

M. Hochmann Favre
P. Martin-Achard

Me Marc Hochmann Favre, avocat
et médecin
Me Pierre Martin-Achard, avocat
LHA – Avocats au barreau de Genève
100, rue du Rhône, 1204 Genève
mhochmann@lha.ch
pmartinachard@lha.ch

Rev Med Suisse 2013; 9: 1791-3

Le nouveau droit de la protection de l'adulte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

Le droit fédéral permet désormais au patient de rédiger des directives anticipées que le médecin est tenu de suivre lorsqu'il prend en charge ce patient devenu incapable de discernement, à condition que ces directives soient valables et applicables à la situation rencontrée.

A défaut de telles directives, et en situation d'urgence, le médecin doit agir suivant la volonté présumée et de l'intérêt du patient.

En dehors de l'urgence, et toujours en l'absence de telles directives, la loi énonce désormais un ordre légal selon lequel les proches du patient devenu incapable de discernement sont appelés à prendre des décisions d'ordre médical.

Le médecin est tenu d'appliquer ces règles. A défaut, sa responsabilité pourrait être engagée.

INTRODUCTION

La nouvelle partie du Code civil (CC) relative au droit de la protection de l'adulte est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

1 Art. 10 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst.), art. 28 du Code civil (CC), art. 111ss et 122ss du Code pénal (CP).

2 Art. 4 du Code de déontologie de la FMH.

3 Voir par exemple les dispositions suivantes des législations cantonales romandes: art. 46 LS/GE, art. 23 LSP/VD, art. 25 LS/NE, art. 26 Loi sanitaire/JU, art. 48 LSan/FR et art. 22 Loi sur la santé/VS.

4 ATF 134 II 235 consid. 4. I.

5 Arrêt du Tribunal fédéral 4P.9/2002 du 19 mars 2002 consid. 2c.

6 Le fait qu'un patient soit majeur n'implique pas nécessairement qu'il soit capable de discernement. Inversement, la minorité d'un patient n'entraîne pas *ipso facto* son incapacité de discernement.

7 ATF 124 III 5 consid. 5c.

8 ATF 127 I 6.

Le médecin et le patient incapable de discernement

Quels changements apporte le nouveau droit de la protection de l'adulte ?

Plusieurs dispositions affectent directement la pratique du médecin, notamment celles concernant le consentement au traitement en cas d'incapacité de discernement.

Les directives anticipées, déjà évoquées dans plusieurs législations cantonales, sont désormais régies de manière uniforme en Suisse par le droit fédéral (art. 370ss CC).

La modification du Code civil institue également un ordre légal des personnes habilitées à représenter, dans le domaine médical, le patient devenu incapable de discernement et qui n'aurait pas rédigé de directives anticipées valables et applicables à la situation rencontrée (art. 377ss CC).

Après un bref rappel des principes que sont l'autonomie de la volonté et la capacité de discernement, la question du consentement du patient en cas d'incapacité de discernement sera abordée sous un angle pratique.

AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Le principe de l'autonomie de la volonté du patient est un principe cardinal de la médecine qui trouve ses fondements aussi bien dans les normes juridiques¹ que dans les règles associatives.²

Afin de respecter ce principe, le praticien doit, avant tout traitement, obtenir le consentement libre et éclairé du patient.³ Ce consentement n'est toutefois valable qu'à condition que le patient soit capable de discernement.⁴

Déterminer, dans un cas concret, si le patient est capable de discernement incombe au médecin. En cas de doute, celui-ci a l'obligation d'éclaircir la question de l'état mental du patient, au besoin en recourant à une expertise, à un concilium psychiatrique ou à des tests.⁵

Le non-respect des règles précitées entraîne l'illicéité du traitement, quand bien même celui-ci serait prodigué conformément aux règles de l'art, avec pour corollaire le risque pour le médecin d'engager sa responsabilité pénale, civile et/ou disciplinaire.

Il est dès lors nécessaire que le médecin reconnaisse les situations pouvant s'avérer

problématiques, de façon à pouvoir agir conformément aux exigences légales.

CAPACITÉ DE DISCERNEMENT

Le consentement à un acte médical étant un droit strictement personnel, seule la capacité de discernement du patient, à distinguer de sa capacité civile, est déterminante.⁶

Le Code civil ne donne pas de définition positive de la capacité de discernement: pour le législateur, 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 est capable de discernement (art. 16 CC).

La loi présume l'existence de la capacité de discernement. Celui qui en allègue l'absence doit prouver l'incapacité de discernement. Cette présomption est cependant renversée lorsque l'expérience de la vie conduit à présumer (par exemple, en présence de certaines affections psychiques, pour les jeunes enfants ou pour les personnes affaiblies par l'âge) que la personne en cause ne doit pas être jugée capable de discernement.⁷

La capacité de discernement est une notion relative qui doit être examinée par rapport à un acte déterminé.⁸ Elle existe ou n'existe pas.

CONSENTEMENT DU PATIENT

La situation la plus fréquente en pratique est celle où le médecin prend en charge un patient capable de discernement. Dans ce cas, le praticien doit informer le patient et obtenir de lui, et de lui seul, son consentement à l'acte envisagé.

Le nouveau droit de la protection de l'adulte ne modifie pas cet aspect.

En revanche, lorsque le patient est incapable de discernement, les nouvelles dispositions légales trouvent application, mais la solution varie en fonction de la situation rencontrée.

Le praticien devra se poser les questions suivantes: le patient a-t-il rédigé des direc-

tives anticipées? Si oui, ces-dernières sont-elles valables et prévoient-elles l'éventualité qui s'est réalisée? Si non, s'agit-il d'une situation d'urgence? Si oui, quels sont la volonté présumée et l'intérêt du patient? Si non, quel est le proche qui est habilité à représenter le patient dans les décisions médicales? En l'absence d'un tel proche, quelle doit être l'attitude du médecin?

La réponse à ces différentes questions déterminera l'attitude que le médecin devra adopter en relation avec le traitement ou l'abstention thérapeutique envisagés (figure 1).

Directives anticipées

Les directives anticipées étendent l'autonomie du patient: en les rédigeant, le patient se détermine, à l'avance, sur la prise en charge médicale à laquelle il consent ou s'oppose, au cas où il deviendrait temporairement ou définitivement incapable de discernement (art. 370 al. 1 CC).

Le patient peut également, au moyen des directives anticipées, désigner à l'avance, et toujours pour le cas où il deviendrait incapable de discernement, un représentant thérapeutique, soit une personne habilitée à décider à sa place d'une prise en charge médicale (art. 370 al. 2 CC). Le médecin devra fournir à cette personne toutes les informations qu'il aurait dû transmettre au patient. Le secret professionnel (art. 321 CP) ne lui est pas opposable.

La forme écrite est suffisante pour la constitution des directives anticipées. Ainsi, un document dactylographié, daté et signé de la main du patient, remplit les exigences formelles (art. 371 al. 1 CC).

Les directives anticipées peuvent être révoquées en tout temps, notamment par la suppression pure et simple de l'acte ou par de nouvelles directives anticipées.⁹

La loi impose au patient de prendre les mesures adéquates pour que les directives anticipées puissent être connues le moment venu. Tel sera notamment le cas si le patient fait enregistrer électroniquement sur sa carte d'assuré la constitution et le lieu de dépôt des directives anticipées (art. 371 al. 2 CC),¹⁰ qu'il en informe ses proches et/ou son médecin traitant.

Le médecin qui prend en charge un patient incapable de discernement, et qui ignore si des directives anticipées ont été rédigées, est tenu, pour sa part, de consulter la carte

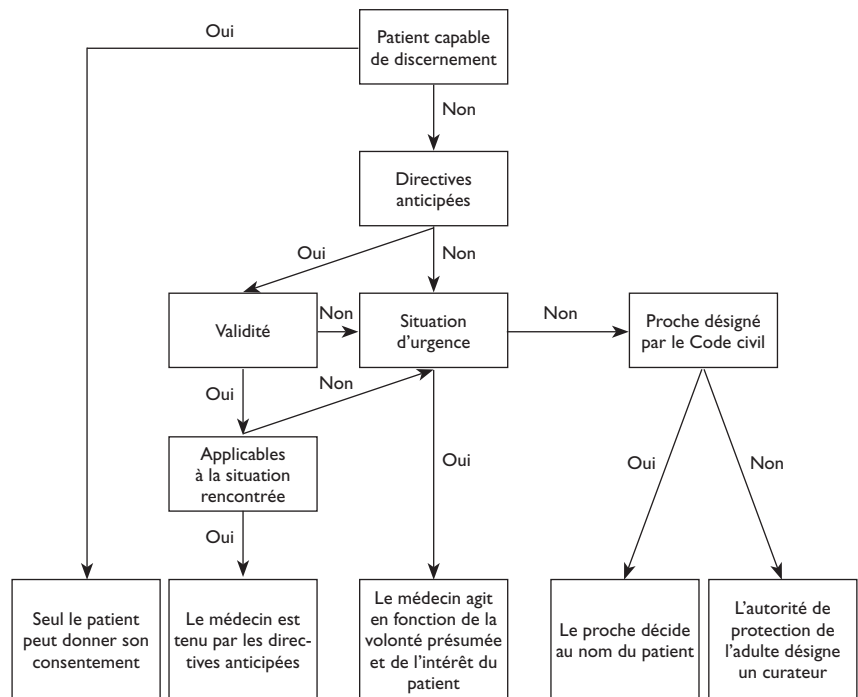


Figure 1. Schéma décisionnel¹¹

d'assuré du patient (art. 372 al. 1 CC).

Lorsque le médecin a connaissance de directives anticipées, formellement valables, et applicables à la situation rencontrée, il doit s'y conformer, sauf si leur contenu viole des dispositions légales (par exemple, tel serait le cas de directives demandant l'euthanasie active), ou si 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 la volonté présumée du patient dans la situation donnée (art. 372 al. 2 CC), ou encore si le patient a été placé à des fins d'assistance en raison, notamment, de troubles psychiques (art. 426ss CC).

Enfin, il va de soi que des traitements futiles ou contraires aux règles de l'art ne peuvent pas être imposés par des directives anticipées.

Lorsque le médecin décide de ne pas suivre les directives anticipées du patient, il est tenu de consigner dans le dossier médical les motifs pour lesquels il n'a pas respecté les directives anticipées (art. 372 al. 3 CC). Ceci est d'importance, pour des questions de preuve, au cas où un proche viendrait à demander l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte (art. 373 al. 1 CC).

Situation d'urgence

En situation d'urgence, et en l'absence de directives anticipées valables et appli-

cables, le praticien doit agir dans l'intérêt du patient et selon sa volonté présumée (art. 379 CC).

Représentation thérapeutique

A défaut de directives anticipées, et en l'absence d'urgence, le législateur désigne désormais à l'art. 378 CC les proches appelés à consentir, à la place du patient, aux soins médicaux envisagés. Ces personnes sont, dans l'ordre:

- 1) la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'incapacité;
- 2) le curateur qui a pour tâche de représenter le patient dans le domaine médical;
- 3) le conjoint ou le partenaire enregistré du patient à condition qu'il fasse ménage commun avec lui ou qu'il lui fournisse une assistance personnelle régulière;
- 4) le concubin ou la personne qui fournit au patient une assistance personnelle régulière;
- 5) les descendants du patient à condition qu'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière;
- 6) le père et la mère du patient à condition qu'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière;
- 7) les frères et sœurs du patient à condition qu'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière.

Lorsque plusieurs représentants de même

9 Art. 362 CC par renvoi de l'art. 371 al. 3 CC.

10 Cf. également art. 6 al. 1 let. i de l'Ordonnance sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire de soins (OCA).

11 Dans le cas d'un placement à des fins d'assistance, des règles spéciales s'appliquent.

rang sont désignés par la loi, le médecin peut, de bonne foi, présumer que chacun agit avec le consentement des autres (art. 378 al. 2 CC). En cas de désaccord – connu du médecin – entre les représentants de même rang, la solution consiste à s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte pour qu'elle désigne le représentant ou institue un curateur (art. 381 al. 2 ch. 2 CC).

Curatelle de représentation

En l'absence de directives anticipées valables et applicables à la situation rencontrée, à défaut d'urgence et en l'absence de représentants thérapeutiques (ou en cas de désaccord entre eux), le médecin doit s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte afin qu'un curateur soit désigné (ou que le représentant soit désigné) (art. 381 CC): alors, seul le curateur (ou le représentant) pourra valablement consentir au traitement envisagé par le médecin.

Cas particulier: le placement à des fins d'assistance

Lorsqu'un patient incapable de discernement est placé, en raison de troubles psychiques, dans un établissement psychiatrique, les règles sur le placement à des fins d'assistance s'appliquent (art. 380 CC).

Dans ce cas, les dispositions sur la représentation thérapeutique ne trouvent pas application et les directives anticipées n'ont pas de force contraignante pour le médecin (art. 433 al. 3), lequel pourrait même, en dernier ressort, administrer un traitement sans le consentement du patient, ce à des conditions strictes (art. 434 CC).

SYNTHÈSE

Le nouveau droit de la protection de l'adulte détermine l'attitude qu'un médecin doit avoir, s'agissant du consentement au traitement envisagé, lorsqu'il prend en charge

un patient incapable de discernement.

Le médecin devra d'abord vérifier si des directives anticipées valables et applicables à la situation rencontrée existent. Si tel est le cas, il devra se conformer à de telles directives anticipées.

Lorsque le cas est urgent, le médecin, à défaut de disposer de telles directives, devra agir en fonction de la volonté présumée et des intérêts du patient.

Enfin, en dehors des situations précitées, le praticien s'adressera au représentant désigné par la loi afin qu'il se détermine, au nom du patient, par rapport au traitement envisagé.

S'il n'existe pas un tel représentant ou que le représentant désigné refuse le mandat, le médecin devra s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte afin qu'un curateur soit désigné, lequel se prononcera, au nom du patient, sur la prise en charge proposée. ■