



L'Etude
SWISS LAWYERS

LAWYERS WITH ATTITUDE



TIFFAINE STEGMÜLLER
AVOCATE STAGIAIRE

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG
21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE
17, RUE DU PORT FRANÇ
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM
LETUDE@LETUDE.CH



COVID-19 : ET SI LE PIRE DEVAIT ARRIVER, QUI DÉCIDE ? ÉCLAIRAGES SUR LA DÉCISION MÉDICALE, LA REPRÉSENTATION PAR LES PROCHES, LE MANDAT POUR CAUSE D'INAPTITUDE ET LES DIRECTIVES ANTICIPÉES.

En cette période de crise sanitaire, les médias relatent de nombreuses situations très graves de malades du Covid-19. Les images sont choquantes : certains patients sont inconscients, intubés durant plusieurs semaines, allongés sur le ventre. D'autres arrivent avec les poumons si abîmés qu'une intubation s'avère très, voire trop risquée et les chances de guérison sont extrêmement faibles. Il ne reste plus qu'à trouver un équilibre entre acharnement et fin de vie. Plusieurs questionnements viennent alors naturellement¹ : Qui sont les personnes habilitées à prendre des décisions dans ces situations ? Quels sont les droits des proches en matière de décisions médicales ? Que faire en amont ?

Le patient capable de discernement

Les malades du Covid-19 arrivent à l'hôpital dans diverses situations et états de conscience. Beaucoup sont encore capables de discernement (la capacité est d'ailleurs présumée) ; quelques-uns ne le sont plus. Si le patient est capable de discernement, il est seul apte à décider d'une intervention médicale et les proches n'ont aucun pouvoir². Sauf en cas de situation d'urgence, c'est donc au patient que revient la décision de consentir au traitement médical et à l'intubation, si celle-ci est nécessaire (voir art. 5 et 8 Convention d'Oviédo³)⁴. Le médecin a quant à lui la charge d'informer le patient et de vérifier que son consentement est libre, c'est-à-dire exempt de pressions, et éclairé. Il clarifiera le plus tôt possible la volonté du patient concernant les traitements d'urgence et les soins intensifs en cas de complications⁵.

Le patient incapable de discernement

Si le patient est incapable de discernement (art. 16 CC⁶)⁷, par exemple s'il arrive à l'hôpital en étant déjà inconscient, ou s'il est sous respirateur artificiel avec intubation et coma artificiel, il n'est pas en état de prendre des décisions pour lui-même. En cas d'urgence médicale, le médecin administre les soins médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement (art. 379 CC). Dans les autres situations, le proche peut avoir le pouvoir de représenter le patient incapable de discernement (cf. ci-après). En tant que représentant, il sera

¹ À des fins de simplification et de délimitation, la présente contribution ne tient pas compte de l'hypothèse où le patient est déjà sous curatelle, ou celle où la désignation d'un curateur devient nécessaire (notamment art. 381 CC). Elle ne traite pas non plus de la situation des patients mineurs.

² MANAI Dominique, *Le droit des proches dans la décision médicale*, in : La Harpe Romano et al. (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, p. 308.

³ 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, citée : Convention d'Oviédo dans le texte).

⁴ Les directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales « Pandémie Covid-19: Triage des traitements de soins intensifs en cas de pénurie des ressources » (état 24 mars 2020), p. 3, non appliquées pour l'instant (au 19 avril 2020) étant donné les ressources suffisantes, précisent que les interventions qui exigent des ressources importantes ne doivent être mises en œuvre que dans les cas où leur utilité est clairement démontrée.

⁵ Directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales « Pandémie Covid-19: Triage des traitements de soins intensifs en cas de pénurie des ressources » (état 24 mars 2020), p. 2 s.

⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210, cité : CC dans le texte).

⁷ Les directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales « La capacité de discernement dans la pratique médicale » (état 2019) orientent les médecins à l'évaluation de celle-ci.



L'Etude
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



TIFFAINE STEGMÜLLER
AVOCATE STAGIAIRE

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG
21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE
17, RUE DU PORT FRANÇ
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM
LETUDE@LETUDE.CH



informé 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. Il discutera également du plan de traitement avec le médecin, lequel devra être adapté à l'évolution de la médecine et à l'état de la personne concernée (art. 377 CC). Sa volonté sera contraignante pour le médecin, pour autant qu'elle corresponde aux souhaits du patient, à son intérêt objectif et qu'elle soit conforme au droit (notamment art. 6 et 9 Convention d'Oviédo). Si le patient est conscient mais incapable de discernement, il a un droit de participation (art. 377 al. 3 CC). Afin de respecter le secret médical, les autres proches non-représentants seront informés sommairement⁸.

Le représentant désigné par la loi

Si le patient n'a rien prévu avant de se retrouver en incapacité de discernement, la loi désigne une liste de proches habilités à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage d'administrer. L'ordre de priorité est le suivant: le conjoint ou partenaire enregistré du patient, s'il fait ménage commun avec lui ou alternativement s'il lui fournit une assistance personnelle régulière; la personne qui fait ménage commun avec lui et qui cumulativement lui fournit une assistance personnelle régulière (le concubin ou ami très proche, mais pas le simple colocataire)⁹; les descendants (enfants, petits-enfants), s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière; les père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière; et enfin, les frères et sœurs, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière (art. 378 al. 1 ch. 3 à 7 CC)¹⁰. En cas de pluralité des représentants, le médecin peut, de bonne foi, présumer que chacun d'eux agit avec le consentement des autres (art. 378 al. 2 CC).

Le représentant désigné par le patient

Le patient peut cependant exercer son droit à l'autodétermination. Il peut agir et désigner de façon anticipée une personne (un membre de la famille, un ami, un professionnel) chargée de prendre les décisions médicales nécessaires à sa place pour le cas où il deviendrait incapable de discernement. Cette personne désignée sera seule habilitée en tant que représentant thérapeutique le moment venu (art. 378 al. 1 ch. 1 CC). Les mesures personnelles anticipées peuvent prendre deux formes: le mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss CC) ou les directives anticipées (art. 370 ss CC)¹¹.

La première possibilité donne des pouvoirs plus larges que la seconde. En effet, le mandat pour cause d'incapacité permet au mandant de charger une personne de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de le représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où l'incapacité de discernement surviendrait (art. 360 CC). Il ne règle donc pas uniquement les situations de maladie¹². Il peut être constitué en la forme authentique ou olographe, c'est-à-dire écrit à la main en entier, daté et signé de la main du mandant. Il est possible de demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale (art. 361 CC).

⁸ MANAI Dominique, *op. cit.*, p. 313.

⁹ Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 p. 6670.

¹⁰ Cette contribution se veut succincte. Il n'est donc pas traité de la situation rare du patient sans proche désigné par la loi.

¹¹ Vu le but de la contribution, il n'est pas traité ci-après de l'éventuelle contestation de la validité des mesures, des éventuels conflits entre représentants, de l'éventuel non-respect des mesures par le médecin, de la modification ou révocation des mesures, ni de l'éventuelle coexistence de mesures. L'auteure se tient cependant à disposition.

¹² UMMEL Marinette/HARARI Juliette, *Testament et mesures personnelles anticipées dans le domaine médical*, in: La Harpe Romano et al. (édit.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, p. 299.



L'Etude
SWISS LAWYERS

LAWYERS WITH ATTITUDE



TIFFAINE STEGMÜLLER
AVOCATE STAGIAIRE

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG
21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE
17, RUE DU PORT FRANC
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM
LETUDE@LETUDE.CH



Les directives anticipées, quant à elles, concernent la désignation de la personne appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à administrer au patient et à décider en son nom (art. 370 al. 2 CC). Elles peuvent comporter alternativement ou cumulativement les traitements médicaux auxquels la personne consent ou non et d'éventuelles instructions en cas d'incapacité de discernement (art. 370 al. 1 CC)¹³. Il est aussi possible de préciser les critères sur lesquels le médecin devra se fonder pour établir la volonté présumée du patient, de décrire les objectifs thérapeutiques (par exemple, le maintien en vie, l'atténuation de la douleur) et les échelles de valeurs déterminantes dans le contexte de la santé et de la maladie (par exemple, ses conceptions de vie, ses peurs, ses souhaits, ses attentes et ses espoirs), voire l'utilisation du corps après la mort¹⁴. À l'heure du Covid-19 et notamment du débat sur l'efficacité de la chloroquine et de l'hydroxychloroquine¹⁵ pour soigner cette pathologie, il peut être également utile de préciser dans quelles mesures des nouveaux traitements, non encore validés et reconnus (mais utilisés en Suisse), sont acceptés. Ces directives sont faciles à mettre en place. Il suffit de les rédiger en la forme écrite, de les dater et de les signer (art. 371 al. 1 CC). Sur internet, il existe même des formulaires qu'il suffit de remplir et signer¹⁶. L'auteur a la possibilité de faire inscrire la constitution et le lieu du dépôt des directives sur sa carte d'assuré (art. 371 al. 2 CC)¹⁷, afin que le médecin soit directement au courant de l'existence de celles-ci et qu'il les respecte. Il peut également les confier à son médecin traitant.

Conclusion

Cette période de pandémie devrait pousser chacun d'entre nous, en particulier les personnes vulnérables¹⁸, à réfléchir à ce qu'il en serait et à ce que nous souhaiterions si le pire devait arriver (et d'ailleurs pas seulement en cas d'infection au coronavirus), même si cette réflexion peut être désagréable, voire source d'anxiété. Si vous avez confiance en vos proches désignés par la loi, il est utile de discuter de ces questions avec eux et de leur faire part de vos souhaits quant à la prise en charge médicale, éventuellement par écrit. Si vous préférez désigner une personne, voire préciser les traitements médicaux auxquels vous consentez ou pas, il vous faut songer à la rédaction d'un mandat pour cause d'incapacité ou de directives anticipées, la seconde option étant la plus simple. La loi facilite cet exercice en disposant que la forme écrite suffit pour la rédaction de directives pour autant que votre signature et la date figurent sur le document. À vos stylos !

¹³ Le chapitre 4 relatif au contenu des directives anticipées disponible dans les directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales « Directives anticipées » (état 2013) peut aider à la rédaction de celles-ci. Voir également à ce sujet: Les directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales « Mesures de soins intensifs » (état 2013), p. 1 ss.

¹⁴ FOUNTOLAKIS Christiana/GAIST Christina, *Les mesures personnelles anticipées: les directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'incapacité*, FamPra 04/2012 p. 867 ss.

¹⁵ Cette substance active pour le traitement du Covid-19 figure cependant dans la liste des biens médicaux importants, soit ceux nécessaires de toute urgence pour prévenir et combattre le coronavirus (not. art. 4d et Annexe 4 Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus [Covid-19], état au 17 avril 2020 [RS 818.101.24] ; ci-après Ordonnance Covid-19) et dans la liste des exceptions à l'autorisation de mise sur le marché de médicaments (art. 4f et Annexe 5 Ordonnance Covid-19).

¹⁶ Le site officiel suivant « <https://www.ch.ch/fr/directives-anticipees/> » renvoie aux formulaires en fonction du domicile.

¹⁷ Pour autant que la carte permette le stockage de cette donnée, ce qui ne semble pas être le cas de toutes les cartes d'assurance. Voir à ce sujet: Ordonnance du 14 février 2007 sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins (RS 832.105).

¹⁸ Au sens de l'art. 10b et de l'Annexe 6 Ordonnance Covid-19.