe d'autres indices laissant à penser que la volonté du patient telle que contenue dans ces documents n'est plus valable. Pour qu'une telle *dérogation* soit autorisée, il faut qu'il existe des indices concrets telles, notamment, des déclarations contraires du patient ou une avancée médicale importante offrant de nouvelles possibilités de traitement. Il ne suffit pas qu'une instruction paraisse inadéquate au médecin.

Les directives anticipées doivent en outre avoir été établies à un moment où le patient était capable de discernement. Elles ne doivent être suivies que si elles ne contreviennent à aucune prescription légale (par ex. le souhait d'une euthanasie active) et si elles se fondent sur la volonté librement formée du patient.

Les *directives anticipées* doivent revêtir la forme écrite et être datées et signées par le patient. Leur existence et leur lieu de dépôt peuvent être inscrits sur la carte d'assuré. Ces indications peuvent aussi figurer sur une petite carte glissée dans le portefeuille.

En raison du caractère exhaustif de ses effets, le *mandat pour cause d'inaptitude* doit soit être rédigé, daté et signé de la main même du patient, comme un testament, ou être passé en la forme authentique. Par ailleurs, le patient doit être non seulement capable de

discernement, mais également majeur au moment où le mandat pour cause d'inaptitude est établi [1]. Si le médecin s'écarte des instructions contenues dans les directives anticipées ou le mandat pour cause d'inaptitude, il est tenu d'en indiquer les raisons dans le dossier du patient [2]. Les personnes proches du patient, dont font également partie le personnel soignant ou le médecin traitant, peuvent saisir *l'autorité de protection de l'adulte* si les directives anticipées ne sont pas respectées, si les intérêts de la personne incapable de discernement ne sont plus protégés ou sont menacés, ou si les directives anticipées respectivement le mandat pour cause d'inaptitude ne se fondent pas sur la volonté librement formée de la personne concernée.

Dans ces cas, le médecin doit se demander quand il convient de se faire préalablement délier du secret professionnel [3]. Ce n'est pas nécessaire s'il s'agit par exemple de demander un représentant. Par contre, il est fortement recommandé de se faire délier du secret professionnel par l'autorité sanitaire cantonale avant de prendre des mesures d'ordre médical.

1.2 Représentant

Si la volonté du patient incapable de discernement ne peut pas être déterminée parce que celui-ci n'a pas laissé d'instructions à cet égard ou parce que de telles instructions ne peuvent pas être mises en oeuvre, il appartient au *représentant légal* de consentir au traitement.

Sont réputées représentants les personnes suivantes, dans cet ordre: 1. la personne désignée par les directives anticipées;

2. le curateur nommé pour représenter le patient dans le cadre de mesures médicales;

3. le conjoint ou le partenaire enregistré avec lequel le patient vit en ménage commun ou qui fournit à ce dernier une assistance personnelle régulière;

4. la personne faisant ménage commun avec le patient et lui fournissant une assistance personnelle régulière; suivent les descendants, les parents et, enfin, les frères et soeurs, s'ils fournissent au patient une assistance personnelle régulière. En cas de pluralité de représentants du même niveau, le médecin traitant peut présumer que chacun d'entre eux agit avec le consentement des autres, pour autant qu'il n'existe pas d'indices contraires. Les représentants doivent se prononcer sur les traitements médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts du patient. Si un patient est devenu incapable de discernement, *l'autorité de protection de l'adulte* doit être informée en cas de défaut de représentant, de doute sur l'existence de pouvoirs de représentation, de même que si les représentants ne veulent pas exercer leur pouvoir de représentation, si, en cas de pluralité de représentants, ceux-ci ont des avis divergents, ou encore si les intérêts de la personne concernée sont menacés [4].

1.3 Rôle du médecin selon le nouveau droit sur la protection de l'adulte

Le médecin est tenu de déterminer si le patient est incapable de discernement au moment du traitement.

Dans un tel cas, il doit *vérifier*, au moyen de la carte d'assuré du patient, *s'il existe des directives anticipées* pour autant que l'urgence de la situation ne requière pas d'action immédiate. Il doit en outre demander au patient ou à ses proches si de telles directives existent, cette indication n'étant pas obligatoire sur la carte d'assuré. En présence de directives anticipées, le médecin doit vérifier si celles-ci régissent la situation médicale concernée. A cet égard, il peut présumer qu'au moment de rédiger de telles directives, le patient disposait des indications nécessaires sur le traitement médical et qu'il renonce à toute information supplémentaire. La pratique montre toutefois que, dans de nombreux cas, les patients rédigent

des directives anticipées sans être au clair sur les possibilités médicales et leur portée [5]. Si le médecin parvient à la conclusion qu'il ne peut pas respecter les directives anticipées, il est tenu d'indiquer sa décision ainsi que les raisons qui la fondent dans le dossier médical du patient [6].

Le médecin est tenu d'établir un *plan de traitement* qu'il doit adapter à l'état de santé de la personne concernée et à l'évolution de la médecine, sous réserve d'indications contraires des directives anticipées, et de discuter de ce plan avec le représentant afin que celui-ci soit en mesure de décider si le traitement doit être mené à bien. Le plan de traitement ne doit pas nécessairement revêtir la forme écrite, il peut aussi être communiqué par oral. Dans la mesure du possible, le patient incapable de discernement doit être associé au processus de décision [7].

En *cas d'urgence*, le médecin peut prendre les mesures médicales nécessaires conformément à la volonté présumée et aux intérêts du patient. Est également réputée urgente une situation qui ne constitue pas une urgence à proprement parler, mais dans laquelle le report du traitement causerait vraisemblablement un dommage [8].

Selon le droit en vigueur, le médecin n'est donc autorisé à statuer lui-même sur le bien-fondé d'un traitement médical qu'en cas d'urgence. Dans toutes les autres situations, il appartient au patient lui-même ou à des tiers de prendre une telle décision.

2. Séjour en home et en établissement médico-social

En ce qui concerne les directives anticipées, la représentation des personnes incapables de discernement et les plans de traitement, veuillez vous référer aux explications ci-dessus.

2.1 Libre choix du médecin

Le nouveau droit de la protection de l'adulte prévoit expressément que le patient jouit en principe du libre choix de son médecin même s'il séjourne en home ou en établissement médico-social, et qu'il ne

peut être dérogé à ce principe que si des motifs importants s'y opposent. Les intérêts de l'institution concernée ne constituent pas à eux seuls des motifs importants. L'existence de tels motifs peut cependant être admise si les moyens financiers de la personne concernée ne permettent pas de prendre en charge les frais médicaux non couverts par l'assurance-maladie obligatoire, ou si, en raison de la distance géographique, le médecin souhaité n'est pas en mesure de traiter son patient à temps en cas d'urgence. Contrairement à ce que prévoyait l'ancien droit, le libre choix du médecin n'est en principe pas exclu si l'institution concernée dispose de son propre médecin [9].

2.2 Limitation de la liberté de mouvement des patients incapables de discernement

La liberté de mouvement d'une personne incapable de discernement peut être limitée pour parer à un *danger sérieux* pour la santé ou la vie de cette personne ou d'un tiers. Une telle limitation peut également être introduite afin d'éviter un trouble grave de la vie communautaire. La liberté de mouvement ne peut être restreinte que si aucune autre mesure disponible ne permet d'atteindre le même objectif. Une telle limitation doit donc respecter le principe de proportionnalité. Cela signifie en outre qu'elle doit, dès que possible, être levée ou remplacée par des mesures moins radicales. Cela suppose que cette mesure soit régulièrement réexaminée. Une pénurie de personnel ne saurait justifier une restriction à la liberté de mouvement, pas plus qu'un simple manquement du patient au règlement de l'institution.

Sont notamment des mesures limitant la *liberté de mouvement* le fait de fermer une porte à clé, l'installation d'une barrière de lit ou d'une table pour fauteuil roulant, la contention au moyen de sangles.

En font également partie les mesures électroniques, telle la sécurisation de fenêtres et de portes. Ne sont en revanche pas considérées comme telles la veille de nuit, les caméras de surveillance

et autres dispositifs similaires, car ceux-ci n'ont aucune incidence directe sur la liberté de mouvement du patient, de même qu'une restriction des visites ou de la sphère privée, ou qu'une interdiction de communiquer ou de fumer.

La question de savoir si la sédation médicamenteuse constitue une telle limitation n'est pas claire. Si l'on admet que ce n'est pas le cas, une telle médication est alors assimilée à un traitement médical, si bien que le représentant doit être impliqué dans la planification et donner son accord à ce traitement.

L'institution de soins doit désigner dans un *règlement interne* la personne habilitée à décider de telles mesures. En outre, s'il existe des dispositions cantonales en la matière, elles ont, elles aussi, un caractère contraignant. Sous réserve des situations d'urgence, la personne concernée doit être informée au préalable de la nature des mesures prises, des raisons qui les fondent, de leur durée probable, et de l'identité des personnes qui la prendront en charge pendant cette durée. En cas d'urgence, la personne concernée doit être informée sitôt que les circonstances le permettent.

Si des mesures limitant la liberté de mouvement sont prises, il convient d'en dresser un *protocole*.

Celui-ci doit motiver et décrire les mesures prises. Le représentant en matière de mesures médicales doit être informé de la restriction à la liberté de mouvement du patient et peut en tout temps consulter le protocole. L'établissement d'un protocole et le droit de le consulter visent à assurer la transparence et, par voie de conséquence, la protection de la personne concernée [10].

La personne concernée ou l'un de ses proches peuvent saisir par écrit *l'autorité de protection de l'adulte* s'ils estiment qu'une mesure limitant la liberté de mouvement n'est pas justifiée, ou ne l'est pas sous la forme choisie [11].

Références

1 Art. 360 ss, 370 ss CC; BSK Droit de la protection de l'adulte, Wyss, 370 CC N 3 ss, 371 CC N 1 ss. Le mandat pour cause d'inaptitude peut être déposé dans la base de données de l'office de l'état civil. Sitôt que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) a été informée de l'incapacité de discernement d'une personne, elle s'enquiert de l'existence d'un mandat pour cause d'inaptitude. Une telle recherche nécessite un certain temps. Il est possible de mentionner l'existence et le lieu de dépôt d'un tel mandat sur une petite carte glissée dans le portefeuille, ou de les inscrire sur la carte d'assuré. Vous trouverez un exemple de carte sur le site delafmh/l'ASSM:ww.fmh.ch/fr/services/directives_anticipees.html.

1 Art. 372, al. 3 CC.

3 Art. 373 CC; BSK Droit de la protection de l'adulte, Eichenberger/Kohler, 373 CC N 2 ss.

4 Art. 370, 373, et 378 CC; BSK Droit de la protection de l'adulte, Wyss, 370 CC N 22; BSK Droit de la protection de l'adulte, Eichenberger/Kohler, 373 CC N 2 ss.

5 Voir les explications de Tanja Kronen sous ch. 1.1.

6 Art. 372 CC; BSK Droit de la protection de l'adulte, Wyss, 372 CC N 2 ss.

7 Art. 377 CC.

8 Art. 379 CC, si aucun représentant n'est désigné ou s'il y a désaccord quant au fait de savoir qui est autorisé à représenter le patient, l'autorité de protection de l'adulte peut mettre jusqu'à trois semaines pour nommer un représentant. Il doit être possible, pendant ce temps, d'assurer le traitement du patient en cas d'urgence

9 Art. 386 al. 3 CC.

10 Art 383 s. CC; BSK Droit de la protection de l'adulte, Steck, CC 383 N 3 ss. La personne habilitée à représenter le patient peut ainsi contrôler les activités de l'institution et, le cas échéant, exercer le droit de recours.

11 Art. 385 CC.