



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

La version allemande fait foi

Du placement des personnes incapables de discernement en section fermée d'établissement médico-social

Rapport d'expertise

à l'attention de la Commission nationale de prévention de la torture

établi par

Jörg Künzli
Laura Bertoni
Noel Stucki

Berne, le 12 juillet 2024

AUTEURS

Jörg Künzli

Professeur, docteur en droit, avocat et LL.M, professeur ordinaire de droit constitutionnel et de droit international à l'Université de Berne

Laura Bertoni

MLaw, avocate, assistante scientifique à l'Institut de droit public de l'Université de Berne

Noel Stucki

MLaw, avocat, assistant scientifique à l'Institut de droit public de l'Université de Berne

TABLE DES MATIÈRES

AUTEURS	2
TABLE DES MATIÈRES	III
LISTE DES ABRÉVIATIONS	VII
RÉSUMÉ	1
Le placement en institution fermée	2
Mesures limitant la liberté de mouvement.....	3
Protection juridique	4
Surveillance	4
I. INTRODUCTION	6
1. Objet de l'expertise	6
2. Faits et chiffres	6
3. Structure	8
4. Délimitation de l'objet de l'étude	8
4.1. Incapacité de discernement	8
4.2. Démence.....	9
4.3. Délimitation par rapport au placement à des fins d'assistance.....	10
4.4. Établissements fermés et mesures limitant la liberté de mouvement	10
4.5. Établissements médico-sociaux.....	10
II. LE CADRE LÉGAL FIXÉ PAR LES DROITS DE L'HOMME	10
1. Le système de la Convention européenne des droits de l'homme	11
1.1. Vue d'ensemble	11
1.2. De la privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH en particulier	11
1.3. Codification de la jurisprudence de la CEDH dans un protocole additionnel ?	13
2. Un changement de paradigme ? La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées 14	

2.1. Personnes atteintes de démence et champ d'application de la CDPH.....	15
2.2. Point de départ : le handicap du point de vue des droits des l'homme.....	15
2.3. Prescriptions de fond de la CDPH	16
a) Vue d'ensemble.....	16
b) Art. 12 CDPH (Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité)	17
c) Art. 14 CDPH (Liberté et sécurité de la personne).....	18
3. Conflit entre la CDPH et la ConvEDH ?.....	21
III. LES BASES LÉGALES NATIONALES	22
1. Bases constitutionnelles.....	22
2. Prescriptions du droit fédéral.....	22
3. Prescriptions cantonales	23
IV. LE PLACEMENT EN INSTITUTION FERMÉE	23
1. Les institutions fermées.....	23
2. Réglementation fédérale : le contrat d'assistance visé à l'art. 382 CC	25
3. Prescriptions cantonales plus détaillées	27
4. Prescriptions en matière de recours.....	27
5. Pratique.....	28
6. Compatibilité avec les prescriptions de la CDPH ?.....	30
7. Compatibilité avec les prescriptions de la ConvEDH : privation ou restriction de liberté ?	31
7.1. Introduction	31
7.2. Les critères objectifs d'une privation de liberté sont-ils remplis ?	32
7.3. Les critères subjectifs d'une privation de liberté sont-ils remplis ?	33
7.4. La privation de liberté est-elle imputable à l'État ?.....	35
7.5. Motif de détention et conséquences procédurales.....	36
7.6. Conclusion intermédiaire.....	36
8. Digression : compatibilité avec les prescriptions du droit pénal	36
9. Conclusion	38

V. RESTRICTION DE LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT PAR DES MESURES MÉCANIQUES, SPATIALES OU PSYCHOLOGIQUES39

1. Mesures limitant la liberté de mouvement 39

2. Prescriptions du droit fédéral..... 41

2.1. Conditions permettant d’ordonner des MLLM au sens de l’art. 383 CC 41

2.2. Protocole et devoir d’information au sens de l’art. 384 CC 42

2.3. Recours devant l’autorité de protection de l’adulte prévu par l’art. 385 CC 43

3. Prescriptions cantonales plus détaillées 43

3.1. Prononcé, exécution et durée des MLLM 44

3.2. Protocole et devoir d’information..... 46

3.3. Voies de recours 47

4. Pratique..... 48

5. Compatibilité avec les prescriptions de rang supérieur 49

6. Compatibilité avec les prescriptions du droit pénal..... 51

7. Conclusion 52

VI. RESTRICTION DE LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT PAR DES MESURES MÉDICALES54

1. De l’usage des neuroleptiques en EMS 54

2. Prescriptions du droit fédéral..... 55

3. Maintien en vigueur des normes cantonales après l’entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l’adulte..... 56

4. Protection juridique 56

5. Pratique..... 57

6. Compatibilité avec les prescriptions de rang supérieur 57

7. Compatibilité avec les prescriptions du droit pénal..... 58

8. Conclusion 58

VII. DIGRESSION : DE LA RÉGLEMENTATION DU SÉJOUR EN EMS EN AUTRICHE ET ALLEMAGNE	59
1. La loi autrichienne sur le séjour en EMS.....	59
2. Le placement civil soumis à approbation en droit allemand.....	60
VIII. PROTECTION JURIDIQUE	61
1. Protection liée aux droits de la personnalité (art. 386 CC).....	61
2. Protection liée aux droits du patient.....	62
3. Protection liée à des normes cantonales spécifiques	62
4. Conclusion	63
IX. SURVEILLANCE	64
1. Prescriptions du droit fédéral.....	64
2. Mise en œuvre de la surveillance au niveau cantonal	65
3. Compatibilité avec les prescriptions de rang supérieur.....	69
4. Conclusion et recommandations	70
5. Digression : les commissions de surveillance et d'examen des plaintes.....	70
BIBLIOGRAPHIE.....	76
LISTE DES DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE	78
RÉPERTOIRE DES BASES LÉGALES CANTONALES	81
ÉTABLISSEMENTS VISITÉS ET ENTRETIENS MENÉS.....	84

LISTE DES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa
AG	(canton d') Argovie
AI	(canton d') Appenzell Rhodes-Intérieures
AR	(canton d') Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article
OFSP	Office fédéral de la santé publique
FF	Feuille fédérale
BE	(canton de) Berne
MLLM	mesure limitant la liberté de mouvement
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (code civil allemand), version du 22 décembre 2023
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine	Convention du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, RS 0.810.2
BL	(canton de) Bâle-Campagne
CDPH	Convention de l'ONU du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, RS 0.109
CRPD	<i>Committee on the Rights of Persons with Disabilities</i> (Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU)
BS	(canton de) Bâle-Ville
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (Commentaire bâlois)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
OF	Observations finales
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
Projet de Protocole Additionnel 2018	Comité de bioéthique (DH-BIO), Projet de Protocole Additionnel relatif à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement et du traitement involontaires, 4 juin 2018, DH-BIO/INF (2018)7
Projet de Protocole Additionnel 2022	Comité de bioéthique (DH-BIO), Projet de Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes à l'égard du placement et du traitement involontaires au sein des services de soins de santé mentale, 25 janvier 2022, doc. CM(2022)14-add1
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme

ConvEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 avril 1950 (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101)
FR	(canton de) Fribourg
PAFA	placement à des fins d'assistance
OG	observation générale
GE	(canton de) Genève
GG	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> (loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne), version du 19 décembre 2022
GL	(canton de) Glaris
HeimAufG	<i>Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen</i> (loi autrichienne sur la protection de la liberté personnelle pendant les séjours en institution et autres établissements de soin), version du 18 avril 2024
CDH	Comité des droits de l'homme
JU	(canton du) Jura
APEA	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
let.	lettre
LU	(canton de) Lucerne
n.	note(s)
NE	(canton de) Neuchâtel
CNPT	Commission nationale de prévention de la torture
NW	(canton de) Nidwald
OW	(canton d') Obwald
ASSM	Académie Suisse des Sciences Médicales
STE	Série des traités européens
SG	(canton de) Saint-Gall
SH	(canton de) Schaffhouse
SO	(canton de) Soleure
RS	Recueil systématique du droit fédéral
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
SZ	(canton de) Schwytz
ONU	Organisation des Nations Unies
Pacte I de l'ONU	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels conclu le 16 décembre 1966, RS 0.103.1
Pacte II de l'ONU	Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu le 16 décembre 1966, RS 0.103.2

TG	(canton de) Thurgovie
TI	(canton du) Tessin
c.	contre
VD	(canton de) Vaud
VS	(canton du) Valais
ZBl	<i>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>
ZG	(canton de) Zoug
CC	code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
ch.	chiffre
ZH	(canton de) Zurich

RÉSUMÉ

En Suisse, plusieurs dizaines de milliers de personnes atteintes de démence vivent dans un établissement médico-social (EMS) ou un service spécialisé qu'elles ne sont pas libres de quitter à leur gré. Ces personnes, dont le nombre ne peut que s'accroître à l'avenir compte tenu du vieillissement de la société, se retrouvent donc souvent dans une situation comparable, en ce qu'elle restreint leur liberté de mouvement, à la privation de liberté d'un détenu, quoique ce soit pour des motifs totalement différents, en l'occurrence une protection contre la mise en danger de soi-même. Mais contrairement à la privation de liberté prévue par le droit pénal ou civil, le placement en EMS fermé, même s'il se fait contre la volonté manifeste d'une personne démente, est rarement ordonné par une autorité et encore moins par un juge, mais résulte généralement d'un contrat entre les proches de l'intéressé, qui est la plupart du temps incapable de discernement, et un établissement souvent privé.

À cela s'ajoute que les personnes démentes incapables de discernement sont souvent soumises, dans un cadre fermé comme celui-là, à des mesures limitant leur liberté de mouvement (MLLM). Au motif de prévenir les chutes, notamment, certains établissements recourent régulièrement, comme le code civil (CC) les y autorise, à des moyens physiques tels que les barrières de lit ou les sangles pour fauteuil roulant. Ils utilisent aussi parfois des médicaments à cette fin. Par ailleurs, les déments sont souvent incapables, du fait de leurs déficiences cognitives généralement doublées de déficiences physiques, de jouir de leurs droits de façon autonome. Tous ces éléments font que les résidents d'EMS fermé appartiennent probablement à l'un des groupes de population les plus vulnérables.

Le présent rapport doit établir quelles prescriptions en matière de droits de l'homme protègent les résidents d'EMS fermé et de quelle manière, et quelles normes du droit fédéral et du droit cantonal s'appliquent dans ce cadre. Il doit ensuite déterminer quelles sont les exigences normatives auxquelles doit satisfaire le séjour dans ces institutions, en accordant une attention particulière à la protection juridique et à la surveillance exercée par l'État.

Le rapport examine ces questions de la façon suivante : il expose tout d'abord la réglementation applicable, en commençant par le droit international. Il fournit ensuite un premier aperçu des prescriptions applicables du droit fédéral et du droit cantonal. À partir de cet état des lieux normatif, il traite en détail les deux questions les plus importantes sur le fond : d'une part celle de l'admissibilité du placement de personnes atteintes de démence dans un cadre fermé et des conditions requises, d'autre part celle de la légalité des restrictions supplémentaires de la liberté de mouvement à l'intérieur de ce cadre par des mesures mécaniques, spatiales, psychologiques ou médicales. Il s'attache notamment à vérifier si le droit national et, dans la mesure du possible, la pratique sont conformes en Suisse aux prescriptions de rang supérieur ou s'il y a lieu d'agir en droit ou en fait. Le rapport se penche ensuite sur la protection juridique des adultes incapables de discernement résidant en EMS et sur la surveillance exercée par les autorités. Il détaille, appréciation à la clé, les prescriptions du droit fédéral en la matière et des exemples significatifs de mise en œuvre dans les cantons.

En matière de droits de l'homme, les personnes atteintes de démence sont protégées non seulement par des conventions de portée générale telles que la Convention européenne des droits de l'homme (ConvEDH), mais aussi par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CDPH). Tandis que les premières autorisent le placement des personnes démentes en institution fermée dans certaines circonstances, la CDPH s'oppose à tout placement non volontaire et donne la priorité à l'autonomie des personnes handicapées. Non seulement elle rejette la conception suisse de l'incapacité de discernement, et avec elle toute forme de prise de décisions substitutive, mais encore elle considère, par la voix de son organe de surveillance, que tout placement non volontaire d'une personne en raison de son handicap est contraire à son esprit, même en cas de mise en danger de soi-même ou d'autrui. Elle est en outre pour le moins critique vis-à-vis du placement en institution des personnes handicapées en raison de la ségrégation qu'il implique. Le présent rapport traite ces prescriptions contradictoires de la façon suivante : la ConvEDH se fonde sur de nombreuses années de jurisprudence dans des procédures de recours individuelles, qui précisent ses prescriptions directement contraignantes. Les enseignements de la CDPH dans ce domaine découlent quant à eux de la procédure d'établissement des rapports par les États parties. Ils consistent en des recommandations ou en des invitations à agir à l'attention des États, et s'inscrivent donc dans une optique plutôt politique, contrairement aux arrêts des tribunaux. Aussi ne mettent-ils pas exclusivement en exergue des obligations à satisfaire directement, mais aussi des prescriptions à accomplir progressivement. Le présent rapport a donc plutôt tendance à suivre la ConvEDH pour ce qui est de constater les obligations immédiates en matière de droits de l'homme, qui doivent être respectées à court terme, étant entendu que l'interprétation de la ConvEDH doit prendre en considération autant que possible le principe fondamental de la CDPH, qui est le droit des personnes handicapées à l'autonomie. Il tient compte des éléments plus pointus de la CDPH, dont certains exigent un remaniement en profondeur du dogme du droit des personnes et du droit de la protection de l'adulte, dans une perspective à long terme.

Le CC règle succinctement les fondements de la réglementation nationale du séjour des personnes incapables de discernement en EMS, des MLLM qui y sont ordonnées et de la protection juridique qui s'y rattache, tout en obligeant les cantons à exercer une surveillance sur ces établissements. Les prescriptions cantonales en la matière forment un ensemble très disparate : alors que la plupart des cantons ont à peine exploité leur compétence à cet égard, certains autres, singulièrement des cantons romands, ont édicté des prescriptions détaillées sur le sujet.

LE PLACEMENT EN INSTITUTION FERMÉE

Tout placement en EMS effectué sans le consentement de la personne concernée, et sans possibilité pour elle de quitter librement l'établissement à tout moment ou à certaines périodes, constitue une privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH. Ce consentement ne peut pas être remplacé par celui d'un proche ou un curateur, comme le confirme le message du Conseil fédéral concernant la révision de cette partie du CC. En son absence, le séjour doit par conséquent être ordonné par une autorité ou par un médecin sous la forme d'un placement à des fins d'assistance (PAFA). Si les conditions nécessaires pour ordonner un PAFA ne sont pas réunies, il n'est pas possible de placer la personne en institution fermée en vertu d'un contrat conclu avec des proches. Par contre, si la

personne a consenti à son placement en institution fermée, même de façon anticipée, le placement peut se régler par contrat. La conclusion d'un contrat écrit entre l'institution considérée et la personne concernée ou une personne habilitée à la représenter (contrat d'assistance au sens de l'art. 382 CC) doit du reste s'opérer qu'un PAFA ait ou non été ordonné. Dans l'idéal, le contenu des contrats d'assistance devrait être réglé dans une loi.

Le choix des modalités visant à empêcher les résidents d'EMS de fuguer doit aussi tenir compte des prescriptions en matière de droits de l'homme, en particulier du principe de proportionnalité et du principe de non-ségrégation inscrit dans la CDPH. Les institutions qui satisfont le mieux à cette exigence sont celles qui autorisent leurs résidents à quitter un certain périmètre après une appréciation individuelle des risques menée par des collaborateurs spécialement formés et en recourant si nécessaire à des traceurs GPS ou à d'autres systèmes de surveillance électronique. Celles qui emploient des dispositifs de fermeture tels que les codes de verrouillage ou les portes « cachées » y satisfont au moins en partie mais sans garantir, selon nous, que la capacité ou l'incapacité de surmonter ces dispositifs est liée à la mise en danger de soi-même ou d'autrui. Celles, enfin, qui offrent la possibilité de fréquenter des lieux à usage mixte ou de faire des promenades ou des excursions accompagnées en dehors du périmètre de l'institution vont aussi dans le bon sens. Les institutions complètement fermées font moins bien à cet égard étant donné qu'elles pratiquent la ségrégation des personnes démentes. Suivant les prescriptions de la CDPH, il faut adopter à terme des modalités de placement qui évitent la ségrégation des personnes démentes et renoncer peu à peu aux institutions fermées en mettant en place des mesures d'assistance et de suivi proches du lieu de résidence et en offrant un environnement adapté.

MESURES LIMITANT LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT

Dès lors qu'une MLLM telle qu'un confinement de longue durée dans une chambre fermée à clé ou une contention persistante relève de la privation de liberté en raison de ses effets sur la personne concernée atteinte de démence, elle doit être ordonnée par une autorité. Si ses effets (négligence apportée aux soins pendant la mesure, p. ex.) relèvent des peines ou traitements inhumains ou dégradants interdits, elle est elle aussi absolument interdite. Le droit fédéral interdit par ailleurs le recours aux MLLM pour des raisons économiques ou disciplinaires, en vue d'alléger les procédures de soin ou lorsque le comportement de la personne concernée ne perturbe que légèrement la vie communautaire.

Certaines MLLM (dont, selon des professionnels, le recours aux draps « Zewi » ou aux barrières de lit) semblent présenter des dangers (potentiellement) plus graves que le risque pour la santé que la mesure est censée écarter. Certaines autres, qui causent une immobilisation, présentent, du moins à long terme, des dangers considérables (risque de thrombose, p. ex.) ou une contradiction avec le but recherché (augmentation du risque de chute en raison d'une fonte musculaire, p. ex.). Elles ne sont donc pas appropriées du tout pour préserver la santé de l'intéressé – ni par conséquent proportionnées –, du moins lorsqu'elles sont appliquées durablement. Il faut donc éviter d'y recourir, en tout cas sur une période longue. Le principe de nécessité, qui découle du principe de proportionnalité, limite le recours aux MLLM aux cas dans lesquels des mesures moins rigoureuses ne suffisent pas à écarter le danger. C'est la raison pour laquelle même les mesures autorisées en principe ne doivent être ordonnées qu'en

dernier recours, au cas par cas et pour la période la plus courte possible, si des mesures moins sévères se sont révélées inefficaces par le passé. Le critère d'exigibilité, autre aspect du principe de proportionnalité, impose quant à lui une pesée préalable des intérêts entre le but visé et les effets pour la personne concernée. Conformément à la CDPH notamment, le souci de sécurité (prévention des chutes, p. ex.) ne peut primer la préservation de l'autonomie personnelle qu'en présence de motifs spécifiques (accidents antérieurs ayant entraîné des blessures, prédispositions médicales spécifiques, etc.). La réglementation de ces principes (dans le droit cantonal, dans des normes cantonales, etc.) est nécessaire pour qu'ils soient bien appliqués en pratique. L'état du droit dans le canton du Valais fait selon nous figure d'exemple à cet égard.

Si le recours à certaines MLLM doit être maintenu, il est selon nous impératif, pour éviter les erreurs et les abus, de définir qui est compétent pour les ordonner, et selon quelle procédure. La solution retenue par le canton du Valais : mesure ordonnée par un médecin ou par un autre professionnel de la santé compétent auquel cette prérogative a été déléguée, nous paraît judicieuse. La consignation rigoureuse par écrit des mesures est indispensable pour assurer une surveillance efficace de leur application et le respect des obligations de l'État en matière de protection. Ici aussi, les prescriptions du Valais sont selon nous un modèle à suivre.

PROTECTION JURIDIQUE

La marge d'amélioration de la protection juridique des personnes démentes contre les MLLM (par la création de nouvelles voies de recours, p. ex.) est très étroite. En outre, les proches sont extrêmement peu enclins à former un recours contre une institution qui prend en charge leur parent dément, par crainte de détruire le lien de confiance entre l'institution et la famille et d'entraîner des inconvénients directs pour la personne concernée. Compte tenu de ces carences structurelles, il faudrait selon nous, afin d'améliorer durablement la protection juridique dans ce domaine, la repenser en profondeur. Le modèle autrichien, qui a fait ses preuves en pratique et qui tient compte autant que possible, comme le veut la CDPH, de la volonté des personnes démentes, mérite à cet égard d'être examiné. Il nous semble en effet que la désignation d'un représentant professionnel des résidents (*Bewohnervertreter* dans le modèle autrichien), qui doit impérativement être informé de toute mesure les concernant et qui ait accès aux institutions fermées à tout moment, permettrait d'améliorer sérieusement la protection juridique.

SURVEILLANCE

La surveillance qu'exerce l'État sur les EMS accueillant des personnes atteintes de démence revêt une importance capitale pour la prévention des abus et des violations des droits de l'homme en raison de la vulnérabilité particulière des résidents. Vu le grand nombre de ces établissements et le grand nombre, probablement appelé à croître, de leurs résidents, la Commission nationale de prévention de la torture est loin de pouvoir garantir seule l'efficacité requise des contrôles. La surveillance cantonale reste par conséquent essentielle à cet égard.

Or dans ce domaine, il existe de grandes différences entre les cantons, ne serait-ce que sur le plan normatif : alors que la base légale du canton de Vaud, par exemple, respecte les droits de l'homme à la lettre, nombre de réglementations cantonales, qui se contentent de mentionner un organe de surveillance sans plus de précisions sur sa

Erreur ! Utilisez l'onglet Accueil pour appliquer Titrel au texte que vous souhaitez faire apparaître ici.

mission et son fonctionnement, sont loin du compte. Ces disparités semblent s'accroître encore en pratique : en effet, nos interlocuteurs nous ont unanimement déclaré que certains cantons renoncent aux contrôles sur le terrain tandis que d'autres les limitent à des questions d'hygiène ou au respect de la dotation en personnel requise, ce qui fait que des aspects particulièrement sensibles sous l'angle des droits de l'homme tels que les MLLM échappent à tout contrôle de la part de l'État.

I. INTRODUCTION

1. OBJET DE L'EXPERTISE

La Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) a chargé l'auteur principal d'effectuer une expertise sur le thème du placement des personnes incapables de discernement en section fermée d'établissement médico-social (EMS). Cette expertise devait régler les questions de droit suivantes :

1. Faut-il qualifier de privation ou de restriction de liberté le placement de personnes incapables de discernement pour cause de démence en section fermée d'EMS, et quelles sont les conséquences juridiques de cette qualification ?
2. Quelles sont les prescriptions du droit fédéral et du droit cantonal à ce sujet et existe-t-il des normes juridiques étrangères à suivre dans ce domaine (au sens de bonnes pratiques) ?
3. Quelles sont les conditions formelles et matérielles dans lesquelles un tel placement est conforme, en Suisse, à la Constitution et au droit international ?
4. Les voies de recours existantes, ou plus exactement la protection juridique au sens large, offrent-elles aux personnes ainsi placées une protection suffisante au moment de leur prise en charge et pendant leur séjour, ou faut-il mettre en place de nouvelles structures en guise de compensation (mécanismes de défense, p. ex.) ?

2. FAITS ET CHIFFRES

Selon les chiffres officiels, on dénombrait fin 2022 dans les 1485 EMS de Suisse, qui totalisent un peu plus de 100 000 places, quelque 91 000 résidents en long séjour¹. Ces personnes (des femmes pour les deux tiers) passent en moyenne 841 jours, soit un peu plus de deux ans, dans ces établissements². Il paraît important de souligner qu'aujourd'hui, près d'un tiers des résidents des EMS ont plus de 90 ans³.

Il n'existe pas en Suisse d'étude récente sur le nombre de personnes atteintes de démence et sur la proportion de celles-ci qui vivent en EMS⁴. L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) estime toutefois que le pays comptait en 2023 environ 153 000 personnes démentes⁵. Selon la statistique des décès, la démence a causé officiellement de 10 000 à 13 400 morts par an au cours de la dernière décennie⁶. En 2019, plus de 30 000 personnes atteintes de démence ont séjourné à l'hôpital, souvent en service de psychiatrie pour personnes âgées⁷. Compte tenu de ces éléments, il est clair – d'ailleurs le personnel infirmier rencontré l'a souligné lors des entretiens – que ce type de

¹ Office fédéral de la statistique (OFS ; consulté le 22.11.2024).

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Büro Bass.

⁵ OFSP, Faits et chiffres : Démence.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

malade représente aujourd'hui une partie considérable de la population des EMS. Même si l'on tient compte du fait que bon nombre des personnes atteintes bénéficient d'un traitement ambulatoire, surtout au début, on peut affirmer qu'elles sont des dizaines de milliers à vivre en EMS, souvent à un stade avancé de la maladie.

C'est d'autant plus probable qu'aujourd'hui, tous les cantons à l'exception du Valais et, pour 16 d'entre eux, toutes les régions, disposent d'EMS dotés d'un service spécialisé dans le traitement de la démence. Douze cantons possèdent même au moins un et souvent plusieurs établissements spécialisés recevant exclusivement des personnes démentes⁸.

Les statistiques ne disent pas non plus combien de résidents d'EMS atteints de démence vivent dans un service ou un établissement spécialisé, ni combien vivent dans un service « général ». L'extension considérable de l'offre en matière d'accueil de personnes âgées démentes permet de penser qu'une grande majorité des patients déments en traitement institutionnel, probablement plusieurs dizaines de milliers de personnes, vivent dans ces services ou ces établissements spécialisés. C'est important sur le plan juridique, car ces établissements sont souvent protégés et donc fermés d'une manière ou d'une autre. Leurs résidents sont empêchés de sortir seuls ou sans l'accord du personnel d'encadrement par différents moyens tels que les portes d'entrée ou d'ascenseur fermées ou protégées par un code, les jardins grillagés ou les traceurs GPS⁹. Les déments en traitement institutionnel se retrouvent donc souvent dans une situation comparable, en ce qu'elle restreint leur liberté de mouvement, à la privation de liberté d'un détenu, quoique ce soit pour des motifs totalement différents, en l'occurrence une protection contre la mise en danger de soi-même. Cela dit, le nombre des personnes âgées concernées est sans doute nettement supérieur à celui des détenus¹⁰. Il faut en outre tenir compte du fait que contrairement à la mise en détention, le placement en EMS fermé, même s'il se fait contre la volonté manifeste de la personne démente, est rarement ordonné par une autorité et encore moins par un juge¹¹, mais résulte généralement d'un contrat entre les proches de l'intéressé, qui est la plupart du temps incapable de discernement, et un établissement souvent privé.

À cela s'ajoute que les personnes démentes incapables de discernement sont souvent soumises, même dans un cadre fermé comme celui-là, à des mesures limitant leur liberté de mouvement (MLLM).¹² Au motif de prévenir les chutes, notamment, certains établissements recourent régulièrement, comme le code civil (CC) les y autorise, à des moyens physiques tels que les barrières de lit, les tapis d'alarme ou les sangles pour fauteuil roulant¹³. Ils utilisent aussi parfois des médicaments à cette fin. Il arrive aussi que ces mesures, en particulier les systèmes de surveillance GPS, soient employées dans des cadres ouverts afin de réduire le rayon de déplacement de certains résidents.

⁸ Ecoplan, p. 25 ss et 53.

⁹ Voir ci-dessous ch. IV. 1.

¹⁰ En janvier 2023, 6445 personnes étaient détenues en Suisse.

¹¹ Voir ci-dessous ch. IV. 2.

¹² Voir ci-dessous ch. V.

¹³ Voir ci-dessous ch. V. 1.

Il est important de souligner que les personnes atteintes de démence, surtout celles qui vivent en institution fermée, appartiennent probablement à l'un des groupes de population les plus vulnérables en raison de leurs déficiences cognitives, généralement doublées de déficiences physiques. Cette appartenance est particulièrement évidente en ce qui concerne l'accès au droit, qui ne va pas de soi du fait de la maladie et de la limitation de la liberté de mouvement. Cela rend d'autant plus nécessaire, outre l'existence de voies de recours, l'exercice d'une surveillance effective de la part des autorités.

3. STRUCTURE

Ce cadre étant posé, le présent rapport examine les questions posées de la façon suivante : il expose tout d'abord la réglementation applicable, en commençant par le droit international (ch. II). Il centre son analyse sur les obligations qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme (ConvEDH) et de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH). Il fournit ensuite un premier aperçu des prescriptions applicables du droit fédéral et du droit cantonal (ch. III). À partir de cet état des lieux normatif, il traite en détail les deux questions les plus importantes sur le fond : d'une part celle de l'admissibilité du placement de personnes atteintes de démence dans un cadre fermé et des conditions requises (ch. IV), d'autre part celle de la légalité des restrictions supplémentaires de la liberté de mouvement à l'intérieur de ce cadre par des mesures mécaniques, spatiales, psychologiques ou médicales (ch. V et VI)¹⁴. Il s'attache notamment à vérifier si le droit national et, dans la mesure du possible, la pratique sont conformes en Suisse aux prescriptions de rang supérieur ou s'il y a lieu d'agir en droit ou en fait. Après ces considérations sur le droit matériel et une brève digression sur l'état du droit en Autriche et en Allemagne (ch. VII), le rapport se penche sur la protection juridique des adultes incapables de discernement résidant en EMS (ch. VIII). Étant donné que l'accès de ces personnes au droit est souvent difficile, voire impossible, l'instrument de la surveillance exercée par les autorités gagne en importance sur le plan pratique. Le rapport détaille par conséquent, appréciation à la clé, les prescriptions du droit fédéral en la matière et des exemples significatifs de mise en œuvre dans les cantons (ch. IX).

4. DÉLIMITATION DE L'OBJET DE L'ÉTUDE

Le présent rapport traite, comme son titre l'indique, du placement des personnes incapables de discernement en section fermée d'EMS. Il convient tout d'abord de définir brièvement un certain nombre des termes qu'il emploie.

4.1. INCAPACITÉ DE DISCERNEMENT

Le placement en section fermée n'est admissible que si la personne est incapable de discernement. L'incapacité de discernement se détermine (*a contrario*) selon les critères énoncés à l'art. 16 CC et la doctrine et la

¹⁴ Le présent rapport ne traite pas de la légalité des autres aspects de la vie en institution fermée tels que le mode d'hébergement (chambre individuelle ou collective), le choix d'occupations, les soins de santé et l'alimentation.

jurisprudence qui en découlent¹⁵. Toute personne qui est 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 incapable de discernement (art. 16 CC *a contrario*). Agir raisonnablement suppose d'une part d'être en mesure de percevoir et d'apprécier le sens, l'intérêt et les effets d'un comportement donné (élément intellectuel)¹⁶, d'autre part d'être capable d'agir de son plein gré (élément de volonté)¹⁷. Pour qu'une personne soit jugée incapable de discernement, il faut que ces deux éléments fassent défaut¹⁸. Par ailleurs, une personne ne peut pas être considérée comme capable ou incapable de discernement une fois pour toutes. Il faut évaluer sa capacité de discernement à l'instant T pour chacun de ses actes juridiques ou parajuridiques¹⁹. Il faut toujours partir du principe que la personne est capable de discernement et si on estime qu'elle ne l'est pas, en apporter la preuve. Cela dit, si des éléments objectifs permettent de douter de la capacité de discernement selon l'expérience générale de la vie, une inversion du fardeau de la preuve est possible, surtout dans le cas d'une personne très âgée, d'un enfant ou d'une personne atteinte d'un certain type de maladie mentale²⁰. Le cas se présente régulièrement chez les personnes atteintes de démence à un stade avancé²¹. Il ne faut cependant jamais déduire d'un simple diagnostic (de démence, p. ex.) que la personne est totalement incapable de discernement, mais évaluer soigneusement la question, situation par situation²². Il n'est donc pas tout à fait exact de parler d'une personne incapable de discernement dans l'absolu, car l'incapacité de discernement est relative. Mais étant donné que c'est le terme employé par le législateur (voir art. 383 ss CC), il sera employé aussi dans le présent rapport.

4.2. DÉMENCE

« Démence » est un terme générique qui désigne différentes maladies cérébrales²³ entraînant des troubles de la mémoire associés à l'un au moins des troubles suivants : aphasie (trouble du langage), apraxie (difficulté à effectuer des mouvements), agnosie (déficit de reconnaissance visuelle et spatiale) ou déclin des fonctions exécutives (perte de la capacité de planifier et d'agir)²⁴. La forme de démence la plus fréquente est la maladie d'Alzheimer²⁵. L'âge moyen de la population ne cessant de s'élever, les cas de démence augmentent régulièrement²⁶. On s'attend à ce que le nombre de personnes atteintes triple d'ici à 2050²⁷.

¹⁵ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 7 *ad* art. 382.

¹⁶ BSK ZGB I-FANKHAUSER, n. 3 *ad* art. 16.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.* n. 5.

¹⁹ *Ibid.* n. 34.

²⁰ Voir ATF 124 III 5 consid. 1b p. 8.

²¹ SCARDINO-MEIER, p. 8.

²² SAMW-Demenz, p. 12 ; ATF 124 III 5 consid. 1 p. 8.

²³ Stratégie nationale Démence 2014-2017, p. 18.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ OFSP Démence (consulté le 22.11.2024).

²⁶ SCARDINO-MEIER, p. 2.

²⁷ *Estimation of the global prevalence of dementia in 2019 and forecasted prevalence in 2050* (consulté le 22.11.2024).

4.3. DÉLIMITATION PAR RAPPORT AU PLACEMENT À DES FINS D'ASSISTANCE

Lorsqu'une personne démente incapable de discernement est placée en EMS, ses voies de recours varient considérablement selon qu'il s'agit d'un placement à des fins d'assistance (PAFA) ou d'un placement informel décidé, par exemple, par des proches. Si la personne s'oppose clairement à son placement, il est indispensable qu'un PAFA soit ordonné²⁸. Le PAFA est réglé en détail aux art. 426 ss CC et peut faire l'objet d'un recours²⁹. Si la personne ne s'oppose pas visiblement à son placement, elle peut, conformément au CC et à la pratique courante, être placée en section fermée d'EMS selon une procédure informelle, sans qu'un PAFA soit ordonné, du moment qu'une personne habilitée à la représenter y consent³⁰. Cette procédure informelle est au cœur du présent rapport.

4.4. ÉTABLISSEMENTS FERMÉS ET MESURES LIMITANT LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT

Le présent rapport se focalise sur deux types de situation : premièrement, le placement en institution fermée ou en section fermée d'EMS comme mesure visant à empêcher la personne concernée de quitter un certain périmètre³¹ ; deuxièmement, les MLLM, qui sont ordonnées à l'encontre d'une personne nécessitant une protection particulière pendant son séjour dans un cadre ouvert ou en complément de son placement en section ou en institution fermées. On distingue les MLLM spatiales, mécaniques ou psychologiques des mesures médicales³².

4.5. ÉTABLISSEMENTS MÉDICO-SOCIAUX

Le présent rapport traite uniquement du statut juridique des personnes démentes résidant en EMS. Il ne s'agit pas ici de donner de ces établissements une définition positive mais uniquement de délimiter le champ thématique étudié. En l'occurrence, le terme EMS établit clairement que le présent rapport ne porte pas sur le statut juridique des patients déments suivis en psychiatrie gériatrique ou en hôpital de soins somatiques aigus, pas plus que sur celui des déments pris en charge à domicile. Peu importe, donc, pour le présent rapport, que les sections ou les institutions fermées dont il est question soient ou non spécialisées dans l'accueil des personnes âgées. Peu importe, également, que l'institution en question soit publique ou privée, et si elle est privée, qu'elle ait ou non un but lucratif.

II. LE CADRE LÉGAL FIXÉ PAR LES DROITS DE L'HOMME

Le présent chapitre fournit une vue d'ensemble des prescriptions en matière de droits de l'homme dont relèvent le placement d'adultes incapables de discernement en EMS et les MLLM, en se focalisant sur la protection de la

²⁸ FF 2006 6635 6649. Voir aussi ci-dessous p. 28 s.

²⁹ Art. 450, al. 1, CC.

³⁰ Voir BSK ZGB I-GEISER / ETZENSBERGER, n. 5 *ad* art. 426.

³¹ Voir ci-dessous ch. IV.

³² Voir ci-dessous ch. V.

liberté de mouvement et de l'autonomie. Les droits correspondants sont principalement garantis à l'échelon régional par la ConvEDH (ch. 1)³³ et à l'échelon universel par la CDPH, plus spécifique (ch. 2). Le dernier sous-chapitre s'attache à examiner la compatibilité entre elles, sur le fond, de ces prescriptions internationales et les moyens de résoudre leurs éventuelles contradictions (ch. 3).

1. LE SYSTÈME DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1.1. VUE D'ENSEMBLE

Les MLLM telles que l'immobilisation ou l'enfermement dans un bâtiment ou à un étage sont susceptibles d'affecter nombre de garanties inscrites dans la ConvEDH. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a ainsi jugé à plusieurs reprises que l'immobilisation, par exemple, lorsqu'elle n'était pas employée en dernier recours afin d'éviter la mise en danger de soi-même ou d'autrui, constituait un traitement inhumain ou dégradant contraire à l'art. 3 ConvEDH. Ce genre de mesure, de même que l'enfermement dans un certain périmètre, porte aussi atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale visé à l'art. 8 ConvEDH, puisqu'il rend plus difficile, voire impossible, l'épanouissement d'une vie sociale et familiale autonome. Tel est le cas lorsque ces restrictions ne se fondent pas sur une base légale claire, qu'elles ne répondent à aucun intérêt public ou qu'elles ne sont pas proportionnées.

Les auteurs du présent rapport ont accordé une importance particulière à la façon dont la ConvEDH traite les restrictions de la liberté de mouvement en tant que telles. À cet égard, il faut tenir compte du fait que cette convention, tout comme la Constitution suisse³⁴, fait une distinction entre la restriction et la privation de liberté. L'une et l'autre restreignent le droit à la liberté de mouvement. La première, qui est la plus légère, relève de l'art. 2, § 1, du Protocole n° 4 du 16 septembre 1963 à la ConvEDH (STE n° 046), que la Suisse n'a cependant pas ratifié. Le droit à la liberté de mouvement est donc uniquement protégé en Suisse par l'art. 10, al. 2, Cst. En vertu de cette disposition, les restrictions de la liberté de mouvement sont admissibles si elles sont proportionnées, qu'elles s'appuient sur une base légale et qu'elles répondent à un intérêt public. Les règles se durcissent nettement face à une privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH. Elles sont traitées plus en détail dans le chapitre suivant.

1.2. DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ AU SENS DE L'ART. 5 CONVEDH EN PARTICULIER

Conformément à la pratique de la CEDH, la privation de liberté se caractérise généralement par trois éléments :

- premier élément : *objectivement*, la privation de liberté suppose le placement d'une personne dans un espace restreint pour une durée non négligeable³⁵. Quand s'agit-il d'une privation effective, quand d'une

³³ Ce sous-chapitre n'évoque les garanties souvent semblables, voire identiques du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu le 16 décembre 1966 (Pacte II de l'ONU) que lorsqu'elles vont plus loin que les prescriptions de la ConvEDH. Il en va de même des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution.

³⁴ Voir art 10, al. 2, Cst. (liberté de mouvement) et 31 Cst. (privation de liberté).

³⁵ Voir aussi HK EMRK-HARRENDORF / KÖNIG / VOIG, n. 9 ad art. 5.

simple restriction ? La réponse ne peut pas se déterminer abstraitement, elle dépend de différents facteurs qui varient selon le cas ;

- deuxième élément : il n'y a pas privation de liberté dès lors que la personne concernée a consenti à ce placement. L'absence de consentement valable de cette personne est donc nécessaire comme *élément subjectif*. Quoi qu'il en soit, le fait qu'une personne juridiquement incapable ne s'oppose pas à un tel placement ne permet pas de conclure qu'il n'y a pas privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH³⁶ ;
- troisième élément : la privation de liberté doit pouvoir être *imputée à l'État* ; il suffit en l'occurrence qu'il ait enfreint l'obligation positive qui lui incombe de protéger la personne concernée contre les ingérences dans son droit à la liberté du fait de particuliers³⁷

Une protection particulière est due aux personnes particulièrement vulnérables telles que les enfants ou les personnes placées en établissement de santé³⁸, ne serait-ce qu'en raison de leur dépendance accrue au personnel soignant. C'est encore plus vrai des personnes incapables de discernement car elles sont incapables ou presque de s'opposer de façon autonome à d'éventuelles illicéités.

Si ces trois éléments sont réunis, le placement non volontaire d'une personne constitue une privation de liberté ou une détention au sens de la ConvEDH et entraîne diverses conséquences matérielles et formelles.

L'art. 5 ConvEDH dresse la liste exhaustive des motifs autorisant une privation de liberté. Parmi les motifs pertinents pour notre expertise figure notamment celui exposé à l'art. 5, § 1, let. e, selon lequel une privation de liberté est licite si elle concerne une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, un aliéné, un alcoolique, un toxicomane ou un vagabond. Il faut que la personne concernée (« un aliéné ») représente un danger pour elle-même ou pour la société, et qu'il n'y ait pas d'autre moyen d'écarter ce danger³⁹. Même si les autorités nationales jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire concernant l'interprétation médicale de cette disposition, rien ne permet d'en déduire qu'elle autorise à détenir quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominant dans une société donnée⁴⁰. La CEDH a fixé les principes de la privation de liberté licite au sens de l'art. 5, § 1, let. e, dans les critères dits Winterwerp⁴¹. Sauf urgence, une personne ne peut être privée de liberté que si trois conditions sont réunies : il faut tout d'abord que son incapacité de discernement ait été établie par une expertise médicale récente⁴², si possible avant le placement, un léger décalage étant admissible dans les cas les plus urgents⁴³, il faut ensuite que cette incapacité atteigne un degré de gravité légitimant la privation de

³⁶ CEDH, H.L. c. Royaume-Uni, n° 45508/99, arrêt du 5.10.2004, § 90.

³⁷ CEDH, Storck c. Allemagne, n° 61603/00, arrêt du 16.6.2005, § 74 et 89.

³⁸ S'agissant des institutions psychiatriques, la Cour fait remarquer que les personnes concernées y sont généralement internées sans décision de justice. Voir à ce sujet CEDH, Storck c. Allemagne, n° 61603/00, arrêt du 16.6.2005, § 103.

³⁹ EMRK-KARPENSTEIN, Art. 5, N. 62.

⁴⁰ CEDH, Winterwerp c. Pays-Bas, n° 6301/73, arrêt du 24.10.1979, § 37 et les références citées. À propos du pouvoir discrétionnaire, voir Inseher c. Allemagne, n° 10211/12 et 27505/14, arrêt du 4.12.2018, § 128.

⁴¹ Voir à ce sujet CEDH, Winterwerp c. Pays-Bas, n° 6301/73, arrêt du 24.10.1979, § 39.

⁴² CEDH, Kadusic c. Suisse, n° 43977/13, arrêt du 9.1.2018, § 44 et 55. La CEDH considère qu'une expertise psychiatrique datant d'un an et demi n'est pas suffisamment récente pour justifier à elle seule une mesure privative de liberté. Voir CEDH, Herz c. Allemagne, n° 44672/98, arrêt du 12.6.2003.

⁴³ HK EMRK-HARRENDORF / KÖNIG / VOIG, n. 52 ad art. 5.

liberté, et enfin qu'elle persiste en dépit de mesures moins rigoureuses appliquées au cas par cas⁴⁴ telles que le recours à une curatelle ou la prise en charge à domicile.

Du point de vue procédural, la qualification d'un placement non consensuel comme privation de liberté signifie que la personne concernée est « informée, dans le plus court délai (...), des raisons de son arrestation » et « a le droit d'introduire un recours devant un tribunal »⁴⁵.

1.3. CODIFICATION DE LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH DANS UN PROTOCOLE ADDITIONNEL ?

Le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe (DH-BIO) a publié en 2018 un projet remanié de protocole additionnel⁴⁶ à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine⁴⁷, laquelle codifie les principes à respecter en cas d'intervention médicale. Le terme « intervention » y est employé « dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme comprenant tout acte médical, en particulier les interventions effectuées dans un but de prévention, de diagnostic, de thérapie, de rééducation ou de recherche »⁴⁸. La convention consacre par exemple le principe du « consentement libre et éclairé » à l'intervention projetée (art. 5), la « protection des personnes n'ayant pas la capacité de consentir » (art. 6) et la « protection des personnes souffrant d'un trouble mental » (art. 7). Conformément à l'art. 6, § 3, de la convention, les personnes incapables de consentir doivent être associées à la procédure d'autorisation et ne peuvent être totalement exclues des décisions les concernant⁴⁹.

À partir de ces dispositions, le protocole additionnel doit traiter plus en détail le placement et le traitement involontaires des personnes atteintes de troubles mentaux ; il doit notamment renforcer la protection des personnes concernées et fixer les normes de la CEDH à cet égard. Le projet vise par conséquent à éviter autant que possible les mesures involontaires en encourageant le développement d'alternatives et en garantissant les droits de procédure et de recours des personnes concernées⁵⁰.

Des experts de l'ONU ayant vivement critiqué le projet de 2018⁵¹, une nouvelle mouture légèrement modifiée a été présentée en 2022⁵², laquelle a à son tour suscité son lot de critiques⁵³. C'est probablement la raison pour laquelle le Comité des ministres du Conseil de l'Europe n'a pas encore définitivement adopté le projet de protocole

⁴⁴ CEDH, *Stanev c. Bulgarie*, n° 36760/06, arrêt du 17.1.2012, § 145, *Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, arrêt du 4.4.2000, § 78, *Herczegfalvy c. Autriche*, n° 10533/83, arrêt du 24.9.1992, § 63.

⁴⁵ Art. 5, § 2 à 5, ConvEDH.

⁴⁶ Voir projet de Protocole Additionnel 2018.

⁴⁷ La Suisse a ratifié cette convention en 2008.

⁴⁸ Voir rapport explicatif, ch. 34 et 46.

⁴⁹ Rapport explicatif, ch. 42 ss.

⁵⁰ Projet de Protocole Additionnel 2018, lignes 47 ss.

⁵¹ Voir communiqué conjoint.

⁵² Voir projet de Protocole Additionnel 2022. Alors que la mention controversée des « personnes atteintes de troubles mentaux » a disparu de son titre, l'art. 2, § 1, révèle qu'il ne s'agit là que d'une modification de façade puisque sa teneur est la même que celle de la version antérieure : « Les dispositions du présent Protocole s'appliquent au placement et au traitement involontaires de personnes atteintes de troubles mentaux. »

⁵³ Voir ci-dessous ch. II. 3.

additionnel⁵⁴. Bien que celui-ci ne soit pas encore en vigueur et ne génère donc aucune contrainte juridique, son commentaire matériel comme tentative de codification de la pratique de la CEDH revêt une importance capitale pour le présent rapport.

Le champ d'application du protocole additionnel prévu englobe non seulement les hôpitaux psychiatriques mais aussi tous les établissements dans lesquels des personnes vivent en vertu d'une mesure involontaire en raison de troubles mentaux⁵⁵, donc potentiellement les établissements accueillant des personnes atteintes de démence. L'expression « "mesure involontaire" » se réfère à tout placement et / ou traitement d'une personne « sans son consentement libre et éclairé ou contre sa volonté »⁵⁶. Avant de recourir à une telle mesure, toutes les options envisageables et non involontaires dans cette acception doivent être examinées et évaluées⁵⁷. Les mesures involontaires ne doivent être utilisées que conformément au principe de proportionnalité⁵⁸, en cas de sérieuse mise en danger de soi-même ou d'autrui ou d'incapacité manifeste de prendre une décision au sujet de la mesure, et si les mesures volontaires ne suffisent pas à contrer efficacement ces dangers⁵⁹. Du point de vue procédural, ce projet de protocole additionnel dispose que sauf urgence, la décision de soumettre une personne à un placement ou un traitement involontaire est prise par un tribunal ou un autre organe compétent⁶⁰ et que tout recours à l'isolement ou à la contention doit être spécifiquement et expressément ordonné par un médecin⁶¹.

2. UN CHANGEMENT DE PARADIGME ? LA CONVENTION DES NATIONS UNIES RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES

La CDPH adoptée en 2006 vise à préciser les droits fixés dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme⁶² pour les personnes handicapées⁶³. Elle n'a pas avant tout pour objet de créer de nouveaux droits mais d'assurer « la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées »⁶⁴. La Suisse a ratifié la CDPH en 2014 mais elle n'a toujours pas ratifié son protocole additionnel, qui crée la possibilité pour les personnes concernées par une violation de la convention de présenter une communication à l'organe de surveillance de celle-ci, le Comité des droits des personnes handicapées (*Committee on the Rights of Persons with Disabilities* [CRPD]), après épuisement des recours internes.

⁵⁴ Il a par contre chargé le Comité directeur pour les droits de l'homme dans les domaines de la biomédecine et de la santé de finaliser deux rapports sur le sujet pour la fin 2024 ; voir [https://www.coe.int/fr/web/bioethics/protection-with-regard-to-involuntary-measures#\(%2252965645%22:4\)}](https://www.coe.int/fr/web/bioethics/protection-with-regard-to-involuntary-measures#(%2252965645%22:4)) (consulté le 22.11.2024).

⁵⁵ Projet de rapport explicatif, ch. 29.

⁵⁶ Art. 2, § 4, du projet de Protocole Additionnel 2022 Le commentaire précise que « contre sa volonté » signifie que la personne ne peut donner son consentement. Voir le projet de rapport explicatif, ch. 38.

⁵⁷ Art. 3 du projet de Protocole Additionnel 2022.

⁵⁸ Art. 6 du projet de Protocole Additionnel 2022.

⁵⁹ Art. 6 du projet de Protocole Additionnel 2022.

⁶⁰ Art. 12 s. du projet de Protocole Additionnel 2022.

⁶¹ Art. 17 du projet de Protocole Additionnel 2022.

⁶² Notamment les Pactes I et II de l'ONU.

⁶³ Le texte allemand du rapport utilise le terme parfois critiqué de « Menschen mit Behinderungen », comme la CDPH.

⁶⁴ Préambule CDPH, let. e; voir BRK Kommentar-NAGUIB, n. 1 ad art. 1 ; CRPD Commentary-DELLA FINA, p. 92 ss.

2.1. PERSONNES ATTEINTES DE DÉMENCE ET CHAMP D'APPLICATION DE LA CDPH

Les personnes (incapables de discernement) atteintes de démence sont-elles protégées par la CDPH ? Autrement dit, la démence est-elle un handicap au sens de la CDPH ? Pour répondre à cette question, il faut commencer par rappeler l'art. 1, § 2, CDPH, qui dispose que « Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. » La CDPH emploie donc une définition ouverte et non exhaustive de la notion de handicap⁶⁵. La démence comme pathologie gérontopsychiatrique de longue durée entraîne des déficiences cognitives durables généralement doublées de déficiences physiques et, dans le contexte du quotidien, des discriminations et des inégalités de traitement, un handicap au sens de la CDPH⁶⁶. Ce point de vue est partagé par les organes de défense des droits de l'homme⁶⁷, par l'Organisation mondiale de la santé⁶⁸ et par les organisations non gouvernementales spécialisées⁶⁹. Cette question fait manifestement l'objet d'un large consensus. Le présent rapport suppose par conséquent que les prescriptions de la CDPH font autorité pour apprécier les droits des personnes atteintes de démence.

2.2. POINT DE DÉPART : LE HANDICAP DU POINT DE VUE DES DROITS DE L'HOMME

Pour mieux comprendre les prescriptions de la CDPH, notamment en ce qui concerne leur interprétation par le CRPD, quelques explications s'imposent. Le CRPD considère le handicap selon un modèle inspiré des droits de l'homme, qui va plus loin que les traditionnels modèles médical et social⁷⁰. Le modèle médical, qui a beaucoup vieilli, voit le handicap comme une déficience qui doit être traitée, guérie ou corrigée par la médecine. Il considère donc le handicap comme une anomalie par rapport à un état de santé « normal ». Selon la doctrine, ce point de vue a donné naissance aux deux prémisses suivantes : les personnes handicapées ont besoin d'être protégées et assistées, et le handicap peut être un motif de privation de la capacité juridique. La première peut légitimer le placement des personnes handicapées dans des établissements à part, et la seconde l'édiction de lois prévoyant des curatelles, parfois de portée générale⁷¹. Le modèle social se détourne de l'individu pour considérer le handicap comme une construction sociale. Focalisé sur la société, il estime que l'exclusion de celle-ci résulte d'obstacles et de discriminations. Le modèle social distingue « déficience » et « handicap ». La « déficience » se rapporte à un état du corps ou de la psyché et le « handicap » au résultat de la façon dont l'environnement et la société réagissent à cette déficience⁷². Le modèle inspiré des droits de l'homme est en quelque sorte une version plus aboutie du

⁶⁵ CRPD Commentary-DELLA FINA, p. 97.

⁶⁶ Voir aussi CRPD, rapport de la rapporteuse spéciale, ch. 21, 57 et 62. Le CRPD ne manque jamais de souligner les droits des personnes âgées handicapées, voir p. ex. CRPD, OF Géorgie, doc ONU CRPD/C/GEO/CO/1, 24.3.2023, ch. 11 ss.

⁶⁷ Voir CRPD, rapport de la rapporteuse spéciale.

⁶⁸ Organisation mondiale de la santé, Projet de plan mondial d'action de santé publique contre la démence, doc ONU A70/28, 3.4.2017, ch. 7

⁶⁹ Voir, p. ex., *Brief for Alzheimer associations*, p. 1.

⁷⁰ CRPD Commentary-DELLA FINA, p. 98.

⁷¹ CRPD Commentary-Degener, p. 42.

⁷² Ibid.

modèle social, dont il se distingue notamment par la défense de deux principes : une personne handicapée ne peut pas être privée de sa capacité juridique, et il faut prendre en considération, en menant les réformes nécessaires, les douleurs ou la détérioration de la qualité de vie que peuvent causer les déficiences dont pâtissent les personnes handicapées⁷³.

Ces éléments sont pertinents pour la situation juridique des adultes incapables de discernement en Suisse car l'interprétation de la CDPH par son comité est susceptible de générer dans les domaines concernés des changements parfois de grande ampleur. Le comité estime en effet que les prescriptions de la CDPH vont bien au-delà de la protection contre l'isolement social et les violences physiques d'une part, et de l'accès à des aides, à des soins, à la santé et à la justice d'autre part. Selon lui, elles portent aussi sur la participation et l'autonomie au sens large, et manifestent une hostilité de principe au placement des personnes handicapées en institution et une hostilité résolue à toute forme de placement non volontaire sous prétexte de handicap⁷⁴.

2.3. PRESCRIPTIONS DE FOND DE LA CDPH

a) Vue d'ensemble

La CDPH est tout entière axée sur le principe d'égalité et sur l'interdiction de toute discrimination. Chacun des droits qu'elle énonce s'y réfère⁷⁵. S'agissant du placement des adultes incapables de discernement et du recours aux MLLM dans les EMS, plusieurs de ses dispositions consacrent des aspects importants de la liberté personnelle : l'art. 14 bien sûr (Liberté et sécurité de la personne), mais aussi les art. 15 (Droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), 16 (Droit de ne pas être soumis à l'exploitation, à la violence et à la maltraitance) et 17 (Protection de l'intégrité de la personne)^{76, 77}. Le présent rapport accorde aussi une importance particulière à l'art. 12 CDPH, qui vise à garantir la reconnaissance de la personnalité juridique de toutes les personnes protégées par la CDPH⁷⁸. C'est important dans la mesure où le droit de décider librement de son lieu de résidence et de son mode de prise en charge concerne en fin de compte la capacité juridique et donc l'autonomie⁷⁹. Les personnes atteintes de démence à un stade avancé et incapables de discernement sont généralement confrontées à des curatelles et donc à différentes formes de prise de décisions substitutive. Le placement d'un adulte incapable de discernement en section fermée d'EMS ou le recours à des MLLM

⁷³ Selon DEGENER, les deux modèles se distinguent par six aspects. Outre les deux qui ont été cités, le modèle inspiré des droits de l'homme va plus loin que les droits « classiques » en matière de non-discrimination en prenant en compte, en plus des droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels. Il favorise aussi l'identification politique et culturelle des minorités en reconnaissant l'intersectionnalité entre le handicap, l'âge, le sexe, l'origine, la religion, etc. Il esquisse enfin les lignes directrices d'une politique de santé préventive non discriminatoire et d'une politique de développement inclusive. Voir CRPD Commentary-DEGENER, p. 42 ss.

⁷⁴ Voir ch. suivant.

⁷⁵ Voir art. 5 CDPH.

⁷⁶ Contrairement à l'art. 14 CDPH, l'art. 17 porte sur les traitements médicaux (forcés). NAGUIB U. A., UNO-Behindertenrechtskonvention (UNO-BRK), n. 4 *ad* art. 14, p. 390.

⁷⁷ BRK Kommentar-ROSCH, n. 4 *ad* art. 14.

⁷⁸ Concernant l'interprétation de l'art. 12 CDPH, voir CRPD, OG n° 1.

⁷⁹ BRK Kommentar-ROSCH, n. 4 *ad* art. 14.

sont susceptibles de violer ces droits (entre autres) garantis par la CDPH. Les chapitres qui suivent se focalisent sur les prescriptions, majeures pour le présent rapport, des art. 12 et 14 CDPH.

b) Art. 12 CDPH (Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité)

L'art. 12 CDPH règle la reconnaissance de la personnalité juridique des personnes handicapées sous tous ses aspects et constitue le principe fondamental de la convention, car il est une condition essentielle de la jouissance d'autres droits de l'homme⁸⁰, par exemple le droit de voir respecter son consentement éclairé à une prise en charge et à un traitement, qui est indispensable à l'intégrité physique et morale⁸¹. En relation avec le principe d'égalité et l'interdiction de toute discrimination, l'art. 12 CDPH vise en particulier à protéger les personnes qui, étant incapables de faire des déclarations juridiquement valables en raison d'une déficience, ne sont pas traitées sur un pied d'égalité avec les autres⁸². Le CRPD estime que les régimes de prise de décisions substitutive sont incompatibles avec la CDPH⁸³ et doivent être remplacés par la « prise de décisions assistée »⁸⁴, laquelle repose sur le principe de l'autonomie et doit, dans la mesure du possible, s'appuyer sur une « interprétation optimale de la volonté et des préférences » de la personne, fût-elle incapable de discernement. Une partie de la doctrine fait remarquer que l'interdiction de la prise de décisions substitutive abandonne en fin de compte à elles-mêmes les personnes présentant un handicap intellectuel ou psychosocial et s'interroge sur la compatibilité de cette interdiction avec la CDPH et avec le respect de la dignité humaine⁸⁵. L'art. 12, § 3, CDPH exige d'ailleurs que les personnes handicapées bénéficient de mesures d'accompagnement appropriées. Le CRPD propose une interprétation large de la notion d'accompagnement et exige que toute mesure dans ce sens, quelles que soient sa nature et son intensité, respecte la volonté et les préférences de la personne concernée⁸⁶, ce qui obéit d'ailleurs au principe énoncé à l'art. 5, § 3, CDPH, qui veut que des « aménagements raisonnables » soient apportés⁸⁷, par exemple sous la forme d'un assistant ou d'une assistante. Le CRPD souligne aussi l'importance à cet égard de divers mécanismes de planification, qui permettent d'indiquer sa volonté et ses préférences tant qu'on en est encore capable⁸⁸. C'est le cas notamment du mandat pour cause d'incapacité ou des directives anticipées du patient. Le comité estime que ce n'est que lorsqu'en dépit de ces efforts, il n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, qu'une décision fondée sur l'interprétation optimale de la volonté et des préférences peut être prise. Il considère par contre que le principe de l'« intérêt supérieur » n'est pas une garantie conforme à la CDPH.⁸⁹

⁸⁰ Voir CRPD Commentary-Keys, p. 266. Ce droit figure, sous une forme analogue aux art. 6 s. de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'art. 26 du Pacte II de l'ONU. Ce dernier ne mentionne cependant pas les personnes handicapées, lacune que la CDPH doit corriger. Voir à ce propos BRK Kommentar-Rosch, n. 1 et 5 *ad* art. 12.

⁸¹ CRPD Commentary-Keys, p. 266.

⁸² BRK Kommentar-Rosch, n. 1 *ad* art. 12.

⁸³ CRPD, OG n° 1, ch. 29.

⁸⁴ CRPD, OF Suisse, ch. 25 s. Voir aussi BRK-Kommentar-Rosch, n. 55 *ss ad* art. 12.

⁸⁵ BRK Kommentar-Rosch, n. 37 *ad* art. 14, p. 37.

⁸⁶ CRPD, OG n° 1, ch. 17.

⁸⁷ Voir CRPD Commentary-Keys, p. 265 s.

⁸⁸ CRPD, OG n° 1, ch. 17.

⁸⁹ CRPD, OG n° 1, ch. 21 ; voir aussi BRK-Kommentar-Rosch, n. 55 et 58 *ss ad* art. 12.

Le comité a d'ailleurs affirmé cette position vis-à-vis de la Suisse en critiquant la possibilité prévue par la loi de nier la capacité juridique d'une personne et de mettre celle-ci sous tutelle, et en exigeant une révision des dispositions correspondantes⁹⁰. Il enjoint ainsi à la Suisse de procéder à un changement de paradigme et de remanier en profondeur son droit de la protection de l'adulte empreint de paternalisme selon lui, lequel se caractérise par ses dispositions sur la curatelle⁹¹, prévoit des formes de prise de décisions substitutive et permet une restriction de la capacité juridique.

L'importance particulière de l'art. 12 CDPH pour le présent rapport tient à son interaction avec les art. 14 (Liberté et sécurité de la personne) et 25 (Santé). La rapporteuse spéciale de l'ONU sur les droits des personnes handicapées déplore par exemple que le simple diagnostic de démence justifie souvent le déni à la personne concernée de l'exercice de certains droits⁹². Le CRPD estime quant à lui que le déni de la capacité juridique des personnes handicapées et leur détention dans des établissements contre leur volonté, sans leur consentement ou avec celui d'une personne habilitée à se substituer à elles pour prendre les décisions les concernant viole les articles 12 et 14 de la CDPH. Cette pratique constitue selon lui une privation arbitraire de liberté et doit être abandonnée⁹³. Dans le domaine de la santé, il estime que les États parties à la CDPH devraient exiger de tous les professionnels de la santé qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé des personnes handicapées avant de les traiter, les régimes de prise de décisions substitutive n'étant pas non plus conformes à la CDPH pour l'expression de ce consentement. Le personnel médical devrait veiller selon lui à ce que les personnes handicapées soient consultées directement et à ce que les personnes fournissant à celles-ci une aide ou un accompagnement n'exercent pas une influence abusive sur leurs décisions⁹⁴.

c) Art. 14 CDPH (Liberté et sécurité de la personne)

Le droit à la liberté de mouvement visé à l'art. 14 CDPH revêt un intérêt capital pour le présent rapport. Il protège notamment la liberté de mouvement physique et la liberté de décider de son lieu de résidence et de sa locomotion⁹⁵. L'art. 14 CDPH ne crée pas non plus de nouveaux droits qui ne figureraient pas déjà dans d'autres conventions sur les droits de l'homme⁹⁶. Par privation de liberté, la CDPH entend elle aussi une restriction, imputable à l'État, de la liberté de mouvement à un espace étroitement délimité pour une certaine durée⁹⁷. Et comme d'autres conventions relatives aux droits de l'homme, elle exige que la privation de liberté se fonde sur une base légale, résulte d'une procédure dictée par le droit national et soit à la fois proportionnée et dépourvue d'arbitraire. De même,

⁹⁰ CRPD, OF Suisse, ch. 25 : « Le Comité constate avec préoccupation : a) Que le droit des personnes handicapées à l'égalité devant la loi n'est pas reconnu et qu'il existe même des lois qui nient ou restreignent la capacité juridique des personnes handicapées et prévoient leur mise sous tutelle ; (...) ».

⁹¹ À commencer par la curatelle de portée générale visée à l'art. 398 CC.

⁹² Voir à ce propos CRPD, rapport de la rapporteuse spéciale, ch. 29.

⁹³ CRPD, OG n° 1, ch. 40.

⁹⁴ CRPD, OG n° 1, ch. 41.

⁹⁵ L'art. 17 CDPH (Protection de l'intégrité de la personne) se concentre, lui, sur les traitements médicaux forcés. Voir à ce propos BRK - Kommentar-ROSCH, n. 4 *ad* art. 14, p. 390.

⁹⁶ Sa proximité de fond avec l'art. 9 du Pacte II de l'ONU se voit aussi dans les travaux préparatoires relatifs à l'art. 14 CDPH. Voir à ce propos BRK - Kommentar-ROSCH, n. 3 et 23 s. *ad* art. 14.

⁹⁷ Comme l'art. 5 ConvEDH, voir ci-dessus ch. II. 1.2.

d'applicabilité de l'art. 14 CDPH ne se limite pas aux peines privatives de liberté. Dans la réalité, il arrive en effet souvent que des personnes handicapées soient placées dans des établissements ou des cadres spéciaux contre leur volonté ou sans leur consentement, en vertu du droit civil⁹⁸. Outre le placement en soi, la privation de liberté au sens de la CDPH comprend différentes formes de MLLM telles que l'enfermement, la surveillance ou les menaces de sanction. Même une immobilisation de courte durée peut être assimilée à une privation de liberté⁹⁹.

Comme on l'a vu pour le commentaire de l'art. 12 CDPH¹⁰⁰, l'art. 14 CDPH vise à éviter qu'une personne handicapée, du fait de son handicap, soit placée dans un établissement contre ou sans son consentement¹⁰¹. L'art. 14, § 1, let. b, CDPH dispose expressément qu'« en aucun cas l'existence d'un handicap ne justifie une privation de liberté »¹⁰². Le fait qu'une personne handicapée ne soit pas en mesure de s'opposer à une éventuelle intervention ou accepte la mesure ne signifie pas qu'elle renonce à ses droits fondamentaux¹⁰³. L'interdiction de priver une personne de sa liberté en raison d'un handicap est valable sans exception, y compris en cas de risque manifeste de mise en danger de soi-même ou d'autrui¹⁰⁴. Cela ressort clairement de l'avis ci-après émis par plusieurs experts indépendants de l'ONU :

« Les lois relatives à la santé mentale qui prévalent de nos jours justifient la détention par une déficience mentale réelle ou supposée ou par une dangerosité potentielle pour soi-même ou pour autrui. Alors que ces critères se veulent objectifs et raisonnables, ils ont pour effet, en pratique, de stigmatiser les personnes handicapées, en particulier celles qui présentent un handicap intellectuel ou psychosocial et qui sont couramment considérées comme dangereuses et nécessitant un traitement ou une prise en charge. Ces mesures sont par conséquent discriminatoires et contraires à l'interdiction de toute privation de liberté pour cause de handicap et au droit à la liberté sur la base de l'égalité avec les autres prônés par l'art. 14 (...). Les États ont le devoir de remplacer le recours à la psychiatrie coercitive par une aide à la prise de décisions sur les questions de santé et par des modèles de services respectueux de la volonté et des préférences de la personne (...) »¹⁰⁵

L'art. 14 CDPH n'interdit cependant pas complètement la privation de liberté des personnes handicapées. Il ne précise au § 1, let. b, que les critères qui la rendent inadmissible de toute façon, c'est-à-dire sa justification par la seule existence d'un handicap et son caractère arbitraire. La privation de liberté est arbitraire si elle est contraire à la loi, si elle repose sur des circonstances manifestement fausses ou si elle est disproportionnée. Le § 2 énonce les droits des personnes handicapées privées de leur liberté, en particulier le droit, sur la base de l'*égalité avec les autres*, aux garanties prévues par les droits de l'homme¹⁰⁶.

Le CRPD juge du reste d'un œil globalement critique l'institutionnalisation des personnes handicapées¹⁰⁷. Suivant la logique de l'art. 19 CDPH (Autonomie de vie et inclusion dans la société), il dénonce dans ses lignes directrices

⁹⁸ Voir BRK Kommentar-ROSCHE, n. 25 *ad* art. 14.

⁹⁹ P. ex. une contention pendant un examen ; voir à ce propos BRK Praxis-TRENK-HINTERBERGER, n. 4 *ad* art. 14 CDPH.

¹⁰⁰ Voir ci-dessus ch. II. 2.3b.

¹⁰¹ AG, Directives art. 14 CDPH, p. 18, ch. 6 ; voir aussi BRK-Kommentar-ROSCHE, n. 2 *ad* art. 14.

¹⁰² Dans des termes analogues : CDH, OG n° 35, ch. 19.

¹⁰³ BRK Kommentar-ROSCHE, n. 20 *ad* art. 14.

¹⁰⁴ La doctrine n'est pas unanime sur ce point. Voir p. ex. BRK Kommentar-ROSCHE, n. 31 *ss ad* art. 14 et les références citées.

¹⁰⁵ Communiqué conjoint. Dans des termes analogues, le CRPD *in* AG, Directives art. 14 CRPD, p. 20, ch. 13.

¹⁰⁶ BRK Kommentar-ROSCHE, n. 11 *ad* art. 14.

¹⁰⁷ Pour le CRPD, l'institutionnalisation désigne l'internement des personnes handicapées « au motif du handicap, seul ou en conjonction avec d'autres motifs tels que les "soins" ou le "traitement" ». Voir CRPD, désinstitutionnalisation, ch. 11 et 15.

pour la désinstitutionnalisation les « unités sécurisées » et les « villages pour personnes en situation de démence » comme des formes d'institutionnalisation indésirables où des personnes peuvent être privées de liberté à des fins d'observation, de soins, de traitement ou de mise en sécurité¹⁰⁸. Il estime que l'institutionnalisation des personnes handicapées est une pratique discriminatoire contraire à l'art. 5 CDPH, qu'elle constitue une violation de l'art. 12 CDPH en ce qu'elle suppose le déni de fait de la capacité juridique des personnes concernées, et qu'elle constitue aussi une privation de liberté au motif de l'altération des facultés, contraire à l'art. 14 CDPH¹⁰⁹. Le CRPD conclut que le recours aux traitements forcés, au placement à l'isolement et aux différents moyens de contrainte employés dans les établissements médicaux, y compris les contraintes physiques, chimiques et mécaniques, constitue une violation de l'art. 15 CDPH (Droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)¹¹⁰.

Dans ses observations finales concernant le rapport initial de la Suisse, le CRPD a confirmé cette opinion et invité la Suisse à réviser sa législation en la matière¹¹¹. On peut en déduire que selon lui, la réglementation légale de la limitation de la liberté de mouvement qui figure à l'art. 383 CC et la jurisprudence correspondante ne sont pas compatibles avec la CDPH. Malgré ces déclarations très claires du CRPD, la doctrine (suisse) ne partage pas unanimement ce point de vue. Certains auteurs estiment en effet que la présence de motifs de détention supplémentaires (par exemple, la mise en danger de soi-même) suffit à ne pas imputer la restriction au seul handicap, et donc à rendre la privation de liberté conforme à l'art. 14 CDPH. Autrement dit, selon ces juristes, si la privation de liberté n'est pas motivée uniquement par l'existence d'un handicap mais qu'elle est ordonnée en relation avec un handicap, elle respecte les prescriptions de la CDPH¹¹². Le CRPD s'inscrit expressément en faux contre cette assertion, par exemple lorsqu'il affirme que l'art. 14 CDPH « interdit toute privation de liberté pour des raisons de déficiences réelles ou supposées, même si d'autres facteurs ou critères sont invoqués pour la justifier »¹¹³. Compte tenu de ces éléments, et conformément à l'avis d'autres juristes¹¹⁴, le présent rapport part du principe que selon l'interprétation de la CDPH par le CRPD, le placement durable d'une personne atteinte de démence en institution fermée contre sa volonté, sans son consentement ou avec celui d'une personne habilitée à se substituer à elle pour prendre les décisions la concernant est réputé contraire à la CDPH, même en cas de danger pour elle-même ou pour autrui résultant de la démence.

¹⁰⁸ CRPD, désinstitutionnalisation, ch. 15 et 52.

¹⁰⁹ CRPD, désinstitutionnalisation, ch. 6. Le Comité des droits de l'homme de l'ONU (CDH) est lui aussi critique vis-à-vis de la privation de liberté des personnes présentant un handicap intellectuel ou psychosocial. Il souligne le préjudice inhérent à toute privation de liberté, notamment lorsqu'elle revêt la forme d'une hospitalisation sans consentement, et recommande la mise en place « de services appropriés d'aide sociale communautaires ou autres, (...) afin d'offrir des solutions de substitution qui soient moins restrictives que l'internement » ; CDH, OG n° 35, ch. 19.

¹¹⁰ AG, Directives art. 14 CDPH, p. 19 s., ch. 12.

¹¹¹ CRPD, OF Suisse, ch. 30.

¹¹² BRK Kommentar-ROSCH, n. 30 ss et 48 *ad* art. 14.

¹¹³ AG, Directives art. 14 CDPH, p. 18 s., ch. 7 Voir aussi ci-dessus ch. II. 2.3c.

¹¹⁴ CRPD Oxford Commentary-PERLIN ET SZELI, p. 409 ss.

3. CONFLIT ENTRE LA CDPH ET LA CONVEDH ?

Les deux chapitres qui précèdent illustrent les différences d'appréciation, entre les systèmes régional et universel de défense des droits de l'homme, d'une mesure prise contre la volonté ou sans le consentement d'une personne présentant un handicap intellectuel ou psychosocial. Si la ConVEDH permet en principe et la privation de la capacité juridique assortie d'une prise de décisions substitutive et le placement ou l'administration de MLLM sans le consentement de la personne concernée moyennant des conditions claires, la CDPH semble exclure tout recours à ces moyens.

D'où les deux questions ci-après, que le présent rapport se propose d'examiner : y a-t-il effectivement conflit entre ces deux systèmes normatifs, et si oui, comment le résoudre ? La réponse paraît simple à première vue, la ConVEDH possédant à l'art. 53 une clause dite de faveur, selon laquelle la convention ne s'oppose pas à l'application de dispositions plus protectrices. On pourrait en déduire qu'il n'y a pas de contradiction de normes entre les prescriptions européennes et les prescriptions universelles. Cette conclusion simple en apparence est contredite par l'attitude d'organes de défense des droits de l'homme compétents : depuis 2018, le CRPD a critiqué non seulement, comme on l'a vu plus haut¹¹⁵, le contenu et la terminologie d'un projet de protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine sur le thème du placement des personnes incapables de discernement et des mesures les concernant, mais aussi – en les nommant – certains États membres du Conseil de l'Europe, qui selon lui ont à l'égard du projet une position trop conciliante. Il reproche par exemple à la Suisse de ne pas s'opposer assez nettement à ce projet¹¹⁶. Malgré ces objections, le Conseil de l'Europe ne semble pas vouloir abandonner son projet et la jurisprudence de la CEDH sur ces questions ne semble pas non plus tenir compte des critiques du CRPD envers le modèle européen¹¹⁷. En d'autres termes, les organes de surveillance des traités concernés maintiennent tous deux leur interprétation du droit.

Comment le présent rapport doit-il se positionner entre ces deux pôles, ou plutôt quelles sont les règles en vigueur du droit international à l'aune desquelles il faut évaluer l'état du droit et de la jurisprudence suisses ? La ConVEDH se fonde sur de nombreuses années de jurisprudence dans des procédures de recours individuelles, qui précisent les prescriptions directement contraignantes de la convention pouvant être invoquées à titre individuel. Les enseignements de la CDPH dans ce domaine découlent quant à eux soit directement (observations finales) soit indirectement (observations générales) de la procédure d'établissement des rapports par les États parties. Ils consistent en des recommandations ou en des invitations à agir à l'attention des États, et s'inscrivent donc dans une optique plutôt politique, contrairement aux arrêts des tribunaux. Aussi ne mettent-ils pas exclusivement en exergue des obligations à satisfaire directement, mais aussi des prescriptions à accomplir progressivement. Le présent rapport a donc plutôt tendance à suivre la ConVEDH pour ce qui est de constater les obligations immédiates en matière de droits de l'homme, qui doivent être respectées à court terme, étant entendu que l'interprétation de la ConVEDH doit

¹¹⁵ Voir ci-dessus ch. II. 1.3.

¹¹⁶ CRPD, OF Suisse, ch. 29 : « Le Comité constate avec préoccupation : [...] qu'il n'y a pas eu de prise de position claire contre le projet de protocole additionnel à la Convention [...] ».

¹¹⁷ Voir à ce propos Rapport de recherche de la CEDH.

prendre en considération autant que possible le principe fondamental de la CDPH, qui est le droit des personnes handicapées à l'autonomie. Il tient compte des éléments plus pointus de la CDPH, dont certains exigent un remaniement en profondeur du dogme du droit de la protection de l'adulte, dans une perspective à long terme.

III. LES BASES LÉGALES NATIONALES

1. BASES CONSTITUTIONNELLES

La Constitution suisse contient elle aussi des garanties susceptibles d'être affectées par un placement informel en EMS et par les éventuelles MLLM mécaniques, spatiales, psychologiques ou médicales qui y sont ordonnées, garanties qui recourent dans une large mesure celles de la ConvEDH. L'art. 31 Cst. protège, par exemple, contre la privation de liberté arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit¹¹⁸. De même, toute personne qui se voit privée de sa liberté sans qu'un tribunal l'ait ordonné a le droit, en tout temps, de saisir le tribunal¹¹⁹. L'art. 10, al. 2, Cst. protège la liberté personnelle, qui comprend l'intégrité physique et psychique et la liberté de mouvement. Cette disposition, comme les prescriptions internationales, protège le droit de se rendre dans un lieu et d'en repartir¹²⁰. S'agissant des MLLM, elles restreignent – par nature – la liberté de mouvement. Elles peuvent aussi porter atteinte à l'intégrité physique en cas d'administration forcée de médicaments. Toute restriction du droit fondamental à la liberté personnelle visé à l'art. 10, al. 2, Cst. doit se conformer à l'art. 36 Cst.¹²¹ : elle doit être fondée sur une base légale d'une densité et d'un échelon normatifs suffisants, être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et être proportionnée au but visé¹²².

2. PRESCRIPTIONS DU DROIT FÉDÉRAL

Au niveau fédéral, le nouveau droit de la protection de l'adulte¹²³ a créé, aux art. 382 à 387 CC, des prescriptions spécifiques visant à protéger les personnes incapables de discernement qui résident en EMS sans avoir fait l'objet d'un PAFA¹²⁴. Si le champ d'application de ces prescriptions ne se limite pas aux personnes incapables de discernement pour cause de démence, ces personnes constituent la grande majorité des personnes incapables de discernement résidant en EMS¹²⁵. Ces prescriptions fixent les exigences minimales applicables en Suisse, les cantons

¹¹⁸ Art. 31, al. 1, Cst.

¹¹⁹ Art. 31, al. 4, Cst.

¹²⁰ Voir ATF 88 I 260 consid. 3 : « *freie Bewegung im Raum* » (liberté de mouvement dans l'espace) ; voir aussi BSK BV-TSCHENTSCHER, n. 62 ad art. 10 Cst.

¹²¹ *Gutachten Altersdemenz*, p. 28.

¹²² Ibid. La Constitution contient d'autres dispositions pouvant s'appliquer aux personnes placées en EMS. Il découle notamment de celles qui concernent la dignité humaine (art. 7), le droit à la vie et la liberté personnelle (art. 10) et le droit d'être protégé contre l'emploi abusif de ses données personnelles (art. 13, al. 2) des droits que l'on résume sous le terme de droit des patients et qui offrent une protection globale aux personnes en cours de traitement. S'agissant des voies de recours en cas de privation de liberté, il faut tenir compte, outre l'art. 31, al. 4, Cst., de l'art. 29a, qui établit la garantie de l'accès au juge. Ainsi, toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. En cours de procédure, l'art. 29 Cst. garantit en outre aux parties le droit d'être entendues.

¹²³ Entré en vigueur le 1.1.2013.

¹²⁴ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 1 ad art. 382 à 387.

¹²⁵ Ibid. Voir aussi ci-dessus ch. I. 2.

étant libres d'édicter des règles plus détaillées¹²⁶. La conclusion du contrat d'assistance visé à l'art. 382 CC vise à offrir une protection dès l'admission en EMS. Cette disposition constitue la seule base normative du CC qui règle l'admission en EMS. Les art. 383 à 385 CC fixent les conditions matérielles et les prescriptions formelles à respecter pour ordonner des MLLM et créent une voie de recours contre ces mesures. L'art. 386 CC souligne l'importance de la protection de la personnalité des personnes incapables de discernement résidant en EMS, en mettant expressément en évidence quelques aspects pertinents. L'art. 387 enfin oblige les cantons à assujettir les institutions qui accueillent des personnes incapables de discernement à une surveillance.

3. PRESCRIPTIONS CANTONALES

Il n'existe pas au niveau cantonal de normes exclusivement consacrées à la protection des personnes incapables de discernement résidant en EMS qui aillent plus loin que le droit fédéral. On y trouve cependant de nombreuses dispositions visant à garantir le bien-être des personnes résidant en EMS ou dans d'autres établissements de santé et donc à protéger ces groupes de personnes. Nombre de cantons règlent par exemple plus en détail le contenu des contrats d'assistance, les dispositions correspondantes s'appliquant d'ailleurs aussi aux personnes capables de discernement qui souscrivent elles-mêmes un tel contrat. Nombre de cantons réglementent plus sévèrement que le droit fédéral les MLLM et d'autres mesures de contrainte. Comme la réglementation de la surveillance des institutions de santé et des professionnels de la santé est du ressort des cantons, on trouve au niveau cantonal des prescriptions parfois très détaillées sur ces sujets. La plupart des cantons réglementent en outre à leur échelon les droits des patients, qui dans la grande majorité des cas ne bénéficient pas aux seules personnes hospitalisées mais à toutes les personnes qui se trouvent dans une institution de santé¹²⁷. Dans certains cantons, le respect de ces droits est surveillé par des commissions spécialisées que les personnes concernées ou leur représentant peuvent saisir en cas de violation. D'autres cantons prévoient à cet égard la possibilité de s'adresser à un organe de médiation ou de demander une décision sujette à recours¹²⁸. Le présent rapport expose plus en détail les prescriptions cantonales qui vont au-delà du droit fédéral avec la problématique correspondante.

IV. LE PLACEMENT EN INSTITUTION FERMÉE

1. LES INSTITUTIONS FERMÉES

Le présent rapport a pour objet le placement des personnes incapables de discernement en institution (EMS ou section d'EMS) fermée. Aucune norme ne définit les critères selon lesquels une institution est considérée comme fermée (ou protégée¹²⁹) ou comme ouverte. En Suisse, on ne distingue généralement pas les EMS selon qu'ils sont ouverts ou fermés, mais selon qu'ils sont ou non spécialisés dans l'accueil des personnes atteintes de démence ou qu'ils possèdent ou non une section réservée à ces personnes. Cela dit, les EMS et les sections

¹²⁶ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 8 *ad* art. 382 à 387

¹²⁷ Rapport postulats Kessler / Gilli / Steinert, p. 15 s.

¹²⁸ Voir ci-dessous, ch. VIII. 3.

¹²⁹ *SENEVITA Konzept*, p. 7

spécialisés sont fréquemment dotés de mécanismes visant à empêcher la fuite ou la fugue (terme plus approprié dans ce contexte) des résidents¹³⁰. Si des restrictions générales de la liberté de mouvement sont en place afin d'empêcher tous les résidents de quitter un certain périmètre (service, bâtiment, aire extérieure entourant le bâtiment, etc.), le présent rapport considère qu'il s'agit d'une institution fermée.

Ces institutions possèdent en premier lieu des portes d'entrée, des ascenseurs ou des portails verrouillés, qui empêchent les résidents de quitter un certain périmètre à leur gré et sans l'accord du personnel. Il arrive que ces accès soient protégés par un code et restent utilisables pour les résidents qui sont (encore) capables de mémoriser ces codes. On considère que l'on a affaire à un cadre fermé, même lorsque les accès sont rendus à dessein « invisibles » par une moquette murale, un papier peint ou autre. Il en va de même lorsque tous les résidents sont munis d'un traceur GPS qui restreint leurs déplacements autonomes à un rayon prédéfini.

Cette dernière variante de cadre fermé se distingue nettement des premières par l'intensité de son atteinte à la liberté de mouvement. Il y a en effet une grande différence entre l'impossibilité de quitter seul un service et la possibilité de circuler librement, sans déclencher l'alarme d'un traceur GPS, dans certaines zones extérieures à l'institution ou dans des zones de l'institution accessibles au public (cafétéria, p. ex.). Pour juger de l'intensité de l'atteinte, il est aussi déterminant de savoir si les personnes sont confinées dans les secteurs fermés ou si elles ont parfois l'occasion d'en sortir et, dans le second cas, si elles peuvent le faire seules ou si elles doivent être accompagnées par un membre du personnel. Entre ces différentes modalités, il peut être difficile d'évaluer lesquelles restreignent plus sévèrement la liberté de circulation des résidents. À titre d'exemple, la délimitation d'une institution par un grillage peut être perçue à première vue comme une restriction plus forte. Or ce grillage peut permettre aux résidents de se mouvoir librement et seuls dans un périmètre extérieur plus large que s'il n'y avait pas de grillage. L'intensité de l'atteinte est donc très variable et influe sur la distinction entre privation et restriction de liberté¹³¹.

Il faut en outre tenir compte du fait que toutes les personnes atteintes de démence sont loin de résider en institution fermée au sens qui en est donné plus haut. Cela ne signifie du reste pas nécessairement que la liberté de mouvement de ces personnes placées dans un cadre ouvert est moins restreinte. Il est en effet évident que les MLLM individuelles telles que les sangles pour fauteuil roulant, les barrières de lit, etc. peuvent restreindre la liberté de mouvement aussi efficacement qu'une porte verrouillée, par exemple¹³².

Étant donné que les caractéristiques d'une institution fermée ne sont pas définies par la loi, il arrive fréquemment en pratique qu'une institution considérée comme fermée du point de vue du présent rapport se définisse elle-même comme ouverte. Et comme l'intensité de l'atteinte à la liberté de mouvement des personnes concernées varie

¹³⁰ Voir *Pflegeheimkonzeption AG*, p. 30.

¹³¹ Voir ci-dessous ch. 7.

¹³² Il arrive aussi régulièrement qu'une personne placée en institution fermée fasse en outre l'objet de MLLM individuelles. Voir ci-dessous ch. V.

fortement d'une institution fermée à l'autre (jusqu'à être moins forte que dans une institution ouverte), la délimitation entre les deux systèmes reste largement théorique.

Qu'est-ce qui distingue le placement en institution fermée des MLLM ? Sur le plan purement juridique, il est tout à fait possible selon nous de considérer et d'ordonner individuellement le placement d'une personne incapable de discernement en institution fermée comme une MLLM au sens de l'art. 383 CC, puisque cette disposition parle expressément de restreindre la liberté de mouvement. Ce point de vue ne semble pas être partagé en pratique, ce qui nous semble également défendable¹³³. Le séjour en institution fermée découle donc, comme on l'a vu plus haut, soit d'un contrat soit d'un PAFA. Il n'est donc pas ordonné ni évalué individuellement, mais s'applique en bloc¹³⁴ à tous les résidents d'une institution donnée, lesquels doivent par conséquent séjourner dans cet endroit précis. De ce point de vue, cette forme de placement global se distingue des MLLM individuelles ordonnées en sus¹³⁵. Il est vrai par ailleurs que la distinction n'est pas toujours nette.

2. RÉGLEMENTATION FÉDÉRALE : LE CONTRAT D'ASSISTANCE VISÉ À L'ART. 382 CC

Selon le CC, le placement d'une personne incapable de discernement en institution fermée ne nécessite pas de décision des autorités : pour placer une personne incapable de discernement en EMS pendant une période prolongée, il suffit, selon l'art. 382, al. 1, CC, qu'un contrat d'assistance écrit soit conclu entre l'institution et la personne ou son représentant. Ce contrat doit établir les prestations à fournir par l'institution et leur coût. Peu importe, en l'occurrence, que l'institution en question soit ouverte ou fermée. Lors de la procédure de consultation, certains participants ont déploré que la disposition ne s'applique pas aussi aux personnes capables de discernement et jouissant par conséquent de leur capacité juridique¹³⁶. Mais le législateur, conformément au principe selon lequel l'autonomie des personnes démentes doit être préservée autant que possible¹³⁷, a décidé de maintenir cette exclusion du champ d'application¹³⁸. Selon Köbrich, l'art. 382, al. 1, CC doit protéger les personnes concernées et il ne faut donc pas être trop exigeant quant à la preuve de l'incapacité de discernement¹³⁹ : il suffit que le constat soit vraisemblable (certificat médical, p. ex.)¹⁴⁰.

Les exigences relatives au contenu du contrat écrit sont très succinctes¹⁴¹. Il n'est pas nécessaire, par exemple, de décrire en détail les prestations à fournir par l'institution¹⁴². Selon la doctrine dominante, le contrat doit au moins régler l'hébergement et la restauration, l'utilisation du mobilier, les prestations de ménage essentielles, l'utilisation des locaux communs, les activités proposées et le programme des divertissements, les ergothérapies importantes

¹³³ Le droit allemand distingue lui aussi le placement privatif de liberté (relatif à une institution) et la mesure privative de liberté (relative à une personne). Voir § 1831 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (code civil allemand [BGB]).

¹³⁴ Comme on l'a vu plus haut (p. 24), certaines institutions prévoient des aménagements individuels afin d'autoriser les résidents qui en sont (encore) capables de sortir seuls.

¹³⁵ Le projet de Protocole Additionnel 2022 fait lui aussi la distinction entre « placement » et « traitement » involontaires (art. 2, par. 1).

¹³⁶ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 4 *ad* art. 382.

¹³⁷ Voir art. 388, al. 2, CC et SAMW-Demenz, p. 9.

¹³⁸ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 4 *ad* art. 382.

¹³⁹ *Ibid.* n. 10.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ À propos de la forme écrite, voir BEN-ATTIA, p. 168 s.

¹⁴² *Ibid.* n. 20.

et l'offre socio-éducative¹⁴³. Par contre, les prestations médicales ne sont pas comprises¹⁴⁴. Mais s'il s'agit d'un EMS, celui-ci s'engage généralement à fournir des soins gériatriques¹⁴⁵. S'il s'avère, dès l'admission en EMS, que des MLLM pourraient se révéler nécessaires, la doctrine recommande de le mentionner par écrit dans le contrat¹⁴⁶. Cela ne dispense pas l'institution de se conformer aux art. 383 ss CC si des MLLM sont effectivement ordonnées¹⁴⁷.

Le contrat d'assistance doit être conclu par la personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement en vertu de l'art. 378 CC (art. 382, al. 3, CC), les souhaits de la personne concernée devant, dans la mesure du possible, être pris en considération (art. 382, al. 2, CC). S'il n'existe aucune personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement ou si aucune personne habilitée n'accepte de la représenter, l'autorité de protection de l'adulte institue une curatelle¹⁴⁸. S'agissant du pouvoir de représentation, il faut distinguer la décision hautement personnelle d'entrer en EMS de la conclusion d'un contrat d'assistance. Si la personne concernée est capable de discernement sur ces deux points, l'art. 382 CC ne s'applique pas¹⁴⁹. Si elle peut être considérée comme capable de discernement s'agissant de l'entrée en EMS et qu'elle y consent¹⁵⁰, l'art. 382, al. 3, CC ne s'appliquera que si la personne est incapable de discernement pour la conclusion du contrat¹⁵¹.

Lorsque la personne est incapable de discernement tant pour la décision d'entrer en EMS que pour la conclusion du contrat, la situation mérite une attention particulière¹⁵². Il est incontestable que si la personne s'oppose à son placement en EMS, il faut recourir au PAFA¹⁵³. Le message du Conseil fédéral précise expressément que l'art. 382, al. 3, CC « ne donne pas au représentant la compétence de placer une personne incapable de discernement contre son gré dans une institution médico-sociale ou dans un home »¹⁵⁴. Le règlement de la représentation visé dans cette disposition ne concerne donc que le placement volontaire de la personne en EMS¹⁵⁵. Cette interprétation doit aussi prévaloir selon nous lorsque la personne n'est transférée en section fermée qu'en cours de séjour. La doctrine de droit privé n'est pas unanime quant aux critères qui permettent de déterminer l'opposition ou le caractère volontaire¹⁵⁶. Une partie des juristes considère que la décision d'entrer en EMS préalable à la conclusion du contrat relève de l'habilitation à représenter visée à l'art. 382, al. 3, CC en cas d'indifférence de la personne concernée, et qu'il n'y a donc pas lieu d'ordonner un PAFA¹⁵⁷. D'autres estiment que la décision hautement personnelle d'entrer en EMS ne peut pas être prise par un représentant¹⁵⁸ et que si la personne concernée est incapable de

¹⁴³ KUKO ZGB-MÖSCH PAYOT, n. 2 *ad* art. 382 ; FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 4 *ad* art. 382.

¹⁴⁴ FF 2006 6635 6672.

¹⁴⁵ FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 5 *ad* art. 382.

¹⁴⁶ FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 6 *ad* art. 382 ; KUKO ZGB-MÖSCH PAYOT, N. 2 *ad* art. 382.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ FF 2006 6635 6672 ; NUSPLIGER, p. 91.

¹⁴⁹ BEN-ATTIA, p. 174.

¹⁵⁰ Voir ZK ZGB-BOENTE, n. 61 *ad* art. 382, où il est précisé à juste titre selon nous que le consentement de la personne doit être déduit des règles d'interprétation générales, l'absence d'opposition ne pouvant être assimilée d'office à un consentement.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 174 s.

¹⁵² *Ibid.* p. 175.

¹⁵³ FF 2006 6635 6649 ; BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 47 *ad* art. 382.

¹⁵⁴ FF 2006 6635 6672 ; BEN-ATTIA, p. 171.

¹⁵⁵ BEN-ATTIA, p. 183.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 186.

¹⁵⁷ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 48 *ad* art. 382 ; FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 18 *ad* art. 382 ; NUSPLIGER, p. 106 ; voir aussi BEN-ATTIA, p. 176 et 185 s. et les références citées.

¹⁵⁸ ZK ZGB-BOENTE, n. 61 *ad* art. 382.

discernement, il faut systématiquement recourir à un PAFA¹⁵⁹. Comme on le verra plus loin¹⁶⁰, ce second point de vue correspond aux prescriptions de la ConvEDH. Une partie des juristes considère par ailleurs qu'il faut au moins recourir au PAFA en cas de doute, lorsque des mesures organisationnelles, structurelles ou autres restreignent la liberté de mouvement des résidents à l'intérieur de l'institution¹⁶¹.

3. PRESCRIPTIONS CANTONALES PLUS DÉTAILLÉES

Les cantons de Genève¹⁶², de Vaud¹⁶³ et du Jura¹⁶⁴ prescrivent l'utilisation d'un contrat-type pour l'entrée en EMS. Les cantons de Fribourg¹⁶⁵, de Neuchâtel¹⁶⁶ et de Vaud¹⁶⁷ règlent les informations à fournir au futur résident ou à son représentant avant la conclusion du contrat d'hébergement¹⁶⁸. Toute personne doit, à son entrée en EMS, recevoir un récapitulatif écrit de ses droits et de ses devoirs et des conditions de son séjour. Le canton de Berne exige en outre que le contrat de prise en charge mentionne un organe externe d'examen des plaintes¹⁶⁹.

4. PRESCRIPTIONS EN MATIÈRE DE RECOURS

Lorsqu'une personne démente est placée en EMS ou transférée en section fermée d'EMS selon une procédure informelle, sans qu'un PAFA soit ordonné, elle ne dispose d'aucune voie de recours spécifique faute de décision de placement émise par les autorités¹⁷⁰. L'EMS a cependant l'obligation de consulter l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) « lorsque le placement souhaité par le représentant ne semble pas aller dans le meilleur intérêt du patient »¹⁷¹.

Du reste, bon nombre de cantons prévoient des organes de médiation auxquels les personnes concernées peuvent s'adresser en cas de conflit lié à la prise en charge¹⁷². Si un manquement est reproché à l'institution elle-même, par exemple pour avoir supposé à tort un état de démence ou une incapacité de discernement, un signalement à l'autorité de surveillance cantonale est possible. L'auteur du signalement n'a cependant pas de droits de partie¹⁷³. Certains cantons possèdent des commissions spécialisées de surveillance et de recours dont la saisine procure plus de droits que le signalement à une autorité de surveillance¹⁷⁴. On peut aussi envisager d'aviser l'APEA qu'une

¹⁵⁹ BEN-ATTIA, p. 186.

¹⁶⁰ Voir ci-dessous ch. 7.5 s.

¹⁶¹ BERNHART, p. 167 ; BSK ZGB I-GEISER / ETZENSBERGER, n. 36 *ad* art. 426 ; FamKomm-GUILLOD, n. 16 *ad* art. 426.

¹⁶² Art. 8, let. c, de la loi du 4.12.2009 sur la gestion des établissements pour personnes âgées (LGEPA ; RSG J 7 20) GE et art. 5, al. 2, du règlement d'application du 16.3.2010 de la LGEPA (RGEPA ; RSG J 20.01) GE.

¹⁶³ Art. 4e de la loi du 5.12.1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES ; RSV 810.01) VD.

¹⁶⁴ Art. 40 de la loi du 16.6.2010 sur l'organisation gériatrique (RSJU 810.41) JU.

¹⁶⁵ Art. 47, al. 2, de la loi du 16.11.1999 sur la santé (LSan ; RSF 821.0.1) FR.

¹⁶⁶ Art. 24 de la loi de santé du 6.2.1995 (LS ; LDCN 800.1) NE.

¹⁶⁷ Art. 21, al. 2, de la loi du 29.5.1985 sur la santé publique (LSP ; RSV 800.01) VD.

¹⁶⁸ Voir FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 10 *ad* art. 382.

¹⁶⁹ Art. 54, al. 2, let. e, de l'ordonnance du 24.11.2021 sur les programmes d'action sociale (OPASoc ; RSB 860.21) BE.

¹⁷⁰ *Gutachten Altersdemenz*, p. 32.

¹⁷¹ ASSM, mesures de contrainte, p. 29.

¹⁷² Voir ci-dessous ch. VIII. 3.

¹⁷³ Voir p. ex., pour BE, l'art. 101, al. 1 et 2, de la loi du 23.5.1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RSB 155.21).

¹⁷⁴ Voir ci-dessous ch. IX. 5.

personne semble avoir besoin d'aide, comme le prévoit l'art. 443, al. 1, CC¹⁷⁵, notamment lorsque les proches de la personne concernée n'agissent pas au mieux de ses intérêts.

Si un PAFA a été ordonné avant l'entrée en EMS ou en section fermée d'EMS, procédure en principe systématique si la personne concernée adopte une position neutre ou de rejet, les voies de recours découlent de l'art. 439 CC. La personne concernée ou un proche peut notamment, en vertu de l'art. 439 CC, en appeler par écrit au juge si un PAFA est ordonné ou prolongé.

5. PRATIQUE

Il semble qu'il n'existe pas en Suisse d'études empiriques sur les modalités pratiques de la prise en charge de personnes en institution fermée. Il est donc impossible de fournir ici des renseignements sur le contenu des contrats d'assistance des différentes institutions et sur les modalités d'évaluation de la capacité de discernement des personnes concernées avant leur admission. Il est aussi impossible de répondre à deux questions pourtant cruciales pour le présent rapport : comment sont traités les futurs résidents qui manifestent leur opposition à leur placement, et selon quels critères conclut-on à une telle opposition chez les personnes incapables de discernement ? Une troisième question reste en suspens : le transfert d'une institution ouverte dans une institution fermée est-il irrémédiable, ou peut-on envisager de l'inverser, après un traitement médicamenteux efficace, par exemple ? Par ailleurs, vu le caractère très informel, n'impliquant aucun service de l'État, de la procédure de prise en charge visée à l'art. 382 CC, il n'est pas étonnant que la jurisprudence ne fournisse guère d'indications sur la pratique des institutions à cet égard.

Il existe toutefois, dans certains cantons et dans certaines institutions, des règlements ou des schémas qui établissent les critères d'admission ou de transfert en institution fermée. Le canton d'Argovie, par exemple, précise dans un document officiel¹⁷⁶ que l'admission ou le transfert d'une personne en service spécialisé dans la prise en charge de la démence nécessite un diagnostic de démence posé par un médecin, la formulation écrite des critères d'admission ou de transfert, et la vérification périodique de la persistance des critères justifiant ce placement particulier. Selon les schémas de prise en charge de la démence du prestataire de soins privé Senevita, la décision de placer une personne dans un périmètre protégé (fermé) se prend après une évaluation individuelle des besoins en collaboration avec le médecin traitant, une clinique psychiatrique, un hôpital, Spitex ou une autre institution de long séjour, ou sur la base de la situation décrite par les proches. Elle concerne les personnes diagnostiquées démentes à un stade avancé, celles qui présentent des symptômes de démence dus à une cause différente, et celles qui présentent des symptômes psychologiques et comportementaux que les soins, le suivi et l'accompagnement prodigués dans un cadre protégé permettent de réduire¹⁷⁷. Un autre prestataire privé, Tertianum, exige un certificat médical attestant une forme de démence dont les effets justifient le placement dans un cadre spécialisé et protégé,

¹⁷⁵Toute personne a le droit d'aviser l'APEA qu'une personne semble avoir besoin d'aide ou qu'elle a elle-même besoin d'aide (BSK ZGB I-MARANTA, n. 7 ad art. 443).

¹⁷⁶ *Pflegeheimkonzeption AG*, p. 31.

¹⁷⁷ *SENEVITA Konzept*, p. 7.

une visite de l'institution par la personne concernée, ou du moins par un proche référent ou par le représentant légal, et le consentement écrit du futur résident potentiel, du proche référent ou du représentant légal¹⁷⁸.

Il n'est pas possible de déterminer avec précision combien d'institutions appliquent des schémas de ce genre ni dans quelle mesure ces schémas sont respectés, même en se reportant aux rapports de la CNPT. Ces rapports établissent toutefois que les EMS sont loin de posséder tous un règlement de la prise en charge en section fermée¹⁷⁹. Certaines institutions exigent un diagnostic ferme de démence (critère médical), certaines exigent en plus ou à la place que soient remplis des critères relevant des soins tels que la mobilité (risque de fugue), la communication (éclats de voix et conflits) ou la mise en danger de soi-même, le désemparement ou la désorientation¹⁸⁰. D'autres encore exigent une décision ou un avis médical impliquant le consentement des proches, du référent, du représentant légal ou de la personne concernée¹⁸¹. Le centre pour personnes âgées Cadonau à Coire exige, pour transférer un résident en section fermée, l'avis favorable d'un psychiatre impliquant la personne habilitée à représenter le résident¹⁸². Dans certaines institutions, la CNPT a estimé que les modalités de placement ou de transfert d'une personne en section fermée n'étaient pas claires¹⁸³. Elle a même trouvé, dans une section fermée pour déments, une personne qui n'était manifestement pas démente¹⁸⁴. Étant donné la réglementation très rudimentaire du placement et du transfert en section fermée, il est possible qu'il ne s'agisse pas là d'un cas unique.

Nos interlocuteurs dans les EMS fermés que nous avons visités¹⁸⁵ considèrent toutefois que le risque qu'une personne soit admise en institution fermée prématurément ou sans qu'il y ait mise en danger de soi-même ou d'autrui en vertu d'un contrat conclu entre ses proches et l'institution est quasiment nul, ce qui n'est guère surprenant. Ils affirment presque unanimement que le placement en institution fermée a plutôt lieu trop tard que trop tôt, expliquant que les proches, généralement le conjoint ou les descendants, continuent pendant très longtemps de s'occuper de la personne démente à domicile, dans des conditions parfois précaires, avant qu'un placement devienne inéluctable. Les professionnels interrogés considèrent par conséquent que le risque d'une prise en charge inappropriée est beaucoup plus élevé à domicile qu'en EMS. Selon eux, cette attitude s'explique la plupart du temps par le sens de la loyauté et du devoir des proches, parfois par des raisons pécuniaires. Résultat : la personne démente n'arrive généralement en EMS qu'après un épisode de crise, après un éventuel passage en établissement psychiatrique ou à l'hôpital, où elle a reçu les premiers soins urgents. Toujours selon nos interlocuteurs, les personnes qui arrivent d'un service psychiatrique ont généralement déjà fait l'objet d'un PAFA, lequel peut être prolongé si la personne a tendance à vouloir quitter l'EMS. D'ailleurs, les personnes placées sans PAFA peuvent à leur tour faire l'objet d'un PAFA si elles s'opposent à leur placement, et ce essentiellement pour des raisons pratiques : en effet, la police n'aide à rechercher et à ramener les résidents fugueurs que s'il y a PAFA. En résumé, les professionnels estiment

¹⁷⁸ *TERTIANUM* Demenz Konzept, p. 5.

¹⁷⁹ Citons à cet égard CNPT, lettre Cadonau, p. 2 ; CNPT, lettre Tertianum Waldhof, p. 3 ; CNPT, lettre Frauensteinmatt, p. 2 s.

¹⁸⁰ CNPT, lettre Cadonau, p. 2 ; CNPT, lettre Mülimatt, p. 3 ; CNPT, lettre Vessy, p. 3 ; CNPT, lettre Frauensteinmatt, p. 2 s.

¹⁸¹ CNPT, lettre Les Charmettes, p. 4 ; CNPT, lettre Senevita Lindenbaum, p. 2 ; CNPT, lettre Tertianum Waldhof, p. 3.

¹⁸² CNPT, lettre Cadonau, p. 2.

¹⁸³ CNPT, lettre Mülimatt, p. 3.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Voir à ce propos la liste en annexe, p. 87.

qu'il n'est pas besoin de prévoir des obstacles ou des formalités supplémentaires pour l'admission en institution fermée : lorsqu'une personne arrive d'un service psychiatrique, son incapacité de jugement y a déjà été constatée et attestée ; à défaut, on demandera un certificat médical.

6. COMPATIBILITÉ AVEC LES PRESCRIPTIONS DE LA CDPH ?

En rejetant la distinction binaire entre personnes capables et personnes incapables de discernement et le système intrinsèque de la compétence en matière de décision accordée aux proches d'une personne incapable de discernement ou à un curateur, la CDPH, ou plutôt la jurisprudence du CRPD, remet en cause la compatibilité des fondements du droit suisse de la protection de l'adulte avec les droits de l'homme¹⁸⁶, ce qui l'amène d'ailleurs à demander la révision de ces fondements¹⁸⁷. Vu, par ailleurs, l'hostilité du CRPD à l'institutionnalisation des personnes handicapées en général et au placement non volontaire des personnes affectées par une maladie psychique en particulier, même en cas de mise en danger de soi-même ou d'autrui¹⁸⁸, les choses sont claires : le système qui permet le placement des personnes démentes en institution fermée en vertu des art. 382 ss CC n'est pas compatible avec la CDPH, sauf si la personne concernée a clairement consenti à ce placement. Pour se conformer à cet instrument universel, il faudrait mettre en place des systèmes d'hébergement et de soin aussi ouverts que possible, qui tiennent compte de la volonté et des souhaits des personnes concernées et dans lesquels les résidents puissent mener une vie aussi autonome que possible grâce à un environnement pensé pour être accessible, en se faisant assister d'une personne si nécessaire.

Compte tenu des points de vue diamétralement opposés de la CDPH et du droit suisse de la protection de l'adulte, il serait facile de rejeter les prescriptions de la CDPH comme utopistes et éloignées de la pratique ou, au contraire, d'exiger une modification radicale et immédiate de la prise en charge des personnes incapables de discernement atteintes de démence en Suisse, ou de ses bases légales. Ni l'une ni l'autre de ces options ne répondrait au caractère des exigences de la CDPH, qui sont certes contraignantes juridiquement mais qui s'accommodent souvent d'une satisfaction progressive. Comme on l'a vu plus haut¹⁸⁹, il faut tenir compte du fait que les commentaires du CRPD sur le sujet ne résultent pas de l'examen de recours individuels : ce sont les observations finales faites dans le cadre de la procédure d'établissement de rapports par les États parties, lesquelles s'adressent par conséquent tant aux organes législatifs qu'à ceux qui appliquent le droit, à la manière d'une recommandation politique. Il faut par conséquent adopter une approche différenciée en la matière.

Toutes les décisions concernant l'hébergement, la prise en charge et le mode de vie, de même que l'interprétation des normes juridiques déterminantes, doivent garder en ligne de mire l'objectif, qui est de garantir à toutes les personnes présentant une déficience cognitive une vie aussi autonome que possible. C'est pourquoi la CDPH demande des efforts pour abandonner peu à peu les pratiques qui s'écartent de ce principe. Concrètement, cela signifie par exemple que le placement d'une personne en institution fermée n'est conforme à la convention que s'il

¹⁸⁶ Voir ci-dessus ch. II. 2.3b.

¹⁸⁷ CRPD, OF Suisse, ch. 25 s.

¹⁸⁸ Voir à ce propos ci-dessus ch. II. 2.3 c.; CRPD, OF Suisse, ch. 29(a).

¹⁸⁹ Voir ch. II. 3.

n'existe, sur le moment, aucun autre moyen d'éviter une mise en danger de soi-même ou d'autrui. Selon la CEDH, il faut clairement viser, à long terme, le développement des services, à domicile ou en établissement, qui permettent de mener sa vie de façon autonome, d'être pleinement intégré à la société et de jouir de sa liberté de mouvement en dehors de toute institution fermée et sans entraves structurelles, organisationnelles ni individuelles¹⁹⁰. En attendant, il faut veiller à ce que les personnes atteintes de démence puissent se déplacer sans danger, y compris en dehors d'une institution, avec l'aide d'un personnel dûment formé et suffisamment nombreux. À court terme, il faut privilégier nettement les mesures telles que le traçage GPS des résidents ou les promenades accompagnées, qui favorisent une participation, même restreinte, à la vie en société, plutôt que le modèle traditionnel des institutions fermées, où toute la vie (excepté d'éventuelles sorties avec des proches) se déroule dans un périmètre verrouillé. Il faut aussi privilégier les solutions plus respectueuses des individus, telles que les portes protégées par un code d'accès ou rendues « invisibles » par un habillage spécial, par rapport aux restrictions généralisées telles que les portes fermées à clé.

7. COMPATIBILITÉ AVEC LES PRESCRIPTIONS DE LA CONVEDH : PRIVATION OU RESTRICTION DE LIBERTÉ ?

7.1. INTRODUCTION

Pour déterminer si le placement d'une personne démente dans un cadre fermé est ou non conforme à la ConVEDH, il est déterminant de savoir si ce placement correspond à une privation ou à une restriction de liberté. Il faut donc commencer par déterminer de quel type d'atteinte à la liberté il relève.

Comme on l'a vu plus haut, les termes restriction et privation de liberté désignent tous deux une limitation de la liberté de mouvement. Ils se distinguent par l'intensité de cette limitation : plus elle est forte, plus on se rapproche de la privation. L'analyse qui suit vise à déterminer, sur la base des critères développés par la jurisprudence, si le placement en établissement fermé spécialisé dans l'accueil de déments constitue une privation de liberté. Si l'on définit la privation de liberté comme « un ensemble de mesures relevant des pouvoirs publics qui consistent à détenir un individu contre sa volonté dans un périmètre délimité pour une certaine durée »¹⁹¹, on a trois paramètres à prendre en considération : un élément objectif (la détention dans un périmètre délimité pour une certaine durée¹⁹²), un élément subjectif (la détention contre la volonté de l'intéressé¹⁹³) et la responsabilité de l'État¹⁹⁴.

La distinction entre restriction et privation de liberté est une distinction graduelle. Il ne s'agit en effet que d'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence¹⁹⁵. Cette intensité doit s'évaluer en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Voir art. 19 CDPH.

¹⁹¹ FROWEIN/PEUKERT, n. 10 *ad art.* 5 ; voir aussi GRABENWARTER / PABEL, § 21, n. 8 ; BAUMANN, p. 513.

¹⁹² Voir à ce propos ci-dessous ch. 7.2.

¹⁹³ Voir à ce propos ci-dessus ch. 7.3.

¹⁹⁴ Voir ci-dessous ch. 7.4.

¹⁹⁵ BAUMANN, p. 532 ; CEDH, Guzzardi c. Italie, n° 7367/76, arrêt du 6.11.1980, § 93 ; Khlaifia et autres c. Italie, n° 16483/12, arrêt du 15.12.2016, § 64.

¹⁹⁶ CEDH, Epple c. Allemagne, n° 77909/01, arrêt du 15.12.2005, n. 42 ss.

7.2. LES CRITÈRES OBJECTIFS D'UNE PRIVATION DE LIBERTÉ SONT-ILS REMPLIS ?

Selon la jurisprudence de la CEDH, pour évaluer la réalité des critères objectifs de la privation de liberté, il faut prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée¹⁹⁷. La procédure et la désignation employées importent peu¹⁹⁸. Il n'est notamment pas nécessaire qu'une privation de liberté, pour pouvoir être qualifiée comme telle, résulte d'un ordre exprès de mise en détention¹⁹⁹. La notion de privation de liberté doit par conséquent s'entendre au sens large et inclure non seulement les formes de détention relevant du droit pénal ou administratif, mais aussi un grand nombre d'autres MLLM dépassant un certain seuil d'intensité²⁰⁰.

Qualifier de privation une restriction de liberté est souvent sujet à débat en raison de la *durée* relativement courte de cette restriction.²⁰¹ Par exemple, une MLLM individuelle telle qu'une contention ordonnée pour quelques heures peut-elle être considérée comme une privation de liberté²⁰² ? La question ne se pose pas pour un séjour en EMS fermé ou protégé, qui dure en moyenne un peu plus de deux ans²⁰³. Quoi qu'il en soit, le critère de la durée est incontestablement rempli à partir du moment où la mesure considérée dure plusieurs semaines.

Le deuxième critère déterminant d'une privation de liberté est la détention dans un certain *périmètre*. Plus ce périmètre est étroit, plus la privation est avérée. La CEDH a par exemple refusé, explications détaillées à l'appui, de reconnaître un séjour forcé dans l'enclave italienne de Campione d'Italia comme privation de liberté en raison de la taille de ce territoire et de son infrastructure²⁰⁴, mais elle a rendu le jugement inverse concernant une assignation à résidence sur une île italienne de la Méditerranée²⁰⁵. Ces exemples montrent que le confinement dans une zone relativement restreinte, surtout si celle-ci est difficilement accessible, doit incontestablement être considéré comme une détention dans un périmètre fermé au sens de l'art. 5 ConvEDH. C'est le cas des établissements pénitentiaires, quelle que soit la dimension du périmètre emmuré, et des EMS, quelle que soit la taille de leur aire extérieure, librement accessible mais fermée.

La seule question qui se pose concernant ce critère, c'est si le mode de clôture du périmètre en question a une importance juridique. Il est par exemple évident que les dispositifs « anti-fugue » des établissements spécialisés dans l'accueil de déments ont une allure nettement moins agressive que ceux des établissements pénitentiaires fermés. Cet élément n'est cependant pas forcément pertinent car l'essentiel, c'est que le dispositif en question empêche effectivement les résidents des EMS fermés, qui présentent régulièrement des déficiences physiques, de quitter un certain périmètre. L'exemple des établissements pénitentiaires ouverts, entièrement dépourvus de

¹⁹⁷ CEDH, Guzzardi c. Italie, n° 7367/76, arrêt du 6.11.1980, § 92 ; voir aussi ATF 136 I 87 consid. 6.5.3 ; VEST, n. 8 AD art. 31 Cst.

¹⁹⁸ BAUMANN, p. 513 ; voir FROWEIN / PEUKERT, n. 10 ad art. 5.

¹⁹⁹ Voir CDH, Yklymova c. Turkménistan, 1460/2006 (2009), § 7.2 s. (assignation à résidence) ; Kurbanova c. Tadjikistan, 1096/2002 (2003), § 7.2 (détention sans mandat d'arrêt).

²⁰⁰ KÄLIN / KÜNZLI, n. 1305 ; voir aussi CDH, OG n° 35 (2014), § 5.

²⁰¹ Voir ci-dessous n. 353.

²⁰² Voir ci-dessous ch. V. 5.

²⁰³ Voir ci-dessus ch. I. 2.

²⁰⁴ Voir CEDH, Nada c. Suisse, n° 10593/08, arrêt du 12.9.2012.

²⁰⁵ Voir CEDH, Guzzardi c. Italie, n° 7367/76, arrêt du 6.11.1980.

dispositifs anti-évasion techniques et mécaniques, confirme ce point car leurs résidents sont incontestablement privés de liberté. Ce qui compte, c'est donc soit que les résidents soient empêchés de quitter un périmètre donné, soit qu'ils soient conscients de s'exposer à une sanction s'ils le quittent. Mais comment juger de la situation lorsque les résidents munis d'un traceur GPS peuvent aussi se déplacer dans un certain périmètre en dehors de l'institution et ont donc la possibilité de participer librement, en partie du moins, à la vie de la société ? Un tel dispositif de sécurité est certainement moins sévère par comparaison et préférable à un cadre fermé traditionnel, y compris du point de vue de la CDPH, qui veut éviter la ségrégation des personnes handicapées. La CEDH a par ailleurs statué dans un arrêt de principe²⁰⁶ qu'il peut y avoir privation de liberté si une institution, quoique ouverte et dépourvue de dispositifs de surveillance techniques, est tellement isolée géographiquement que ses résidents n'ont pas la possibilité de rejoindre la ville la plus proche (ni donc de participer à une vie sociale urbaine).

Il est clair que deux critères sont régulièrement réunis : non seulement celui de la durée, mais aussi celui du périmètre fermé. Il n'y a donc pas lieu de prendre en considération ici, comme critères supplémentaires, l'ampleur du périmètre accessible dans une institution fermée ni les conditions de vie qui y règnent, car ce n'est nécessaire qu'en cas de doute.

7.3. LES CRITÈRES SUBJECTIFS D'UNE PRIVATION DE LIBERTÉ SONT-ILS REMPLIS ?

Si une personne consent valablement à sa mise en détention ou à son placement dans un périmètre fermé, il n'y a pas privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH. L'absence du consentement valable de cette personne est donc nécessaire comme *élément subjectif*. Selon la jurisprudence de la CEDH, le fait qu'une personne juridiquement incapable ne s'oppose pas activement à un tel placement ne permet pas de conclure qu'il n'y a pas privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH²⁰⁷. Même le fait que la personne ait à peine conscience d'être privée de liberté ne peut pas la priver de la protection de l'art. 5 ConvEDH²⁰⁸. À l'inverse, l'attitude d'une personne, fût-elle incapable de discernement, à l'égard du placement n'est pas anodine : si elle s'y oppose, on peut en conclure qu'elle est privée de liberté. C'est particulièrement vrai pour les personnes capables de discernement qui sont en mesure de comprendre leur situation²⁰⁹. En résumé, pour entrer dans le champ d'application de l'art. 5 ConvEDH, il faut que le placement ait eu lieu contre la volonté ou sans le consentement de la personne concernée.

Le motif de la restriction de liberté n'est pas un élément subjectif. En effet, il n'est pas acceptable que le placement de force d'une personne ne soit pas considéré comme une privation de liberté au motif qu'il aurait été ordonné pour protéger sa propre personne et ses intérêts²¹⁰. Si tel était le cas, le CC aurait tort de qualifier le PAFA, qui est

²⁰⁶ Voir CEDH, *Stanev c. Bulgarie*, n° 36760/06, arrêt du 17.1.2012.

²⁰⁷ CEDH, *H.L. c. Royaume-Uni*, n° 45508/99, arrêt du 5.10.2004, § 90.

²⁰⁸ Voir à ce sujet CEDH, *H.M. c. Suisse*, n° 39187/98, arrêt du 26.2.2002, § 46.

²⁰⁹ CEDH, *Stanev c. Bulgarie*, n° 36760/06, arrêt du 17.1.2012, § 130.

²¹⁰ C'est pourtant ce qu'a conclu jadis la CEDH dans l'affaire *H.M. c. Suisse*, n° 39187/98, arrêt du 26.2.2002, § 48. Une critique de cet arrêt *a priori* unique de la cour figure dans *Schürmann BSK BV*, n. 11 *ad art.* 31. Il faut en outre tenir compte du fait que dans cette affaire, la plaignante n'était pas placée en section fermée d'EMS ; *ibid.* n. 45.

régulièrement ordonné pour protéger la personne concernée, de privation de liberté²¹¹. La mention de l'aliénation comme motif de privation de liberté à l'art. 5, al. 1, let. e, ConvEDH va dans le même sens. Dans sa jurisprudence plus récente, la CEDH confirme expressément (notamment dans un arrêt de principe de 2016²¹²) que ni la qualification de la détention d'une personne dans le droit national ni la protection de la personne invoquée comme motif de la détention n'empêchent de qualifier cette mesure de privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH²¹³.

On ne compte pas non plus parmi les éléments subjectifs le motif invoqué dans le message du Conseil fédéral²¹⁴ et dans certains documents de référence du droit privé, selon lequel il faudrait éviter d'ordonner un PAFA et donc de reconnaître un séjour en institution fermée comme une privation de liberté afin de ne pas alourdir inutilement la charge de la personne concernée et surtout celle de ses proches²¹⁵. Du reste, la jurisprudence de la CEDH ne tient pas compte de ces éléments.

Que signifie cet élément subjectif compris ainsi pour le placement des personnes démentes en Suisse ? Il ne peut clairement pas y avoir privation de liberté, selon nous, si une personne certes démente mais (encore) capable de discernement en ce qui concerne l'appréciation de son lieu de résidence consent à être placée dans une institution fermée. Selon le point de vue défendu ici, ce consentement restera valable quand la personne sera devenue incapable de discernement. Il doit en aller de même lorsqu'une personne (encore) capable de discernement entre librement soit dans une institution ouverte tout en sachant que si son état de santé l'exige, elle peut être transférée en section fermée, soit dans une section protégée par des codes ou par des issues « cachées » tout en sachant qu'elle ne pourra plus en sortir lorsqu'elle ne sera plus capable de se rappeler les codes ou l'emplacement des issues. La situation est semblable pour toute personne qui a conclu un contrat d'assistance dans lequel elle donne à son mandataire des instructions expresses concernant son entrée en institution fermée, ou dans lequel elle prévoit, en ayant connaissance du système de prise en charge, son placement dans une institution appropriée à la situation en cas de diagnostic de démence. Dans un tel contrat, le mandant peut charger une ou plusieurs personnes de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de le représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où il deviendrait incapable de discernement²¹⁶. En vertu de l'art. 360, al. 2 CC, il peut prévoir des instructions sur la façon d'exécuter les tâches qu'il entend confier au mandataire. Étant donné que dans toutes ces configurations, le placement en institution fermée repose sur un consentement éclairé (voire anticipé), on peut affirmer non seulement qu'il n'y aura pas privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH, mais aussi

²¹¹ Voir art. 426 s. CC.

²¹² Voir CEDH, Grande Chambre, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12, arrêt du 15.12.2016.

²¹³ *Ibid.* § 71 : « [I]a Cour estime que la qualification de la rétention des intéressés en droit interne ne saurait changer la nature des mesures contraignantes dont ils ont fait l'objet (...). Par ailleurs, l'applicabilité de l'article 5 de la Convention ne saurait être exclue par la circonstance, invoquée par le Gouvernement, que le but des autorités était d'assister les requérants et d'assurer leur sécurité (...). En effet, même des mesures de protection ou adoptées dans l'intérêt de leur destinataire peuvent s'analyser en une privation de liberté. »

²¹⁴ FF 2006 6635 6695.

²¹⁵ ASSM, mesures de contrainte, p. 29 : « Le placement d'un patient dément dans le cadre d'un PAFA peut être particulièrement éprouvant pour le patient concerné et ses proches. Il faut vérifier au cas par cas si le placement doit être réalisé par l'intermédiaire d'un PAFA ou si un contrat d'assistance conformément à l'art. 382 CC doit être conclu. Même s'il ne s'agit pas d'un PAFA formel, il est impératif que le placement soit nécessaire (c'est-à-dire indiqué du point de vue médical) et proportionnel au degré de danger et qu'il soit toujours l'alternative la moins éprouvante. »

²¹⁶ BSK ZGB I- JUNG, n° 41 *ad* art. 360.

que le placement ne contreviendra pas (du moins pas directement) aux prescriptions de la CDPH, puisque celle-ci n'interdit que le placement non volontaire, or ici l'autonomie de la personne concernée est préservée autant que possible. Il n'y a donc pas lieu d'ordonner un PAFA.

Par contre, il y a clairement privation de liberté (comme le confirment indirectement le message du Conseil fédéral et la doctrine du droit privé²¹⁷) lorsqu'une personne est placée en institution fermée contre sa volonté. Une résistance physique ou clairement manifestée n'est pas nécessaire. Il s'agit de prendre en compte l'état physique et cognitif de la personne ; par conséquent tout indice permettant de conclure à la volonté de ne pas résider dans l'institution visée doit être considéré comme une manifestation de résistance. Par exemple : la personne exprime régulièrement le souhait de « rentrer à la maison » ou se met régulièrement à faire ses bagages, ou encore, elle exprime régulièrement une forme de résignation par des déclarations du genre : « De toute façon, il n'y a pas d'autre solution », etc. Cette interprétation est conforme à la jurisprudence de la CEDH selon laquelle l'absence de résistance active ne peut pas être considérée comme le consentement de la personne à son placement en institution²¹⁸. Si l'on pousse ce raisonnement jusqu'au bout en s'efforçant de fournir une interprétation systématique de l'art. 5 ConvEDH (c.-à-d. en tenant compte de la CDPH), cela signifie forcément que même en l'absence de résistance visible, le critère subjectif est rempli, et que seul le consentement immédiat ou anticipé de la personne concernée permet de ne pas qualifier le placement en institution fermée de privation de liberté.

7.4. LA PRIVATION DE LIBERTÉ EST-ELLE IMPUTABLE À L'ÉTAT ?

Les EMS de Suisse présentent des formes juridiques différentes : selon un récapitulatif dressé par l'OFSP, ils ont pour organes responsables des sociétés anonymes, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés coopératives, des associations, des fondations, des corporations de droit public, des églises, des entreprises publiques et même des administrations communales. Bon nombre de ces organes n'exploitent qu'un seul établissement, mais certains sont des grandes entreprises du secteur²¹⁹. La variété de ces formes juridiques montre non seulement que ces institutions peuvent avoir ou non un but lucratif, mais aussi que les pouvoirs publics s'associent à leur gestion et à leur conduite soit directement, soit indirectement par leur participation à des sociétés de droit privé, soit pas du tout. Cette participation très variable joue-t-elle sur la possibilité d'imputer la privation de liberté à l'État ? Selon nous, la réponse à cette question est clairement non : la CEDH juge en effet qu'il suffit, pour imputer une privation de liberté à l'État, que l'État ait l'obligation « de protéger [les personnes] contre les ingérences dans [leur] droit à la liberté du fait de particuliers »²²⁰. En Suisse, cette obligation découle non seulement de dispositions du droit pénal²²¹

²¹⁷ Voir à ce propos ci-dessus ch. 2. Le message et les juristes en question exigent, dans ces circonstances, qu'un PAFA soit ordonné, alors que ce n'est nécessaire qu'en cas de privation de liberté avérée.

²¹⁸ Voir à ce propos ci-dessus ch. 7.3.

²¹⁹ Voir OFSP, Statistiques des établissements médico-sociaux, Chiffres-clés des établissements médico-sociaux suisses 2022, 1 / 2024 ; https://somed.bagapp.ch/data/download/2022_Kennzahlen_alle_fr.pdf?v=1705566464 (consulté le 22.11.2024).

²²⁰ CEDH, Storck c. Allemagne, n° 61603/00, arrêt du 16.6.2005, § 74 et 89.

²²¹ Voir ci-dessous ch. 8.

mais aussi, directement, de l'obligation qui incombe à l'État de surveiller tous les EMS qui accueillent des résidents incapables de discernement²²².

7.5. MOTIF DE DÉTENTION ET CONSÉQUENCES PROCÉDURALES

S'il y a privation de liberté car la personne concernée n'a pas consenti à être placée en EMS fermé, les conséquences juridiques sont les suivantes : la liste des motifs de détention donnée à l'art. 5, § 1, ConvEDH étant exhaustive, le placement en EMS fermé ne peut avoir lieu qu'en vertu de la let. e, c'est-à-dire pour cause d'aliénation. La réalité de l'aliénation et la nécessité de placer la personne concernée en institution fermée pour cause de mise en danger de soi-même ou d'autrui doivent être examinées par un tribunal ou par une autre autorité habilitée à ordonner ce type de mise en détention. En l'absence du consentement immédiat ou anticipé de la personne concernée, le placement dans un cadre fermé n'est donc possible que sur décision d'une autorité compétente, qu'un contrat conclu entre une institution et des proches ou un curateur officiel ne pourra jamais remplacer. L'un des objectifs de la CDPH, à savoir la suppression des régimes de prise de décisions substitutive, est donc au moins partiellement pris en compte.

7.6. CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

Le placement en établissement spécialisé dans l'accueil de déments ordonné contre la volonté de la personne concernée ou sans son consentement constitue une privation de liberté si la personne n'a pas la possibilité de quitter l'institution à tout moment sans le consentement d'une autre personne²²³. Seule une autorité dûment habilitée peut ordonner un tel placement si la maladie psychique et la mise en danger de soi-même ou d'autrui sont avérées. En Suisse, elle doit ordonner un PAFA, qui garantit qu'un tiers totalement indépendant sera chargé d'examiner et d'évaluer la situation. Cela dit, si la personne atteinte de démence a donné son consentement, même anticipé, à son placement dans un tel établissement, un contrat conclu entre l'institution visée et la personne concernée si elle est encore capable de discernement sur ce point ou, à défaut, un proche ou un curateur, suffit pour fonder le placement.

8. DIGRESSION : COMPATIBILITÉ AVEC LES PRESCRIPTIONS DU DROIT PÉNAL

Étant donné qu'il peut, comme on vient de le voir, être qualifié de privation de liberté, le placement en institution fermée relève-t-il de règles de droit pénal ? Par exemple, l'art. 183, al. 1, du code pénal (CP)²²⁴, qui règle la

²²² Voir ci-dessous ch. IX.

²²³ Le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) considère expressément le placement en établissement social fermé sans consentement valable comme une privation de liberté au sens de l'art. 5 CDPH ; voir CPT, fiche thématique Foyers sociaux, ch. 2. Le CPT précise : « La situation [des] résidents de foyers sociaux qui sont officiellement considérés comme volontaires mais qui ne sont dans la pratique pas autorisés à quitter l'établissement, inquiète tout particulièrement le CPT. Les personnes concernées sont souvent soumises à des traitements sans consentement et / ou à des moyens de contention sans être protégées par les garanties légales applicables à celles qui sont officiellement considérées comme non volontaires » (ibid.).

²²⁴ RS 311.0.

séquestration : « Quiconque, sans droit, arrête une personne, la retient prisonnière, ou, de toute autre manière, la prive de sa liberté, (...) est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

La capacité de se forger une volonté concernant son propre lieu de résidence est-elle une condition de la séquestration ? La doctrine pénale est divisée sur la question²²⁵. Certains auteurs considèrent que l'infraction de séquestration ne peut être réalisée s'agissant de personnes incapables de discernement ou de résistance ou d'enfants de moins de 16 ans, étant donné qu'ils sont explicitement mentionnés, au titre de l'enlèvement, à l'art. 183, al. 2, CP ; a contrario l'infraction de séquestration serait une impossibilité²²⁶. La doctrine dominante exige que la victime soit capable, du moins en principe, de se forger une volonté concernant son propre lieu de résidence²²⁷, considérant que le droit qui est protégé est sa liberté de se déplacer d'un point à un autre²²⁸ et que si elle est incapable de prendre une décision concernant son lieu de résidence, il n'est pas possible de restreindre sa liberté de se déplacer, ce qui exclut toute séquestration. Une minorité de juristes estime que la restriction aux victimes capables de se forger une volonté est injustifiée²²⁹. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur cette question²³⁰. Il faut en tout cas que la séquestration soit effectuée *sans droit*²³¹, ce qui est le cas lorsque l'auteur n'est pas habilité à immobiliser la personne concernée²³².

Selon le degré de gravité d'une démence, la capacité de se forger une volonté concernant son propre lieu de résidence peut être intacte, limitée ou nulle. Si elle est intacte à l'admission en institution fermée et que la personne consent à ce placement, il n'y a certainement pas séquestration. Si elle est intacte et que la personne refuse ce placement, le placement ne pourra avoir lieu que sous la forme d'un PAFA²³³, faute de quoi, si tous les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, il pourra être qualifié de séquestration.

Si la personne est incapable de se forger une volonté concernant son propre lieu de résidence, la doctrine dominante considère, on l'a vu plus haut, qu'il n'y a pas de séquestration possible. Mais si l'on suit l'avis de la minorité de juristes, il faut vérifier si la séquestration potentielle est effectuée sans droit. Nous considérons nous que conformément aux prescriptions de la ConvEDH, il faudrait, comme on l'a vu plus haut, ordonner un PAFA pour toute personne ne manifestant ni approbation ni refus de son propre placement en EMS²³⁴. Selon la doctrine de droit privé cependant, le pouvoir de représentation des proches d'une personne incapable de discernement qui ne s'oppose pas à son propre placement s'étend non seulement à la conclusion du contrat d'assistance mais aussi à la décision de procéder au placement²³⁵. Il en va de même du curateur qui approuve le placement en EMS ou en section fermée d'EMS²³⁶. Selon ce point de vue, les proches ou les curateurs ont le droit de consentir au placement

²²⁵ BSK StGB-DELNON / RÜDY, n. 5 *ad art.* 183 ; OFK StGB-DONATSCH, n. 2 *ad art.* 183.

²²⁶ D'un autre avis : BSK StGB-DELNON / RÜDY, n. 14 *ad art.* 183.

²²⁷ Voir p. ex. OFK StGB-DONATSCH, n. 2 *ad art.* 183.

²²⁸ *Ibid.* n. 1.

²²⁹ BSK StGB-DELNON / RÜDY, n. 14 *ad art.* 183.

²³⁰ *Ibid.* n. 16.

²³¹ *Ibid.* n. 21.

²³² *Ibid.*

²³³ FF **2006** 6635 6649.

²³⁴ Voir ci-dessus ch. 7.3.

²³⁵ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 48 *ad art.* 382.

²³⁶ *Ibid.* n. 46b.

en institution fermée à la place de la personne concernée si celle-ci ne manifeste aucune volonté à cet égard. Suivant cette logique, il n'y a pas séquestration au sens du droit pénal dans ce cas de figure, bien qu'un PAFA soit nécessaire à notre avis. Si la liberté de se déplacer est limitée dans le respect du droit, les organes ou les collaborateurs de l'institution fermée en question ne peuvent en aucun cas être accusés de séquestration²³⁷.

9. CONCLUSION

Tout placement en EMS effectué contre la volonté ou sans le consentement actuel ou anticipé de la personne concernée, et sans possibilité pour elle de quitter librement l'établissement à tout moment ou à certaines périodes, constitue une privation de liberté au sens de l'art. 5 ConvEDH. Le consentement de la personne concernée ne peut pas être remplacé par celui d'un proche ou d'un curateur. Si la personne est incapable de le donner, le placement ne peut avoir lieu que sous la forme d'un PAFA ordonné par un juge ou par un médecin.

Dans cette éventualité, il faut que trois conditions soient remplies (certificat médical à l'appui) : l'incapacité de discernement, la démence et la mise en danger de soi-même ou d'autrui, et que l'on vérifie s'il est possible d'y remédier par des moyens plus légers. Si les conditions requises ne sont pas remplies ou si des moyens plus légers sont envisageables, le PAFA ne peut pas être ordonné.

Si le PAFA ne peut pas être ordonné, il n'est pas possible de placer la personne en institution fermée en vertu d'un contrat conclu avec des proches sans contrevenir aux droits de l'homme et sans risquer d'enfreindre des règles de droit pénal.

Si la personne a consenti à son placement en institution fermée, même de façon anticipée, le placement peut se régler par contrat, sans intervention d'aucune autorité, car il ne s'agit pas d'une privation de liberté et qu'il n'y a donc pas lieu d'ordonner un PAFA. Il faut cependant vérifier et documenter aussi, dans ce cas de figure, la réalité de l'incapacité de discernement, de la démence, et de la mise en danger de soi-même ou d'autrui.

Que la personne concernée ait ou non donné son consentement et qu'un PAFA ait ou non été ordonné, il est judicieux selon nous de conclure un contrat écrit entre l'institution considérée et la personne concernée ou une personne habilitée à la représenter²³⁸. En cas de transfert d'une section ouverte dans une section fermée, ce contrat devra être adapté afin de garantir la transparence nécessaire²³⁹.

Selon nous, ce contrat devrait au moins, du point de vue des droits de l'homme et comme certaines bases cantonales le prévoient déjà, fournir au résident et à la personne habilitée à le représenter des informations sur les droits et les devoirs de chacun et sur les conditions du séjour²⁴⁰, et en particulier les éléments suivants : règlement des sorties, MLLM éventuelles, avec leurs conditions d'application et les recours correspondants ou les organes de médiation auxquels on peut s'adresser, et modalités d'administration de sédatifs aux résidents. Dans l'idéal, le

²³⁷ BSK StGB-DELNON / RÜDY, n. 21 *ad* art. 183.

²³⁸ Notamment pour régler les conditions générales du séjour (prestations à fournir, coût, etc.), ce que le PAFA ne fait pas ; d'un autre avis : BSK ZGB I-KÖBRICH n. 3a *ad* art. 382.

²³⁹ Voir CURAVIVA BE, programme type.

²⁴⁰ Voir p. ex.art. 47, al. 2, LSan FR, art. 24 LS NE ou art. 21, al. 2, LSP VD.

contenu des contrats d'assistance devrait être réglé dans une loi. Des contrats-types ou des normes à créer de la CNPT, des autorités de surveillance cantonales ou des associations d'EMS peuvent selon nous remplacer provisoirement des prescriptions légales manquantes.

Le placement en EMS fermé n'est admissible que s'il est absolument nécessaire afin d'éviter un risque de mise en danger de soi-même ou d'autrui attesté par un médecin. Il faut d'ailleurs, selon la CDPH, éviter autant que possible toute ségrégation des personnes atteintes de démence. Cela confère une importance juridique à toutes les mesures visant à éviter le risque de fugue. Il faut donc impérativement procéder à une pesée des intérêts entre la sécurité personnelle et publique d'une part et l'autonomie et la liberté personnelles des résidents d'autre part. Se focaliser exclusivement sur la sécurité ne suffit pas à répondre à cette exigence notamment légale.

Les institutions qui satisfont le mieux à cette exigence sont selon nous celles qui autorisent leurs résidents à quitter un certain périmètre après une appréciation individuelle des risques menée par des collaborateurs spécialement formés et en recourant si nécessaire à des traceurs GPS ou à d'autres systèmes de surveillance électronique. Celles qui emploient des dispositifs de fermeture tels que les codes de verrouillage ou les portes « cachées » y satisfont au moins en partie mais sans garantir, selon nous, que la capacité ou l'incapacité de surmonter ces dispositifs est liée à la mise en danger de soi-même ou d'autrui. Celles, enfin, qui offrent la possibilité de fréquenter des lieux à usage mixte tels qu'une cafétéria accessible au public ou de faire des promenades ou des excursions accompagnées en dehors du périmètre de l'institution, vont aussi dans le bon sens. Les institutions complètement fermées font moins bien à cet égard étant donné qu'elles pratiquent la ségrégation des personnes démentes, même si leurs aires extérieures sont vastes et qu'elles accordent à leurs résidents une grande liberté de mouvement interne.

Quoi qu'il en soit, le principe de proportionnalité exige un réexamen périodique des motifs de restriction de liberté et le maintien de la possibilité d'un retour en section ouverte (après un traitement médicamenteux, p. ex.).

Suivant les prescriptions de la CDPH, il faut adopter à terme des modalités de placement qui évitent la ségrégation des personnes démentes et renoncer peu à peu aux institutions fermées en mettant en place des mesures d'assistance et de suivi proches du lieu de résidence et en offrant un environnement adapté.

V. RESTRICTION DE LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT PAR DES MESURES MÉCANIQUES, SPATIALES OU PSYCHOLOGIQUES

1. MESURES LIMITANT LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT

Pour empêcher une personne de se mouvoir librement et / ou d'avoir librement accès à son propre corps, les EMS recourent, à des fréquences variables selon qu'ils sont ouverts ou fermés, à différentes mesures mécaniques, spatiales ou psychologiques, généralement au motif de réduire le risque de chute et donc d'éviter les blessures. Les MLLM servent aussi à empêcher la personne de se mettre en danger (en fuguant ou en se blessant) ou à

protéger des dispositifs thérapeutiques (pansements, perfusions, cathéters, etc.). Elles permettent aussi de canaliser les comportements difficiles (agressivité, harcèlement, bruit)²⁴¹.

Les mesures spatiales comprennent tous les dispositifs qui créent un cadre fermé ou isolé, par exemple le verrouillage de portes ou de locaux. Les mesures mécaniques ou physiques sont celles qui s'appliquent sur le corps de la personne ou à proximité, par exemple les barrières qui empêchent l'intéressé de sortir de son lit ou les moyens de contention que la personne ne peut pas retirer elle-même tels que les courroies de sécurité pour fauteuil (roulant) ou pour le lit, les gilets de sécurité, les couvertures spéciales (« draps Zewi »), l'immobilisation des mains ou des pieds ou les dispositifs de blocage en position assise très difficiles à débloquent soi-même (fauteuil roulant muni de freins fixes ou d'une tablette fixe, sièges profonds ou mous, chaises et fauteuils inclinés, lit de sol, etc.). Les mesures psychologiques recouvrent les interdictions, l'exercice de pressions ou de contraintes et d'autres formes d'influence, qui convainquent la personne concernée que toute tentative de se mouvoir librement est impossible ou liée à des conséquences négatives²⁴². Les détecteurs de mouvement et autres systèmes de surveillance ne relèvent clairement ni des mesures spatiales ni des mesures psychologiques. S'ils ne limitent pas directement la liberté de mouvement a priori, ni du point de vue objectif ni du point de vue subjectif, ils peuvent avoir pour effet qu'une personne soit systématiquement ramenée dans un certain lieu, ce qui limite par conséquent sa liberté de mouvement²⁴³.

Si ces moyens sont employés dans le seul but d'informer le personnel soignant qu'une personne a besoin d'aide pour se lever ou pour marcher, ils ne relèvent pas selon nous des MLLM puisque loin de restreindre la liberté de mouvement, ils la favorisent au contraire. Tel est le cas notamment des tapis d'alarme placés devant un lit ou un siège, des barrières photoélectriques, de la radiolocalisation, des traceurs GPS et d'autres dispositifs de surveillance électronique, qui peuvent relever des MLLM selon l'emploi qui en est fait²⁴⁴.

Si toutes les MLLM limitent effectivement la liberté de mouvement, comme leur nom l'indique, leur intensité varie selon leur nature et selon leurs effets dans le temps et dans l'espace. Les mesures mécaniques proches du corps sont plus contraignantes pour la personne concernée que les systèmes de surveillance qui n'empêchent pas absolument de se mouvoir. Pour les évaluer au cas par cas, il faut en outre déterminer si elles sont appliquées régulièrement, uniquement si nécessaire ou uniquement en cas d'urgence. Leur intensité dépend aussi de leur durée. Une mesure interrompue régulièrement ou limitée à certaines circonstances (contention réservée au moment du repas ou de l'endormissement, p. ex.) est moins restrictive que celles qui sont employées toute la journée sans interruption ou plusieurs heures par jour. Il en va de même des mesures auxquelles la personne concernée peut mettre fin d'elle-même (ceinture facile à détacher, p. ex.).

²⁴¹ Voir CURAVIVA, mesures limitant la liberté de mouvement, 2024 ; ERMILER / SCHMITT-MANNHART, p. 13.

²⁴² BSK ZGB I-AEBI-MÜLLER, n. 9 ad art. 383.

²⁴³ Voir BSK ZGB I-AEBI-MÜLLER, n. 11 ad art. 383.

²⁴⁴ En pratique, la qualification de MLLM des tapis d'alarme ne fait pas consensus. Voir à ce propos KLÖPPEL STEFAN / DAN GEORGESCU, p. 3 s.

2. PRESCRIPTIONS DU DROIT FÉDÉRAL

2.1. CONDITIONS PERMETTANT D'ORDONNER DES MLLM AU SENS DE L'ART. 383 CC

En vertu de l'art. 383 CC, un EMS peut restreindre la liberté de mouvement d'un résident incapable de discernement si certaines conditions sont remplies. Lors des travaux préparatoires de la révision du CC, la question de savoir s'il fallait soumettre toute MLLM à l'exigence d'une procédure formelle de PAFA a été débattue. Pour le groupe d'experts, cette solution était inappropriée car elle aurait stigmatisé les personnes à protéger tout en entraînant un surcroît de travail important pour l'autorité de protection de l'adulte²⁴⁵. C'est ainsi que la réglementation spéciale des art. 383 à 385 CC s'est imposée²⁴⁶. Elle porte uniquement sur les MLLM au sens strict²⁴⁷. Les limitations indirectes telles que l'administration forcée de sédatifs sont soumises aux règles prévues pour le traitement médical (art. 377 ss CC)²⁴⁸.

Selon le message, la notion de limitation de la liberté de mouvement doit être comprise dans un sens large²⁴⁹ et recouvre aussi bien la surveillance électronique que la fermeture des portes et les entraves telles que des liens ou des barrières visant à éviter les chutes²⁵⁰.

La limitation de la liberté de mouvement n'est admissible qu'à des conditions très strictes. Conformément à l'art. 383, al. 1, CC, l'EMS ne peut restreindre la liberté de mouvement d'une personne incapable de discernement que si des mesures moins rigoureuses ont échoué ou paraissent a priori insuffisantes. Il faut en outre que les principes de subsidiarité et de proportionnalité soient respectés²⁵¹. Les MLLM ne doivent globalement être envisagées qu'en dernier recours²⁵². Le cas échéant, il faut opter pour celle qui aura les conséquences les moins lourdes²⁵³. Il faut aussi prendre en considération les autres causes possibles du comportement dangereux ou gênant de la personne²⁵⁴, sans oublier les douleurs ou les effets secondaires dus à la prise de médicaments²⁵⁵.

La mesure doit viser à prévenir un grave danger menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers (art. 383, al. 1, ch. 1, CC) ou à faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire (art. 383, al. 1, ch. 2, CC). Selon la doctrine dominante, le recours aux MLLM n'est pas admissible si la menace n'est que de faible gravité ou la perturbation légère²⁵⁶. Il faut que la mise en danger de soi-même ou d'autrui soit particulièrement grave ou que le comportement de la personne rende impossible la vie à ses côtés²⁵⁷.

²⁴⁵ FamKomm-VAERINI, n. 3 *ad* art. 383.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid.* n. 8.

²⁴⁸ Voir ci-dessous ch. VI. ; FamKomm-VAERINI, n. 8 *ad* art. 383 ; voir aussi FF 2006 6635 6673.

²⁴⁹ FF 2006 6635 6673.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ FamKomm-VAERINI, n. 12 *ad* art. 383.

²⁵² *Ibid.* n. 19.

²⁵³ *Ibid.* n. 21.

²⁵⁴ *Ibid.* n. 22.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.* n. 14.

²⁵⁷ *Ibid.* n. 14 et 17.

L'art. 383, al. 2, CC dispose que hors cas d'urgence, la personne concernée doit être informée au préalable de la nature de la mesure, de ses raisons, de sa durée probable, ainsi que du nom de la personne qui prendra soin d'elle durant cette période. Il serait souhaitable que par la même occasion, la personne soit informée de la possibilité qui lui est offerte d'en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte²⁵⁸.

Ce devoir d'information vise d'une part à empêcher le personnel soignant d'ordonner trop hâtivement une MLLM et d'autre part à montrer à la personne concernée qu'on l'implique autant que possible dans les décisions qui la concernent²⁵⁹.

Le droit fédéral ne précise pas qui est habilité à ordonner une limitation de la liberté de mouvement. Selon le message, il appartient à l'institution de déterminer dans un règlement interne les personnes autorisées à ordonner une MLLM²⁶⁰. Au niveau cantonal, il existe à cet égard des prescriptions variables, que nous évoquons plus en détail ci-après.

L'art. 383, al. 3, précise que la mesure doit être levée dès que possible et que dans tous les cas, sa justification doit être reconsidérée à intervalles réguliers. Le droit fédéral ne définit pas de durée maximale ni la fréquence du réexamen et n'exige pas la surveillance renforcée de la personne. Ces modalités sont cependant réglées dans certaines législations cantonales²⁶¹.

2.2. PROTOCOLE ET DEVOIR D'INFORMATION AU SENS DE L'ART. 384 CC

Toute MLLM doit faire l'objet d'un protocole, qui contient notamment le nom de la personne ayant décidé la mesure ainsi que le but, le type et la durée de la mesure (art. 384, al. 1, CC). Il s'agit là d'indications minimales que les normes cantonales étoffent fréquemment²⁶². Selon la doctrine dominante, le protocole doit être tenu à jour, ce qui implique notamment de documenter la reconsidération périodique de la justification des MLLM visée à l'art. 383, al. 3, CC²⁶³. Il fait partie du dossier personnel prévu par les prescriptions cantonales²⁶⁴. Le but de la disposition est de garantir la protection offerte par l'art. 383 CC en créant la transparence nécessaire²⁶⁵.

Selon l'art. 384, al. 2, CC, la personne habilitée à représenter la personne concernée dans le domaine médical doit être avisée de la mesure et peut prendre connaissance du protocole en tout temps. Le droit fédéral ne fixe à cet égard aucun délai ni la forme de la communication. Vu la sévérité de l'atteinte à la liberté que constituent les MLLM, cette communication devrait être immédiate²⁶⁶. La personne habilitée à représenter la personne concernée ne peut en effet agir en vertu de l'art. 385 CC que si elle a connaissance de la mesure²⁶⁷. Dans l'idéal, l'information doit

²⁵⁸ Ibid. n. 23.

²⁵⁹ Ibid. n. 24.

²⁶⁰ FF 2006 6635 6673.

²⁶¹ Voir ci-dessous ch. 3.1.

²⁶² Voir ci-dessous ch. 3.2.

²⁶³ BSK ZGB -KÖBRICH, n. 5 *ad* art. 384 ; FamKomm-VAERINI, n. 5 *ad* art. 384.

²⁶⁴ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 7 *ad* art. 384.

²⁶⁵ Ibid. n. 2

²⁶⁶ FamKomm-VAERINI, n. 5 *ad* art. 384.

²⁶⁷ Voir FF 2006 6635 6674.

être donnée par écrit aux fins de preuve²⁶⁸. Le processus législatif a évité à dessein d'instaurer l'information systématique de l'autorité de protection de l'adulte²⁶⁹. Celle-ci doit cependant être avisée lorsqu'une personne n'a pas de représentant légal, car elle doit alors instituer une curatelle²⁷⁰.

L'art. 384, al. 3, CC précise que les personnes exerçant la surveillance de l'institution sont également habilitées à prendre connaissance du protocole.

2.3. RECOURS DEVANT L'AUTORITÉ DE PROTECTION DE L'ADULTE PRÉVU PAR L'ART. 385 CC

En vertu de l'art. 358, al. 1, CC, la personne concernée ou l'un de ses proches peut, en tout temps, en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte au siège de l'institution contre la mesure limitant la liberté de mouvement. Selon l'art. 358, al. 3, CC toute requête qui n'est pas adressée directement à l'autorité de protection de l'adulte doit lui être transmise immédiatement.

Si l'autorité de protection de l'adulte constate que la mesure n'est pas conforme à la loi, l'art. 385, al. 2 CC l'autorise à la modifier, à la lever, ou à ordonner une autre mesure. Le recours suppose l'existence d'un intérêt juridiquement protégé²⁷¹. Cet intérêt disparaît avec l'arrêt de la MLLM²⁷². Les éventuelles mesures cantonales relevant du droit administratif du côté de l'autorité de surveillance (sanctions à l'encontre de l'institution ou d'un médecin, p. ex.) sont réservées²⁷³. L'autorité de protection de l'adulte rend une décision de première instance qui doit être motivée par écrit et qui est susceptible de recours devant le tribunal cantonal compétent²⁷⁴.

Si nécessaire, l'autorité de protection de l'adulte informe de sa décision l'autorité de surveillance de l'institution comme le prévoit l'art. 385, al. 2, CC. Tel devrait par exemple être le cas si elle constate des violations graves ou répétées des dispositions légales²⁷⁵, si l'institution n'a pas transmis la requête, ou pas immédiatement, à l'autorité de protection de l'adulte ou si l'institution a omis d'aviser le représentant de la personne concernée de la MLLM²⁷⁶.

3. PRESCRIPTIONS CANTONALES PLUS DÉTAILLÉES

Bon nombre de cantons appliquent des règles plus détaillées que le droit fédéral, dont la plupart datent d'ailleurs d'avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte le 1^{er} janvier 2013. Cela explique que leur terminologie et leur contenu diffèrent souvent de celui-ci, d'où un risque de confusion²⁷⁷. Ces règles traitent souvent

²⁶⁸ FamKomm-VAERINI, n. 6 ad art. 384.

²⁶⁹ FF 2006 6635 6674.

²⁷⁰ FF 2006 6635 6674.

²⁷¹ FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 15 ad art. 385.

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid. n. 2.

²⁷⁴ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 16 ad art. 385.

²⁷⁵ FF 2006 6635 6674.

²⁷⁶ FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 17 ad art. 385.

²⁷⁷ C'est particulièrement le cas pour SZ, UR et OW, dont les lois sur la santé prévoient toujours contre les mesures de contrainte (et donc les MLLM) des voies de recours que l'art. 385 CC vient supplanter (recours devant le tribunal administratif en vertu du § 41c, al. 1, de la *Gesundheitsgesetz* du 16.10.2002 [GesG ; SRSZ 571.110] SZ ; recours devant la cour suprême (*Obergericht*) en vertu de l'art. 48, al. 5, de la *Gesundheitsgesetz* du 1.6.2008 [GG ; RB 30.2111] UR, et recours possible à tout moment devant l'instance compétente visée à l'art. 59, al. 4, de la *Gesundheitsgesetz* du 1.12.2015 [GesG ; GDB 810.1] OW).

des mesures de contrainte en général et moins des MLLM en particulier²⁷⁸. Le terme mesure de contrainte désigne toute mesure contraire à la volonté expresse de la personne concernée (ou à sa volonté présumée si elle n'est pas en mesure de s'exprimer), ou déclenchant une résistance de sa part²⁷⁹. En pratique, on distingue la limitation de la liberté du traitement sous contrainte²⁸⁰. Les MLLM contraires à la volonté expresse ou supposée de la personne concernée sont par conséquent des mesures de contrainte réglées comme telles par les cantons, sauf réglementation spécifique.

Par ailleurs, certaines lois cantonales ne font pas la distinction entre les mesures de contrainte infligées en EMS et celles infligées en milieu hospitalier, si bien qu'elles parlent de patients et non de résidents. Il découle cependant de leur champ d'application que les unes comme les autres doivent être enregistrées²⁸¹.

Nombre de cantons règlent la limitation de la liberté de mouvement en EMS dans des règlements, des schémas d'accueil, etc.²⁸² mais ne possèdent pas de loi réglant expressément les MLLM²⁸³. D'autres se contentent de renvoyer aux art. 383 ss CC ou de reproduire, en substance, les conditions énumérées à l'art. 383, al. 1 CC, dans leur loi sur la santé²⁸⁴. D'autres encore, et ils sont nombreux, ont édicté des normes qui vont au-delà des prescriptions du droit fédéral. C'est notamment le cas du Valais, dont l'ordonnance du 30 novembre 2022 sur les mesures limitant la liberté de mouvement dans les institutions sanitaires (ordonnance MLLM VS ; RS 800.500)²⁸⁵ est particulièrement détaillée.

3.1. PRONONCÉ, EXÉCUTION ET DURÉE DES MLLM

Le Valais est le seul canton à préciser expressément dans son ordonnance ce qu'il entend par mesures limitant la liberté de mouvement, à savoir les mesures entravant la possibilité pour un résident ou patient de se mouvoir par : des moyens mécaniques qui limitent la faculté d'une personne de se mouvoir (p. ex. entraves telles que des liens ou des barrières) ou de quitter un périmètre défini (p. ex. fermeture des portes ; poignée haute ou compliquée)²⁸⁶ ; des moyens permettant de créer un milieu fermé à l'égard de la personne concernée, de même que les mesures d'isolement (p. ex. isolement de la personne pour le repas)²⁸⁷ ; des moyens de surveillance électronique (p. ex.

²⁷⁸ Les seuls à mentionner expressément les MLLM au-delà d'un simple renvoi aux art. 383 ss CC sont ZG (§ 39, al. 2, *Gesundheitsgesetz* du 30.10.2008 [GesG; BGS 821.1] ZG) et SO (art. 39 *Gesundheitsgesetz* du 19.12.2018 [GesG; BGS 811.11] SO).

²⁷⁹ FamKomm-VAERINI, n. 7 ad art. 383.

²⁸⁰ ASSM, mesures de contrainte, p. 8 s.

²⁸¹ Voir, pour ZH : § 1, al. 1, let. b, de la *Patientinnen- und Patientengesetz* du 5.4.2004 (LS 813.13) ZH, pour GE : art. 100, al. 1, de la loi du 7.4.2006 sur la santé (LS ; RSG K 1 03) GE, pour FR : art. 1, al. 2, en relation avec l'art. 39, al. 1, LSan FR, pour AR : art. 1, al. 3, et 20, al. 1, de la *Gesundheitsgesetz* du 25.11.2007 (bGS 811.1) AR, pour UR : art. 1, al. 1, GG UR, pour SZ : § 1, al. 1, GesG SZ, pour ZG : § 1, al. 1, GesG ZG, pour JU : art. 1, al. 1 et 2, de la loi sanitaire du 14.12.1990 (RSJU 810.01) JU.

²⁸² Voir p. ex. BL, *Reglement zum Umgang mit beM* (consulté le 22.11.2024).

²⁸³ C'est le cas de BE, AG, BL, BS, LU, NE, SG, GR et AI.

²⁸⁴ TI (art. 19, al. 3, *Legge sanitaria* du 18.4.1989 [LSan; RLti 801.100] TI) ; VD (art. 23, let. d, al. 2, LSP VD), TG (art. 35 de la *Gesundheitsgesetz* du 3.12.2014 [GG; RB 810.1] TG) ; NW (art. 60 de la *Gesundheitsgesetz* du 30.5.2007 [GesG; NG 711.1] NW) et SH (art. 45, al. 1, de la *Gesundheitsgesetz* du 21.-5.2012 [GesG; SHR 810100] SH).

²⁸⁵ L'art. 1, al. 1, ordonnance MLLM VS renvoie à l'art. 73 de la loi du 14.2.2008 sur la santé (LS ; RS 800.1) VS, qui qualifie expressément les établissements médico-sociaux d'institutions sanitaires (art. 73, al. 1, let. b, LS VS).

²⁸⁶ Art. 2, al. 1, let. a, ch. 1, ordonnance MLLM VS.

²⁸⁷ Art. 2, al. 1, let. a, ch. 2, ordonnance MLLM VS.

dispositif électronique se déclenchant au-delà d'un certain périmètre ; tapis alarme)²⁸⁸ ; les mesures de contention, soit toute mesure de limitation de la liberté de mouvement appliquée directement au corps du résident ou patient (p. ex. liens, attachement du torse, chemise de sécurité, veste de sécurité, fauteuil avec ceinture de corps, blocage sélectif des mains par des attaches ou des gants ou d'autres moyens)²⁸⁹, et les mesures de contrainte, soit toute intervention prise sans le consentement du résident ou patient et allant à l'encontre de sa volonté déclarée ou suscitant sa résistance, ou, si le résident ou patient n'est pas capable de communiquer, allant à l'encontre de sa volonté présumée²⁹⁰. Dans le Valais, la personne habilitée à ordonner une MLLM (ci-après : le professionnel responsable) est le médecin traitant d'une institution sanitaire ou le professionnel de la santé compétent à qui il a délégué cette prérogative.²⁹¹

De nombreux autres cantons règlent aussi la compétence pour ordonner des MLLM et d'autres mesures de contrainte²⁹². Ils la confient généralement à un médecin, en réservant d'une part la possibilité pour celui-ci de la déléguer à un autre professionnel de la santé compétent, et d'autre part la possibilité pour le personnel soignant d'ordonner les mesures en cas d'urgence²⁹³. Le canton d'Argovie prévoit que les mesures sont ordonnées par des cadres appartenant en priorité aux professions de santé (médecin ou soignant)²⁹⁴.

Dans le Valais, le choix de la mesure suit une procédure très précise, unique en Suisse : en cas d'identification d'un comportement problématique d'un résident, le professionnel responsable doit déterminer, après consultation de l'équipe soignante, si celui-ci menace sa vie ou son intégrité corporelle ou celles de tiers, ou crée une grave perturbation²⁹⁵. Lorsque les causes du comportement sont identifiées, des solutions alternatives aux MLLM permettant de régler la situation doivent être envisagées²⁹⁶. Si de telles solutions n'existent pas ou ne suffisent pas, cette situation doit être discutée avec tous les intervenants concernés. Le choix de la ou des MLLM doit faire l'objet d'une décision formelle²⁹⁷. Cette décision doit être rendue par le professionnel responsable et spécifier la voie d'appel à l'APEA²⁹⁸. En cas de crise nécessitant une décision urgente, la procédure décrite peut être différée²⁹⁹. L'établissement doit définir une procédure interne écrite qui garantit le respect de toutes les conditions de fond et de forme³⁰⁰. Le site internet du canton du Valais propose par ailleurs des formulaires types à utiliser pour ordonner des MLLM ou pour en appeler à l'APEA³⁰¹.

²⁸⁸ Art. 2, al. 1, let. a, ch. 3, ordonnance MLLM VS.

²⁸⁹ Art. 2, al. 1, let. b, ordonnance MLLM VS.

²⁹⁰ Art. 2, al. 1, let. c, ordonnance MLLM VS.

²⁹¹ Art. 3, al. 3, ordonnance MLLM VS.

²⁹² SO (art. 39, al. 2 et 3 GesG SO), ZH (§ 27, al. 1, *Patientinnen- und Patientengesetz* ZH), JU (art. 28a, al. 2, loi sanitaire JU), GE (art. 50, al. 2, LS GE), OW (art. 58, al. 3, GesG OW), UR (art. 48, al. 2, GG UR), SZ (§ 40b, al. 2, GesG SZ), ZG (§ 39, al. 2, GesG ZG), FR (art. 53, al. 2, LSan FR).

²⁹³ P. ex. ZH (§ 27, al. 1, *Patientinnen- und Patientengesetz* ZH).

²⁹⁴ § 62, al. 1, *Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* du 27.6.2017 (EG ZGB ; SAR 210.300) AG.

²⁹⁵ Art. 4, al. 1, ordonnance MLLM VS.

²⁹⁶ Art. 4, al. 2, ordonnance MLLM VS.

²⁹⁷ Art. 6, al. 1, ordonnance MLLM VS.

²⁹⁸ Art. 6, al. 2, ordonnance MLLM VS.

²⁹⁹ Art. 11, al. 1, ordonnance MLLM VS La procédure doit être appliquée dès que la situation le permet, dans un délai maximal de 3 jours (art. 11, al. 1 et 2, ordonnance MLLM VS).

³⁰⁰ Art. 3, al. 6, ordonnance MLLM VS.

³⁰¹ VS, MLLM / personne en EMS (consulté le 22.11.2024).

Dans le Valais, la durée maximale admissible d'une MLLM est d'un mois³⁰². Les mesures qui ne constituent qu'une atteinte légère à la liberté personnelle (p. ex. bracelet électronique, tapis d'alarme et détecteurs de mouvements) peuvent être mises en place pour une durée maximale d'un an³⁰³. Plusieurs autres cantons précisent aussi la durée maximale admissible des MLLM. Certains d'entre eux exigent qu'elles ne soient appliquées qu'aussi longtemps que la situation de crise perdure ou est fortement susceptible de se reproduire³⁰⁴.

Le Valais exige en outre que la surveillance de la personne concernée soit renforcée pendant toute la durée de la mesure³⁰⁵. C'est aussi le cas de Fribourg³⁰⁶ et de Genève³⁰⁷. Les cantons du Valais et de Fribourg précisent aussi la fréquence des réexamens du maintien des MLLM³⁰⁸. Pour le Valais, cette fréquence dépend de la nature de la mesure et de la gravité de l'atteinte portée. La durée maximale entre deux réexamens est fixée à deux semaines dans les EMS. Les évaluations et leurs résultats doivent être documentés et consignés dans le dossier de la personne concernée³⁰⁹. Le canton du Valais exclut de la surveillance renforcée et des réexamens les mesures qui ne constituent qu'une atteinte légère à la liberté personnelle visées à l'art. 8, al. 1, ordonnance MLLM VS³¹⁰.

3.2. PROTOCOLE ET DEVOIR D'INFORMATION

Dans le canton du Valais, le résident et la personne habilitée à le représenter s'il est incapable de discernement doivent être consultés et informés de la situation *avant* qu'une MLLM soit ordonnée³¹¹. D'autres cantons exigent aussi expressément qu'une concertation préalable ait lieu, dans la mesure du possible, non seulement avec la personne concernée (voir art. 383, al. 2, CC), mais aussi avec l'équipe soignante et les proches ou le représentant légal de la personne³¹².

Le canton du Valais exige aussi un protocole plus détaillé que celui visé à l'art. 384 CC. Il doit notamment préciser le motif de la mesure et les circonstances y ayant conduit³¹³, les mesures essayées sans succès³¹⁴ eu égard au principe de proportionnalité, l'information donnée et son destinataire (personne concernée, proches, représentant, etc.)³¹⁵, la surveillance régulière et renforcée de la personne mise en place³¹⁶, le résultat des évaluations, le professionnel responsable et les personnes responsables de la mise en œuvre de la mesure³¹⁷.

³⁰² Art. 6, al. 1, ordonnance MLLM VS.

³⁰³ Art. 8, al. 1, ordonnance MLLM VS.

³⁰⁴ P. ex. UR (art. 48, al. 3, GG UR), SZ (art. 40, al. 3, GesG SZ) et OW (art. 58, al. 4, GesG OW)

³⁰⁵ Art. 7, al. 1, ordonnance MLLM VS.

³⁰⁶ Art. 54, al. 1, LSan FR.

³⁰⁷ Art. 51, al. 1, LS GE.

³⁰⁸ Contrairement à l'art. 383, al. 3, CC, qui n'exige que des réexamens « à intervalles réguliers ».

³⁰⁹ Art. 7, al. 2, ordonnance MLLM VS.

³¹⁰ FR exige que la situation fasse l'objet d'une réévaluation plusieurs fois par jour (art. 54, al. 1, LSan FR).

³¹¹ Art. 4, al. 2, ordonnance MLLM VS.

³¹² JU (art. 28a, al. 2, loi sanitaire JU), GE (art. 50, al. 2, LS GE), FR (art. 53, al. 2, LSan FR).

³¹³ Art. 5, al. 1, let. a, ordonnance MLLM VS.

³¹⁴ Art. 5, al. 1, let. c, ordonnance MLLM VS.

³¹⁵ Art. 5, al. 1, let. d, ordonnance MLLM VS.

³¹⁶ Art. 5, al. 1, let. e, ordonnance MLLM VS.

³¹⁷ Art. 5, al. 1, let. f à h, ordonnance MLLM VS.

Deux autres cantons connaissent des mécanismes particuliers de documentation et d'information concernant les MLLM et autres mesures de contrainte : dans le canton de Fribourg, la direction de l'institution a l'obligation de tenir un registre qui répertorie de manière chronologique toutes les mesures de contrainte imposées³¹⁸. Le canton de Zoug prévoit lui la transmission immédiate d'une copie du protocole ordonnant la mesure au médecin cantonal³¹⁹ afin qu'il vérifie sans délai si la mesure paraît admissible et nécessaire et si les informations requises ont été enregistrées et communiquées³²⁰. En cas de doute sur la nécessité ou la pertinence de la mesure, le médecin cantonal doit procéder à un examen plus approfondi de la situation³²¹. Le résultat de cet examen doit être communiqué par écrit dans les 30 jours qui suivent le prononcé de la mesure au médecin, à la personne concernée et à sa personne de confiance³²².

3.3. VOIES DE RECOURS

La levée d'une MLLM persistante concernant un résident d'EMS incapable de discernement est une compétence exclusive de l'autorité de protection de l'adulte. L'autorité de surveillance de l'institution en est informée si nécessaire³²³. Certains cantons prévoient toutefois des procédures de recours spéciales contre les mesures de contrainte. Dans ceux de Zoug³²⁴ et de Schwyz³²⁵, il est possible de former un recours contre les mesures de contrainte injustifiées devant le tribunal administratif, dans le canton d'Uri³²⁶ devant la cour suprême (*Obergericht*) et dans le canton d'Obwald³²⁷ devant le tribunal cantonal. Compte tenu de la force dérogatoire du droit fédéral, ces voies de recours sont toutefois supplantées par le récent art. 385 CC. Il serait souhaitable que les normes cantonales soient modifiées de telle sorte qu'il soit évident, même pour un profane, que dans ces cas de figure, une voie de recours dérogatoire institue la compétence de l'autorité de protection de l'adulte. Les voies de recours évoquées restent valables pour les MLLM terminées³²⁸.

Outre le recours prévu à l'art. 385 CC, qui a pour but la levée d'une MLLM en cours, d'autres mesures de protection non spécifiques et variables selon les cantons peuvent être envisagées, y compris après que la MLLM a pris fin : possibilité de saisir l'autorité de surveillance, de faire intervenir un organe de médiation ou de former un recours devant une commission de surveillance ou d'examen des plaintes³²⁹.

³¹⁸ Art. 54, al. 2, LSan FR.

³¹⁹ Art. 40, al. 1, GesG ZG.

³²⁰ Art. 41, al. 1, GesG ZG.

³²¹ Le médecin cantonal a le droit de consulter l'historique médical de la personne concernée ou la personne elle-même, et les médecins et le personnel soignant sont obligés de lui communiquer les informations qu'il pourrait leur demander (art. 42, al. 1 et 2, GesG ZG).

³²² Art. 42, al. 3, GesG ZG Si une mesure est ordonnée pour une période longue, le médecin cantonal peut demander périodiquement des documents renouvelant la prescription (art. 42, al. 4, GesG ZG).

³²³ Art. 385, al. 1 et 2, CC.

³²⁴ Art. 67 GesG ZG.

³²⁵ § 41c, al. 1, GesG SZ.

³²⁶ Art. 48, al. 5, GG UR.

³²⁷ Art. 59, al. 4, GesG OW.

³²⁸ Voir notamment l'art. 67, al. 1, GesG ZG, selon lequel, expressément, aucun intérêt à agir n'est requis.

³²⁹ Voir plus en détail ci-dessous, ch. VIII. 3.

4. PRATIQUE

Selon les rapports de la CNPT, une majorité d'EMS dispose d'un document spécifique plus ou moins détaillé concernant les MLLM : concept³³⁰, directives³³¹, mémento³³², règlement interne³³³, etc. L'existence de ces documents est essentielle pour informer les résidents, leurs proches et le personnel soignant, pour fixer les procédures, et pour respecter la législation. En l'absence de normes exhaustives ou suffisamment détaillées, il n'est pas toujours évident de déterminer quelles mesures sont des MLLM au sens de l'art. 383 CC³³⁴. Ce flou peut avoir pour effet que certaines mesures ne sont pas ordonnées ni documentées en bonne et due forme parce qu'elles sont considérées comme des mesures de sécurité ou d'apaisement³³⁵. À l'inverse, la CNPT remarque aussi que dans certaines institutions, la sensibilisation concernant les MLLM est bonne, que les MLLM sont l'objet de discussions fréquentes dans un contexte interprofessionnel³³⁶ et même qu'elles sont parfois bannies par principe³³⁷. Bon nombre d'EMS recourent à des mesures semblables, dont les plus fréquentes sont les barrières de lit, les courroies de sécurité, les tablettes pour fauteuil roulant, les tapis d'alarme et d'autres systèmes de surveillance électronique³³⁸. Les rapports de la CNPT révèlent par ailleurs que certaines institutions maintiennent dans leur gamme des mesures dangereuses telles que les draps Zewi et continuent parfois de les utiliser³³⁹. Il existe aussi des institutions qui interdisent clairement les mesures dangereuses et fortement restrictives telles que ces fameux draps, la contention en général et l'enfermement³⁴⁰. Le recours aux MLLM psychologiques est par contre difficile à vérifier.

Le pouvoir d'ordonner des MLLM est réglementé de façon très variable : dans certains cas, il appartient aux médecins, qui procèdent en concertation avec le chef de service, les résidents et les proches³⁴¹. Dans d'autres, les mesures sont ordonnées par des infirmiers diplômés, généralement sans concertation avec un médecin³⁴². Les mesures sont parfois ordonnées par un médecin mais a posteriori, après un long délai³⁴³. Il arrive aussi que la personne compétente ne soit pas toujours ou pas clairement identifiable³⁴⁴.

La documentation des MLLM manque souvent d'homogénéité et de rigueur³⁴⁵. Le motif de la mesure est souvent trop peu détaillé, ce qui rend sa proportionnalité difficilement vérifiable après coup³⁴⁶. Dans certaines institutions,

³³⁰ CNPT, lettre Les Charmettes, p. 3 ; CNPT, lettre Senevita Lindenbaum, p. 2 ; CNPT, lettre Mülimatt, p. 2 ; CNPT, lettre Tertianum Waldhof, p. 2.

³³¹ CNPT, lettre Senevita Lindenbaum, p. 2 ; CNPT, lettre Cadonau, p. 2.

³³² CNPT, lettre Senevita Lindenbaum, p. 2 ; CNPT, lettre Zentrum Frauensteinmatt, p. 2 ; CNPT, lettre Laubegg, p. 3.

³³³ CNPT, lettre Laubegg, p. 3.

³³⁴ CNPT, lettre Cadonau, p. 2 s.

³³⁵ CNPT, lettre Les Charmettes, p. 3.

³³⁶ CNPT, lettre Les Charmettes, p. 3 ; CNPT, lettre Mülimatt, p. 4 ; CNPT, lettre Tertianum Waldhof, p. 3 ; CNPT, lettre Saint-Ursanne, p. 3 ; CNPT, lettre Les Tilleuls, p. 3.

³³⁷ CNPT, lettre Les Tilleuls, p. 2.

³³⁸ Et aussi les lits de sol, les protège-hanches, les bodies de contention, les chemises de nuit fermées et différentes formes de contention (sangle pour fauteuil roulant, sangle ventrale, sangles de lit).

³³⁹ Voir, p. ex. CNPT, lettre Tertianum Waldhof, p. 3 ; CNPT, lettre Les Mouettes, p. 4.

³⁴⁰ CNPT, lettre Les Charmettes, p. 4 ; CNPT, lettre Senevita, p. 2 ; CNPT, lettre Zentrum Frauensteinmatt, p. 3.

³⁴¹ Voir, p. ex. CNPT, lettre Mülimatt, p. 4.

³⁴² Voir, p. ex. CNPT, lettre Zentrum Frauensteinmatt, p. 3.

³⁴³ CNPT, lettre Les Mouettes, p. 3.

³⁴⁴ CNPT, lettre Cadonau, p. 3.

³⁴⁵ Voir, p. ex. CNPT, lettre Mülimatt, p. 4.

³⁴⁶ CNPT, lettre Saint-Ursanne, p. 3.

les mesures sont réévaluées après trois jours d'essai³⁴⁷, dans d'autres au bout d'une semaine³⁴⁸. Dans d'autres encore, elles ne font pas l'objet de réévaluations périodiques, ce qui rend difficile d'évaluer si elles sont justifiées et proportionnées³⁴⁹.

Les rapports de la CNPT font un constat analogue en ce qui concerne l'indication des voies de recours, qui manque souvent de cohérence, d'exhaustivité et de visibilité³⁵⁰. Il n'est donc pas étonnant que lors de nos entretiens avec différents collaborateurs d'EMS et une collaboratrice d'une autorité de protection de l'adulte, personne n'ait eu connaissance d'un seul cas d'activation du recours prévu à l'art. 385 CC. Il ne semble pas non plus exister de jurisprudence dans ce domaine. Cela pourrait aussi tenir au fait que la personne concernée ou ses proches ignorent cette voie de recours par manque d'informations³⁵¹. Par ailleurs, certains cantons prévoient la possibilité de faire intervenir un organe de médiation ou de former un recours devant une commission de surveillance ou d'examen des plaintes (solutions sans doute privilégiées par les personnes concernées), voire de saisir l'autorité cantonale de surveillance.

5. COMPATIBILITÉ AVEC LES PRESCRIPTIONS DE RANG SUPÉRIEUR

Les MLLM prises en institution fermée contre une personne clairement identifiable peuvent porter atteinte à différents droits de l'homme.

Non seulement le placement non volontaire en institution fermée mais aussi les MLLM individuelles en soi (qu'elles soient ordonnées dans un cadre fermé ou ouvert) peuvent constituer une *privation de liberté* au sens de l'art. 5 Conv-EDH. Comme nous l'avons expliqué en détail plus haut³⁵², une MLLM peut être qualifiée de privation de liberté lorsque des critères objectifs et des critères subjectifs sont remplis et que la restriction de liberté est imputable à l'État. Ces deux dernières conditions étant généralement réunies, nous nous intéresserons ici à la première, à savoir les critères objectifs. Des mesures telles qu'une contention de plusieurs heures ou un enfermement durable dans une pièce présentent-elles la gravité objective requise ou sont-elles trop peu contraignantes ? Pour régler définitivement cette question de droit, la connaissance du contexte est indispensable. La privation de liberté n'est pas liée à une durée minimale. Une mesure qui dure moins d'une heure peut en relever³⁵³. La CEDH a clairement qualifié de privation de liberté une détention de six heures et demie en cellule de dégrisement³⁵⁴, de même qu'une détention d'une heure dans un poste de police aux fins de constatation d'identité³⁵⁵ ou que le confinement d'une foule à l'intérieur d'un cordon de police pendant une période de six à huit heures.³⁵⁶ Ces arrêts peuvent éclairer la

³⁴⁷ CNPT, lettre Saint-Ursanne, p. 3.

³⁴⁸ CNPT, lettre Les Tilleuls, p. 3.

³⁴⁹ CNPT, lettre Senevita Lindenbaum, p. 3 ; CNPT, lettre Tertianum Waldhof, p. 4.

³⁵⁰ CNPT, lettre Les Charmettes, p. 4 ; CNPT, lettre Mülimatt, p. 4 ; CNPT, lettre Tertianum Waldhof, p. 3 ; CNPT, lettre Saint-Ursanne, p. 3 s. ; CNPT, lettre Laubegg, p. 4.

³⁵¹ Voir, p. ex. CNPT, lettre Mülimatt, p. 4.

³⁵² Voir ch. IV. 7.

³⁵³ HK EMRK-HARRENDORF / KÖNIG / VOIG, n. 11 *ad* art. 5.

³⁵⁴ CEDH, Witold Litwa c. Pologne, n° 26629/95, arrêt du 4.4.2000, § 46.

³⁵⁵ CEDH, Novotka c. Slovaquie, n° 47244/99, arrêt du 4.11.2003.

³⁵⁶ CEDH, Austin et autres c. Royaume-Uni, n° 39692/09, 40713/09, 41008/09, arrêt du 15.3.2012.

question de savoir si une MLLM a un effet semblable sur la personne concernée. Si oui, il faut en déduire que la mesure ne peut être ordonnée que par une autorité ou un médecin³⁵⁷. Les MLLM ordonnées directement par un juge, comme c'est la règle en Allemagne, ne sont pas concernées ici.

Les moyens de contention, si leur nécessité n'est pas évaluée régulièrement et que la personne concernée ne fait pas l'objet d'une surveillance ou de soins particuliers, peuvent par ailleurs entrer dans la catégorie des *peines ou traitements inhumains ou dégradants* interdits par l'art. 3 ConvEDH³⁵⁸. Lorsque les soins sont négligés pendant la durée d'une MLLM, le placement d'une personne démente risque d'entraîner des atteintes à cette garantie pourtant absolue³⁵⁹.

En dehors de ces situations exceptionnelles, les MLLM au sens précisé plus haut³⁶⁰ affectent régulièrement la *liberté de mouvement, voire la vie privée et familiale*. Ce n'est pas le cas de celles qui s'appuient sur une base juridique, qui répondent à un intérêt public et qui sont proportionnées. Comme on l'a vu plus haut, la possibilité d'ordonner des MLLM possède une base légale rudimentaire dans le CC et plus détaillée dans certaines législations cantonales³⁶¹. L'intérêt public spécifique est généralement facile à établir compte tenu des critères exclusifs fixés à l'art. 383 CC (prévenir un grave danger menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers ou faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire). Les considérations économiques visant par exemple à éviter d'augmenter les ressources humaines ou les frais de prise en charge n'entrent donc pas en ligne de compte selon le CC.

Le principe de proportionnalité est donc déterminant pour juger de la légalité d'une MLLM et plus particulièrement de son aptitude, de sa nécessité et de son exigibilité³⁶². Nous avons vu que les MLLM doivent répondre à un intérêt public (dans le contexte qui nous intéresse, il s'agit souvent d'éviter les chutes et les blessures). Or certaines mesures spécifiques peuvent présenter un danger (de chute pour les barrières de lit qu'on tente d'escalader, de strangulation pour le drap Zewi ou certains modes de contention) qui dépasse en gravité le risque qu'elles visent à éliminer. Elles ne sont par conséquent ni appropriées ni légales. Nombre de MLLM peuvent affaiblir la mobilité à long terme en causant une fonte musculaire ou des thromboses, ce qui augmente le risque de chute à l'inverse du but recherché³⁶³. La pratique semble par ailleurs reconnaître aujourd'hui que des mesures moins invasives telles que la stimulation basale (massages, aromathérapie, etc.) ou un suivi personnalisé dans les situations présentant un important risque de blessure peuvent avoir un rôle préventif tout aussi efficace³⁶⁴. La nécessité de nombreuses MLLM s'en trouve remise en cause. Quant à l'exigibilité, elle nécessite la mise en balance de l'intérêt public et de

³⁵⁷ Cette conclusion est valable indépendamment de la question de savoir si la personne a été placée dans un cadre fermé en vertu d'une décision de PAFA ou sans décision des autorités. En effet, le PAFA n'implique pas automatiquement selon nous le pouvoir d'ordonner des MLLM à visée thérapeutique, p. ex., dont les effets équivalent à une privation de liberté.

³⁵⁸ Voir p. ex. ATF 5A/335/2020, ch. 4 ss.

³⁵⁹ Le CPT évoque à ce propos dans sa fiche thématique Foyers sociaux, au ch. 4, les cas de mauvais traitements délibérés des résidents par le personnel.

³⁶⁰ Voir ci-dessus ch. 1.

³⁶¹ Voir ci-dessus ch. 3.

³⁶² Voir notamment CPT, normes Moyens de contention, ch. 1.2 ss, et art. 6 du projet de Protocole Additionnel 2022.

³⁶³ KLÖPPEL / GEORGESCU, p. 4

³⁶⁴ Ibid p. 4 s.

celui de la personne concernée, c'est-à-dire de la sécurité et de l'autonomie privée. Eu égard aux prescriptions de la CDPH, ce dernier point, c'est-à-dire les préférences de la personne concernée, mérite une attention particulière. De plus, les conséquences des chutes semblent généralement de faible gravité³⁶⁵. En l'absence d'indices révélant un risque élevé de blessure, le critère de l'exigibilité n'est donc pas souvent rempli.

Conclusion : le recours aux MLLM (d'où nous excluons les systèmes de surveillance électronique tels que les tapis d'alarme, les traceurs GPS, etc., qui sont plutôt des gages de mobilité) ne respecte qu'exceptionnellement la liberté de mouvement et doit donc être abandonné, sauf cas particuliers.

Le CRPD va nettement plus loin en assimilant, du moins dans sa pratique concernant les rapports établis par les États parties, les MLLM à des traitements inhumains et dégradants³⁶⁶, et en les considérant par conséquent comme parfaitement inadmissibles.

6. COMPATIBILITÉ AVEC LES PRESCRIPTIONS DU DROIT PÉNAL

Les moyens permettant de commettre une séquestration au sens de l'art. 183, al. 1, CP sont illimités³⁶⁷. Il peut s'agir non seulement des portes verrouillées d'une section fermée, mais aussi de MLLM telles que les barrières de lit, les sangles pour fauteuil roulant, les moyens de contention, etc. Il peut aussi s'agir de mesures psychologiques telles que la menace ; par contre la ruse ou la tromperie (tapis mural dissimulant un ascenseur, p. ex.) ne suffisent pas à caractériser la séquestration³⁶⁸. Selon la jurisprudence récente, il n'est pas nécessaire que toute liberté de mouvement soit abolie³⁶⁹. Il faut tenir compte de l'aptitude individuelle de la victime à surmonter l'obstacle, et il suffit que l'effort nécessaire soit d'une dangerosité ou d'une difficulté disproportionnées³⁷⁰. La restriction de liberté doit être d'une certaine importance, ce qui exclut les atteintes de courte durée³⁷¹. Il faut par conséquent adopter une interprétation restrictive des faits constitutifs³⁷².

Si la personne est capable de se forger une volonté concernant son propre lieu de résidence et consent aux MLLM, la situation est simple. Si elle est incapable de discernement, elle ne peut faire l'objet de MLLM contre sa volonté que dans le cadre d'un PAFA, si les critères requis sont remplis³⁷³. Pour être légales, ces MLLM prises à son encontre doivent remplir les conditions énoncées aux art. 383 ss CC, indépendamment de sa capacité de se forger une volonté. Dès lors que les conditions légales sont remplies, il n'y a pas séquestration au sens de l'art. 183, al. 1, CP. Si elles ne sont pas remplies, il peut y avoir séquestration pour autant que la capacité de se forger une volonté

³⁶⁵ Ibid. p. 4.

³⁶⁶ Il déclare ainsi, dans CRPD, OF Suisse, sous le titre « Droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 5) » : « 31. Le Comité constate avec préoccupation qu'il est fait recours, sans le consentement des intéressés, à des procédures et traitements médicaux, des moyens de contention chimique, physique et mécanique et des mesures de mise à l'isolement, dans les prisons, les structures de soins à caractère résidentiel et les établissements psychiatriques. »

³⁶⁷ BSK StGB-DELNON / RÜDY, n. 37 *ad* art. 183.

³⁶⁸ PK StGB-TRECHSEL / MONA, n. 6a *ad* art. 183.

³⁶⁹ ATF 6B_641/2021 du 30.3.2022, consid. 1.3 ; BSK StGB-Delnon / Rüdy, n. 18 *ad* art. 183, avec les mises à jour.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ ATF 141 IV 10 consid. 4.4.1 p. 14 ; PK StGB-TRECHSEL / MONA, n. 7 *ad* art. 183.

³⁷² Ibid.

³⁷³ CNPT, rapport d'activités 2016, p. 34.

soit préservée ou que l'on estime qu'elle n'est pas une condition de la séquestration, et que les autres conditions soient remplies.

7. CONCLUSION

Dès lors qu'une MLLM telle qu'un confinement de longue durée dans une chambre fermée à clé ou une contention persistante relève de la privation de liberté en raison de ses effets sur la personne concernée atteinte de démence, elle doit être ordonnée par une autorité. Si ses effets (négligence apportée aux soins pendant la mesure, p. ex.) relèvent des peines ou traitements inhumains ou dégradants interdits, elle est elle aussi absolument interdite.

L'art. 383, al. 1, CC donne la liste exhaustive des buts admissibles d'une MLLM, qui sont des intérêts publics à défendre. Le droit fédéral interdit par conséquent le recours aux MLLM pour des raisons économiques ou disciplinaires, en vue d'alléger les procédures de soin ou lorsque le comportement de la personne concernée ne perturbe que légèrement la vie communautaire.

Certaines MLLM (dont, selon des professionnels, le recours aux draps Zewi ou aux barrières de lit) semblent présenter des dangers (potentiellement) plus graves que le risque pour la santé que la mesure est censée écarter. Certaines autres, qui causent une immobilisation, présentent, du moins à long terme, des dangers considérables (risque de thrombose, p. ex.) ou une contradiction avec le but recherché (augmentation du risque de chute en raison d'une fonte musculaire, p. ex.). Elles ne sont donc pas appropriées – ni par conséquent proportionnées – du tout, du moins lorsqu'elles sont appliquées durablement. Il faut donc éviter d'y recourir, en tout cas sur une période longue. Le principe de nécessité, qui découle du principe de proportionnalité, limite le recours aux MLLM aux cas dans lesquels des mesures moins rigoureuses (stimulation basale ou suivi personnalisé dans les situations présentant un risque important) ne suffisent pas à écarter le danger. C'est la raison pour laquelle même les mesures autorisées en principe ne doivent être ordonnées qu'en dernier recours, au cas par cas et pour la période la plus courte possible, si des mesures moins sévères se sont révélées inefficaces par le passé. Le critère d'exigibilité, autre aspect du principe de proportionnalité, impose quant à lui une pesée préalable des intérêts entre le but visé et les effets pour la personne concernée. Conformément à la CDPH notamment, le souci de sécurité (prévention des chutes, p. ex.) ne peut primer la préservation de l'autonomie personnelle qu'en présence de motifs spécifiques (accidents antérieurs ayant entraîné des blessures, prédispositions médicales spécifiques, etc.). Cela revient à dire, selon nous, que le recours aux MLLM n'est justifié que dans des cas exceptionnels.

La réglementation de ces principes (dans le droit cantonal, dans des normes cantonales, etc.) est nécessaire pour qu'ils soient bien appliqués en pratique. L'état du droit dans le canton du Valais fait selon nous figure d'exemple à cet égard. La réglementation en question doit définir clairement les MLLM. Elle doit en outre préciser lesquelles sont purement et simplement interdites, quelles sont les modalités d'application interdites d'une mesure en principe autorisée, et quelles sont les circonstances exceptionnelles dans lesquelles certaines d'entre elles (à préciser aussi) peuvent (encore) se justifier.

Si le recours à certaines MLLM doit être maintenu, il est selon nous impératif, pour éviter les erreurs et les abus, de définir qui est compétent pour l'ordonner, et selon quelle procédure. La solution retenue par le canton du Valais : mesure ordonnée par un médecin ou par un autre professionnel de la santé compétent auquel cette prérogative a été déléguée, nous paraît judicieuse³⁷⁴. Elle offre une certaine souplesse en permettant de confier la décision concernant une MLLM à la personne qui a la meilleure vue d'ensemble de la situation. En outre, l'obligation de consulter l'équipe soignante et les proches *avant* le prononcé de la mesure plutôt qu'après contribue à garantir que seules les mesures absolument nécessaires sont ordonnées. La limitation de la durée des MLLM et l'obligation de renforcer la surveillance protègent la personne concernée contre les mesures inutilement longues et excessivement nuisibles. L'emploi de documents standardisés contribue par ailleurs à une gestion homogène des MLLM.

La consignation par écrit des mesures est indispensable pour assurer une surveillance efficace de leur application et le respect des obligations de l'État en matière de protection. Dans ce domaine aussi, le canton du Valais, entre autres, va plus loin que les exigences relatives au protocole visées à l'art. 384 CC. Il exige des EMS que le protocole précise aussi le motif de la mesure, les mesures antérieures appliquées sans succès, le moment où une contrainte éventuelle a été exercée, les renseignements fournis, le nom des personnes favorables à la mesure, le nom des personnes consultées et des personnes informées, les mesures de surveillance, les contrôles effectués et le résultat de ceux-ci³⁷⁵. Cette réglementation est selon nous totalement conforme aux prescriptions légales de rang supérieur. La prescription du canton de Zoug qui veut que toute mesure de contrainte soit signalée au médecin cantonal nous paraît plus ambivalente. Il est certes louable de porter ces mesures à la connaissance des autorités et de leur permettre ainsi de réagir à tout moment contre une mesure illégale. Mais nous ne sommes pas certains qu'une personne qui ne connaît pas le contexte soit en mesure d'intervenir d'une manière appropriée, et que cette obligation ne constitue pas simplement une charge administrative supplémentaire. Cette obligation serait cependant judicieuse selon nous si elle permettait d'identifier les institutions qui présentent un taux important de recours aux MLLM, afin que les autorités de surveillance puissent les soumettre à des contrôles plus ciblés.

³⁷⁴ D'un autre avis : le CPT, selon lequel « Tout recours à des moyens de contention devrait toujours se faire sur ordre exprès d'un médecin, (...) ou être immédiatement porté à la connaissance d'un médecin pour approbation » (CPT, normes Moyens de contention, ch. 2). Voir par ailleurs art. 12 du projet de Protocole Additionnel 2022 : « La décision de soumettre une personne à un placement involontaire ou à un traitement involontaire est prise par un tribunal ou un autre organe compétent. »

³⁷⁵ Voir FamKomm-VAERINI, n. 3 *ad* art. 384.

VI. RESTRICTION DE LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT PAR DES MESURES MÉDICALES

1. DE L'USAGE DES NEUROLEPTIQUES EN EMS

Lorsque les personnes atteintes de démence ont un comportement difficile de type agressivité, agitation, apathie ou désinhibition, elles mettent au défi les équipes soignantes quant à la meilleure façon de gérer ces « symptômes comportementaux et psychologiques de la démence » (SCPD)³⁷⁶ afin de rétablir les conditions de la vie en commun en institution et d'éviter que des résidents, des visiteurs ou des membres du personnel soient importunés ou mis en danger. Les médicaments sédatifs psychotropes, appelés neuroleptiques, interviennent souvent dans le traitement³⁷⁷. Une enquête de 2011 a montré qu'à l'époque, 70 % des résidents d'EMS atteints de démence étaient sous neuroleptiques³⁷⁸. Les principes actifs les plus employés sont au nombre de cinq³⁷⁹, dont un seul³⁸⁰ est officiellement autorisé pour le traitement des SCPD³⁸¹. Les autres sont utilisés sans autorisation pour l'indication³⁸². Toutes ces substances entraînent une somnolence accrue et des effets sédatifs³⁸³, qui sont précisément les effets recherchés, bien souvent, alors que ce ne sont que des effets secondaires de ces médicaments. Les neuroleptiques peuvent avoir d'autres effets indésirables³⁸⁴, en particulier l'atténuation générale des émotions et l'apathie³⁸⁵. À cela s'ajoutent, selon la substance, des symptômes extrapyramidaux (p. ex. rigidité, tremblements, akinésie)³⁸⁶, un déclin accéléré des compétences cognitives³⁸⁷, un risque accru de chute³⁸⁸ et d'accident vasculaire cérébral³⁸⁹, voire de décès^{390, 391}.

Tout traitement qui va à l'encontre de la volonté présumée de la personne concernée constitue une mesure de contrainte, même si la personne le tolère passivement ou ne le perçoit pas³⁹². En pratique, il est difficile de déterminer si l'administration de médicaments relève d'un traitement (forcé) ou d'une MLLM³⁹³. L'administration de sédatifs, par exemple, ne constitue pas un traitement au sens strict et a (surtout) pour effet de restreindre la liberté de la personne³⁹⁴. L'Académie suisse des Sciences Médicales (ASSM) suggère, dans ses directives relatives aux

³⁷⁶ CURAVIVA, Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, p. 1.

³⁷⁷ Ibid. p. 3.

³⁷⁸ Stratégie nationale Démence 2014-2017, p. 24.

³⁷⁹ CURAVIVA, Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, p. 18 : Halopéridol (Haldol ©), Rispéridone (Risperdal ©), Aripiprazole (Abilify ©), Olanzapine (Zyprexa ©) et Quétiapine (Seroquel ©).

³⁸⁰ SELON CURAVIVA, Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, p. 18 : Rispéridone (Risperdal ©).

³⁸¹ CURAVIVA, Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, p. 18.

³⁸² Ibid.

³⁸³ YUNUSA / ALSUMALI / GARBA, p. 7.

³⁸⁴ CURAVIVA, Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, p. 3.

³⁸⁵ Jones, p. 492.

³⁸⁶ HEWER / THOMAS, p. 113.

³⁸⁷ Ibid p. 106 s.

³⁸⁸ Ibid p. 113.

³⁸⁹ HSU / ESMAILY-FARD / LAI, p. 651.

³⁹⁰ YEH / TZENG / LI, p. 476.

³⁹¹ CURAVIVA, Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, p. 19.

³⁹² ASSM, mesures de contrainte, p. 8.

³⁹³ Voir PÄRLI, p. 362.

³⁹⁴ Ibid p. 362.

mesures de contrainte en médecine, de régler cette question en fonction de l'objectif principal du traitement³⁹⁵ : si le médicament administré vise avant tout à rétablir la santé de la personne, il s'agit d'un traitement³⁹⁶, s'il est administré contre la volonté présumée de la personne, il s'agit d'un traitement forcé³⁹⁷, s'il vise d'abord à prévenir une mise en danger du patient lui-même ou de tierces personnes, il s'agit d'une MLLM³⁹⁸. Cette catégorisation, qui paraît pourtant logique, n'est pas appliquée uniformément et ne se retrouve pas dans la législation³⁹⁹.

2. PRESCRIPTIONS DU DROIT FÉDÉRAL

Dans son message concernant le droit de la protection de l'adulte, le Conseil fédéral précise que la sédation d'une personne incapable de discernement au moyen de médicaments n'est pas une limitation de la liberté de mouvement au sens des art. 383 ss CC, mais qu'elle est soumise aux règles prévues pour le traitement médical des art. 377 ss CC. Contrairement aux art. 383 ss CC, ces normes ne limitent pas le nombre des motifs admissibles, n'imposent pas l'établissement d'un protocole et ne prévoient pas de recours particuliers⁴⁰⁰. Elles statuent par contre que lorsqu'une personne incapable de discernement doit recevoir des soins médicaux sur lesquels elle ne s'est pas déterminée dans des directives anticipées, le médecin traitant établit le traitement avec le représentant visé à l'art. 378, al. 1, CC (art. 377, al. 1, CC) après avoir renseigné celui-ci sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, notamment sur ses raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et effets secondaires, son coût, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de traitement et sur l'existence d'autres traitements (art. 377, al. 2, CC). Dans la mesure du possible, la personne incapable de discernement est associée au processus de décision et le plan de traitement doit être adapté à l'évolution de la médecine et à l'état de la personne concernée (art. 377, al. 3 et 4, CC). En outre, sauf cas d'urgence (art. 379 CC) et mesures du quotidien⁴⁰¹, le représentant doit consentir au traitement médical envisagé (art. 378, al. 1, CC). Par traitement médical on entend l'ensemble des mesures diagnostiques et thérapeutiques et des soins qui servent au traitement médical de la personne⁴⁰². Bien que la sédation au moyen de médicaments n'ait généralement pas pour but premier, comme on l'a vu plus haut, le traitement de la personne, le législateur la soumet exclusivement aux art. 377 ss CC en partant d'une définition plus étroite de la notion de MLLM que celle qui est recommandée dans les directives de l'ASSM⁴⁰³.

Le fait que la limitation de la liberté de mouvement par voie médicamenteuse soit ainsi exclue du champ d'application des art. 383 ss CC fait débat et a été critiqué lors de la procédure de consultation⁴⁰⁴. MÖSCH PAYOT déplore que l'applicabilité des art. 383 ss CC dépende des moyens employés pour restreindre la liberté de mouvement

³⁹⁵ ASSM, mesures de contrainte, p. 35 ; CURAVIVA, *freiheitsbeschränkende Massnahmen*, p. 2.

³⁹⁶ Voir ASSM, mesures de contrainte, p. 35.

³⁹⁷ Ibid p. 9.

³⁹⁸ Ibid p. 35.

³⁹⁹ Le § 26 de la *Patientinnen- und Patientengesetz* du canton de Zurich, p. ex., considère qu'il y a traitement forcé lorsque la mesure est ordonnée pour protéger la personne elle-même ou des tiers.

⁴⁰⁰ FF 2006 6635 6673.

⁴⁰¹ BSK ZGB I-EICHENBERGER, n. 15 et 16 *ad* art. 377.

⁴⁰² BSK ZGB I-EICHENBERGER, n. 15 et 16 *ad* art. 377.

⁴⁰³ Voir BSK ZGB I-KÖBRICH n. 10 *ad* art. 383.

⁴⁰⁴ Ibid n. 7b et 10.

alors que selon lui, ce sont leurs effets qui sont déterminants pour la personne incapable de discernement⁴⁰⁵. Il considère que c'est précisément lorsque des sédatifs sont administrés que les limites matérielles fixées à l'art. 383 CC, les règles procédurales visées à l'art. 384 CC et la protection juridique prévue à l'art. 385 CC prennent toute leur importance afin de garantir la protection de la personnalité⁴⁰⁶. Il ajoute que l'administration de médicaments délivrés sur ordonnance reste une mesure médicale placée, par conséquent, sous la responsabilité d'un médecin, et devant donc selon lui être soumise parallèlement aux art. 377 ss CC⁴⁰⁷.

On peut se demander pourquoi la protection offerte par les art. 383 ss CC ne s'applique pas aux MLLM médicales en plus de celle, moins large, qui découle des art. 377 ss CC. L'application des art. 377 ss CC offre cependant une protection juridique renforcée dans la mesure où la mesure doit être ordonnée par un médecin et où, sauf cas d'urgence (art. 379 s. CC) et mesures du quotidien⁴⁰⁸, le représentant doit consentir au traitement médical envisagé (art. 377 s. 378 CC)⁴⁰⁹.

3. MAINTIEN EN VIGUEUR DES NORMES CANTONALES APRÈS L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU NOUVEAU DROIT DE LA PROTECTION DE L'ADULTE

La plupart des cantons règlent les mesures de contrainte en général, y compris donc les traitements forcés et les MLLM, sauf disposition contraire. Les normes correspondantes s'appliquent donc la plupart du temps que les mesures médicales soient ou non considérées partiellement comme des MLLM. À ce propos, nous renvoyons donc largement aux explications du ch. 2.2. Certains cantons précisent par ailleurs expressément dans leur législation ce qu'ils entendent par mesure de contrainte. Pour le Jura, par exemple, le terme ne recouvre que l'isolement, la contention et la limitation des contacts avec l'extérieur, si bien que l'administration de médicaments n'en fait pas partie⁴¹⁰. Certains parlent expressément de médication forcée, quel qu'en soit le motif⁴¹¹. Les réglementations cantonales datent pour la plupart d'avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte le 1^{er} janvier 2013. En cas de contradiction avec les art. 377 ss CC, c'est le droit fédéral qui prime.

4. PROTECTION JURIDIQUE

Étant donné que selon le message, les art. 383 ss CC ne s'appliquent pas en cas de sédation par voie médicamenteuse, il manque une protection juridique spécifique. Mais quelle serait son utilité ? En vertu des art. 377 ss CC, le représentant doit consentir au traitement envisagé. Comme une personne incapable de discernement n'est généralement plus en mesure d'en appeler à l'autorité de protection de l'adulte comme le prévoit l'art. 385 CC, c'est généralement là aussi une autre personne qui se charge de la démarche. S'il s'agit du représentant visé à

⁴⁰⁵ Komm. Erwachsenenschutzrecht-MÖSCH PAYOT, n. 7 *ad* art. 383 à 385.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ BSK ZGB I-EICHENBERGER, n. 15 et 16 *ad* art. 377.

⁴⁰⁹ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 10 *ad* art. 383 ; BSK ZGB I-EICHENBERGER, n. 7 *ad* art. 377.

⁴¹⁰ Art. 28a, al. 3, loi sanitaire JU.

⁴¹¹ Voir, p. ex. § 40b, al. 1, GesG SZ.

l'art. 378 CC, la protection juridique n'a pas lieu d'être. Cela dit, une réglementation analogue à celle de l'art. 385 CC permettrait qu'un proche autre que le représentant autorisé puisse former le recours.

5. PRATIQUE

Selon un guide de l'association faîtière Curaviva, il ne faut administrer des neuroleptiques aux personnes démentes qu'avec la plus grande retenue, lorsque des mesures non médicamenteuses ne sont pas suffisamment efficaces, que la symptomatologie visée est très grave et pénible et que la personne habilitée à décider donne son accord⁴¹². Dans la mesure du possible, il faut privilégier d'autres médicaments tels que les médicaments anti-démence et les antidépresseurs⁴¹³. Si le recours aux neuroleptiques devient incontournable, il faut commencer par la dose la plus faible possible et ne l'augmenter que si nécessaire⁴¹⁴. La durée du traitement doit être limitée⁴¹⁵. L'équipe soignante doit en surveiller les effets et les effets secondaires et vérifier son indication au moins toutes les six semaines⁴¹⁶. Au bout de trois mois au plus tard, une première tentative d'arrêt du traitement est enclenchée, moyennant une réduction progressive (pas de suppression brusque)⁴¹⁷. Ces recommandations sont contredites par les résultats de l'étude de 2011 évoquée plus haut, selon laquelle à l'époque, 70 % des résidents d'EMS atteints de démence étaient sous neuroleptiques⁴¹⁸.

Les institutions que nous avons visitées ont toutes sans exception déclaré éviter autant que possible la sédation au moyen de neuroleptiques. Il est cependant difficile d'évaluer la pratique en la matière en Suisse, d'autant que les rapports de la CNPT ne l'évoquent pas.

6. COMPATIBILITÉ AVEC LES PRESCRIPTIONS DE RANG SUPÉRIEUR

Lorsqu'un traitement par neuroleptiques est administré contre la volonté ou sans le consentement de la personne concernée et de son représentant, il porte atteinte à différentes garanties touchant aux droits de l'homme. Le droit de ne pas être soumis à un traitement médical sans y avoir consenti découle du droit à la vie privée (art. 8 ConvEDH et 17 Pacte II de l'ONU), de la protection de l'intégrité physique et mentale (art. 17 CDPH), de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3 ConvEDH, 7 Pacte II de l'ONU et 15 CDPH) et des art. 5 ss de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. Le consentement ne peut être que libre et éclairé, c'est-à-dire qu'il doit se fonder sur des informations complètes, exactes et compréhensibles⁴¹⁹. Le droit de consentir ou non à un traitement en toute autonomie reste entier, même en cas de PAFA. Le CPT précise que l'admission non volontaire d'une personne dans un établissement psychiatrique ne doit pas être

⁴¹² CURAVIVA, Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, p. 2.

⁴¹³ Ibid p. 16.

⁴¹⁴ Ibid p. 2.

⁴¹⁵ Ibid.

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ Ibid

⁴¹⁸ Voir ci-dessus n. 378.

⁴¹⁹ CPT, normes Placement non volontaire, ch. 41 ; art. 5 Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

conçue comme autorisant le traitement sans son consentement, et que tout patient, qu'il soit hospitalisé de manière volontaire ou non volontaire, doit avoir la possibilité de refuser un traitement ou toute autre intervention médicale⁴²⁰. La limitation du droit à l'autodétermination en matière de traitement médical n'est possible que dans des situations exceptionnelles clairement et étroitement définies et doit s'appuyer sur une base légale, répondre à des intérêts légitimes et être proportionnée⁴²¹. Selon la jurisprudence de la CEDH, il n'y a intérêt légitime que si le traitement forcé est prescrit par un médecin⁴²². Tel n'est donc pas le cas de la sédation sans visée thérapeutique, qui vise simplement à alléger les tâches du personnel ou à simplifier les soins. Le CPT semble cependant admettre l'administration de tranquillisants moyennant le respect de prescriptions précises⁴²³.

7. COMPATIBILITÉ AVEC LES PRESCRIPTIONS DU DROIT PÉNAL

Les moyens permettant de commettre une séquestration sont, nous l'avons vu, illimités⁴²⁴. La clause générale « ou, de toute autre manière, la prive de sa liberté » qui figure à l'art. 183, al. 1, CP recouvre tout moyen rendant excessivement dangereuse ou difficile pour la personne concernée toute tentative de surmonter la restriction de sa liberté⁴²⁵, y compris donc, outre la violence et la menace, l'étourdissement⁴²⁶. Lorsqu'une personne est sédaturée par voie médicamenteuse, avec à la clé l'abolition ou du moins la forte limitation de sa liberté de mouvement, il peut y avoir séquestration si les autres éléments constitutifs de l'infraction sont réunis.

Il ne peut y avoir séquestration lorsqu'un traitement est administré à une personne capable de discernement qui y a consenti. Si elle l'a refusé, les médicaments ne peuvent lui être administrés de force que dans le cadre d'un PAFA⁴²⁷. S'agissant des personnes incapables de discernement, il faut que les conditions énoncées aux art. 377 ss CC soient respectées pour que la restriction de liberté ne soit pas considérée comme effectuée *sans droit* au sens de l'art. 183, al. 1, CP. À défaut, il pourrait y avoir séquestration si la capacité de se forger une volonté est préservée ou considérée comme négligeable, et que les autres éléments constitutifs de l'infraction sont réunis.

8. CONCLUSION

L'éclatement des responsabilités selon que la MLLM envisagée appartient à l'une ou l'autre de ces deux catégories : mécanique, spatiale ou psychologique d'une part, médicale d'autre part, recèle un certain nombre de difficultés⁴²⁸. Les MLLM de la première catégorie peuvent être ordonnées par l'établissement (par la personne déterminée par les normes cantonales ou la réglementation interne) sans le consentement du représentant de la personne concernée. Celles de la seconde catégorie doivent être ordonnées par un médecin et nécessitent le consentement

⁴²⁰ CPT, normes Placement non volontaire, ch. 41.

⁴²¹ Voir art. 7 s. f. Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

⁴²² P. ex. CEDH, *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, arrêt du 16.6.2005, § 156 ss, et *Herczegfalvy c. Autriche*, n° 10533/83, arrêt du 24.9.1992, § 82 ss.

⁴²³ À ce propos, CPT, fiche thématique Foyers sociaux, ch. 28, et CPT, normes Moyens de contention, ch. 3.7.

⁴²⁴ STRATENWERTH, § 5, n. 37.

⁴²⁵ Ibid.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ CNPT, rapport d'activités 2016, p. 34.

⁴²⁸ ASSM, mesures de contrainte, p. 29.

du représentant⁴²⁹. Ces différentes voies de décisions peuvent inciter à choisir la limitation de la liberté de mouvement, plus éprouvante pour le patient⁴³⁰. En principe, le moyen le moins invasif, susceptible d'apporter le meilleur résultat, doit être choisi en tenant compte avant tout de la perception subjective de la personne concernée⁴³¹, laquelle dépend grandement de sa personnalité et de la situation. Car il n'est pas toujours possible d'évaluer l'impact d'une mesure selon des critères objectifs⁴³². En tout état de cause, les MLLM médicales doivent toujours être envisagées en dernier ressort, comme le recommandent d'ailleurs les lignes directrices de Curaviva. Hormis les sédatifs administrés dans des situations exceptionnelles, il ne faudrait jamais administrer de médicaments sans indication (notamment) médicale. Le but poursuivi soumet les MLLM médicales non seulement aux art. 377 ss CC mais aussi à l'art. 383 CC.

VII. DIGRESSION : DE LA RÉGLEMENTATION DU SÉJOUR EN EMS EN AUTRICHE ET ALLEMAGNE

1. LA LOI AUTRICHIENNE SUR LE SÉJOUR EN EMS

En Autriche, la loi sur le séjour en EMS (*Heimaufenthaltsgesetz* [HeimAufG]) constitue une base légale nationale qui règle notamment l'admissibilité des restrictions de liberté pour les résidents d'EMS présentant une maladie mentale ou une déficience intellectuelle⁴³³. Elle désigne les personnes compétentes pour ordonner ou exécuter une restriction de liberté et les conditions à respecter⁴³⁴. Une restriction de liberté n'est envisageable que si la personne concernée présente une maladie mentale ou une déficience intellectuelle et, de ce fait, un danger pour elle-même ou pour autrui⁴³⁵. Le motif, la nature, le début et la durée de la mesure doivent être consignés par écrit⁴³⁶. La restriction de liberté est définie comme le changement de lieu d'un résident contre sa volonté ou sans son consentement par des moyens physiques, en particulier des mesures mécaniques, électroniques ou médicamenteuses, ou par la menace de recourir à de tels moyens⁴³⁷.

Particularité intéressante par rapport au système suisse : la loi autrichienne prévoit pour les résidents d'EMS, qu'ils disposent ou non d'un représentant légal ou dûment habilité, un représentant spécial (*Bewohnervertreter*, représentant des résidents) chargé de vérifier que les restrictions de liberté sont appropriées⁴³⁸. Chaque MLLM doit par conséquent être signalée au représentant des résidents, qui peut, si nécessaire, saisir le tribunal pour vérification⁴³⁹. Le représentant peut en outre demander à visiter l'institution sans préavis, discuter avec le personnel habilité à ordonner les mesures, et consulter le dossier de la personne concernée⁴⁴⁰. En assumant ce rôle

⁴²⁹ Ibid.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ Ibid.

⁴³² ASSM, mesures de contrainte, p. 29.

⁴³³ § 2, al. 1, HeimAufG.

⁴³⁴ § 4 et 5 HeimAufG.

⁴³⁵ BÜRGER, p. 3.

⁴³⁶ § 6 HeimAufG.

⁴³⁷ § 3, al. 1, HeimAufG.

⁴³⁸ § 8 et 11 HeimAufG.

⁴³⁹ § 11 HeimAufG.

⁴⁴⁰ § 9 HeimAufG.

d'intermédiaire entre la protection juridique et la surveillance, il sensibilise l'institution et son personnel quant au recours aux MLLM⁴⁴¹.

2. LE PLACEMENT CIVIL SOUMIS À APPROBATION EN DROIT ALLEMAND

En Allemagne, la liberté de mouvement est consacrée par l'art. 2, al. 2, de la loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [GG]). Bien qu'il soit possible de restreindre cette liberté à certaines conditions, l'art. 104 GG statue que seul le juge peut autoriser la privation de liberté et sa prolongation. Le § 1831 BGB règle les conditions et les modalités d'autorisation et d'arrêt du placement civil assorti d'une privation de liberté, lequel inclut les mesures privatives de liberté⁴⁴². La loi ne précise pas dans quel cas un placement ou une mesure présente une composante privative de liberté ni dans quel cas il y a simplement restriction de liberté non soumise à autorisation. Par placement avec privation de liberté, elle entend cependant les institutions fermées, les hôpitaux fermés et les sections fermées (« de protection ») des institutions ouvertes. On ne parle de placement dans un cadre fermé que lorsque les résidents sont empêchés de quitter l'institution tout entière (par des obstacles structurels ou organisationnels). On parle de mesures privatives de liberté lorsque certains individus seulement sont concernés⁴⁴³. La loi précise que ces mesures peuvent consister en des dispositifs mécaniques, des médicaments ou d'autres moyens employés régulièrement ou pendant une période prolongée⁴⁴⁴. Selon la doctrine dominante, les systèmes de surveillance électronique tels que les traceurs GPS ou la radiolocalisation font partie des mesures privatives de liberté⁴⁴⁵. Le § 1831, al. 2 et 4, BGB, statue que tant les mesures que le placement constituant une privation de liberté nécessitent l'approbation du juge de tutelle. Sauf urgence, l'approbation doit être préalable au placement. Contrairement à la réglementation suisse, seul le responsable légal peut demander l'approbation du juge de tutelle⁴⁴⁶. Autrement dit, hors cas d'urgence, ni les médecins ni le personnel soignant ne sont habilités à décider de la pertinence d'une mesure privative de liberté. Ils peuvent donner leur appréciation de professionnels et recommander une mesure, mais l'autorisation du juge ne peut être demandée que par le responsable ou le mandataire de la personne concernée⁴⁴⁷. Si de nouvelles restrictions s'ajoutent une fois le placement approuvé, une nouvelle autorisation est nécessaire. Les mesures privatives de liberté doivent donc être approuvées par le juge même après le placement de la personne dans un cadre où elle est privée de sa liberté⁴⁴⁸. Autre différence notable par rapport au droit suisse : le placement et les mesures privatives de liberté ne peuvent être ordonnés que pour le bien de la personne concernée. Les éventuels intérêts publics ou de tiers n'entrent pas en ligne de compte⁴⁴⁹.

⁴⁴¹ BÜRGER, p. 5 s.

⁴⁴² § 1831 BGB : pour le placement al. 1 à 3, et pour les mesures al. 4.

⁴⁴³ BeckOK-MÜLLER-ENGELS, n. 8 ad § 1831.

⁴⁴⁴ § 1831, al. 4, BGB.

⁴⁴⁵ BeckOK-MÜLLER-ENGELS, n. 28 ad § 1831.

⁴⁴⁶ RITZI, p. 61 ; BeckOK-MÜLLER-ENGELS, n. 22 ad § 1831.

⁴⁴⁷ RITZI, p. 61 et les références citées.

⁴⁴⁸ BeckOK-MÜLLER-ENGELS, n. 25 ad § 1831.

⁴⁴⁹ BeckOK-MÜLLER-ENGELS, n. 19 ad § 1831.

VIII. PROTECTION JURIDIQUE

1. PROTECTION LIÉE AUX DROITS DE LA PERSONNALITÉ (ART. 386 CC)

Conformément à l'art. 386 CC, les institutions sont tenues de protéger la personnalité de leurs résidents. Dans les relations de droit privé, la protection de la personnalité est déjà garantie par les art. 28 ss CC⁴⁵⁰. Dans les relations de droit public, la protection découle des droits fondamentaux à respecter⁴⁵¹. L'art. 386 CC souligne l'importance des biens de la personnalité et impose expressément aux institutions un devoir de protection⁴⁵². Il a été créé sur le modèle de l'art. 328, al. 1, du code des obligations (CO), qui impose à l'employeur un devoir d'assistance⁴⁵³. Le devoir de protection formulé à l'art. 386, al. 1, CC porte sur l'ensemble du champ d'application des normes régissant le séjour en EMS et peut donc éclairer l'interprétation des dispositions relatives au contrat d'assistance et aux MLLM⁴⁵⁴. Les droits de la personnalité à protéger comprennent notamment la vie, la santé, l'intégrité physique, sexuelle et mentale, l'honneur, la sphère privée, la liberté d'expression, l'autodétermination et la liberté de choisir ses relations personnelles⁴⁵⁵. Le législateur en évoque expressément certains en raison de leur importance particulière : ainsi du droit aux relations avec des personnes de l'extérieur (art. 386, al. 1, CC), du droit à une assistance extérieure (art. 386, al. 2, CC) et du droit au libre choix du médecin (art. 386, al. 3, CC). Les établissements ont, du fait de leur position de garantes, l'obligation de protéger leurs résidents incapables de discernement de toute atteinte à leur personnalité par qui que ce soit : un membre du personnel soignant, un autre résident, leur propre représentant ou un tiers⁴⁵⁶. S'ils manquent de le faire et qu'il y a atteinte, la personne concernée ou son représentant peut théoriquement introduire une action en prévention ou en cessation de l'atteinte conformément à l'art. 28a, al. 1 ou 2, CC⁴⁵⁷, mais cette voie est rarement employée⁴⁵⁸. Il est plus facile de signaler l'atteinte à la personnalité à l'autorité de surveillance, qui peut si nécessaire ordonner des mesures administratives et des sanctions à l'encontre de l'établissement ou du personnel soignant⁴⁵⁹. Les auteurs d'atteintes à la personnalité et les personnes qui se sont abstenues d'agir malgré leur position de garantes peuvent aussi faire l'objet de poursuites pénales⁴⁶⁰. En outre, la personne concernée peut, selon le cas, faire valoir son droit à la réparation du dommage (art. 41 CO) et / ou à une indemnité à titre de réparation morale (art. 49 CO)⁴⁶¹.

⁴⁵⁰ FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 1 *ad* art. 386.

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² KUKO ZGB-MÖSCH PAYOT, n. 1 *ad* art. 386 ; FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 1 *ad* art. 386.

⁴⁵³ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 2 *ad* art. 386.

⁴⁵⁴ KUKO ZGB-MÖSCH PAYOT, n. 1 *ad* art. 386 ; FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 1 *ad* art. 386.

⁴⁵⁵ OFK ZGB-Fassbind, n. 1 *ad* art. 386.

⁴⁵⁶ FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 5 *ad* art. 386 ; OFK ZGB-Fassbind, n. 1 *ad* art. 386.

⁴⁵⁷ FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 8 *ad* art. 386.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 9 *ad* art. 386.

⁴⁶¹ *Ibid.* n. 8.

2. PROTECTION LIÉE AUX DROITS DU PATIENT

Les personnes démentes placées en EMS qui font l'objet de soins et d'un suivi médical sont protégées par les droits du patient. La réglementation de ces droits est opaque et confuse⁴⁶². Inexistante en tant que telle au niveau de la Confédération⁴⁶³, elle découle directement des obligations internationales liées aux droits de l'homme et des garanties correspondantes inscrites dans la Constitution⁴⁶⁴, en particulier des dispositions relatives à la dignité humaine (art. 7 Cst.), au droit à la vie et à la liberté personnelle (art. 10 Cst.), au droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.) et au droit qu'a toute personne d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent (art. 13, al. 2, Cst.). Le droit civil, le droit des assurances sociales, le droit du travail, le droit pénal et la protection de la personnalité génèrent aussi directement ou indirectement des prescriptions du droit fédéral concernant la protection des patients⁴⁶⁵. Les principaux droits du patient sont le droit aux soins et aux traitements médicaux, le droit à la protection de sa dignité et de son intégrité, le droit d'être informé et de donner son consentement, le droit à la tenue d'un dossier personnel, le droit de consulter ce dossier et le droit à la protection des données personnelles médicales⁴⁶⁶. Tous les cantons ou presque règlent les droits du patient en détail et les soumettent à une surveillance⁴⁶⁷.

3. PROTECTION LIÉE À DES NORMES CANTONALES SPÉCIFIQUES

Nombre de cantons prévoient des organes de médiation auxquels les personnes concernées ou leur représentant peuvent s'adresser⁴⁶⁸.

Les cantons de Berne⁴⁶⁹, de Bâle-Campagne⁴⁷⁰, de Schaffhouse⁴⁷¹ et de Thurgovie⁴⁷² prescrivent la désignation d'une personne ou d'un organe indépendant d'examen des plaintes. Dans le canton de Berne, cet organe indépendant doit être mentionné dans les contrats d'assistance⁴⁷³. Dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, en cas d'atteinte aux droits du patient, il est possible de demander une décision susceptible de recours⁴⁷⁴. On peut aussi s'adresser à un comité d'éthique dont l'une des missions est de renseigner la personne concernée, ses proches et les professionnels de santé sur les mesures de contrainte⁴⁷⁵.

⁴⁶² Rapport postulats Kessler / Gilli / Steinert, p. 79.

⁴⁶³ Ibid. p. 14.

⁴⁶⁴ Ibid.

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ Ibid. p. 24 ss; voir aussi la brochure : *Die Patientenrechte im Überblick*.

⁴⁶⁷ Ibid. p. 16 s.

⁴⁶⁸ Voir p. ex. l'organe commun proposé par les cantons SG, AR et AI à l'adresse : <https://altersfragen.stadtgossau.ch/directory-socius/listing/ombudsstelle-alter-und-behinderung-des-kantons-st-gallen-ar-ai/> (consulté le 22.11.2024) ou la fondation de l'Office bernois de médiation pour les questions du troisième âge, de l'encadrement et des homes, consultable à l'adresse : <https://www.ombudsstellebern.ch/> (consulté le 22.11.2024).

⁴⁶⁹ Art. 53, al. 1, let. f, OPASoc BE.

⁴⁷⁰ § 9, al. 1, let. d, et § 14 de la *Verordnung über die Bewilligung und Beaufsichtigung von Heimen* du 25.9.2001 (*Heimverordnung*, SGS 850.14) BL.

⁴⁷¹ Art. 4, al. 3, let. d, de l'*Altersbetreuungs- und Pflegegesetz* du 21.8.1995 (SHR 813.500) SH.

⁴⁷² § 10, al. 1 et 2 et § 19 de la *Heimaufsichtsverordnung* du 16.2.2021 (HAV; RB 850.71) TG.

⁴⁷³ Art. 54, al. 2, let. e, OPASoc BE.

⁴⁷⁴ Art. 66a, al. 1, de la *Gesundheitsgesetz* du 25.11.2007 (bGS 811.1) AR.

⁴⁷⁵ Art. 7, al. 3, de la *Heimverordnung* du 11.12.2007 (bGS 811.14) AR et art. 10, al. 2, let. a, *Gesundheitsgesetz* AR.

Les cantons de Fribourg⁴⁷⁶, de Genève⁴⁷⁷, du Tessin⁴⁷⁸, du Jura⁴⁷⁹ et du Valais⁴⁸⁰ ont institué des commissions de surveillance spéciales, celui de Vaud une commission d'examen des plaintes⁴⁸¹, qui peuvent intervenir soit spontanément soit sur dénonciation en cas d'atteinte aux droits du patient. Ces commissions ont des compétences très variables dont certaines relèvent plutôt de la protection juridique au sens large, d'autres plutôt des tâches des autorités de surveillance⁴⁸².

4. CONCLUSION

Si la pratique reconnaît qu'un placement effectué sans le consentement de la personne concernée et que certaines MLLM individuelles constituent des privations de liberté⁴⁸³, et que par conséquent ces mesures ne peuvent être ordonnées légalement que sous la forme ou dans le cadre d'un PAFA, il en résultera automatiquement une amélioration (théorique) de la protection juridique. Dans ces conditions, seule une autorité sera habilitée à ordonner ce genre de mesure, mais la personne concernée ou son représentant légal pourront en outre en appeler directement à un juge indépendant.

L'influence de cette amélioration (de même que d'autres réformes de la protection juridique sous sa forme actuelle) devrait cependant rester marginale, principalement pour deux raisons : premièrement, les recours contre les mesures concernant des personnes démentes sont très limités pour des raisons structurelles, deuxièmement, et la pratique le confirme, les proches sont extrêmement peu enclins à former un recours en justice contre une institution qui prend en charge leur parent dément, par crainte de détruire le lien de confiance entre l'institution et la famille et d'entraîner des inconvénients directs pour la personne concernée.

Compte tenu de ces carences structurelles, il faudrait selon nous, afin d'améliorer durablement la protection juridique dans ce domaine, la repenser en profondeur. Le modèle autrichien, qui a fait ses preuves en pratique et qui tient compte autant que possible, comme le veut la CDPH, de la volonté des personnes démentes, mérite à cet égard d'être examiné. Il nous semble en effet que la désignation d'un représentant professionnel des résidents, qui doive impérativement être informé de toute mesure les concernant et qui ait accès aux institutions fermées à tout moment, permettrait d'améliorer sérieusement la protection juridique. Ce représentant serait habilité à introduire des recours en tant que proche au sens de l'art. 385, al. 1, CC ou en tant que personne de confiance au sens de l'art. 432 CC.

Étant donné qu'il est manifestement illusoire, du moins à court terme, d'instaurer une telle mesure à l'échelle fédérale car cela nécessiterait probablement une révision du CC, il faut envisager d'autres solutions. L'une d'elles consisterait à encourager un canton à tester un tel modèle, c'est-à-dire à mettre en place un représentant des résidents.

⁴⁷⁶ Commission de surveillance, art. 17 LSan FR.

⁴⁷⁷ Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, art. 10, al. 1, LS GE.

⁴⁷⁸ Commissione di vigilanza, art. 24 LSan TI.

⁴⁷⁹ Commission de surveillance des droits des patients, art. 28c loi sanitaire JU.

⁴⁸⁰ Commission consultative de surveillance des professions de la santé, art. 71 LS VS.

⁴⁸¹ Art. 15d LSP VD.

⁴⁸² Pour plus de détails concernant les commissions, nous renvoyons au ch. IX. 5.

⁴⁸³ Voir ci-dessus ch. IV. 9. et V. 7.

On peut envisager la même expérience à l'échelle d'un EMS, qui instaurerait ainsi une norme de qualité supplémentaire et y gagnerait un avantage de compétitivité.

IX. SURVEILLANCE

La protection des droits individuels repose sur le principe selon lequel la personne lésée par l'État ou ses proches sont en mesure de décider, seuls ou avec l'aide d'un avocat, s'ils souhaitent ou non recourir contre la mesure incriminée. Or ce principe est largement négligé dans les institutions accueillant des déments : premièrement, ces résidents sont souvent privés des capacités cognitives nécessaires pour prendre une telle décision et pour engager un recours, et deuxièmement ils ont rarement accès à un conseil juridique. Comme ils vivent en outre dans un cadre fermé, un regard extérieur critique fait généralement défaut, comme dans toutes les situations de détention⁴⁸⁴, et la diminution ou l'absence des capacités de communication compliquent ou rendent impossible la déclaration d'incidents, à supposer qu'on apporte quelque crédit aux déclarations critiques d'un dément. Ces éléments font que la protection juridique, fût-elle étendue, reste souvent sans effet. C'est la raison pour laquelle l'existence d'une surveillance efficace est essentielle dans le domaine de la prise en charge des personnes démentes.

Ce point de vue ne doit pas être perçu comme une défiance de principe à l'égard du personnel soignant, dont la priorité est incontestablement le bien-être des résidents. Mais il paraît tout aussi incontestable que dans les EMS, des facteurs de risque tels que la faiblesse physique et cognitive et l'isolement entraînent un déséquilibre extrême des forces qui peut être exploité et qui l'est sans doute effectivement dans certains cas (que ce soit intentionnellement ou par la force des choses, dans une situation difficile). Il est donc clair qu'en EMS, les personnes démentes doivent, en tant que personnes particulièrement vulnérables, être protégées aussi efficacement que possible contre toutes les formes d'abus, y compris pour le bien du personnel d'encadrement. Une surveillance efficace est indispensable pour atteindre cet objectif.

1. PRESCRIPTIONS DU DROIT FÉDÉRAL

Dans ce contexte, l'art. 387 CC exige que les cantons assujettissent les institutions qui accueillent des personnes incapables de discernement à une surveillance afin de garantir le respect des art. 382 à 386 CC, y compris donc les droits de la personnalité⁴⁸⁵. Lorsque la protection des personnes incapables de discernement va plus loin dans un canton que les dispositions du CC, la surveillance requise s'étend au respect des garanties cantonales⁴⁸⁶. Il n'est pas précisé que l'autorité de surveillance doit vérifier le respect des droits du patient qui sont pourtant garantis au niveau fédéral et expressément réglementés au niveau cantonal. Or il serait judicieux selon nous de soumettre à un contrôle exhaustif la légalité du placement, qui découle notamment des droits du patient.

⁴⁸⁴ Les possibilités de visite sont plus étendues en EMS que dans le milieu carcéral, ce qui permet aux proches et aux autres visiteurs de se faire une idée du quotidien des résidents, mais bon nombre de résidents ne reçoivent jamais de visite ou presque.

⁴⁸⁵ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 4b *ad* art. 387.

⁴⁸⁶ Voir ZK ZGB-BOENTE, n. 14 *ad* art. 387.

La surveillance vise à déceler et à empêcher les abus, à permettre de prendre des mesures contre des manques ou à remédier à une mauvaise ambiance, et à encourager les principes de prise en charge positifs (art. 387 CC)⁴⁸⁷. Contrairement aux prescriptions des art. 383 à 385 CC, qui protègent dans des cas particuliers, la surveillance doit s'exercer de manière générale et préventive⁴⁸⁸.

Cela n'empêche pas l'autorité de surveillance d'examiner des cas particuliers⁴⁸⁹. Lorsque l'autorité de surveillance constate, par suite d'un signalement ou lors d'une inspection, une potentielle atteinte aux intérêts d'un résident, elle doit prendre les mesures qui s'imposent pour mettre fin au dysfonctionnement ou pour sanctionner son auteur⁴⁹⁰. Elle peut intervenir à tout moment, que l'atteinte soit imminente, en cours ou terminée⁴⁹¹. Elle peut donc aussi intervenir en cas de MLLM annoncée ou passée, en l'absence d'un intérêt digne de protection à ce que l'autorité de protection de l'adulte soit sollicitée (art. 385 CC). Elle assure ainsi une protection individuelle des résidents⁴⁹². Cela dit, le droit, prévu par le droit cantonal, de dénoncer une situation à l'autorité de surveillance générale n'est pas lié à une obligation d'action de la part de celle-ci et le dénonciateur n'a généralement pas la qualité de partie ni la possibilité de recourir contre les décisions de l'autorité de surveillance⁴⁹³.

Le droit fédéral ne règle pas les modalités de la surveillance et laisse aux cantons le soin de le faire⁴⁹⁴. Ils sont par conséquent libres de décider, par exemple, quelle autorité doit exercer la surveillance⁴⁹⁵, sous quelle forme et à quelle fréquence doivent avoir lieu les contrôles, et quels sont les types de sanctions envisageables⁴⁹⁶.

2. MISE EN ŒUVRE DE LA SURVEILLANCE AU NIVEAU CANTONAL

La surveillance des EMS visée à l'art. 387 CC est garantie par les cantons de différentes manières, la réglementation correspondante de la grande majorité d'entre eux datant d'avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte en 2013⁴⁹⁷. Il n'existe donc pas de normes régissant expressément la surveillance des « institutions qui accueillent des personnes incapables de discernement ». Les prescriptions cantonales portent plutôt sur la surveillance des institutions et des professionnels de santé en général. Cette surveillance s'étend la plupart du temps sur les critères à remplir pour obtenir une autorisation d'exploitation⁴⁹⁸ : notamment les exigences concernant d'une part le degré de spécialisation du personnel et de la direction, et d'autre part la gestion, l'infrastructure

⁴⁸⁷ Voir FF 2006 6635 6649.

⁴⁸⁸ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 4a *ad* art. 387.

⁴⁸⁹ ZK ZGB-BOENTE, n. 14 *ad* art. 387.

⁴⁹⁰ Voir FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 4 *ad* art. 387.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² Rapport postulats Kessler / Gilli / Steinert, p. 17.

⁴⁹³ Sauf dans le canton du Valais, dans les cas énoncés à l'art. 13, al. 1, de l'ordonnance du 25.11.2020 sur la surveillance des professions de la santé (OSPS ; RS 811.102) VS ; rapport postulats Kessler / Gilli / Steinert, p. 17 s.

⁴⁹⁴ BSK ZGB I-KÖBRICH, n. 5 *ad* art. 387.

⁴⁹⁵ *Ibid.* n. 6.

⁴⁹⁶ *Ibid.* n. 8.

⁴⁹⁷ Voir FamKomm-LEUBA/VAERINI, n. 1 *ad* art. 387.

⁴⁹⁸ *Ibid.* n. 8.

et l'hygiène du bâtiment⁴⁹⁹. Le personnel est notamment tenu de garantir le respect des droits du patient, qui sont expressément réglés au niveau cantonal⁵⁰⁰.

Nombre de cantons se contentent de désigner l'autorité compétente en matière de surveillance, sans fournir de précisions particulières⁵⁰¹. Il s'agit généralement, selon le système administratif de chacun, d'un office ou d'un service d'une direction ou d'un département⁵⁰², certains cantons prévoyant la possibilité de déléguer les tâches de surveillance à un mandataire externe⁵⁰³. D'autres cantons règlent, au-delà de cette désignation, la périodicité des contrôles et l'obligation ou non de les annoncer⁵⁰⁴, l'objet⁵⁰⁵ et les moyens⁵⁰⁶ des contrôles et les droits de consultation et d'accès qui échoient à l'autorité de surveillance⁵⁰⁷. Les cantons règlent par ailleurs plus ou moins en détail quelles mesures disciplinaires, administratives ou autres l'autorité compétente (généralement l'autorité de surveillance) peut prendre pour éviter les abus ou faire cesser les manquements constatés. Ces mesures peuvent

⁴⁹⁹ Voir ZK ZGB-BOENTE, n. 14 ad art. 387.

⁵⁰⁰ Voir rapport postulats Kessler / Gilli / Steinert, p. 16 s.

⁵⁰¹ Voir, p. ex. art. 7, al. 1 et 2, et 127a, al. 1, LSan FR ; art. 6, al. 2, LS GE ; § 1, al. 1, de la *Verordnung zum Gesundheitsgesetz* du 26.2.2013 (GesV; SHR 810.102) SH ; art. 33 de la *Sozialhilfegesetz* du 27.9.1998 (SHG; sGS 381.1) SG ; art. 79, al. 2, Lsan TI ; art. 9, al. 1, let. c, LS NE ; § 3 de la *Gesundheitsgesetz* du 21.9.2011 (GesG; SG 300.100) BS ; art. 4, al. 2, let. b, de la *Gesundheitsgesetz* du 26.4.1998 (GesG; GS 800.000) AI ; § 6 GesG SZ ; § 37, al. 1, de la *Gesundheitsgesetz* du 2.4.2007 (GesG; LS 810.1) ZH et § 14 de l'*Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht* du 25.6.2012 (EG KESR; LS 232.3) ZH.

⁵⁰² Sauf à ZH, qui confie la surveillance au conseil communal (*Bezirksrat* ; § 14 EG KESR ZH).

⁵⁰³ P. ex. art. 29, al. 5, loi sur l'organisation gériatrique JU.

⁵⁰⁴ BL : contrôles périodiques tous les 3 ans au min. (§ 15, al. 1, Heimverordnung BL, compétence selon le § 17, al. 1, let. c, Heimverordnung BL) ; LU : contrôles périodiques tous les 4 ans au min. (§ 1c, al. 1, de la *Verordnung zum Betreuungs- und Pflegegesetz* du 30.11.2010 [BPV; SRL 867a] LU, compétence selon le § 1, al. 1, BPV LU) ; GL : contrôles périodiques tous les 4 ans au min. (art. 16, al. 1, de la *Pflege und Betreuungsverordnung* du 29.11.2022 [PBV; GS VIII A/1/6] GL) et visites inopinées à tout moment en vertu de l'art. 8, al. 2, de la *Pflege und Betreuungsgesetz* du 5.9.2021 [PBG; GS VIII A/1/5] GL, compétence selon les art. 3, al. 1, et 4, al. 1, PBV GL ; GR : contrôles ordinaires à une date convenue (art. 11, al. 2, de la *Gesetz zum Schutz der Gesundheit im Kanton Graubünden* du 2.9.2016 [Gesundheitsgesetz ; BR 500.000] GR), en cas de manquements présumés à tout moment (art. 11, al. 3, Gesundheitsgesetz GR, compétence selon l'art. 1, al. 1, de la *Verordnung zum Gesundheitsgesetz* du 20.6.2017 [VOzGesG; BR 500.010] GR) ; JU : contrôles ordinaires à une date convenue (art. 20, al. 2, de l'ordonnance du 14.12.2010 sur l'organisation gériatrique [RSJU 810.411] JU), en cas de manquements présumés à tout moment (art. 20, al. 3, ordonnance sur l'organisation gériatrique JU, compétence selon l'art. 29, al. 1, let. g, loi sur l'organisation gériatrique JU) ; VS : contrôles à tout moment (art. 85 LS VS, compétence selon l'art. 85 LS VS) ; BE : fréquence des visites définie par l'autorité de surveillance (art. 73, al. 2, OPASoc BE), contrôles fondés sur les risques possibles aux conditions fixées à l'art. 73, al. 1, OPASoc BE (compétence selon l'art. 72, al. 1, OPASoc BE en relation avec l'art. 100, al. 1 et 2, de la loi du 9.3.2021 sur les programmes d'action sociale [LPASoc ; RSB 860.2] BE) ; UR : contrôles possibles à tout moment (art. 52 GG, compétence selon l'art. 11, al. 1, GG UR) ; VD : contrôles annoncés ou non (art. 151, al. 1, LSP VD, compétence selon les art. 2, al. 1, et 69, al. 1 et 4, du règlement du 26.1.2011 sur les établissements sanitaires et les établissements apparentés de droit privé dans le Canton de Vaud [RES ; RSV 810.03.1] VD).

⁵⁰⁵ JU : la qualité des prestations offertes (art. 29, al. 3, loi sur l'organisation gériatrique JU), le respect des conditions d'exploitation (art. 29, al. 4, loi sur l'organisation gériatrique JU), la sécurité et le respect de la dignité des personnes âgées (art. 29, al. 4, loi sur l'organisation gériatrique JU) ; TG : les conditions d'agrément (§ 11, al. 1, ch. 1, HAV TG), la qualité de la surveillance interne (§ 11, al. 1, ch. 2, HAV TG) et le statut juridique des résidents (§ 11, al. 1, ch. 3, HAV TG) ; GL : le respect des conditions d'agrément et le bien-être des résidents (art. 16, al. 1, PBV GL) ; BE : le respect des exigences juridiques à satisfaire pour l'exploitation et des éventuelles charges et conditions (art. 72, al. 2, OPASoc BE) ; VD : liste très détaillée traitée dans le corps du texte (art. 69, al. 2 et 3, RES VD)

⁵⁰⁶ Certains cantons évoquent expressément la possibilité que le personnel et les résidents soient entendus (JU : art. 19, al. 2, ordonnance sur l'organisation gériatrique JU ; TG : § 11, al. 1, ch. 4 et 5, HAV TG (compétence selon le § 3, al. 1, ch. 3, HAV TG) ; VD : art. 151, al. 3, LSP VD).

⁵⁰⁷ L'autorité de surveillance doit avoir librement accès aux locaux et aux dossiers des résidents et du personnel (UR : art. 51 et 52 GG UR (compétence selon l'art. 11, al. 1 GG UR) ; NW : art. 29 GesG (compétence selon les art. 5 et 6 GesG NW) ; OW : art. 74, al. 2, GesG (compétence selon l'art. 9, al. 1, GesG OW) ; JU : art. 19, al. 1, ordonnance sur l'organisation gériatrique JU ; TG : § 11, al. 2, HAV TG ; AR, art. 4c, al. 4 et 5, de la *Verordnung über die Heimaufsicht* du 11.12.2007 (Heimverordnung ; bGS 811.14) AR (compétence selon l'art. 8, al. 2, let. e, Gesundheitsgesetz AR) ; GL, art. 16, al. 2, PBV GL ; SO : § 59 GesG (compétence selon le § 5 GesG SO) ; VD : art. 151, al. 2, LSP VD ; ZG, § 14 GesG ZG (compétence selon le § 30 GesG ZG) ; AG : § 6, al. 5, de la *Pflegegesetz* du 26.6.2007 (PfG ; SAR 301.200) AG (y c. compétence) ; LU : prescriptions détaillées au § 1c BPV LU.

concerner des individus (elles peuvent aller jusqu'à l'interdiction d'exercer) ou l'institution en tant que telle (et peuvent aller jusqu'au retrait de l'autorisation d'exploitation)⁵⁰⁸.

Dans les cantons de Bâle-Campagne⁵⁰⁹, de Thurgovie⁵¹⁰ et d'Appenzell Rhodes-Extérieures⁵¹¹, la surveillance des EMS fait l'objet d'une ordonnance spécifique. Le canton de Vaud est celui qui possède la réglementation la plus développée dans ce domaine. La surveillance y incombe au Département de la santé et de l'action sociale.⁵¹² En matière d'EMS, une partie de cette surveillance est confiée au Contrôle interdisciplinaire des visites en établissements sanitaires et sociaux (CIVESS)^{513,514}. Le CIVESS est notamment chargé de surveiller les prestations de soins, l'hygiène, la prévention et le contrôle des infections, l'effectif, la qualification et les compétences du personnel⁵¹⁵, de même que le cadre de vie assurant la sécurité et la dignité des personnes hébergées, le concept et les programmes de l'animation / vie sociale, l'alimentation et la tenue du dossier, « en particulier en terme d'évaluation de l'accompagnement et de la traçabilité des mesures de contraintes »⁵¹⁶. Seule la surveillance des travaux de construction et de rénovation (art. 69, al. 2, let. a, RES VD), des équipements et des installations (art. 69, al. 2, let. b, RES VD) et de la qualification et des compétences des responsables (art. 69, al. 2, let. f, RES VD) incombe encore au Département de la santé et de l'action sociale (art. 69, al. 2, let. a et b, RES VD). Le Département de la santé et de l'action sociale a créé le CIVESS afin de regrouper ses organes de surveillance des institutions sanitaires et sociales en un seul organe d'inspection⁵¹⁷. Les conditions générales de l'inspection⁵¹⁸ fournissent des informations sur la composition et l'organisation du CIVESS et sur le déroulement des inspections inopinées, y compris la présentation d'un bilan d'activité au Département et aux institutions concernées. La surveillance des EMS, spécialisés dans la gériatrie et la psychiatrie de l'âge avancé, fait l'objet de prescriptions spécifiques⁵¹⁹. Les inspections sont conduites par au minimum deux inspecteurs dûment qualifiés⁵²⁰. Chaque inspecteur utilise une grille d'évaluation interne type et note ses observations sur la base des indicateurs cités dans la grille. Les inspecteurs procèdent ensuite à une mise en commun afin d'établir le rapport d'inspection. Leur travail se concentre sur cinq normes que les institutions doivent respecter et qui sont recensées dans la grille dans les termes suivants : « la dignité et l'intimité du résident sont préservées et ses droits sont respectés », « la sécurité est assurée et l'autonomie est favorisée », « la communication est respectueuse et adaptée, la vie sociale est valorisée », « l'EMS

⁵⁰⁸ P. ex. FR : art. 124 ss LSan FR.

⁵⁰⁹ Heimverordnung BL.

⁵¹⁰ HAV TG.

⁵¹¹ Heimverordnung AR.

⁵¹² Voir art. 2, al. 1, RES VD.

⁵¹³ Qui figure encore dans la loi sous son ancien nom : Coordination interservices des visites en EMS (CIVEMS).

⁵¹⁴ Art. 69, al. 4, RES VD.

⁵¹⁵ Art. 69, al. 2, let. c à e, RES VD.

⁵¹⁶ Art. 69, al. 3, let. a à d, RES VD.

⁵¹⁷ VD, CIVESS (consulté le 22.11.2024).

⁵¹⁸ VD, Conditions générales de l'Inspection (consulté le 22.11.2024).

⁵¹⁹ VD, EMS (consulté le 22.11.2024).

⁵²⁰ L'équipe d'inspection est composée de professionnels des domaines des soins (infirmiers, psychologues, diététiciens) et du travail social (assistants sociaux, éducateurs, animateurs socioculturels). Le travail en équipe interdisciplinaire est un des fondements du CIVESS (voir VD, CIVESS (consulté le 22.11.2024)).

dispose d'un dossier individuel permettant la réalisation et l'évaluation des processus d'accompagnement », et « l'EMS respecte les exigences légales en matière de dotation et de qualification du personnel »⁵²¹.

Le CIVESS utilise un document de référence spécifique pour évaluer les MLLM prises à l'encontre des personnes incapables de discernement⁵²². Il y fait une distinction entre les mesures d'entrave telles que les barrières de lit, les draps Zewi, les sangles pour fauteuil, etc. (comptabilisées dans chaque institution) et les mesures moins lourdes telles que les systèmes de surveillance électroniques, les tapis alarme, etc. (qui doivent être argumentées dans le dossier mais ne sont pas comptabilisées). Il y précise que pour être conforme aux normes cantonales, un EMS ne peut pas mettre sous MLLM plus qu'un quart de ses résidents. Il ajoute que « si les inspecteurs observent une situation particulièrement grave, cette seule situation peut rendre le critère non atteint ». Le CIVESS vérifie que le personnel est sensibilisé au fait que les MLLM ne peuvent être imposées que très exceptionnellement, donc qu'il n'y a pas de banalisation. Le personnel doit veiller à ce que le nombre de MLLM reste aussi faible que possible et toujours rechercher des solutions de substitution. Le CIVESS souligne que la nécessité d'une mesure doit être examinée soigneusement, même si les proches la demandent expressément. L'institution doit veiller à ce que la personne soit installée confortablement et sans danger malgré les contentions, et qu'elle dispose d'un système d'appel. Les inspecteurs vérifient en outre que les MLLM sont bien consignées dans le dossier de chaque résident. Le protocole correspondant doit indiquer, en plus ses mentions minimales visées à l'art 384, al. 1, CC (le nom de la personne ayant décidé la mesure ainsi que le but, le type et la durée de la mesure) en quoi la mesure était nécessaire pour prévenir une sérieuse mise en danger de soi-même ou d'autrui ou une perturbation grave de la vie communautaire. Il doit aussi décrire les autres mesures tentées sans succès, et consigner les évaluations régulières des mesures, avec leur fréquence. Les inspecteurs vérifient enfin si la surveillance renforcée de la personne concernée a été notée sur le protocole, de même que les informations fournies à la personne concernée ou à son représentant concernant les éventuelles mesures médicales.

À l'issue de l'inspection, la procédure de suivi varie selon les résultats. Les établissements qui correspondent largement au standard cantonal (vert) reçoivent un rapport précisant le niveau d'atteinte de chaque critère et les félicitations du CIVESS⁵²³. Ceux qui correspondent au standard cantonal (orange) mais obtiennent un résultat final inférieur reçoivent un rapport précisant le niveau d'atteinte de chaque critère ainsi que des pistes de réflexion. Il leur incombe de mettre en place les améliorations requises⁵²⁴. Dans ces deux cas de figure, l'inspection est reconduite périodiquement⁵²⁵. Les établissements qui n'atteignent pas le standard cantonal (rouge ; 30 % de critères non atteints) reçoivent un rapport détaillé et sont soumis à un suivi particulier de la part du CIVESS afin de s'améliorer dans les meilleurs délais⁵²⁶. Le CIVESS réalise les inspections mais ne sanctionne pas⁵²⁷. Les éventuelles

⁵²¹ Le site propose au téléchargement l'Explicatif des inspections ciblées en établissement médico-social et division C d'hôpital, qui donne une description très détaillée des conditions.

(VD, Explicatif des inspections ciblées (consulté le 22.11.2024)).

⁵²² VD, Mesures de contrainte dans le domaine de l'hébergement médico-social (consulté le 22.11.2024).

⁵²³ VD, Explicatif des inspections ciblées (consulté le 22.11.2024).

⁵²⁴ Ibid.

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ Ibid.

⁵²⁷ VD, Conditions générales de l'Inspection, p. 6 (consulté le 22.11.2024).

sanctions administratives relèvent de la compétence du département ou de la Commission d'examen des plaintes⁵²⁸. Les bilans d'activités du CIVESS sont publiés sur le site du canton de Vaud⁵²⁹.

3. COMPATIBILITÉ AVEC LES PRESCRIPTIONS DE RANG SUPÉRIEUR

L'État est le garant du respect des droits de l'homme dans les EMS, que ces établissements soient publics ou privés. Cette conclusion découle, du point de vue de la doctrine, soit du devoir de protection lié aux droits de l'homme, soit du caractère public de la mission⁵³⁰ de prise en charge de la vieillesse⁵³¹. Selon la jurisprudence de la CEDH, ce devoir de protection est particulièrement contraignant vis-à-vis des personnes vulnérables et notamment handicapées⁵³² et des personnes en détention⁵³³. S'agissant de la prise en charge des personnes démentes, l'État est donc soumis à l'obligation particulièrement rigide de prendre des mesures de protection efficaces afin de prévenir toute violation des droits de l'homme. L'État – et en Suisse principalement les cantons – ne peut assumer cette tâche que moyennant une surveillance efficace.

C'est dans cette optique que les normes du CPT réclament la mise en place d'organes de contrôle indépendants chargés de visiter régulièrement les institutions⁵³⁴, et que le protocole additionnel du Conseil de l'Europe souligne la nécessité d'un suivi indépendant et d'inspections régulières⁵³⁵. La CDPH partage le même point de vue. Son art. 33, al. 2, exige des États parties, y compris au niveau de leurs États membres, qu'ils mettent en place les structures nécessaires au suivi de l'application de la convention. La Suisse semble ne s'être toujours pas pliée à cette obligation, mais la disposition en question permet d'étayer les appels à une plus grande efficacité des mesures de surveillance cantonales.

Le chapitre qui précède a mis en évidence les grandes différences qui existent entre les normes cantonales en matière de surveillance : alors que la base légale du canton de Vaud, par exemple, semble respecter les droits de l'homme à la lettre, nombre de réglementations cantonales, qui se contentent de mentionner un organe de surveillance sans plus de précisions sur sa mission et son fonctionnement, sont loin du compte. Ces disparités semblent s'accroître encore en pratique : en effet, nos interlocuteurs nous ont unanimement déclaré que certains cantons renoncent aux contrôles sur le terrain tandis que d'autres les limitent à des questions d'hygiène ou au respect de la dotation en personnel requise. Les prescriptions des art. 382 ss CC sont donc largement négligées en pratique, au détriment des aspects particulièrement sensibles sous l'angle des droits de l'homme.

⁵²⁸ Art. 191 ss et 15d, al. 4, let. c, LSP VD.

⁵²⁹ VD, Bilans d'activité (consulté le 22.11.2024).

⁵³⁰ À ce propos, voir p. ex. KÁLIN / KÜNZLI, p. 85 s. et 118 ss.

⁵³¹ C'est la raison pour laquelle l'art. 387 CC place au moins les EMS sous la surveillance de l'État.

⁵³² Voir p. ex. CEDH, Đorđević c. Croatie, n° 41526/10, arrêt du 24.10.2012.

⁵³³ Voir p. ex. CEDH, Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, n° 46477/99, arrêt du 14.3.2002.

⁵³⁴ CPT, fiche thématique Foyers sociaux, ch. 33 et 35.

⁵³⁵ Art. 23 du projet de Protocole Additionnel 2022.

4. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

La surveillance qu'exerce l'État sur les EMS accueillant des personnes atteintes de démence revêt une importance capitale pour la prévention des abus et des violations des droits de l'homme en raison de la vulnérabilité particulière des résidents. Vu le grand nombre de ces établissements et le grand nombre, probablement appelé à croître, de leurs résidents, la CNPT ne peut pas garantir seule l'efficacité requise des contrôles en procédant au coup par coup. La surveillance cantonale prévue elle aussi par la loi reste par conséquent essentielle à cet égard.

Compte tenu de ces éléments, quel est le rôle de la CNPT ? La CNPT doit poursuivre ses visites sur le terrain, c'est pour nous une évidence. Dans ses rapports, elle peut signaler des problèmes systémiques et contribuer à sensibiliser l'opinion publique. Mais pour améliorer l'efficacité du contrôle des EMS à l'échelle de la Suisse, il nous paraît indispensable qu'elle contribue à uniformiser et à optimiser les activités de surveillance des cantons.

Quoique la CNPT ne soit pas légalement compétente pour prescrire directement aux organes cantonaux des modalités de contrôle, elle peut servir efficacement cet objectif en élaborant et en publiant des normes à ce sujet, en proposant des activités de perfectionnement, etc. La réglementation du canton de Vaud exposée en détail ci-dessus, qui a fait ses preuves, fournit selon nous un modèle à suivre.

Nous estimons cependant que la surveillance doit aussi prendre en considération – ce qui a priori n'est le cas dans aucun canton – la légalité du placement en EMS, et qu'elle ne peut pas se cantonner aux circonstances du séjour. Hors PAFA, il faut donc systématiquement vérifier si un placement en section pour déments fondé sur un accord de droit privé est conforme au droit ou s'il requiert une décision des autorités.

Les cantons de leur côté sont tenus, par respect pour la Constitution et les droits de l'homme, de fournir aux autorités de contrôle des ressources financières et des compétences professionnelles interdisciplinaires suffisantes, et de combler, du moins à moyen terme, les carences normatives manifestement encore nombreuses.

5. DIGRESSION : LES COMMISSIONS DE SURVEILLANCE ET D'EXAMEN DES PLAINTES

En plus de l'autorité de surveillance chargée de la surveillance générale, les cantons de Fribourg⁵³⁶, de Genève⁵³⁷, du Tessin⁵³⁸, du Jura⁵³⁹ et du Valais⁵⁴⁰ ont mis en place des commissions de surveillance spécifiques (le canton de Vaud une Commission d'examen des plaintes⁵⁴¹), chargées de garantir notamment le respect des droits du patient. À l'entrée en vigueur de l'art. 385 CC, ces commissions ont perdu la compétence de lever les MLLM prises à l'encontre des personnes incapables de discernement résidant en EMS, au profit de l'autorité de protection de l'adulte⁵⁴². Elles continuent cependant de pouvoir prendre les mesures administratives cantonales prévues à

⁵³⁶ Commission de surveillance, art. 17 LSan FR.

⁵³⁷ Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, art. 10, al. 1, LS GE.

⁵³⁸ Commissione di vigilanza, art. 24 LSan TI.

⁵³⁹ Commission de surveillance des droits des patients, art. 28c loi sanitaire JU.

⁵⁴⁰ Commission consultative de surveillance des professions de la santé, art. 71 LS VS.

⁵⁴¹ Art. 15d LSP VD.

⁵⁴² VD : art. 23e, al. 2, et 15d, al. 7, LSP VD ; FR : art. 54a, al. 2, LSan FR ; JU : art. 28a, al. 5, et 28c, al. 1, let. c, loi sanitaire JU ; GE : art. 51, al. 2, LS GE ; TI : art. 19, al. 3, LSan TI.

l'encontre de l'institution ou de la personne qui a décidé de la mesure. Elles restent aussi libres d'agir dans tous les autres cas de violation des droits du patient.

Les compétences des commissions sont variables d'un canton à l'autre. Dans le canton du Valais, la Commission consultative de surveillance des professions de la santé « est chargée de donner un préavis au département [responsable de la surveillance] sur toutes les propositions de décision de ce dernier pour des plaintes à l'encontre de professionnels ». Il s'agit des cas dans lesquels un professionnel s'est rendu coupable d'un agissement professionnel incorrect susceptible de mettre en danger ou ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique du patient (art. 71, al. 2, let. a, LS VS), ou d'une violation d'un droit reconnu aux patients par la LS VS (art. 71, al. 2, let. b, LS VS). La cause est instruite par le Service de la santé publique, la personne concernée ou son représentant ayant qualité de partie⁵⁴³. Les décisions rendues par le département responsable de la surveillance peuvent faire l'objet d'un recours au Conseil d'État⁵⁴⁴. Les détails tels que la composition de la commission⁵⁴⁵ sont réglés dans l'OSPS VS.

Dans le canton du Tessin, la *Commissione di vigilanza* (Commission de surveillance) agit exclusivement sur plainte. Elle se compose d'un juge, qui occupe la fonction de président, du médecin cantonal, d'un juriste représentant le *Dipartimento della sanità e della socialità* (Département de la santé et des affaires sociales), d'un représentant des patients et d'un professionnel de la santé du secteur concerné⁵⁴⁶. Elle peut, si nécessaire, faire appel à des experts mandatés préalablement par l'*Ufficio di sanità* (Office de la santé)⁵⁴⁷. En cas d'infraction présumée, la personne concernée ou son représentant ou toute autre personne agissant dans l'intérêt de la personne lésée peut former un recours devant la commission⁵⁴⁸. Ce recours donne lieu à une procédure disciplinaire à l'encontre de certaines personnes, de l'institution ou des unes et de l'autre⁵⁴⁹. Le *Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria* (règlement de la commission) règle les modalités. La commission n'étant pas habilitée à intervenir de son propre chef, elle propose, à l'issue de la procédure, au département responsable de la surveillance (art. 79, al. 2, LSan TI), des mesures visant à prévenir, à faire cesser ou à sanctionner les violations du droit⁵⁵⁰. Le recourant a le droit d'être entendu et est informé des mesures recommandées par la commission⁵⁵¹. La personne concernée ne dispose d'aucun recours contre les mesures que le département a décidé de prendre ou de ne pas prendre.

Dans le canton de Vaud, la Commission d'examen des plaintes peut intervenir d'office ou sur requête en cas de violation des droits d'un patient ou d'un résident⁵⁵². Toute personne peut déposer une plainte et a qualité de partie

⁵⁴³ Art. 9, al. 1, et 13, al. 1, OSPS VS.

⁵⁴⁴ Art. 20 OSPS VS.

⁵⁴⁵ Conformément à l'art. 10, al. 1, OSPS VS, la commission se compose de : a) deux membres exerçant une profession médicale ; b) deux membres exerçant une profession de la santé régie par le droit fédéral ou une autre profession de la santé ; c) deux membres travaillant au sein d'institutions sanitaires ; d) deux représentants des patients, et e) un juriste qui préside.

⁵⁴⁶ Voir art. 2, al. 1, du *Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria* du 27.10.1992 (RLti 802.150) TI.

⁵⁴⁷ Art. 5 *Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria* TI.

⁵⁴⁸ Art. 21, al. 1 et 2, LSan TI.

⁵⁴⁹ Art. 21, al. 3, LSan TI.

⁵⁵⁰ Art. 9, al 1, *Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria* TI.

⁵⁵¹ Art. 6, al. 1, et 9, al 4, *Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria* TI.

⁵⁵² Art. 15d, al. 4, LSP VD.

à condition de ne pas requérir l'anonymat⁵⁵³. La commission se compose de 16 membres, tous professionnels du droit, de la santé ou des affaires sociales⁵⁵⁴. Elle peut si nécessaire faire appel à des experts⁵⁵⁵. Avant de déposer une plainte devant la commission, la personne concernée peut s'adresser à un médiateur « chargé d'informer les patients et les résidents [de leurs droits et] de concilier les intéressés⁵⁵⁶. Le médiateur ne peut être membre de la Commission d'examen des plaintes⁵⁵⁷. À l'issue d'une procédure, la commission peut ordonner la cessation des violations caractérisées des droits⁵⁵⁸, sauf lorsque la mesure concerne une personne incapable de discernement résidant en EMS, ce cas relevant de la compétence de l'autorité de protection de l'adulte⁵⁵⁹. Elle peut aussi ordonner certaines sanctions administratives (avertissement⁵⁶⁰, blâme⁵⁶¹ ou amende⁵⁶²)⁵⁶³, et pour les autres, émettre des recommandations à l'attention du département concerné⁵⁶⁴. Les décisions prises par la commission sont susceptibles d'un recours administratif auprès du département⁵⁶⁵. La commission adresse par ailleurs chaque année au département un rapport d'activité public⁵⁶⁶.

Dans le canton de Fribourg, une commission de surveillance veille au respect des obligations des personnes et des institutions soumises à surveillance d'une part et des droits des patients d'autre part⁵⁶⁷. Elle conseille en outre la Direction et ses services⁵⁶⁸ et désigne parmi ses membres un médiateur chargé de concilier les parties⁵⁶⁹. En vertu de l'art. 17, al. 2, let. c, LSan FR, elle contrôle par ailleurs la prise des mesures de contrainte. L'autorité de protection de l'adulte doit en effet informer la Commission de surveillance de l'issue des demandes de contrôle d'une mesure et des constatations effectuées⁵⁷⁰. Les détails de la composition et de l'organisation de la commission sont réglés dans l'ordonnance du 18 janvier 2011 sur la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes (RSF 821.0.16) (ordonnance sur la Commission de surveillance FR). La commission se compose de 13 membres permanents, de membres non permanents et de deux médiateurs⁵⁷¹. Parmi les membres permanents figurent notamment des professionnels du droit, de la santé et des affaires

⁵⁵³ Art. 15b, al. 1, let b (*a contrario*), LSP VD.

⁵⁵⁴ À savoir (art. 15e, al. 1, let. a à n, LSP VD) : a. deux juristes, dont un président et un vice-président ; b. un représentant d'associations de patients ; c. un représentant d'associations de résidents ; d. un représentant d'associations d'usagers ; e. deux médecins, dont un psychiatre ; f. un infirmier ; g. un éducateur ; h. un représentant du domaine social ; i. un représentant du domaine éthique ; j. un représentant de la direction d'un établissement hospitalier ; k. un représentant de la direction d'un établissement médico-social ; l. un représentant de la direction d'une institution socio-éducative ; m. un représentant d'une association du personnel du domaine de la santé, et n. un représentant d'une association du personnel du domaine du social.

⁵⁵⁵ Art. 15g, al. 2, LSP VD.

⁵⁵⁶ Art. 15a, al. 2, LSP VD.

⁵⁵⁷ Art. 15a, al. 8, LSP VD.

⁵⁵⁸ Art. 15d, al. 4, let. d, LSP VD.

⁵⁵⁹ Art. 23e, al. 2, LSP VD.

⁵⁶⁰ Art. 191, al. 1, let. a, LSP VD.

⁵⁶¹ Art. 191, al. 1, let. b, LSP VD.

⁵⁶² Art. 191, al. 1, let. c, LSP VD.

⁵⁶³ Art. 15d, al. 4, let. c, LSP VD.

⁵⁶⁴ Art. 15d, al. 4, let. e et f, P, LSP VD.

⁵⁶⁵ Art. 15b, al. 6, LSP VD.

⁵⁶⁶ Art. 15g, al. 4, LSP VD.

⁵⁶⁷ Art. 17, al. 1 et 2, let. a et b, LSan FR.

⁵⁶⁸ Art. 17, al. 2, let. d, LSan FR.

⁵⁶⁹ Art. 17, al. 3, LSan FR.

⁵⁷⁰ Art. 54a, al. 2, LSan FR. Dans le canton de FR, en vertu de l'art. 54a, al. 1, LSan FR, l'autorité de protection de l'adulte contrôle toutes les mesures de contrainte, et pas uniquement celles qui concernent des personnes incapables de discernement résidant en EMS.

⁵⁷¹ Art. 2, al. 1, let. a à c, ordonnance sur la Commission de surveillance FR.

sociales⁵⁷². Les membres non permanents représentent les professions de la santé qui ne sont pas représentées dans la commission permanente⁵⁷³ ; le bureau de la commission fait appel à eux lorsque l'affaire concerne leur profession⁵⁷⁴. Il peut aussi faire appel à des experts externes⁵⁷⁵. La commission peut agir d'office, sur plainte d'une personne concernée ou de son représentant, ou sur dénonciation écrite de tiers⁵⁷⁶. Seules les personnes qui ont sujet de se plaindre d'une violation d'un droit que la LSan FR reconnaît aux patients ou leur représentant ont qualité de partie⁵⁷⁷. Dans les autres affaires, le dénonciateur est cependant informé « du fait qu'une suite a été donnée à sa dénonciation ou non »⁵⁷⁸. La commission peut en outre agir lorsque la direction compétente en matière de santé constate des violations concernant les devoirs des personnes et institutions soumises à surveillance et lui transmet la cause pour préavis ou décision⁵⁷⁹. La commission peut prononcer elle-même différentes mesures disciplinaires (avertissement⁵⁸⁰, blâme⁵⁸¹, amende⁵⁸², obligation de suivre une formation complémentaire⁵⁸³)⁵⁸⁴. Dans les autres affaires, elle rend à la direction un préavis motivé qui contient une proposition de classement ou de mesure à prononcer⁵⁸⁵. Les décisions prises par la direction ou par la commission sont sujettes à recours auprès du Tribunal cantonal⁵⁸⁶.

La Commission de surveillance des droits des patients du canton du Jura a pour mission d'assurer le respect des dispositions légales relatives aux droits des patients⁵⁸⁷. Pour ce faire, elle édicte des directives et des recommandations à l'attention des institutions⁵⁸⁸, elle veille au respect des règles d'éthique médicales et en matière de soins dans les institutions⁵⁸⁹, elle statue sur les cas de violation des dispositions des droits des patients dont elle prend connaissance par elle-même ou qui lui sont dénoncés sur plainte⁵⁹⁰ et elle procède à des inspections et à des contrôles réguliers ou inopinés dans les institutions afin de vérifier le respect des dispositions générales relatives aux droits des patients⁵⁹¹. La commission collabore expressément avec l'autorité responsable de la surveillance (le

⁵⁷² Conformément à l'art. 2, al. 2, let. a à e, ordonnance sur la Commission de surveillance FR, la commission est composée de : a) deux personnes représentant les associations de patients ; b) une personne représentant les institutions de santé ; b1) une personne représentant les institutions spécialisées pour adultes handicapés ; b2) une personne représentant les bénéficiaires des institutions spécialisées pour adultes handicapés ; c) deux médecins, dont un psychiatre ; d) quatre autres professionnels de la santé, et e) deux juristes qui assument la présidence et la vice-présidence.

⁵⁷³ Art. 2, al. 1, let. b, ordonnance sur la Commission de surveillance FR.

⁵⁷⁴ Art. 4, al. 1, ordonnance sur la Commission de surveillance FR.

⁵⁷⁵ Ibid.

⁵⁷⁶ Art. 127a, al. 3, LSan FR.

⁵⁷⁷ Art. 43, al. 1, et 127c, al. 1, LSan FR.

⁵⁷⁸ Art. 127c, al. 2, LSan FR.

⁵⁷⁹ Art. 127a, al. 2, LSan FR.

⁵⁸⁰ Art. 125, al. 1, let. a, LSan FR.

⁵⁸¹ Art. 125, al. 1, let. b, LSan FR.

⁵⁸² Art. 125, al. 1, let. c, LSan FR.

⁵⁸³ Art. 125, al. 2, 2^e phrase, LSan FR.

⁵⁸⁴ Art. 127g, al. 1, LSan FR.

⁵⁸⁵ Art. 127f, al. 2, LSan FR.

⁵⁸⁶ Art. 127i, al. 2, LSan FR.

⁵⁸⁷ Art. 28c, al. 1, loi sanitaire JU.

⁵⁸⁸ Art. 9, al. 2, let. a, de l'ordonnance du 24.4.2007 concernant les droits des patients (RSJU 810.021) JU et art. 28c, al. 1, let. a, loi sanitaire JU.

⁵⁸⁹ Art. 9, al. 2, let. b, ordonnance concernant les droits des patients JU et art. 28c, al. 1, let. b, loi sanitaire JU.

⁵⁹⁰ Art. 9, al. 2, let. c, ordonnance concernant les droits des patients JU et art. 28c, al. 1, let. c, loi sanitaire JU.

⁵⁹¹ Art. 9, al. 2, let. e, ordonnance concernant les droits des patients JU et art. 28c, al. 1, let. d, loi sanitaire JU.

Service de la santé⁵⁹²)⁵⁹³. L'ordonnance concernant les droits des patients JU règle les détails de la composition de la commission et de la procédure à suivre en cas de plainte. La commission compte de sept à neuf membres, tous professionnels du droit, de la santé ou des affaires sociales⁵⁹⁴. Le recourant ou son représentant a la possibilité de s'adresser à un médiateur nommé par le gouvernement, qui est membre de la commission avec voix consultative⁵⁹⁵. Si aucun accord n'est trouvé, le recourant ou son représentant peut déposer une plainte, par écrit et motivée, auprès de la commission⁵⁹⁶. Le traitement des plaintes relatives aux mesures de contrainte est cependant expressément réservé à l'autorité de protection de l'adulte⁵⁹⁷. Ont qualité de partie les personnes contre lesquelles la plainte est dirigée et l'établissement dont elles relèvent, mais non les personnes concernées⁵⁹⁸. Lorsque l'instruction de la plainte est terminée, en cas de violation des droits des patients, la commission propose aux autorités compétentes⁵⁹⁹ les mesures appropriées⁶⁰⁰. La décision de la commission n'est pas sujette à recours.

Dans le canton de Genève, l'organisation et les compétences de la Commission de surveillance sont réglés dans la loi du 7.4.2006 sur la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (LComPS ; RSG K 3 03)⁶⁰¹. Cette commission est chargée de veiller au respect des prescriptions légales régissant les professions de la santé et les institutions de santé visées par la LS GE et au respect du droit des patients⁶⁰². Elle peut instruire les cas de violation présumée des dispositions légales concernant les professionnels de la santé et les institutions de santé et des droits des patients, et émettre des directives et des instructions⁶⁰³. Elle adresse chaque année un rapport d'activité au Conseil d'État, qui le rend public⁶⁰⁴. Elle se compose de 16 membres ordinaires, tous professionnels du droit, de la santé ou des affaires sociales⁶⁰⁵. Elle compte aussi des membres titulaires sans droit de vote, qui sont le directeur de l'office cantonal de la santé, le médecin cantonal et le pharmacien cantonal⁶⁰⁶. Elle peut en outre faire appel à des experts externes⁶⁰⁷. La commission peut se saisir d'office ou être saisie par le dépôt d'une plainte émanant de la personne concernée ou de son représentant, ou encore par une dénonciation du département, des professionnels de la santé, des institutions ou de particuliers⁶⁰⁸. Seule la

⁵⁹² Art. 29, a l. 1, let. g, loi sur l'organisation gérontologique JU.

⁵⁹³ Art. 10, al 1, ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁵⁹⁴ Conformément à l'art. 11, al. 1, ordonnance concernant les droits des patients JU, elle se compose de : a) un juriste ; b) un représentant des patients ; c) deux médecins dont un psychiatre ; d) deux représentants des professions de la santé travaillant dans un établissement hospitalier ou médico-social, et e) un travailleur social.

⁵⁹⁵ Art. 28c, al. 3, loi sanitaire JU et 6, al. 1 et 2, ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁵⁹⁶ Art. 15 ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁵⁹⁷ Dans le canton du JU, en vertu des art. 28a, al. 5, et 28c, al. 1, let. c, loi sanitaire JU, l'autorité de protection de l'adulte contrôle toutes les mesures de contrainte, et pas uniquement celles qui concernent des personnes incapables de discernement résidant en EMS.

⁵⁹⁸ Art. 19 ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁵⁹⁹ En l'occurrence, le Département de l'économie et de la santé, conformément aux art. 30 ss loi sur l'organisation gérontologique JU

⁶⁰⁰ Art. 20, al. 2, ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁶⁰¹ Art. 10, al. 2, LS GE.

⁶⁰² Art. 1, al. 2, let. a et b, LComPS GE.

⁶⁰³ Art. 7, al. 1, let. a et b, LComPS GE.

⁶⁰⁴ Art. 7, al. 4, LComPS GE.

⁶⁰⁵ Conformément à l'art. 3, al. 3, let. a à m, LComPS GE, la commission se compose de : a) 2 médecins spécialistes en médecine générale ou interne ; b) 1 médecin pratiquant des interventions de type chirurgical ou diagnostique ; c) 1 médecin spécialiste en psychiatrie ; d) 2 infirmiers ; e) 1 médecin-dentiste ; f) 1 médecin spécialiste en pharmaco-toxicologie ; g) 1 membre d'une organisation se vouant statutairement à la défense des droits des patients ; h) 1 avocat ; i) 2 représentants de partis politiques n'appartenant pas à l'une des professions de la santé visées par la LS GE ; j) 1 pharmacien ; k) 1 travailleur social ; l) 1 ophtalmologue ; m) 1 gynécologue.

⁶⁰⁶ Art. 3, al. 4, let. a à c, LComPS GE.

⁶⁰⁷ Art. 3, al. 5, LComPS GE.

⁶⁰⁸ Art. 8, al. 1 et 2, LComPS GE.

personne concernée ou son représentant a la qualité de partie⁶⁰⁹. Dans les affaires ne présentant pas un intérêt public prépondérant justifiant d'emblée une instruction, la commission propose aux parties de résoudre à l'amiable leur litige grâce au concours d'un médiateur⁶¹⁰. Une fois l'instruction terminée, en cas de violation des droits des patients, la commission peut émettre une injonction impérative sous menace des peines prévues à l'art. 292 CP ou une décision constatatoire⁶¹¹. Elle peut par ailleurs prononcer des avertissements, des blâmes et des amendes⁶¹². La commission prévient le département compétent lorsqu'un professionnel de la santé ou qu'une institution de santé a commis une violation de ses obligations susceptible de justifier une interdiction temporaire ou définitive de pratique, pour tout ou partie du champ d'activité, ou une limitation ou un retrait de l'autorisation d'exploitation⁶¹³. Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice⁶¹⁴.

Ces commissions de surveillance ou d'examen des plaintes, très différentes de par leur structure, ont un avantage commun : leur composition interdisciplinaire. Par rapport au recours ordinaire devant l'autorité de surveillance, elles offrent souvent une protection juridique supplémentaire en donnant au plaignant la qualité de partie et la possibilité de recourir contre leurs décisions. Les commissions regroupent des compétences aussi variées que spécifiques, et dans les cantons concernés, le transfert du pouvoir de lever les MLLM à l'autorité de protection de l'adulte en vertu de l'art. 385 CC dessert probablement les intérêts des personnes concernées. Par ailleurs, comme toutes les voies de recours, celle-ci présente l'inconvénient que les personnes incapables de discernement dépendent du fait que quelqu'un va défendre leurs droits à leur place.

⁶⁰⁹ Art. 9 LComPS GE.

⁶¹⁰ Art. 16, al. 1, LComPS GE.

⁶¹¹ Art. 20, al. 1, LComPS GE.

⁶¹² Art. 20, al. 2, LComPS GE.

⁶¹³ Art. 19 LComPS GE et 126 LS GE.

⁶¹⁴ Art. 22, al. 1, LComPS GE.

BIBLIOGRAPHIE

- BANTEKAS ILIAS / STEIN MICHAEL ASHLEY / ANASTASIOU DIMITRIS (éd.), *The UN-Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A Commentary*, Oxford 2018 (cit. CRPD Oxford Commentary-AUTEUR, p. X)
- BAUMANN FELIX, *Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)*, in : ZBI 105/2004, p. 505 à 535 (cit. BAUMANN, p. X)
- BEN-ATTIA ORLY, *Unterbringung und Behandlung urteilsunfähiger Personen im Spannungsverhältnis zwischen Betreuungsvertrag, medizinischem Vertretungsrecht und Fürsorgerischer Unterbringung*, Zurich/Genève 2024 (cit. BEN-ATTIA, p. X)
- BERNHART CHRISTOF, *Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung: Die fürsorgerische Unterbringung und medizinische Behandlung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht sowie dessen Grundsätze*, Bâle 2011 (cit. BERNHART, p. X)
- BÜCHLER ANDREA / JAKOB DOMINIQUE (éd.), *Kurzkommentar ZGB*, 2^e éd., Bâle 2018 (cit. KUKO ZGB-AUTEUR, n. X ad art. X)
- BÜCHLER ANDREA / HÄFELI CHRISTOPH / LEUBA AUDREY et al. (éd.), *FamKomm Erwachsenenschutz*, 1^{re} éd., Berne 2013 (cit. FamKomm-AUTEUR, n. X ad art. X)
- BÜRGER CHRISTIAN, *Patientenrechte und freiheitsbeschränkende Massnahmen*, 2013, consultable à l'adresse : https://www.patientenanwalt.com/download/Patientenrechte_freiheitsbeschaenkende_Massnahmen_Buerger_Expertenletter_Pflege.pdf (consulté le 18.4.2024) (cit. BÜRGER, p. X)
- DELLA FINA VALENTINA, CERA RACHELE, PALMISANO GIUSEPPE (éd.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A Commentary*, Berlin 2017 (cit. CRPD Commentary-AUTEUR, p. X)
- Dementia Alliance International, Alzheimer's Disease International, *Brief for Alzheimer associations: Access to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities by people living with dementia*, <https://www.alzint.org/u/crpd-brief-alzheimer-associations.pdf> (consulté le 22.11.2024) (cit. *Brief for Alzheimer associations*, p. X)
- DONATSCH ANDREAS / HEIMGARTNER STEFAN / ISENRING BERNHARD et al. (éd.), *Orell Füssli Kommentar StGB/JStGB*, 21^e éd., Zurich 2022 (cit. OFK StGB-AUTEUR, n. X ad art. X)
- CEDH, rapport de recherche, *Les droits des personnes faisant l'objet d'un placement et d'un traitement non consentis dans des établissements de santé mentale*, 16.12.2022 (cit. Rapport de recherche de la CEDH)
- ERMLER ANDREA / SCHMITT-MANNHART REGULA, *Richtlinien zum Umgang mit bewegungseinschränkenden Massnahmen*, 2017 (cit. ERMLER/SCHMITT-MANNHART, p. X)
- FROWEIN JOCHEN / PEUKERT WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK Kommentar*, 3^e éd., Kehl am Rhein 2009 (cit. FROWEIN / PEUKERT, n. X ad art. X)
- GEISER THOMAS / FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (éd.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 7^e éd., Bâle 2022 (cit. BSK ZGB I-AUTEUR, n. X ad art. X)
- GRABENWARTER CHRISTOPH / PABEL KATHARINA, *Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch*, 7^e éd., Munich / Bâle / Vienne 2021 (cit. GRABENWARTER / PABEL, n. X ad § X)
- HEWER WALTER / THOMAS CHRISTINE, *Psychopharmakotherapie bei Demenz und Delir, im Spannungsfeld zwischen Leitlinienempfehlungen und Versorgungspraxis*, in : *Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie*, 2017. 50(2), p. 106 à 114, consultable à l'adresse : (consulté le 22.11.2024) (cit. HEWER / THOMAS, p. X)
- HSU WAN-TING / ESMAILY-FARD AMIN / LAI CHIH-CHENG ET AL., *Antipsychotics and the Risk of Cerebrovascular Accident: A Systematic Review and Meta-Analysis of Observational Studies*, in : *Journal of the American Medical Directors Association*, 1.8.2017, 18(8), p. 692 à 699, consultable à l'adresse : Antipsychotics and the Risk of Cerebrovascular Accident: A Systematic Review and Meta-Analysis of Observational Studies - ScienceDirect (consulté le 22.11.2024) (cit. HSU / ESMAILY-FARD / LAI, p. X)

JONES NEV, *Antipsychotic medications, psychological side effects and treatment engagement. Issues in Mental Health Nursing*, juillet 2012 ; 33 (7), p. 492-3 (cit. Jones, p. X)

KÄLIN WALTER / KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4^e éd., Bâle 2019 (cit. KÄLIN / KÜNZLI, P. X)

KARPENSTEIN ULRICH/MAYER, FRANZ C., *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 3^e éd., Bâle 2022 (cit. EMRK-AUTEUR, n. X ad art. X)

KLÖPPEL STEFAN / DAN GEORGESCU, *Freiheitsbeschränkende Massnahmen in der Alterspsychiatrie, Praxis 2023* (cit. KLÖPPEL / GEORGESCU, p. X)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA / WOLF STEPHAN / AMSTUTZ MARC ET AL. (éd.), *Orell Füssli Kommentar ZGB*, 4^e éd., Zurich 2021 (cit. OFK ZGB-AUTEUR, n. X ad art. X)

KREUTZ MARCUS / LACHWITZ KLAUS / TRENK-HINTERBERGER PETER (éd.), *Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis*, 2013 (cit. BRK Praxis-AUTEUR, n. X ad art. X)

MEYER-LADEWIG JENS / NETTESHEIM MARTIN / RAUMER STEFAN VON (éd.), *EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention*, 5^e éd., Bâle 2023 (cit. : HK EMRK-AUTEUR, n. X ad art. X)

HAU WOLFGANG / POSECK ROMAN (éd.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 69^e éd., Munich 2024 (cit. BeckOK-AUTEUR, n. X ad § X)

NAGUIB TAREK / PÄRLI KURT / LANDOLT HARDY (éd.), *UNO-Behindertenrechtskonvention*, Berne 2023 (cit. BRK Kommentar-AUTEUR, n. X ad art. X)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), *Basler Kommentar Strafrecht, Strafgesetzbuch/Jugendstrafgesetz*, 4^e éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB-AUTEUR, n. X ad art. X)

NUSPLIGER ISABELLE, *Grundfragen zum Betreuungsvertrag gemäss Art. 382 ZGB*, Berne 2020 (cit. NUSPLIGER, p. X)

PÄRLI KURT, *Zwangsmassnahmen in der Pflege*, AJP/PJA 3/2011, p. 360 ss (cit. PÄRLI, p. X)

RITZI SEBASTIAN, *Freiheitseinschränkende Massnahmen bei Menschen mit Demenz in professionellen Sorgebeziehungen, Kritische Darstellung und ethisch-fachliche Reflexion*, Heidelberg 2022 (cit. Ritzi, p. X)

ROSCH DANIEL / BÜCHLER ANDREA / DOMINIQUE JAKOB (éd.), *Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV*, 2^e éd., Bâle 2015 (cit. Komm. Erwachsenenschutzrecht-AUTEUR, n. X ad art. X)

SCARDINO-MEIER LAURA, *Demenz als Risikofaktor für Ausbeutung*, Jusletter, 2.10.2023 (cit. SCARDINO-MEIER, p. X)

SCHMID JÖRG (éd.), *Zürcher Kommentar der Erwachsenenschutz, die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Art. 360-387 ZGB*, Zurich 2015 (cit. ZK ZGB-BOENTE, n. X ad art. X)

STRATENWERTH GÜNTER / BOMMER FELIX (éd.), *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 8^e éd., Berne 2022 (cit. STRATENWERTH, n. X ad § X)

TRECHSEL STEFAN / PIETH MARC (éd.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 4^e éd., Zurich 2021 (cit. PK StGB-AUTEUR, n. X ad art. X)

WALDMANN BERNHARD / BELSER EVA MARIA / EPINEY ASTRID (éd.), *Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar*, Bâle 2015 (cit. BSK BV-AUTEUR, n. X ad art. X)

YEH TA-CHUAN / TZENG NIAN-SHENG / LI JUO-CHI ET AL., *Mortality Risk of Atypical Antipsychotics for Behavioral and Psychological Symptoms of Dementia: A Meta-Analysis, Meta-Regression, and Trial Sequential Analysis of Randomized Controlled Trials*, in : *Journal of Clinical Psychopharmacology* 39(5), 9/10 2019, p. 472 à 478, consultable à l'adresse : Mortality Risk of Atypical [Antipsychotics](#) for Behavioral and... : *Journal of Clinical Psychopharmacology* (lww.com) (consulté le 22.11.2024) (cit. YEH / TZENG / LI, p. X)

YUNUSA ISMAEEL / ALSUMALI ADNAN / GARBA ASABE ET AL., *Assessment of Reported Comparative Effectiveness and Safety of Atypical Antipsychotics in the Treatment of Behavioral and Psychological Symptoms of Dementia: A Network Meta-analysis*, in : *JAMA Netw Open*, 2019, 2 (3), p. e190828, consultable à l'adresse : <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2728618> (consulté le 22.11.2024) (cit. YUNUSA / ALSUMALI / GARBA, p. X)

LISTE DES DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE

Office fédéral de la santé publique (OFSP), Maladies de A à Z, Démence, consultable à l'adresse : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/krankheiten-im-ueberblick/demenz.html> (consulté le 22.11.2024) (cit. OFSP Démence)

Office fédéral de la santé publique (OFSP), Faits et chiffres, Faits et chiffres : Démence, consultable à l'adresse : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-demenz.html> (consulté le 22.11.2024) (cit. OFSP Faits et chiffres : Démence)

Office fédéral de la santé publique (OFSP) ET CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DE LA SANTÉ (CDS) (éd.), Stratégie nationale en matière de démence 2014-2019, Berne 2016, consultable à l'adresse : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/demenz/nationale-demenzstrategie.html> (consulté le 22.11.2024) (cit. Stratégie nationale Démence 2014-2017, p. X)

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Santé, Établissements médico-sociaux, consultable à l'adresse : www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/alters-pflegeheime.html (consulté le 22.11.2024) (cit. OFS)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) (cit. FF **2006** 6635 XX)

Conseil fédéral, Droits des patients et participation des patients en Suisse, rapport élaboré en réponse aux postulats 12.3100 Kessler, 12.3124 Gilli et 12.3207 Steier, Berne 2015 (cit. rapport postulats Kessler / Gilli / Steinert, p. X)

BÜRO FÜR ARBEITS- UND SOZIALPOLITISCHE STUDIEN BASS, *Indikatoren Versorgungsmonitoring Demenz, Prävalenzschätzungen zu Demenzerkrankungen in der Schweiz*, avril 2021 (cit. Büro Bass, p. X)

Comité de bioéthique (DH-BIO), Projet de rapport explicatif au Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes à l'égard du placement et du traitement involontaires au sein des services de soins de santé mentale, 25 janvier 2022, doc. CM(2022)14-add2 (cit. projet de rapport explicatif, ch. X)

Comité des droits des personnes handicapées (CRPD), Observation générale n° 1 (2014), Article 12, Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, doc. ONU CRPD/C/GC/1, 19.5.2014 (cit. CRPD, OG n° 1, ch. X)

Comité des droits des personnes handicapées (CRPD), Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, Catalina Devandas-Aguilar, Droits des personnes handicapées, doc. ONU A/74/186, 17.7.2019 (cit. CRPD, rapport de la rapporteuse spéciale, ch. X)

Comité des droits des personnes handicapées (CRPD), Observations finales concernant le rapport initial de la Suisse, doc. ONU CRPD/C/CHE/CO/1, 13.4.2022, (cit. CRPD, OF Suisse, ch. X)

Comité des droits des personnes handicapées (CRPD), Lignes directrices pour la désinstitutionnalisation, y compris dans les situations d'urgence, 9.9.2022, doc. ONU CRPD/C/5 (cit. CRPD, désinstitutionnalisation, ch. X)

CPT, FICHE THÉMATIQUE, PERSONNES PRIVÉES DE LIBERTÉ DANS DES FOYERS SOCIAUX, 21.12.2020, CPT/Inf(2020)41 (cit. CPT, fiche thématique Foyers sociaux, ch. X)

CPT, Moyens de contention dans les établissements psychiatriques pour adultes (normes révisées du CPT), 21.3.2017, CPT/Inf(2017)6 (cit. CPT, normes Moyens de contention, ch. X)

CPT, PLACEMENT NON VOLONTAIRE EN ÉTABLISSEMENT PSYCHIATRIQUE, 31.8.1998, CPT/Inf(98)12-part (cit. CPT, normes Placement non volontaire, ch. X)

CURAVIVA Suisse, *Freiheitsbeschränkende Massnahmen, Faktenblatt*, Berne 2017, consultable à l'adresse : www.curaviva.ch : Erwachsenenenschutzrecht und [Bewegungseinschränkende](http://www.curaviva.ch) Massnahmen - Fachwissen - Erwachsenenenschutzrecht & Bewegungseinschränkende Massnahmen (curaviva.ch) (consulté le 22.11.2024) (cit. CURAVIVA, freiheitsbeschränkende Massnahmen, p. X)

CURAVIVA Schweiz, Guide Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, Berne 2021, consultable à l'adresse : <https://www.curaviva.ch/News/Evaluation-et-traitement-des-symptomes-comportementaux-et-psychologiques-chez-les-personnes-atteintes-de-dementia/ofeu0QLM/PEZNL/?lang=fr&m=0> (curaviva.ch) (consulté le 22.11.2024) (cit. CURAVIVA, Évaluation et traitement des symptômes comportementaux et psychologiques chez les personnes atteintes de démence, p. X)

CURAVIVA Suisse, Fiche d'information relative aux indicateurs de qualité pour les soins stationnaires de longue durée – Mesures limitant la liberté de mouvement, Berne 2024, consultable à l'adresse : <https://www.curaviva.ch/Informations-specialisees/Indicateurs-de-qualite-medicaux/PR0oS/?lang=fr> (consulté le 22.11.2024) (cit. CURAVIVA, mesures limitant la liberté de mouvement)

CURAVIVA BE, Programme type « Gestion des mesures limitant la liberté de mouvement » Établissements médico-sociaux, Berne 2013, consultable à l'adresse : https://www.curaviva-be.ch/Infos-Downloads/P1kCo/?lang=fr&ref_c=CB70358A-89E2-471B-ADB7EE5FFBF26C0E&m=1&c=3EC36EBB-4795-4952-8001CB0180B5C81D (cit. CURAVIVA, programme type, p. X)

Ecoplan, *Versorgungsstrukturen und -angebote für Menschen mit Demenz und ihre Angehörigen in den Kantonen – Ergebnisse der Befragung der Kantone und regionalen Sektionen von Alzheimer Schweiz 2023*, Berne 2023 (cit. Ecoplan, p. X)

Estimation of the global prevalence of dementia in 2019 and forecasted prevalence in 2050, an analysis for the Global Burden of Disease Study 2019, THE LANCET Public Health, janvier 2022, consultable à l'adresse : [https://www.thelancet.com/journals/lanpub/article/PIIS2468-2667\(21\)00249-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanpub/article/PIIS2468-2667(21)00249-8/fulltext) (consulté le 22.11.2024) (cit. *Estimation of the global prevalence of dementia in 2019 and forecasted prevalence in 2050*)

CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de 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, STE n° 164, 4.4.1997 (cit. Rapport explicatif, ch. X)

Assemblée générale des Nations Unies, Annexe du rapport du Comité des droits des personnes handicapées, Directives relatives à l'art. 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, doc. ONU A/72/55, 11.5.2017 (cit. AG, Directives art. 14 CDPH, p. X, ch. X)

Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 35 : Article 9, Liberté et sécurité de la personne, Doc ONU CCPR/C/GC/35, 16.12.2014 (cit. CRPD, OG n° 35, ch. X)

Canton d'Argovie, *Gesundheitswesen Aargau 2012, Pflegeheimkonzeption*, approuvé par le Conseil d'État le 16.12.2009 (cit. Pflegeheimkonzeption AG, p. X)

CANTON DE BÂLE-CAMPAGNE, *Freiheitseinschränkende Massnahmen, Reglement zum Umgang mit Freiheitseinschränkenden Massnahmen (FeM), mit Schwerpunkt Bewegungseinschränkende Massnahmen (BeM)*, en vigueur depuis le 1.1.2013, consultable à l'adresse : [Freiheitseinschränkende Massnahmen — baselland.ch](https://www.basel.ch/Freiheitseinschränkende-Massnahmen) (consulté le 22.11.2024) (cit. BL, Reglement zum Umgang mit FeM, p. X)

CANTON DE VAUD, Bilans d'activité, consultables à l'adresse : <https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-laction-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess/populations-veillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems> (consulté le 22.11.2024) (cit. VD, Bilans d'activité)

Canton de Vaud, Contrôle interdisciplinaire des visites en établissements sanitaires et sociaux (CIVESS), consultable à l'adresse : <https://www.vd.ch/dsas/civess> (consulté le 22.11.2024) (cit. VD, CIVESS)

Canton de Vaud, Conditions générales de l'Inspection, en vigueur depuis le 24.8.2021, consultable à l'adresse : <https://www.vd.ch/dsas/civess> (consulté le 22.11.2024) (cit. VD, Conditions générales de l'Inspection, p. X)

CANTON DE VAUD, Établissements médico-sociaux (EMS), consultable à l'adresse : <https://www.vd.ch/dsas/civess/populations-veillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems> (consulté le 22.11.2024) (cit. VD, EMS)

CANTON DE VAUD, Explicatif des inspections ciblées en établissement médico-social et division C d'hôpital, en vigueur depuis le 20.6.2019, consultable à l'adresse : <https://www.vd.ch/dsas/civess/populations->

vieillissantes/établissements-medico-sociaux-ems (consulté le 22.11.2024) (cit. VD, Explicatif des inspections ciblées, p. X)

Canton de Vaud, Mesures de contrainte dans le domaine de l'hébergement médico-social en gériatrie et psychiatrie de l'âge avancé, mesures limitant la liberté de mouvement, septembre 2016, consultable à l'adresse : <https://www.vd.ch/dsas/civess/populations-vieillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems> (consulté le 22.11.2024) (cit. VD, Mesures de contrainte dans le domaine de l'hébergement médico-social, p. X)

Canton du Valais, Mesures limitant la liberté de mouvement / personne en EMS, consultables à l'adresse : <https://www.vs.ch/web/sjsj/autorites-de-protection-de-l-enfant-et-de-l-adulte1> (consulté le 22.11.2024) (cit. VS, MLLM / personne en EMS)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Les Charmettes à Neuchâtel, 7.4.2022 (cit. CNPT, lettre Les Charmettes, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Senevita Lindenbaum à Spreitenbach, 2.8.2022 (cit. CNPT, lettre Senevita Lindenbaum, p. X).

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS la Maison de Vessy, 25.10.2022 (cit. CNPT, lettre Vessy, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Mülimatt, 7.2.2023 (cit. CNPT, lettre Mülimatt, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Tertianum Waldhof und Rägeboge à Dotzigen, 6.3.2023 (cit. CNPT, lettre Tertianum Waldhof, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Les Mouettes à Neuchâtel, 7.5.2023 (cit. CNPT, lettre Les Mouettes, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Mülimatt, 10.5.2023 (cit. CNPT, lettre Frauensteinmatt, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite du Foyer Saint-Ursanne à Saint-Ursanne, 15.5.2023 (cit. CNPT, lettre Saint-Ursanne, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Laubegg, 10.7.2023 (cit. CNPT, lettre Laubegg, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Cadonau à Coire, 11.7.2023 (cit. CNPT, lettre Cadonau, p. X)

CNPT, lettre concernant la visite de l'EMS Les Tilleuls, 28.9.2023 (cit. CNPT, lettre Les Tilleuls, p. X)

CNPT, rapport d'activités 2016, Berne 2016, consultable à l'adresse : <https://www.bj.admin.ch/nkvf/fr/home/publikationen/taetigkeitsberichte.html> (consulté le 22.11.2024) (cit. CNPT, rapport d'activités 2016, p. X)

Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) (éd.), Prise en charge des personnes atteintes de démence, 2^e édition, 2018, consultable à l'adresse : <https://www.samw.ch/fr/Ethique/Apercu-des-themes/Demence.html> (consulté le 22.11.2024) (cit. ASSM, démence, p. X)

Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) (éd.), Mesures de contrainte en médecine, 2^e tirage, 2018, consultable à l'adresse : <https://www.samw.ch/fr/Ethique/Apercu-des-themes/Mesures-de-contrainte.html> (consulté le 22.11.2024) (cit. ASSM, mesures de contrainte, p. X)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) (éd.), *Menschenrechtliche Standards bei unfreiwilliger Unterbringung von Menschen in Alters- und Pflegeheimen dargestellt am Beispiel von Personen mit Altersdemenz*, rédigé par Künzli Jörg / Frei Nula / Fernandes-Veerakatty Vijitha, Berne 2016 (cit. *Gutachten Altersdemenz*, p. X)

SENEVITA, *Konzept Pflege und Betreuung für Menschen mit Demenz* (cit. *SENEVITA Konzept*, p. X)

Groupe de travail sur la détention arbitraire ; la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, le Président du Comité des droits des personnes handicapées et le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, communiqué conjoint, 29.9.2017, consultable à l'adresse : <https://rm.coe.int/letter-un-bodies-to-sg/16808e5e28> (consulté le 22.11.2024) (cit. communiqué conjoint)

RÉPERTOIRE DES BASES LÉGALES CANTONALES

Canton d'Argovie

Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) du 27 juin 2017, SAR 210.300

Pflegegesetz (PflG) du 26 juin 2007, SAR 301.200

Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures

Gesundheitsgesetz du 25 novembre 2007, bGS 811.1

Verordnung über die Heimaufsicht (Heimverordnung) du 11 décembre 2007, bGS 811.14

Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures

Gesundheitsgesetz (GesG) du 26 avril 1998, GS 800.000

Canton de Bâle-Campagne

Verordnung über die Bewilligung und Beaufsichtigung von Heimen (Heimverordnung) du 25 septembre 2001, SGS 850.14

Canton de Bâle-Ville

Gesundheitsgesetz (GesG) du 21 septembre 2011, SG 300.100

Canton de Berne

Loi du 9 mars 2021 sur les programmes d'action sociale (LPASoc), RSB 860.2

Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA), RSB 155.21

Ordonnance du 24 novembre 2021 sur les programmes d'action sociale (OPASoc), RSB 860.21

Canton de Fribourg

Loi du 16 novembre 1999 sur la santé (LSan), RSF 821.0.1

Ordonnance du 18 janvier 2011 sur la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes, RSF 821.0.16

Canton de Genève

Loi du 7 avril 2006 sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (LComPS), RSG K 3 03

Loi du 4 décembre 2009 sur la gestion des établissements pour personnes âgées (LGEPA), RSG J 7 20

Loi du 7 avril 2006 sur la santé (LS), RSG K 1 03

Règlement d'application du 16 mars 2010 de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (RGEPA), RSG J 20 01

Canton de Glaris

Pflege und Betreuungsgesetz (PBG) du 5 septembre 2021, GS VIII A/1/5

Pflege und Betreuungsverordnung (PBV) du 29 novembre 2022; GS VIII A/1/6

Canton des Grisons

Gesetz zum Schutz der Gesundheit im Kanton Graubünden (Gesundheitsgesetz) du 2 septembre 2016, BR 500.000

Verordnung zum Gesundheitsgesetz (VOzGesG) du 20 juin 2017, BR 500.010

Canton du Jura

Loi sanitaire du 14 décembre 1990, RSJU 810.01

Loi du 16 juin 2010 sur l'organisation gériatrique, RSJU 810.41

Ordonnance du 24 avril 2007 concernant les droits des patients, RSJU 810.021

Ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'organisation gériatrique, RSJU 810.411

Canton de Lucerne

Verordnung zum Betreuungs- und Pflegegesetz (BPV) du 30 novembre 2010, SRL 867a

Canton de Neuchâtel

Loi du 6 février 1995 sur la santé (LS), LDCN 800.1

Canton de Nidwald

Gesundheitsgesetz (GesG) du 30 mai 2007, NG 711.1

Canton d'Obwald

Gesundheitsgesetz (GesG) du 1^{er} décembre 2015, GDB 810.1

Canton de Saint-Gall

Sozialhilfegesetz (SHG) du 27 septembre 1998, sGS 381.1

Canton de Schaffhouse

Altersbetreuungs- und Pflegegesetz du 21 août 1995, SHR 813.500

Gesundheitsgesetz (GesG) du 21 mai 2012, SHR 810100

Verordnung zum Gesundheitsgesetz (GesV) du 26 février 2013, SHR 810.102

Canton de Soleure

Gesundheitsgesetz (GesG) du 19 décembre 2018, BGS 811.11

Canton du Tessin

Legge sanitaria (LSan) du 18 avril 1989, RLti 801.100

Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria du 27 octobre 1992, RLti 802.150

Canton d'Uri

Gesundheitsgesetz (GG) du 1^{er} juin 2008, RB 30.2111

Canton de Vaud

Loi du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES), RSV 810.01

Loi du 29 mai 1985 sur la santé (LSP), RSV 800.01

Règlement du 26 janvier 2011 sur les établissements sanitaires et les établissements apparentés de droit privé dans le Canton de Vaud (RES), RSV 810.03.1

Canton du Valais

Loi du 12 mars 2020 sur la santé (LS), RS 800.1

Ordonnance du 25 novembre 2020 sur la surveillance des professions de la santé (OSPS), RS 811.102

Ordonnance du 30 novembre 2022 sur les mesures limitant la liberté de mouvement dans les institutions sanitaires, RS 800.500

Canton de Zurich

Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) du 25 juin 2012, LS 232.3

Gesundheitsgesetz (GesG) du 2 avril 2007, LS 810.1

Du placement des personnes incapables de discernement
en section fermée d'établissement médico-social

Patientinnen- und Patientengesetz du 5 avril 2004, LS 813.13

ÉTABLISSEMENTS VISITÉS ET ENTRETIENS MENÉS

Le 30 août 2023 : entretien avec Erika Steinmann, APEA de l'Entlebuch, membre de la CNPT, à Wolhusen et à Ruswil

Le 6 septembre 2023 : entretien avec le Dr Ursula Klopstein, Haute école spécialisée bernoise, membre de la CNPT, à Berne

Le 7 septembre 2023 : visite du Kompetenzzentrum Demenz Domicil, à Oberried

Le 19 septembre 2023 : participation à la réunion du groupe d'accompagnement de la CNPT, CNPT, à Berne

Le 20 septembre 2023 : entretien avec le Dr Stefan Klöppel, Services psychiatriques universitaires de Berne, à Berne

Le 2 novembre 2023 : participation à un débat sur les mécanismes nationaux de prévention, CNPT, à Berne

Le 7 novembre 2023 : entretien avec Anna Jörger et Christian Streit, Curaviva, à Berne

Le 9 novembre 2023 : entretien avec le Dr Albert Wettstein, *Unabhängige Beschwerdestelle für das Alter* (UBA, autorité indépendante de plainte en matière de vieillesse), à Zurich

Le 19 décembre 2023 : visite du centre pour personnes âgées Alterszentrum Lindenpark, à Balsthal

Le 12 février 2024 : entretien avec le Dr Sabine Hahn, Haute école spécialisée bernoise, à Berne

Le 15 février 2024 : visite du Tertianum Lindenegg, à Oberlindach

Du 29 février au 1^{er} mars 2024 : visite des EMS Butini Patio et Butini Village, à Onex