



Normes à respecter en matière de droits humains lors d'un placement non volontaire en maison de retraite ou en EMS

Avis de droit illustré par le cas de personnes atteintes de démence sénile

Jörg Künzli

Nula Frei

Vijitha Fernandes-Veerakatty

Berne, 8 mars 2016

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Domaine thématique Police et justice

Schanzeneckstrasse 1, 3012 Berne

Tél. +41 31 631 48 21, joerg.kuenzli@oefre.unibe.ch

AUTEUR-E-S

Jörg Künzli

Docteur en droit, professeur ordinaire de droit public et droit international à l'Institut de droit public de l'Université de Berne, responsable du domaine thématique Police et justice du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Nula Frei

Master en droit, assistante à l'Institut de droit public de l'Université de Berne et collaboratrice scientifique au domaine thématique Police et justice du CSDH

Vijitha Fernandes-Veerakatty

Master en droit, avocate, assistante à l'Institut de droit public de l'Université de Berne et collaboratrice scientifique au domaine thématique Police et justice du CSDH

Cette étude reflète l'opinion de ses auteurs et n'engage que le Centre suisse de compétence pour les droits humains.

La présente version de l'étude est une traduction de l'étude originale rédigée en allemand et achevée le 8 mars 2016. Les évolutions survenues depuis lors n'ont pas été prises en compte ici. La version originale de l'étude fait foi.

Traduction : Nadine Cuennet Perbellini, Jean-François Cuennet

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS	1
RÉSUMÉ	4
I. Introduction	5
1. Mandat	5
2. Délimitation du champ d'étude et enjeux	5
3. Structure de l'étude	7
II. Le placement dans une institution pour personnes âgées, une privation de liberté ?.....	8
III. Sources juridiques.....	11
1. Sources juridiques internationales	11
2. Sources juridiques en Suisse	14
IV. Principe général : respect de la dignité, de l'autonomie et de la liberté de décision de la personne atteinte de démence	17
V. Problématiques choisies	19
1. Décision de placement.....	19
1.1. Principes du droit international	19
1.2. Cadre légal en Suisse	21
1.3. Conclusion du chapitre.....	22
2. Logement et contacts sociaux.....	22
2.1. Principes du droit international	22
2.2. Cadre légal en Suisse	24
2.3. Conclusion du chapitre.....	25
3. Vie privée	25
3.1. Principes du droit international	25
3.2. Cadre légal en Suisse	26
3.3. Conclusion du chapitre.....	26
4. Soins de santé et médication forcée	27
4.1. Principes du droit international	27
4.2. Cadre légal en Suisse	29
4.3. Conclusion du chapitre.....	30
5. Mesures limitant la liberté de mouvement.....	31
5.1. Principes du droit international	31
5.2. Cadre légal en Suisse	32
5.3. Digression : loi autrichienne régissant le séjour en institution	33
5.4. Conclusion du chapitre.....	33
6. Voies de recours et surveillance	34
6.1. Principes du droit international	34
6.2. Cadre légal en Suisse	35
6.3. Conclusion du chapitre.....	37
VI. Conclusion	37
BIBLIOGRAPHIE	38

ABRÉVIATIONS

A	Autriche
ACE	Arrêté du Conseil-exécutif
AG	Canton d'Argovie
al.	Alinéa
art.	Article
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral (publié)
BE	Canton de Berne
BGBI.	Recueil officiel des lois (Bundesgesetzblatt)
c.	Contre
c.-à-d.	C'est-à-dire
CAT	Comité des Nations Unies contre la torture
CC	Code civil du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDS	Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé
CDCS	Comité européen pour la cohésion sociale
CDDH	Comité directeur pour les droits de l'homme
CDDH-AGE	Groupe de rédaction CDDH pour les droits de l'homme des personnes âgées
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées, Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, RS 0.109
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101
cf.	Voir
ch.	Chiffre(s)
CIVESS	Coordination interservices de visites en établissements sanitaires et sociaux
CNPT	Commission nationale de prévention de la torture
consid.	Considérant
Convention contre la torture	Convention des Nations Unies du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, RS 0.105

Convention relative à 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
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CRPD	Comité des Nations Unies des droits des personnes handicapées
CSE	Charte sociale européenne
CS-QV	Groupe de spécialistes du CDCS sur l'amélioration de la qualité de vie des personnes âgées dépendantes
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
Cst-BE	Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993, RSB 101.1
D	Allemagne
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police
Édit.	Éditeurs
EG KESR-ZH	Loi cantonale zurichoise du 25 juin 2012 d'application du droit de protection de l'enfant et de l'adulte, LS 232.3
EG ZGB-LU	Loi cantonale lucernoise du 20 novembre 2000 d'application du Code civil suisse, SRL 200
EMS	Établissement médico-social
etc.	Et cætera
FMH	Fédération des médecins suisses
GesG-ZH	Loi cantonale zurichoise du 2 avril 2007 sur la santé, LS 810.1
Heimaufsichtsverordnung-TG	Ordonnance du 22 novembre 2005 du Conseil d'État du canton de Thurgovie sur la surveillance des établissements d'accueil, RB 862.51
let.	Lettre
Loi sur la santé-VD	Loi sur la santé publique du canton de Vaud du 29 mai 1985, RSV 800.01
LPEA-BE	Loi du 1 ^{er} février 2012 sur la protection de l'enfant et de l'adulte du canton de Berne, BSG 213.316
LS	Recueil de lois du canton de Zurich (Loseblattsammlung)
LU	Canton de Lucerne

N°	Numéro
OFoy BE	Ordonnance cantonale bernoise du 18 septembre 1996 sur les foyers et les ménages privés prenant en charge des personnes tributaires de soins, RSB 862.51
ONU	Organisation des Nations Unies
OPAH	Office des personnes âgées et handicapées du canton de Berne
OPat BE	Ordonnance cantonale bernoise du 23 octobre 2002 sur les droits et les devoirs des patients et patientes et des professionnels et professionnelles de la santé (Ordonnance sur les patients et les professionnels de la santé), RSB 811.011
p.	Page
Pacte II de l'ONU	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2
par ex.	Par exemple
Patientengesetz-ZH	Loi sur les patientes et les patients du 5 avril 2004 du canton de Zurich, LS 813.13
Patientenreglement-LU	Règlement cantonal lucernois du 20 novembre 2007 sur les droits et obligations des patientes et des patients, SRL 820b
Pflegegesetz-ZH	Loi cantonale zurichoise du 27 septembre 2010 sur les soins, LS 855.1
Pflegeverordnung-ZH	Ordonnance cantonale zurichoise du 22 novembre 2010 sur les soins, LS 855.11
RB Thurgauer Rechtsbuch	Recueil systématique de la législation thurgovienne
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
s./ss.	Suivant / suivants
SRL	Recueil systématique de la législation lucernoise
SSG	Société suisse de gérontologie
VD	Canton de Vaud
ZH	Canton de Zurich

RÉSUMÉ

La question des droits humains est rarement évoquée lorsqu'il s'agit du placement de personnes âgées – et en particulier de personnes atteintes de démence – dans des homes.

Ce silence ne manque pas d'étonner, notamment si l'on pense que les institutions prenant en charge des personnes âgées sont susceptibles d'être le théâtre de graves violations des droits humains, comme toutes celles dans lesquelles les individus sont totalement livrés aux organismes publics ou aux institutions de soin de droit privé qui les prennent en charge. De plus, ce risque augmente avec la vulnérabilité des personnes hébergées, une vulnérabilité qui, comme pour les enfants en bas âge, est particulièrement marquée chez les individus aux capacités cognitives diminuées. À l'échelle internationale, on observe une prise de conscience de la gravité de la situation, et plusieurs groupes d'experts et d'expertes se sont exprimés dernièrement sur le sujet. En Suisse par contre, il semble qu'on n'ait jamais ou presque jamais abordé la prise en charge des personnes âgées sous l'angle des droits humains.

Si ce domaine est d'une importance si capitale pour les droits humains, c'est aussi parce que la perte ou le manque de discernement des personnes atteintes de démence soulèvent de nombreuses questions juridiques complexes pour les institutions. Or, ces questions, qui ne peuvent être que rapidement abordées dans le présent avis de droit, passent souvent totalement inaperçues dans la pratique professionnelle. Mentionnons notamment la question de savoir à quel moment un placement non volontaire dans une institution publique ou privée, qu'il ait été ordonné par l'administration ou par les proches, constitue une privation de liberté, ou encore celle de la médication et de la sédation, dont l'appréciation juridique est particulièrement difficile.

Cela étant, il ne semble donc pas satisfaisant que la législation en vigueur en Suisse soit encore bien plus fragmentée dans ce domaine que dans d'autres branches régies principalement par le droit cantonal, comme l'exécution des peines, même si cela s'explique en partie par le fait que cette question transversale relève tant de la santé et de l'aide sociale que des assurances sociales. En outre, il semble d'autant moins possible de ne pas écouter les appels à légiférer en la matière si l'on pense que le présent avis de droit se limite à une catégorie relativement réduite de personnes, et qu'il serait encore bien plus complexe si l'on étendait son rayon de recherche. Comme source d'inspiration pour de futures démarches, nous proposons les exemples de l'Autriche et de l'Allemagne, qui se sont dotées de bases juridiques à l'échelle de l'État fédéral ou des Länder pour régler l'ensemble de la problématique.

Autre fait surprenant concernant cette problématique, la jurisprudence peu abondante des tribunaux suisses comme des cours étrangères, telles que la CourEDH par exemple. À y regarder de plus près, cette situation illustre cependant bien le déficit structurel qui existe en matière de garanties procédurales pour les droits humains dans les institutions se consacrant à l'hébergement de personnes atteintes de démence : les plaintes individuelles n'apportent en effet pas la protection souhaitée. Il est donc essentiel de se doter dans le domaine d'une autorité de surveillance efficace, la plus indépendante possible et appliquant autant que faire se peut des normes similaires sur l'ensemble du pays, ou même d'assigner automatiquement un-e représentant-e juridique à toute personne atteinte de démence hébergée dans une institution, comme cela se fait en Autriche. Un premier pas vers une unification des procédures juridiques pourra être fait par la CNPT, puisqu'elle visitera à l'avenir également les établissements de soins. Plus généralement, il est cependant indispensable que les acteurs impliqués reconnaissent tous la nécessité de se doter de procédures garantissant les droits de cette catégorie de personnes extrêmement vulnérables.

I. INTRODUCTION

1. Mandat

La Confédération a chargé le Centre suisse de compétence pour les droits humains (plus précisément son domaine thématique Police et justice) de mener une *Étude succincte sur la mise en œuvre des droits humains dans le domaine des placements à des fins d'assistance*.

2. Délimitation du champ d'étude et enjeux

Les placements à des fins d'assistance peuvent concerner diverses catégories de personnes : les enfants et les jeunes, les porteurs de handicap, les personnes souffrant d'une dépendance, les personnes âgées, etc. Il tombe sous le sens que les conventions internationales applicables, tout comme la législation nationale, peuvent varier considérablement en fonction de la catégorie à laquelle appartient la personne placée à des fins d'assistance. La présente étude se limite par conséquent *aux droits humains applicables aux personnes âgées¹ atteintes de démence sénile placées de force dans des maisons de retraite ou des établissements médico-sociaux (EMS)*.

Les personnes atteintes de démence sénile comptent parmi les plus vulnérables, non seulement au sein de la société en général, mais aussi parmi les personnes placées de force². Elles sont en fait doublement vulnérables, en raison de leur âge d'une part et de leur maladie d'autre part³, car la perte de leurs aptitudes mentales, qui réduit leur autonomie, les rend plus susceptibles d'être victimes de violences, de maltraitance ou de négligence⁴. La manière dont elles sont prises en charge lorsqu'elles sont placées de force, par exemple dans des institutions pour personnes âgées⁵, soulève par conséquent des questions relevant directement des droits humains.

Les études menées sur le sujet permettent de conclure qu'en Suisse, près des deux tiers des pensionnaires des EMS sont atteints de démence, et qu'un diagnostic de démence a été posé pour deux tiers seulement d'entre eux (et donc pour 40 % des pensionnaires de EMS). Pour les

¹ On entend généralement par « personnes âgées » les individus de plus de 65 ans.

² LUKASOVÁ et HRADILOVÁ 2014, p. 4. La notion de démence regroupe plusieurs types de maladies cérébrales, qui se définissent par des pertes de mémoire combinées à d'autres atteintes telles que l'agnosie et les troubles de la parole, de la locomotion et des fonctions exécutives. Perturbations de l'état émotionnel et réduction du contrôle des émotions et du comportement social font également partie des symptômes. Dans sa forme la plus fréquente, la démence provoque des modifications dégénératives du cerveau qui génèrent une maladie d'Alzheimer. La démence vasculaire, qui est provoquée notamment par des troubles de la circulation cérébrale, est elle aussi fréquente (voir ECOPLAN, p. 6)

³ Cf. aussi la let. P du Préambule de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, dans lequel les États signataires se disent « préoccupés par les difficultés que rencontrent les personnes handicapées, qui sont exposées à des formes multiples ou aggravées de discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique, autochtone ou sociale, la fortune, la naissance, l'âge ou toute autre situation ; (c'est nous qui ajoutons les italiques).

⁴ Cf. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ 2011, p. 29 ss ; voir aussi Experte indépendante chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme, 19 septembre 2014 et Maltraitance des personnes âgées : évaluation du problème et propositions d'action à l'échelle mondiale, rapport du Secrétaire général, E/CN.5/2002/PC/2, 9 janvier 2002, ch. 19 ; voir aussi Poursuite de l'application du Plan d'action international de Madrid sur le vieillissement adopté en 2002, rapport du Secrétaire général, E/CN.5/2014/4, 16 décembre 2013, ch. 28 ainsi que Rapport intérimaire du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/63/175, 28 juillet 2008, ch. 50.

⁵ Cf. infra, ch. II.

autres, il n'y a que soupçon de démence. En d'autres termes, on estime qu'en Suisse, près de la moitié des 110 000 personnes atteintes de démence vivent dans une institution pour personnes âgées⁶.

La plupart des personnes atteintes de démence qui vivent dans des maisons de retraite ou des EMS n'ont pas fait l'objet d'un placement à des fins d'assistance, mais y ont été admises sur demande de leurs proches, sans démarche judiciaire particulière⁷. Toute personne placée contre sa volonté ou sans son accord se trouve de fait dans une situation similaire à celle des personnes atteintes de démence placées à des fins d'assistance, mais comme, d'un point de vue juridique, elle ne bénéficie pas des garanties de fond et de forme du CC qui protègent les personnes placées à des fins d'assistance, elle ne pourra pas s'en prévaloir : en particulier, elle ne dispose pas d'une décision attaquable, ni, par conséquent, de la possibilité de faire examiner son cas par un ou une juge. Pour autant, les principes des droits humains restent applicables, quel que soit le type de placement.

Lorsqu'on aborde, en Suisse, la question du placement de personnes atteintes de démence séniile dans des maisons de retraite ou des EMS, on le fait rarement sous l'angle juridique, mais plutôt sous celui de la morale, de l'éthique ou parfois encore de questions pratiques⁸. Autant dire que le sujet est encore très peu analysé sous l'angle des droits humains⁹. Il est regrettable que l'on accorde si peu d'importance aux droits humains dans le domaine de la prise en charge des personnes atteintes de démence. En effet, la référence aux droits humains permettrait non seulement d'apporter des réponses contraignantes à certaines questions concernant notamment les normes matérielles applicables au placement, mais aussi – ce qui semble particulièrement important eu égard à la vulnérabilité de ces individus – de définir les motifs qui justifient l'intervention des pouvoirs publics pour instruire les faits et protéger les pensionnaires en cas de maltraitance ou de négligence de la part du personnel des institutions, que celles-ci soient privées ou publiques.

Il en va de même au plan international, puisque les normes légales reflètent très peu, même à cet échelon-là l'importance des droits humains dans la prise en charge en institution de personnes atteintes de démence. On ne dispose donc pour l'heure ni de normes contraignantes en matière de droits humains, ni d'un cadre global pour cette question¹⁰. Des voix commencent toutefois à se faire entendre : l'experte du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme demande par

⁶ Cf. les indications données dans la Stratégie nationale en matière de démences 2014 – 2017, p. 14 et ECO-PLAN, p. 25.

⁷ Il y a également placement forcé lorsqu'une personne qui est entrée de son plein gré dans une institution commence à souffrir de démence et que la suite de son placement se fait à des fins d'assistance (art. 427 CC) ou sur demande de ses proches.

⁸ La Stratégie nationale en matière de démence mentionne comme l'un de ses objectifs que le traitement, l'accompagnement et les soins fournis aux personnes atteintes de démence (les mesures privatives de liberté étant explicitement mentionnées) doivent se faire selon des *directives éthiques*, sans faire toutefois référence à des dispositions légales (Objectif 5, projet 5.1 Stratégie nationale en matière de démences 2014 - 2017).

⁹ Voir aussi des constats semblables pour la Grande-Bretagne : KELLY et INNES, p. 64 ; ainsi que pour l'Autriche : MÜLLER et WALTER, ch. I. avec renvois.

¹⁰ Cf. infra, ch. III.1.

exemple que les États se fondent systématiquement sur les droits humains pour élaborer leur action en matière de démence sénile¹¹.

3. Structure de l'étude

La présente étude s'ouvre sur une question fondamentale : le fait de placer de force ou sans son consentement manifeste une personne atteinte de démence dans un établissement médico-social (EMS) ou une maison de retraite constitue-t-il une privation de liberté, et place-t-il cette personne sous la protection des normes relatives aux droits humains applicables en la matière (chap. II) ? Nous nous penchons ensuite sur les conventions internationales qui s'appliquent au placement forcé de personnes atteintes de démence et sur les bases légales en Suisse (chap. III). Après avoir explicité le principe du respect de la dignité, de l'autonomie et de la liberté de décision, qui est essentiel pour la question qui nous occupe (chap. IV), nous examinons certains aspects du placement de ces personnes qui sont directement en lien avec les droits humains, comme la décision de placement, le type de logement, le respect de la vie privée, le traitement médical (y compris le traitement médical forcé), les mesures limitant la liberté de mouvement et les voies de droit (chap. V).

Pour chacun de ces aspects, nous présentons les principes du droit international et donnons des indications sur le cadre juridique suisse. Nous faisons aussi référence, à titre d'exemple, et sans aucune prétention d'exhaustivité, au cadre juridique souvent très fragmenté des cantons. Signalons que nous nous sommes limités à présenter les dispositions internationales et nationales d'ordre général en la matière, et que nous n'avons pas tenté d'évaluer leur mise en œuvre dans la pratique, car cela aurait largement dépassé la portée de cette étude.

¹¹ Voir par ex. l'experte du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme, communiqué de presse du 16 mars 2015.

II. LE PLACEMENT DANS UNE INSTITUTION POUR PERSONNES ÂGÉES, UNE PRIVATION DE LIBERTÉ ?

D'un point de vue objectif, on entend par privation de liberté, au sens de l'art. 5 al. 1 CEDH, *le placement ou la détention d'une personne dans un espace délimité et pour une période déterminée*¹². D'un point de vue subjectif il faut, pour qu'il y ait privation de liberté, *que la personne en question n'ait pas donné son accord de manière valable*¹³. Pour savoir si un placement constitue une privation de liberté, il faut prendre en compte tous les aspects en présence : type, durée et conséquences des mesures¹⁴. La CourEDH souligne qu'il n'y a pas de différence de nature, mais seulement de degré, entre la privation de liberté et la restriction de liberté (celle-ci ne relevant pas de l'art. 5 CEDH)¹⁵. Il lui est d'ailleurs arrivé à plusieurs reprises de considérer qu'un placement dans un EMS, une institution pour personnes handicapées ou une clinique psychiatrique privée constituait une privation de liberté. Nous présentons ci-après les critères déterminants en la matière.

Le *critère objectif* de la privation de liberté – le fait d'être retenu dans un espace délimité et pour une période déterminée – est rempli dans le cas d'un placement en institution lorsque la personne concernée est contrôlée en permanence par le personnel¹⁶, ou lorsqu'elle n'est pas libre de quitter l'établissement, mais doit à cet effet demander une permission de sortie, par exemple¹⁷. Le fait que la personne soit placée dans une division fermée peut tout à fait être de nature à faire conclure qu'il y a privation de liberté, mais n'est en soi pas déterminant¹⁸. À ce propos, la CourEDH signale qu'il peut aussi y avoir privation de liberté lorsque la division ou la chambre n'est pas fermée (ou ne peut être fermée)¹⁹. Si la personne qui quitte sans autorisation l'institution dans laquelle elle est placée est recherchée et ramenée par la police, nous sommes là en présence d'un autre indice de privation de liberté²⁰. Un élément supplémentaire à prendre en compte est la possibilité de rester en contact avec des personnes en dehors de l'institution ou de la clinique²¹. Enfin, signalons qu'il importe peu que l'établissement soit privé ou public, car en cas de placement dans un établissement privé, les États ont le devoir positif de protéger les individus de toute privation de liberté non justifiée²².

¹² MEYER-LADEWIG, p. 91 s. ; Frowein et Peukert, p. 78.

¹³ MEYER-LADEWIG, p. 91 s. ; CourEDH, *Storck c. Germany*, 61603/00 (2005), ch. 74.

¹⁴ CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, 7367/76 (1980), ch. 92 ; *Nielsen c. Danemark*, 10929/84 (1988), ch. 67 ; *H.M. c. Suisse*, 39187/98 (2002), ch. 42.

¹⁵ CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, 7367/76 (1980), ch. 93.

¹⁶ CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 73 ; *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 128.

¹⁷ CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 73 ; CourEDH, *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 124 à 126 ; *K.C. c. Pologne*, 31199/12 (2014), ch. 53.

¹⁸ CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 73.

¹⁹ CourEDH, *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 124 ; *H.L. c. Grande-Bretagne*, 45508/99 (2004), ch. 92.

²⁰ CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 73 ; *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 127. Il faut également tenir compte ici qu'en vertu de leurs devoirs de vigilance, les institutions pour personnes atteintes de troubles psychiques ont l'obligation de faire rechercher les personnes disparues. Voir à ce sujet CourEDH, *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 127.

²¹ CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 73 ; CourEDH, *H.M. c. Suisse*, 39187/98 (2002), ch. 45.

²² Cf. CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 102 ; *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 120-124 ; *Shtukaturov c. Russie*, 44009/05 (2008), ch. 110.

D'un *point de vue subjectif*, et comme nous l'avons déjà mentionné, il faut, pour qu'il y ait privation de liberté, que la personne en question n'ait pas donné son accord de manière valable²³. L'approbation est présumée lorsque l'intéressé-e exprime sa satisfaction quant au placement, du moins s'il jouit d'une capacité de discernement intacte²⁴. En d'autres mots, pour constituer une privation de liberté, un placement doit se faire soit contre la volonté de la personne concernée, soit sans sa volonté. Il n'est à cet égard a priori pas déterminant que la personne ait accepté la mesure, par exemple en se rendant d'elle-même à l'institution²⁵ ou qu'elle ne demande pas à en sortir, en particulier lorsqu'elle n'est pas capable d'exercer ses droits²⁶. Même dans ces cas, le placement peut constituer une privation de liberté, ou, surtout, en devenir une.

Si, par manque de discernement, la personne n'est a priori pas à même d'exprimer sa volonté, aucune approbation valable n'est possible²⁷. Dans ces cas, la CourEDH accorde une grande importance aux indices objectifs mentionnés ci-dessus (et notamment à la question de savoir si la personne est constamment surveillée et contrôlée par le personnel, et si elle serait libre de quitter l'établissement)²⁸. La Cour souligne toutefois aussi qu'un manque de discernement ne signifie pas pour autant que la personne ne puisse pas comprendre sa situation²⁹. Il convient donc de prendre en compte, chez ces personnes-là également, la volonté exprimée de manière implicite ou explicite : la personne a-t-elle tenté (à plusieurs reprises) de s'échapper³⁰, a-t-elle dit au personnel être mécontente de vivre dans l'institution en question³¹ ? Le fait de présenter des demandes de libération doit également être considéré comme un indice de désapprobation de la mesure³², de même que le fait de refuser explicitement d'approuver le placement (refus de signer le formulaire d'entrée dans l'établissement, par exemple³³).

Il ressort par conséquent de la jurisprudence de la CourEDH qu'un placement en institution peut tout à fait être qualifié de privation de liberté. D'autres organismes partagent cet avis, comme le Comité de l'ONU contre la torture, qui classe les homes pour personnes âgées parmi les « lieux de privation de liberté », dans lesquels les États sont tenus d'interdire la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et d'indemniser les éventuelles victimes³⁴. En Suisse, la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) considère elle aussi que ces institutions relèvent de son mandat, qui s'étend à la situation de toute personne privée de liberté³⁵. La CNPT est d'avis que cette définition comprend « tous les lieux où l'État retient contre leur gré des personnes qui, de ce fait, ont un statut spécial par rapport à l'État. Font partie de ces lieux tous les postes de police, les établissements de détention avant jugement et ceux

²³ MEYER-LADEWIG, p. 91 s. ; CourEDH, *Storck c. Germany*, 61603/00 (2005), ch. 74.

²⁴ CourEDH, *H.M. c. Suisse*, 39187/98 (2002), ch. 47 s.

²⁵ CourEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 2832/66, 2835/66 et 2899/66 (1971), ch. 65 ; voir aussi *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 75.

²⁶ CourEDH, *H.L. c. Grande-Bretagne*, 45508/99 (2004), ch. 90.

²⁷ CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 76.

²⁸ CourEDH, *H.L. c. Grande-Bretagne*, 45508/99 (2004), ch. 91.

²⁹ CourEDH, *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 130.

³⁰ CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 44009/05 (2008), ch. 108 ; CourEDH, *H.M. C. Suisse*, 61603/00 (2005), ch. 76.

³¹ CourEDH, *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 130.

³² CourEDH, *Shtukurov c. Russie*, 44009/05 (2008), ch. 108 ; CourEDH, *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 130.

³³ Exemple tiré de CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 75.

³⁴ CAT, Observation générale n° 2 : Application de l'art. 2 par les États parties, CAT/C/GC/2 (2008), ch. 15.

³⁵ Art. 2 let. a de la loi fédérale sur la Commission de prévention de la torture du 20 mars 2009, RS 150.1

d'exécution des peines, les lieux où des personnes sont détenues en vue de l'exécution d'un renvoi, les cliniques psychiatriques, les centres de désintoxication, et aussi les foyers et maisons d'éducation, les institutions pour personnes âgées et divers établissements de soins³⁶ ».

Le placement forcé d'une personne peut donc être qualifié de privation de liberté, et présente par conséquent des similitudes avec la détention. La dépendance accrue envers les membres du personnel de l'institution en est un exemple concret : la personne placée leur est totalement « livrée », et les personnes âgées atteintes de démence peuvent même être encore plus dépendantes d'eux que les détenu-e-s « ordinaires », en raison de leurs capacités mentales diminuées et donc de leur incapacité à s'opposer à des atteintes exagérées à leur liberté de mouvement ou à leur vie privée.

D'un point de vue juridique, cette similitude signifie avant tout que les garanties valables en cas de privation de liberté, telles qu'elles sont définies aux art. 5 CEDH et 9 Pacte II de l'ONU, s'appliquent également au placement forcé en home. Le motif licite exigé par l'art. 5 al. 1 CEDH pour détenir un individu est, dans ce cas, celui de l'aliénation (art. 5 al. 1 let. e CEDH).

³⁶ CNPT, Privation de liberté, à l'adresse : <http://www.nkvf.admin.ch/nkvf/fr/home/freiheitsentzug.html> (consulté le 15 décembre 2015). Voir aussi le communiqué de presse de la CNPT, dans lequel son président annonce vouloir examiner plus en profondeur la situation des établissements sociaux : Communiqué « Un nouveau président pour la CNPT » du 3 décembre 2015, <http://www.nkvf.admin.ch/nkvf/fr/home/publiservice/news/2015/2015-12-03.html> (consulté le 18 août 2016).

III. SOURCES JURIDIQUES

1. Sources juridiques internationales

Nous présentons ci-après un aperçu des sources du droit international qui s'appliquent au placement forcé en home de personnes atteintes de démence. Les dispositions qui appellent un approfondissement sont reprises dans le chapitre intitulé « Problématiques choisies ».

Il nous faut tout d'abord mentionner les traités généraux relatifs aux droits humains, et en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU) et, au plan européen, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Ces deux traités garantissent des droits essentiels pour le sujet qui nous occupe : le droit à la liberté et à la sécurité (art. 9 Pacte II de l'ONU et art. 5 CEDH³⁷) ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 17 Pacte II de l'ONU et art. 8 CEDH). Dans certains domaines, il est aussi possible d'invoquer l'interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants, qui figure dans ces deux traités (art. 7 Pacte II de l'ONU et art. 3 CEDH), et également aux art. 2 ss. de la Convention des Nations Unies contre la torture (CAT).

La *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)*, que la Suisse a ratifiée en 2014, est un instrument dont l'importance a jusqu'à présent été sous-estimée pour le domaine des personnes atteintes de démence en placement non volontaire. La démence sénile, comme maladie psychogériatrique, entre en effet dans la définition³⁸ que donne l'art. 1 CDPH des « personnes handicapées » : « 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. »³⁹ La Convention reconnaît d'une part des droits spécifiques aux porteurs de handicap et d'autre part certains droits universels particulièrement importants dans la réalité quotidienne des personnes handicapées. Pour notre sujet, nous relèverons les droits suivants :

- le droit à la liberté et à la sécurité de la personne (art. 14 CDPH) ;
- le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 15 CDPH) ;
- le droit à ne pas être soumis à l'exploitation, à la violence et à la maltraitance (art. 16 CDPH) ;
- le droit au respect de l'intégrité physique et mentale (art. 17 CDPH) ;
- le droit à l'autonomie de vie et à l'inclusion dans la société (art. 19 CDPH) ;

³⁷ Cf. supra ch. II.

³⁸ La CDPH se limite à décrire la notion de « personne handicapée » ; elle n'en donne pas une définition juridique, mais circonscrit le phénomène à des fins pratiques. Elle évite sciemment de définir le handicap, car un handicap est toujours déterminé socialement : ce qui est considéré comme un handicap dans une société donnée peut être normal dans une autre, cf. KANTER, p. 551.

³⁹ Pour des explications détaillées, voir MÜLLER et WALTER, ch. I, avec renvois. Il ressort également de la pratique du Comité des droits des personnes handicapées que ce dernier considère que son mandat s'étend aux personnes âgées, voir CDPH, Observations finales sur le rapport de l'Allemagne, CRPD/C/DEU/CO/1, 13 mai 2015, ch. 37 s.

- le droit *au respect de la vie privée* (art. 22 CDPH) ainsi que
- le droit *à la santé* (art. 25 CDPH).

La Convention du Conseil de l'Europe 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, ou *Convention relative à la biomédecine*, que la Suisse a ratifiée en 2008, est pertinente pour les questions de traitement médical forcé. Elle consacre le principe du consentement libre et éclairé pour toute intervention médicale (art. 5) et contient des dispositions visant à protéger les personnes n'ayant pas la capacité de consentir (art. 6) et celles souffrant d'un trouble mental (art. 7) ainsi que des dispositions relatives aux situations d'urgence (art. 8) et d'autres sur les souhaits précédemment exprimés (art. 9).

La *Charte sociale européenne révisée* (CSE) prévoit des garanties pour les personnes handicapées (art. 15 CSE) et, de manière plus spécifique, pour les personnes âgées hébergées dans des homes (art. 21, al. 3 CSE). La Suisse n'en étant pas État partie, elle ne constitue pas une source juridique pertinente pour la présente étude. Nous y ferons toutefois référence pour illustrer les sujets sur lesquels il peut exister un consensus en Europe.

Il convient également de mentionner ici une série de résolutions et recommandations non contraignantes⁴⁰ du Conseil de l'Europe et d'organes des Nations Unies, auxquelles il est possible de faire référence pour préciser des garanties souvent formulées de manière très générale. Au plan mondial, aucune résolution ou recommandation n'aborde spécifiquement les droits des personnes atteintes de démence, ni en particulier les droits de celles d'entre elles qui vivent en EMS ; il n'existe que des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et du Conseil des droits de l'homme, qui traitent surtout des droits des personnes âgées et des personnes handicapées⁴¹. Notons que ces sources, lorsqu'elles sont antérieures à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, doivent toutefois être interprétées à la lumière de cette dernière⁴². À l'échelle européenne en revanche, le Conseil de l'Europe a formulé de nombreuses résolutions et recommandations sur la problématique du vieillissement de la population en général, appelant en particulier à respecter deux droits fondamentaux des personnes âgées, la dignité humaine et l'autonomie⁴³. De 1998 à 2002, le Groupe de spécialistes sur l'amélioration de la qualité de vie des personnes âgées dépendantes du Comité européen pour la cohésion sociale⁴⁴

⁴⁰ Font partie des instruments non contraignants, ou *soft law*, les résolutions ou déclarations d'organisations internationales qui, n'ayant pas de caractère contractuel, ne fondent certes pas de nouveaux droits ou obligations pour les États ou les individus, mais contribuent à l'interprétation et à la concrétisation des droits humains, ou peuvent servir de fondement à leur développement. cf. aussi ATF 118 Ia 70.

⁴¹ Voir par ex. Plan d'action des Nations Unies sur le vieillissement, Résolution de l'Assemblée générale A/RES/46/91 du 16 décembre 1991 ; Maltraitance des personnes âgées : évaluation du problème et propositions d'action à l'échelle mondiale, rapport du Secrétaire général, E/CN.5/2002/PC/2, 9 janvier 2002

⁴² FRA, p. 16.

⁴³ Comme par ex. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire : Résolution 1008 (1993) relative à une politique sociale en faveur des personnes âgées et de leur autonomie, 3 septembre 1993 ; Recommandation 1254 (1994) Éthique et politique des droits des personnes âgées dans le domaine politique et social, 10 novembre 1994 ; Recommandation 1428 (1999) Avenir des seniors : protection, participation, promotion, 23 septembre 1999 ; Recommandation 1591 (2003) Défis de la politique sociale dans nos sociétés vieillissantes, 27 septembre 2003 ; Résolution 1502 (2006) sur la cohésion sociale face aux défis démographiques, 2 mai 2006 ; Recommandation 1749 (2007) sur la situation des personnes âgées en Europe, 8 février 2007 ; Comité des Ministres : Recommandation Rec(94)9 aux États membres concernant les personnes âgées, 10 octobre 1994 ; Recommandation Rec(2009)6 aux États membres sur le vieillissement et le handicap au XXI^e siècle : cadres durables permettant une meilleure qualité de vie dans une société inclusive, 8 juillet 2009.

⁴⁴ Ce comité a été renommé Comité pour la cohésion sociale, la dignité humaine et l'égalité.

s'est penché précisément sur les droits des personnes âgées dépendantes et a formulé des recommandations concrètes⁴⁵. En 2012, le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) a chargé le CDDH-AGE, le Groupe de rédaction pour les droits de l'homme des personnes âgées, de créer un instrument non contraignant de promotion des droits de la personne âgée. Ce groupe de travail a identifié plusieurs domaines présentant des écueils pour les droits humains, comme le fait de placer de force des personnes âgées en institution ou de leur imposer un traitement médical. Sa recommandation CM/Rec(2014)2 sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées a été adoptée le 19 février 2014 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe⁴⁶.

Enfin, il convient de mentionner aussi les normes du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT). Si ces normes ne se réfèrent pas explicitement aux personnes âgées, elles n'en contiennent pas moins des dispositions essentielles sur le placement forcé et les moyens de contention dans les établissements psychiatriques⁴⁷ qui peuvent à notre avis s'appliquer par analogie au placement de personnes atteintes de démence dans des maisons de retraite ou des EMS.

Dans l'ensemble, on constate qu'aucune source juridique ne traite explicitement du respect des droits humains lors du placement, volontaire ou non, de personnes atteintes de démence, et que cette question se situe plutôt à l'intersection de différentes normes qui visent à protéger les personnes handicapées, les malades psychiques, les personnes âgées, les patient-e-s ainsi que les personnes détenues et d'autres personnes placées sans leur consentement.

Il faut aussi relever que la plupart des sources juridiques utilisées dans ce domaine ne sont pas contraignantes, ou sont des recommandations émanant d'acteurs internationaux isolés. Seuls les traités généraux relatifs aux droits humains (CEDH et Pacte II de l'ONU), la Convention relative aux droits des personnes handicapées ainsi que la Charte sociale européenne – que la Suisse n'a pas ratifiée – fixent des normes contraignantes pour la catégorie de personnes qui nous intéresse ici⁴⁸.

⁴⁵ Conseil de l'Europe, Rapport final de l'activité du Groupe de spécialistes sur l'amélioration de la qualité de vie des personnes âgées dépendantes (CS-QV). Recommandations du Groupe CS-QV.

⁴⁶ Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2014)2 du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées, 19 février 2014. Autres instruments non contraignants à prendre en compte : Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2006)5 du Comité des Ministres aux États membres sur le Plan d'action 2006-2015 du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et la pleine participation des personnes handicapées à la société : améliorer la qualité de vie des personnes handicapées en Europe, 5 avril 2006. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe s'est lui aussi exprimé sur la problématique du vieillissement de la population : Point de vue du commissaire aux droits de l'homme, « Les personnes âgées sont trop souvent ignorées et privées de la pleine jouissance de leurs droits fondamentaux », 8 avril 2008, et lors du Séminaire sur les droits de l'homme des personnes âgées placées dans des maisons de retraite ou des institutions, qui s'est tenu du 21 au 23 octobre 2001 : Conclusions.

⁴⁷ Normes CPT, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2011, chapitre III. Établissements psychiatriques, placement non volontaire en établissement psychiatrique, moyens de contention dans les établissements psychiatriques pour adultes.

⁴⁸ Nous n'aborderons pas ici la question de la justiciabilité de ces dispositions, c'est-à-dire de la possibilité pour les individus de les invoquer devant un tribunal. Signalons toutefois à cet égard que la jurisprudence reconnaît le caractère justiciable des garanties découlant de la CEDH ou du Pacte II de l'ONU et que le Conseil fédéral considère plusieurs dispositions de la Convention relative aux droits des personnes handicapées comme étant directement applicables. Cf. le Message portant approbation de la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 12 décembre 2012, FF 2013 601, p. 613 ss.

2. Sources juridiques en Suisse

La législation suisse est si fragmentée qu'il s'avère très difficile de dresser un tableau des dispositions qui s'appliquent au placement non volontaire de personnes atteintes de démence⁴⁹. Outre les droits fondamentaux garantis par la Constitution (art. 8, 10, 13, 29 et 29a), ce sont avant tout les dispositions du CC qui règlementent le domaine. Dans le CC, il faut distinguer les dispositions sur le placement à des fins d'assistance, qui figurent aux art. 426 ss, et les mesures relevant de la protection de l'adulte, qui peuvent être ordonnées pour toute personne privée de discernement (art. 360 ss CC). Parmi ces dernières, mentionnons en particulier les dispositions sur le séjour en institution (art. 382 ss CC).

Les législations cantonales sont parfois plus précises dans certains domaines. Ainsi, les lois cantonales sur la protection de l'adulte et de l'enfant concrétisent les dispositions du CC et déterminent en particulier l'organisation des autorités compétentes et la procédure devant l'autorité de protection et devant les tribunaux. Les compétences des autorités sont parfois aussi réglementées dans les lois sur l'organisation des tribunaux et les lois d'application du CC. De plus, dans leurs domaines de compétence (législation sur la santé et sur l'aide sociale), les cantons adoptent des dispositions complémentaires sur les mesures prises dans le cadre de placements à des fins d'assistance, le statut juridique des personnes vivant dans des homes ainsi que les exigences posées aux institutions de soin et à leur personnel. En outre, les cadres législatifs déterminant l'octroi des subventions⁵⁰ et des autorisations d'exploiter⁵¹ contiennent eux aussi des dispositions qui s'appliquent aux institutions de prise en charge et de soin ainsi qu'aux placements. Plusieurs cantons fixent par ailleurs la dotation minimale en personnel soignant des maisons de retraite et des EMS⁵². Les dispositions sur la prise en charge, les soins et les mesures en général ainsi que sur le placement à des fins d'assistance se retrouvent donc réparties dans plusieurs actes législatifs. Dans le canton de Zurich par exemple, les dispositions en la matière sont à rechercher dans la loi cantonale d'application du droit de la protection de l'adulte et de l'enfant⁵³, dans la loi sur la santé⁵⁴, dans la loi sur les patients⁵⁵, dans la loi sur les soins⁵⁶ ainsi que dans l'ordonnance sur la fourniture de soins⁵⁷.

⁴⁹ Ce tableau serait encore bien plus complexe si l'on prenait en compte le placement forcé de jeunes ou d'adultes ne souffrant pas de démence.

⁵⁰ Comme dans le canton de Berne : OPAH, Programme des locaux dans les EMS. Projets de construction ou de transformation dans les établissements médico-sociaux du canton de Berne : Consignes et recommandations pour la planification et l'exécution des travaux du 10 juin 2013, à l'adresse http://www.gef.be.ch/gef/fr/index/direktion/organisation/alba/formulare/alters-_und_pflegeheime.assetref/dam/documents/GEF/ALBA/fr/Downloads_Publikationen/Alter/Bauvorhaben_AP_H_2013_fr.pdf (consulté le 18 août 2016).

⁵¹ Dans le canton de Berne par ex., il faut, en vertu de l'art. 13 OFoy-BE, lors de toute demande d'autorisation d'exploiter, démontrer que les normes des art. 7 ss. OFoy BE sont respectées (dotation suffisante en locaux, en personnel, etc).

⁵² Comme le canton de Vaud : Directive concernant les exigences de dotation minimale en personnel soignant dans les établissements médico-sociaux et les divisions C d'hôpitaux, en ligne à l'adresse http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dsas/sash/Directive_dotation_01.09.07.pdf (consulté le 18 août 2016).

⁵³ EG KESR-ZH.

⁵⁴ GesG-ZH.

⁵⁵ Patientengesetz-ZH.

⁵⁶ Pflegegesetz-ZH.

⁵⁷ Pflegeverordnung-ZH.

Il existe aussi des dispositions communales, comme les règlements sur les établissements médico-sociaux⁵⁸. Enfin, les entités privées qui exploitent des institutions pour personnes âgées (fondations, sociétés anonymes, etc.) se dotent elles aussi souvent d'un règlement⁵⁹ qui porte généralement sur les conditions et les formalités d'admission, l'attribution et l'aménagement des chambres, le calcul des prix et des taxes, la sortie (en cas de décès également), et fixe même parfois des principes de prise en charge médicale (libre choix du médecin, soins de haut niveau, etc.). De plus, il arrive souvent que les homes disposent de leur propre règlement de maison, qui détermine leur fonctionnement interne.

Dans le cadre du dialogue « Politique nationale de la santé », la Confédération et les cantons ont adopté le 21 novembre 2013 la Stratégie nationale en matière de démence 2014-2017, qui s'articule autour de quatre champs d'action principaux. Étant donné la complexité du système de santé suisse, la mise en œuvre de cette stratégie se fait avant tout de manière décentralisée, par les cantons, tandis que la Confédération en assume la responsabilité générale et la coordination⁶⁰. Plusieurs cantons se sont dotés de leur propre stratégie en matière de démence, et quelques cantons abordent des questions ponctuelles relevant de ce domaine dans des lignes directrices ou des stratégies en matière de santé ou de personnes âgées⁶¹.

L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) a elle aussi adopté dans ses lignes directrices et recommandations des principes éthiques qui portent sur le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance⁶², le traitement médical et la prise en charge des personnes en situation de handicap⁶³, les soins palliatifs⁶⁴ ainsi que sur les mesures de contrainte en médecine⁶⁵. Il s'agit là à la base de dispositions non contraignantes, que l'Académie propose comme aide à la pratique médicale et à la recherche en biomédecine, mais qui sont en règle générale reprises dans le code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH), et deviennent par conséquent contraignantes pour les membres de la FMH⁶⁶.

⁵⁸ Voir par ex. le règlement communal de Buchs sur les homes, à l'adresse <http://www.hauswieden.ch/Portals/0/Content/Leistungen/3.1.4.Heimreglement01.07.pdf> (consulté le 22 décembre 2015).

⁵⁹ Comme le règlement du home médicalisé Rialto, à l'adresse <http://www.pflegeheim-rialto.ch.wigra.vm.iway.ch/upload/dokumente/Heimreglement.pdf> (consulté le 18 août 2016).

⁶⁰ Cf. Stratégie nationale en matière de démence 2014 – 2017, p. 29.

⁶¹ Pour une vue d'ensemble, consulter : CDS, État des lieux du développement et de la mise en œuvre dans les cantons des offres de prise en charge des pathologies de la démence, 21 décembre 2013, à l'adresse http://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/themen/strategie_bundkantone/demenz/bt_demenzversorgung_f_2013.11.21.pdf (consulté le 18 août 2016), p. 3 s.

⁶² ASSM, Directives et recommandations médico-éthiques sur le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance du 18 mai 2004 (mis à jour le 1^{er} janvier 2013), à l'adresse http://www.samw.ch/dam/jcr:286c9bb7-2dd1-48cf-8d1f-15a74f305185/directives_assm_personnes_agees.pdf (consulté le 18 août 2016).

⁶³ ASSM, Directives et recommandations médico-éthiques sur le traitement médical et la prise en charge des personnes en situation de handicap du 20 mai 2008 (mises à jour le 1^{er} janvier 2013), à l'adresse http://www.samw.ch/dam/jcr:68352b3e-8bdc-4f8e-af70-2ca3bce829f7/directives_assm_handicap.pdf (consulté le 18 août 2016).

⁶⁴ ASSM, Directives et recommandations médico-éthiques sur les soins palliatifs du 23 mai 2006 (mises à jour le 1^{er} janvier 2013), à l'adresse http://www.samw.ch/dam/jcr:72848dc4-22e9-47b6-ad25-7a39a6f2a9d1/directives_assm_soins_palliatifs.pdf (consulté le 18 août 2016).

⁶⁵ ASSM, Directives et recommandations médico-éthiques sur les mesures de contrainte en médecine du 29 novembre 2015), à l'adresse http://www.samw.ch/dam/jcr:a95ff3a8-8fa6-4436-9163-f80071305462/directives_assm_mesures_de_contrainte.pdf (consulté le 18 août 2016).

⁶⁶ Art. 18 du code de déontologie de la FMH du 12 décembre 1996 (état au 7 mai 2015), à l'adresse http://www.fmh.ch/fr/de_la_fmh/bases_juridiques/code_deontologie.html (consulté le 18 août 2016).

L'ASSM rédige actuellement, en collaboration avec la Société suisse de gérontologie (SSG) et dans le cadre de la Stratégie nationale en matière de démence, de nouvelles directives pour le traitement et la prise en charge de personnes atteintes de démence⁶⁷.

Ce bref passage en revue suffit à montrer à quel point les sources juridiques applicables sont fragmentées, et à faire comprendre qu'il est pratiquement impossible d'en donner une vue d'ensemble. Or, cette fragmentation non seulement rend difficile l'évaluation de la mise en œuvre par la Suisse de ses obligations internationales et la mise en place de démarches contre les mesures abusives ; elle est aussi un obstacle de poids pour les personnes placées et leurs représentant-e-s qui veulent faire valoir leurs droits. Sans compter que cette situation insatisfaisante entrave le travail des autorités de surveillance également.

Un examen de la situation des pays voisins montre qu'il serait tout à fait possible d'adopter une réglementation unique pour tout le secteur des homes. Ainsi l'Autriche dispose-t-elle d'une loi fédérale sur le séjour en home⁶⁸, qui règlemente les conditions à remplir pour prendre des mesures privatives de liberté en cas de placement dans un home, et les voies de droit ouvertes aux pensionnaires. En Allemagne, avant que la compétence législative pour le droit public en matière de homes soit transférée aux Länder, le secteur des homes était régi par une loi fédérale⁶⁹, qui protégeait les pensionnaires et fixait des normes pour les contrats de placement, la dotation en personnel et les infrastructures. Ce sont aujourd'hui les Länder qui sont compétents pour l'ensemble de ce domaine.

⁶⁷ Voir la description de ce projet sur le site internet de l'ASSM : <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/In-Erarbeitung/Demenz.html> (consulté le 18 août 2016).

⁶⁸ Recueil officiel des lois autrichiennes I n° 11/2004 ; à ce sujet, voir ci-après, V.5.3.

⁶⁹ Recueil officiel des lois allemandes I S. 2970.

IV. PRINCIPE GÉNÉRAL : RESPECT DE LA DIGNITÉ, DE L'AUTONOMIE ET DE LA LIBERTÉ DE DÉCISION DE LA PERSONNE ATTEINTE DE DÉMENCE

L'art. 12 CDPH dispose que toutes les personnes en situation de handicap ont droit à la *reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique*. Elles doivent jouir de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres, et les États parties doivent prendre les mesures appropriées pour leur donner accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.

L'art. 3, let. a, CDPH consacre les principes de l'*autonomie individuelle*, de la *liberté de faire ses propres choix* et de l'*indépendance* des personnes handicapées. L'art. 12 et l'art. 3, let a, CDPH obligent par conséquent à reconnaître que même les personnes atteintes de démence (qu'elles soient sous tutelle ou non) sont encore à même de prendre des décisions ou d'avoir des préférences dans certains domaines, et qu'il convient par conséquent de respecter autant que possible leur liberté de choix.

Plusieurs documents non contraignants mettent le même accent sur le respect de la dignité, de l'autonomie, de la liberté de choix et de l'indépendance des personnes atteintes de démence, des porteurs de handicap ainsi que des personnes âgées⁷⁰. Ces mêmes documents mentionnent aussi souvent le principe du consentement libre et éclairé préalable à toute intervention médicale⁷¹.

Le droit à la liberté de choix pour les personnes atteintes de démence ayant été reconnu, il fonde l'obligation de *prendre en compte leur opinion et leurs préférences dans toutes les décisions qui les concernent*, tant pour ce qui est de la prise en charge médicale que des conditions d'hébergement, et pour autant que leur état de santé le permette⁷². En vertu de l'art. 23, al. 3, de la Charte sociale européenne révisée (que la Suisse n'a pas ratifiée), les États sont tenus de prendre des mesures concrètes pour garantir aux personnes âgées vivant en home la participation à la détermination des conditions de vie dans l'institution.

Dans un premier temps, que la personne concernée ne soit pas capable de discernement ne change rien. Dans un tel cas, il s'agira de trouver la démarche et les mesures adaptées pour connaître sa « véritable » volonté et ses préférences, et de les prendre en compte⁷³. Ce droit figure également à l'art. 21, let. d, CDPH (ainsi que, de manière analogue, à l'art. 15, al. 3 de la Charte sociale révisée). Il oblige les États à accepter et faciliter le recours par les personnes handicapées, pour leurs démarches officielles, à des formes de communication améliorées et

⁷⁰ Plan d'action des Nations Unies sur le vieillissement (note 41), ch. 14 ; Conseil de l'Europe, Rapport final de l'activité du CS-QV (note 45), Rec. 1 ; Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2014)2 (note 46), ch. 9 ; Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2009)6 (note 43), ch. 1.1 et 1.4 ; Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, A/64/272, 10 août 2009, ch. 53.

⁷¹ Monographie sur le droit à la santé des personnes âgées par le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, Anand Grover, A/HRC/18/37, 4 juillet 2011, ch. 66 ; Rapport du Rapporteur spécial (note 70), ch. 52.

⁷² Point de vue du Commissaire aux droits de l'homme (note 46) ; experte chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme, « Experte de l'ONU exhorte les États à faire plus pour les personnes âgées souffrant de démence », communiqué de presse du 19 septembre 2014 ; voir aussi *Charter of Rights for People with Dementia and their Carers in Scotland*, ch. 3.

⁷³ Monographie par le Rapporteur spécial (note 71), ch. 71 (j) ; ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, 2015, p. 1 ; voir aussi *Charter of Rights in Scotland* (note 72), ch. 1.

alternatives « et à tous les autres moyens, modes et formes accessibles de communication de leur choix. » Songeons par exemple aux méthodes de la communication améliorée et alternative (CAA)⁷⁴, au *Dementia Care Mapping*⁷⁵, etc.⁷⁶

⁷⁴ Le terme de communication améliorée et alternative (CAA) regroupe un ensemble de méthodes visant à améliorer la situation des personnes présentant d'importantes déficiences en communication en mettant à leur disposition des signes, des moyens auxiliaires, des techniques ou des stratégies pour compléter ou remplacer la parole.

⁷⁵ Le *Dementia Care Mapping* est un processus d'évaluation et d'observation centré sur la personne, qui vise à refléter la qualité de vie et le bien-être psychique de personnes atteintes de démence et incapables de répondre verbalement aux questions qui leur sont posées. L'observation se fonde sur des catégories de comportements qui comprennent notamment l'alimentation, la participation à un jeu, le sommeil ou l'assoupissement, l'enfermement sur soi, l'excitation, la colère, la participation à un exercice de gymnastique, les soins corporels faits à soi-même, les soins reçus, l'occupation par le travail, l'occupation par des moyens externes, les conversations avec soi-même et celles avec des personnes imaginaires. On tente d'évaluer l'état d'esprit de la personne en observant son langage corporel, ses gestes et ses mimiques, en étant attentif également aux légères variations de la posture corporelle qui pourraient fournir des indications intéressantes sur son évolution.

⁷⁶ MÜLLER et WALTER, ch.II.2.c

V. PROBLÉMATIQUES CHOISIES

Dans le cadre de la présente étude, nous avons identifié des aspects concrets du placement forcé qui soulèvent des questions relevant des droits humains et les analysons dans les pages qui suivent. Il s'agit de la décision de placement, du type de logement, des possibilités de contacts sociaux, du respect de la vie privée, des soins de santé, y compris la médication forcée, des mesures limitant la liberté de mouvement ainsi que des voies de droit et de la surveillance des établissements médico-sociaux. Pour chacune de ces questions, nous énonçons les principes du droit international, présentons de façon résumée le régime juridique applicable en Suisse et tirons une conclusion.

1. Décision de placement

Étant donné que le placement *de force* constitue une privation de liberté, comme nous l'indiquons ci-dessus, l'autorité qui l'ordonne doit respecter des conditions particulièrement strictes, en particulier les garanties de l'*habeas corpus* qui interdit les privations de liberté arbitraires.

1.1. Principes du droit international

Équivalant à une privation de liberté (cf. ch. 2), le placement de force dans un home doit respecter l'*interdiction de la privation de liberté arbitraire* (art. 9 Pacte II de l'ONU) et le *droit à la liberté et à la sûreté* (art. 5 CEDH). L'art. 14 CDPH, qui régit le *droit à la liberté et à la sûreté des personnes handicapées*, dispose quant à lui que ces dernières ne seront pas privées de leur liberté de façon illégale ou arbitraire et que le handicap ne peut en aucun cas justifier une privation de liberté (art. 14, al. 1, let. B CDPH).

Dans son Observation générale n° 35 relative à l'article 9 du Pacte II de l'ONU, le Comité des droits de l'homme définit lui aussi les conditions à respecter pour ordonner la privation de liberté des personnes souffrant de troubles psychiques⁷⁷. Il souligne les préjudices particuliers que peuvent entraîner des situations d'internement sans consentement. Aussi les États parties devraient-ils mettre en place des services appropriés d'aide sociale communautaire à l'intention des personnes présentant un handicap psychosocial, afin d'offrir des solutions de substitution qui soient moins restrictives que l'internement⁷⁸. Le Comité des droits de l'homme rappelle lui aussi que l'existence d'un handicap ne justifie pas en soi une privation de liberté, au contraire, toute privation de liberté doit être nécessaire et proportionnée au but recherché, comme la protection de l'intéressé contre tout préjudice grave ou la prévention des atteintes à autrui⁷⁹. La privation de liberté ne doit être ordonnée qu'en dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible et doit être entourée de garanties de procédure et de fond suffisantes. Les procédures doivent

⁷⁷ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 35 : article 9 (Liberté et sécurité de la personne), CCPR/C/GC/35 (2014), ch. 19.

⁷⁸ Comité des droits de l'homme, Observations finales sur le rapport de la Lettonie, CCPR/C/LVA/CO/3 (2014), ch. 16.

⁷⁹ Comité des droits de l'homme, *Fijalkowska c. Pologne*, 1061/2002 (2005), ch. 8.3 ; *Fardon c. Australie*, 1629/2007 (2010), ch. 7.3 ; et aussi Comité des droits de l'homme, Observations finales sur le rapport de la Fédération russe, CCPR/C/RUS/CO/6 (2009), ch. 19.

prendre en compte l'avis de la personne concernée, et, garantir qu'un-e éventuel-le représentant-e juridique défende véritablement ses intérêts⁸⁰.

Des principes comparables découlent du droit à la liberté et à la sûreté garanti à l'art. 5 CEDH⁸¹, qui dispose que toute privation de liberté requiert, en droit interne, une base légale et le respect des garanties de procédure prévues par la loi. S'agissant des personnes atteintes dans leur santé psychique, c'est le motif de détention décrit à l'art. 5, al. 1, let. e CEDH qui s'applique : la privation de liberté peut être ordonnée lorsqu'il s'agit d'une personne susceptible « de propager une maladie contagieuse, d'un *aliéné*, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond. » Selon la jurisprudence de la CourEDH, il faut, pour interner une personne atteinte dans sa santé psychique, avoir établi son « aliénation » de manière probante, sur la base d'une expertise médicale, les cas d'urgence étant réservés⁸². Par ailleurs, le trouble doit être d'une gravité légitimant l'internement⁸³. Enfin, la privation de liberté est une atteinte si grave au droit à la liberté et à la sûreté qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins rigoureuses, ont été jugées insuffisantes⁸⁴.

Les conditions qui justifient la privation de liberté doivent être réexaminées à intervalles réguliers, en tenant compte des exigences ayant présidé à la décision initiale de placement (expertise médicale, absence de mesures moins rigoureuses, etc.)⁸⁵.

Les normes du CPT sur le placement forcé en établissement psychiatrique exigent elles aussi que la procédure offre des garanties d'indépendance et d'impartialité ainsi que de compétence médicale objective de la part de l'autorité qui ordonne le placement⁸⁶. La nécessité de réserver à une autorité judiciaire la compétence d'ordonner un placement forcé ne fait quant à elle pas l'unanimité, mais, en tout état de cause, une personne placée contre son gré dans un établissement psychiatrique par une autorité non judiciaire doit avoir le droit d'intenter un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue à bref délai sur la légalité de sa détention (cf. ch. 6 ci-dessous pour des précisions)⁸⁷.

En vertu de l'art. 19 CDPH, l'*autonomie de vie et l'inclusion dans la société* sont par ailleurs des droits des personnes en situation de handicap. En d'autres termes, elles doivent, dans toute la mesure du possible, avoir les mêmes possibilités que les autres personnes de choisir de vivre ou non en société, de s'y impliquer et d'y participer. Cette liberté inclut en principe le droit d'élire leur lieu de résidence et de choisir où et avec qui elles entendent vivre (art. 19, let. a CDPH). Pour éviter leur isolement et garantir leur inclusion dans la société, les États parties doivent également

⁸⁰ Comité des droits de l'homme, Observations finales sur le rapport de la République tchèque, CCPR/C/CZE/CO/2 (2007), ch. 14.

⁸¹ Pour les aspects généraux, voir Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, séminaire : document de réflexion et conclusions (note 46).

⁸² CourEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 6301/73 (1979), ch. 39.

⁸³ CourEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, 10533/83 (1992), ch. 64.

⁸⁴ CourEDH, *Witold Litwa c. Pologne*, 26629/95 (2000), ch. 78.

⁸⁵ Voir FREI, in : Newsletter du CSDH, 13 juin 2013, et CourEDH, *Kuttner c. Autriche*, 7997/08 (2015), ch. 43 : un intervalle de 16 mois est excessif ; et CourEDH, *K.C. c. Pologne*, 31199/12 (2014), ch. 70.

⁸⁶ Normes du CPT (note 47), ch. 52, p. 51.

⁸⁷ Si la Recommandation N° R (83) 2 du Comité des Ministres sur la protection juridique de personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires permet les deux approches, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe demande que les décisions de placement non volontaire soient prises par un juge (Recommandation 1235 (1994) relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme) ; pour plus de détails à ce sujet : Normes du CPT (note 47), ch. 52, p. 51.

leur garantir l'accès aux services de soins à domicile requis (art. 19, let. b CDPH)⁸⁸. Ce postulat se retrouvait déjà dans des documents non contraignants plus anciens, comme les « Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale » des Nations Unies⁸⁹. Dans sa recommandation (2014)2, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe s'exprime en termes similaires : le droit de mener sa vie de façon indépendante englobe notamment le choix du lieu de résidence, toute limitation à ce principe devant être proportionnée à la situation de la personne concernée et assortie de mesures de sauvegarde appropriées et effectives afin de prévenir les abus et la discrimination⁹⁰. La recommandation (2006)5 du même organe donne aussi obligation aux États de permettre aux personnes handicapées de vivre de manière aussi autonome que possible et de choisir leur mode et leur lieu de vie⁹¹. Enfin, la Charte sociale européenne révisée, que la Suisse n'a pas ratifiée, consacre de même le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de communauté (art. 15). Quant à son art. 23, il enjoint aux États membres de donner aux personnes âgées la possibilité de choisir leur mode de vie et de mener une existence indépendante dans leur environnement habituel aussi longtemps qu'elles le souhaitent et que cela est possible, en leur fournissant en particulier des logements appropriés à leurs besoins et à leur état de santé ou des aides adéquates pour adapter leur logement.

1.2. Cadre légal en Suisse

L'art. 31 Cst. protège toutes les personnes contre les privations de liberté arbitraires. Ainsi, 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 prescrit et toute personne qui se voit privée de sa liberté sans qu'un tribunal l'ait ordonné a le droit, en tout temps, de saisir un tribunal, qui doit statuer dans les plus brefs délais sur la légalité de la détention.

Toutefois, il n'y a des normes concrètes régissant le placement non volontaire de personnes atteintes de démence dans un établissement de soins que lorsqu'il s'agit de placements à des fins d'assistance, régis, à l'échelon fédéral, par les art. 426 ss. CC. En vertu de l'art. 426, al. 1 CC, une personne peut être placée dans une institution appropriée lorsque, en raison de troubles psychiques (la démence sénile entrant dans cette catégorie), l'assistance ou le traitement nécessaires ne peuvent lui être fournis d'une autre manière⁹². Quant à l'art. 427, al. 1 CC, il précise que les responsables médicaux d'une institution peuvent y retenir une personne qui y est entrée de son plein gré en raison de troubles psychiques et souhaite la quitter, à condition qu'elle mette gravement sa vie ou celle d'autrui en danger, pendant trois jours au plus et tant qu'elle constitue un péril. Toute prolongation du placement doit faire l'objet d'une décision exécutoire au sens de l'art. 426 CC (art. 427, al. 3 CC)⁹³.

⁸⁸ Le Comité des droits des personnes handicapées a conclu à l'existence d'une violation de ce droit dans l'affaire *H.M. c. Suède*, 3/2011 (2012), ch. 8.9 : l'autorité a refusé à une personne gravement malade nécessitant une hydrothérapie l'autorisation de construire dans son jardin une piscine indispensable pour éviter son admission dans un établissement médical spécialisé.

⁸⁹ A/RES/46/119, 17 décembre 1991, Principe 3 : Vie au sein de la société.

⁹⁰ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)2, (note 46), ch. 9.

⁹¹ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2006)5, (note 46), ch. 3.8.1

⁹² HAUSHEER, GEISER et AEBI-MÜLLER, p. 62.

⁹³ ETZENSBERGER, Commentaire bâlois du CC, art. 427, note 11 ss.

En vertu de l'art. 428, al. 1 CC, c'est l'autorité cantonale de protection de l'adulte (art. 440 CC) qui est compétente pour ordonner le placement d'une personne ou sa libération. Dans des cas particuliers, elle peut déléguer à l'institution sa compétence de libérer la personne concernée (art. 428, al. 2 CC). L'art. 429, al. 1 CC permet lui aux cantons de désigner des médecins habilités à ordonner un placement de six semaines au maximum. Certains cantons ont fait usage de cette possibilité et adopté des actes législatifs pour définir les conditions qui s'appliquent à la décision médicale de placement⁹⁴.

En vertu de l'art. 431, al. 1 CC, l'autorité de protection de l'adulte examine, dans les six mois qui suivent le placement, si les conditions du maintien du placement à des fins d'assistance sont encore remplies. Elle doit ensuite effectuer un deuxième examen au cours des six mois qui suivent, puis une fois par an. Si les conditions ne sont plus remplies, il faut libérer la personne concernée, selon les dispositions de l'art. 426, al. 3 CC.

En revanche, le placement non volontaire en maison de retraite ou en EMS qui n'est pas effectué à des fins d'assistance, mais par exemple à la demande des proches, n'est régi ni par le droit fédéral, ni par le droit cantonal.

1.3. Conclusion du chapitre

Si le droit suisse a scrupuleusement concrétisé dans sa législation les principes relatifs aux droits humains applicables au placement à des fins d'assistance⁹⁵, les placements « informels » des patients atteints de démences échappent en revanche à toute réglementation. De la sorte, les personnes concernées ne bénéficient pas des garanties de procédure et de fond dont est assorti le placement à des fins d'assistance, comme la prise d'une décision et les possibilités d'examen par le juge (cf. ch. 6 Voies de droit). La protection contre la détention arbitraire et les autres normes internationales dont il est fait état ci-dessus ne sont nullement garanties dans le cas des placements « informels » de personnes atteintes de démence dans des maisons de retraite.

2. Logement et contacts sociaux

Les conditions de logement exercent une influence considérable sur le bien-être des pensionnaires et sont dès lors un facteur de poids pour déterminer si une privation de liberté est conforme aux conventions relatives aux droits humains. À cet égard, la possibilité d'entretenir des contacts sociaux, à l'intérieur et à l'extérieur de l'établissement, est vitale, en particulier pour la santé psychique des pensionnaires.

2.1. Principes du droit international

En vertu de l'art. 14 al. 2 CDPH, les États doivent veiller à ce que les personnes handicapées bénéficient d'*aménagement raisonnables*⁹⁶. Cette disposition oblige notamment les établisse-

⁹⁴ C'est le cas du canton de Berne, par exemple, à l'art. 27 LPEA-BE : « Un placement à des fins d'assistance peut être ordonné (...) aussi par un ou une médecin autorisée à exercer en Suisse (...) [pour une durée qui] ne peut pas dépasser six semaines. »

⁹⁵ Sur cette opinion, cf. FREI.

⁹⁶ Si la traduction allemande usuelle en Allemagne, en Autriche et en Suisse parle de « angemessene Vorkehrungen » (dispositions raisonnables), l'original anglais utilise lui l'expression de « reasonable

ments pénitentiaires où des personnes handicapées sont placées à procéder à des aménagements des bâtiments et des installations qui permettent à ces dernières de mener une vie aussi indépendante que possible et de participer pleinement à la vie quotidienne de l'institution, en d'autres termes de bénéficier des mêmes droits et libertés que les autres pensionnaires⁹⁷. Dans l'opinion du Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ne pas fournir un logement convenable peut créer des conditions de vie susceptibles de constituer un mauvais traitement ou un acte de torture⁹⁸.

En vertu de la recommandation (2014)2 du Conseil de l'Europe, les personnes âgées doivent avoir la possibilité d'interagir avec les autres et de participer pleinement à des activités sociales et culturelles, ainsi qu'à la vie publique⁹⁹. Selon les normes du CPT, ce contact avec le monde extérieur doit être garanti ne serait-ce que pour des raisons thérapeutiques¹⁰⁰. Ce Comité recommande aussi d'autoriser les pensionnaires qui le souhaitent à accéder à leur chambre au cours de la journée, plutôt que de les contraindre à rester avec d'autres pensionnaires dans les aires communes¹⁰¹.

De l'art. 19 CDPH (Autonomie de vie et inclusion sociale) découle l'objectif de *prévenir l'isolement des personnes en situation de handicap*¹⁰². Cette disposition concrétise l'objectif d'inclusion de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, c'est-à-dire le principe de la participation et de l'intégration pleines et effectives à la société (art. 3 let. c CDPH). La ségrégation des personnes atteintes de démence, qui se matérialise par exemple par la séparation entre personnes démentes et non démentes au sein d'une maison de retraite ou d'un EMS (services pour dément-e-s) ou l'exploitation d'institutions spécialisées dans le traitement de patients et patientes déments est d'une certaine façon en porte à faux avec le principe d'inclusion de la CDPH. Les spécialistes du domaine critiquent parfois le fait que ces modèles de logement n'obéissent qu'à des raisons pragmatiques (diminution des frais et des conflits potentiels avec des pensionnaires non déments), sans faire guère de cas du principe d'inclusion énoncé par la CDPH¹⁰³. Cette ségrégation peut toutefois aussi s'appuyer sur des arguments objectifs : le logement de personnes non atteintes de démence ne doit pas répondre à des normes aussi strictes, de sorte que cette séparation est objectivement motivée par l'intérêt de ces personnes. Pour ce qui est des *conditions matérielles*, les normes du CPT en particulier permettent de dégager des consignes. En premier lieu, les institutions doivent dispenser aux patient-e-s un traitement et des soins adéquats¹⁰⁴. Elles doivent ensuite leur offrir des conditions matérielles propices à leur traitement et à leur bien-être. Si l'on veut créer un environnement thérapeutique positif, il faut assurer un espace de vie par patient-e suffisant ainsi qu'un éclairage, un chauffage et une aération adéquats. Il faut aussi se conformer aux normes d'hygiène hospitalières. Le CPT indique également que l'État doit assurer en toutes circonstances aux personnes qui sont à sa charge cer-

accommodation », qui se traduirait plutôt par « logement raisonnable », idée reprise par l'expression utilisée dans la version française : « aménagements raisonnables ».

⁹⁷ CRPD, X. c. *Argentine*, 8/2012 (2014), ch. 8.5.

⁹⁸ Rapport intérimaire du Rapporteur spécial (note 4), ch. 54.

⁹⁹ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)2, (note 46), ch. 10.

¹⁰⁰ Normes du CPT (note 47), ch. 54.

¹⁰¹ Normes du CPT (note 47), ch. 36.

¹⁰² MÜLLER et WALTER, ch. II.2.a).

¹⁰³ MÜLLER et WALTER, ch. II.2.a).

¹⁰⁴ Pour plus de détails, cf. infra ch. V.4.

taines conditions fondamentales, et mentionne à cet égard une nourriture, un chauffage et des vêtements adéquats, ainsi qu'une médication appropriée¹⁰⁵. En ce qui concerne la nourriture, il précise qu'elle doit non seulement être de quantité et qualité adéquates, mais aussi être servie aux patient-e-s dans des conditions satisfaisantes et présentée de façon soignée¹⁰⁶. Amenée à connaître l'accumulation de conditions matérielles déficientes dans plusieurs domaines d'une maison de soins (nourriture insuffisante et de mauvaise qualité, chauffage insuffisant, salle de bain insalubre, etc.), la CourEDH a considéré être en présence d'une violation de l'art. 3 CEDH (interdiction des traitements dégradants)¹⁰⁷.

2.2. Cadre légal en Suisse

En Suisse, les bases légales varient selon que l'internement répond ou non à un placement à des fins d'assistance.

L'art. 426 al. 1 CC dispose ainsi que le placement à des fins d'assistance se fera dans une institution appropriée et l'art. 431 al. 1 CC ajoute que, dans les six mois qui suivent le placement, l'autorité de protection de l'adulte examine si les conditions du maintien de la mesure sont encore remplies et si l'institution est toujours appropriée, sans préciser pour autant ce qu'il faut entendre par « institution appropriée ». Il faut donc s'en remettre à la doctrine et à la jurisprudence, qui indiquent que l'institution est appropriée dès lors qu'elle subvient aux besoins de protection essentiels de la personne internée. Par ailleurs, le caractère adéquat dépend du but pour lequel le placement a été ordonné : s'il s'agit uniquement d'une prise en charge, l'institution doit être en mesure d'assurer cette dernière. Si le but visé est également un traitement, elle doit dispenser les soins requis, c'est-à-dire qu'elle doit disposer de l'organisation et du personnel requis pour prodiguer l'essentiel des soins et de l'assistance dont a besoin la personne qui y est placée¹⁰⁸.

Pour les personnes incapables de discernement, l'art. 386 CC dispose de façon générale, c'est-à-dire non seulement pour les personnes placées à des fins d'assistance, que les institutions doivent protéger leur personnalité et favoriser autant que possible leurs relations avec des personnes de l'extérieur.

Ce sont les actes législatifs cantonaux qui précisent ensuite les conditions de logement, telles que les locaux et installations dont doivent disposer les institutions. Ces conditions s'appliquent en règle générale à toutes les situations d'internement, que la personne concernée ait été placée à des fins d'assistance ou non. Ainsi, l'art. 11 de l'ordonnance sur les foyers du canton de Berne indique que les locaux, l'organisation des locaux, les installations et l'emplacement du home doivent répondre aux besoins des pensionnaires. Chaque pensionnaire doit disposer d'un espace habitable personnel de dix mètres carrés au minimum (une surface inférieure à celle prévue dans les établissements pénitentiaires). Quelques actes législatifs cantonaux garantissent expressément le droit des patient-e-s de recevoir des visites au home¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Normes du CPT (note 47), ch. 33.

¹⁰⁶ Normes du CPT (note 47), ch. 35.

¹⁰⁷ CourEDH, *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 209.

¹⁰⁸ ETZENSBERGER, Commentaire bâlois du CC, art. 426, note 37 ss. ; ATF 12 II 486 ss. ; 114 II 21 s.

¹⁰⁹ C'est le cas du canton de Zurich, art. 10, al. 1, Patientengesetz-ZH : « Les patientes et les patients ont le droit de recevoir des visites. » (trad. CSDH).

2.3. Conclusion du chapitre

Le CC exige que les personnes placées à des fins d'assistance soient internées dans une institution appropriée, mais ne réglemente pas le placement qui n'est pas fait à des fins d'assistance. La doctrine et la jurisprudence précisent la notion d'institution appropriée et les cantons fixent les conditions à remplir en matière de logement pour tous les cas de placement dans une maison de retraite ou un EMS. Enfin, le CC dispose qu'il faut donner aux personnes placées dans des homes ou des établissements de soins la possibilité de conserver des contacts avec le monde extérieur.

3. Vie privée

Le respect de la vie privée acquiert une dimension particulière pour les personnes vivant dans des EMS et à plus forte raison encore pour les personnes frappées d'une démence sénile, car il est fréquent qu'elles perdent en totalité ou en partie la notion d'intimité du fait de leur maladie (ou c'est en tout cas l'impression qui s'en dégage)¹¹⁰. Ce constat ne doit toutefois pas occulter le fait que les personnes atteintes de démence sénile ont elles aussi droit au respect de leur vie privée¹¹¹. Certains estiment que l'idée jamais remise en question qui veut que l'intimité n'ait aucune valeur pour ces personnes participe de la violence, structurelle notamment, dont elles sont victimes¹¹².

3.1. Principes du droit international

Garanti par l'art. 8 CEDH et par l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, le droit au respect de la vie privée protège les individus contre les ingérences dans les décisions qu'ils sont capables de prendre eux-mêmes. Il comprend le droit de mener sa vie de façon indépendante et le droit à l'intégrité personnelle¹¹³. Selon la gravité de l'ingérence, nous pouvons même être en présence d'une violation de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH, art. 7 Pacte II de l'ONU, art. 2 et 16 Convention sur la torture et art. 15 CDPH)¹¹⁴.

Ainsi, les actes qui constituent dans certaines circonstances une grave atteinte à la vie privée des personnes atteintes de démence sénile sont par exemple l'hygiène corporelle assistée, la surveillance vidéo en chambre ou la surveillance par GPS¹¹⁵. À ce titre, ils sont interdits, à moins que des motifs suffisants les légitiment. Dans l'affaire *McDonald c. Royaume-Uni*, la CourEDH a

¹¹⁰ MÜLLER et WALTER, ch. II.3.

¹¹¹ La recommandation (2014)2 du Conseil de l'Europe (note 46), ch. 11, est catégorique à cet égard : « Les personnes âgées ont pleinement droit (...) au respect de leur vie privée et familiale, y compris au respect de leur intimité sexuelle » ; elle fait écho à l'art. 22 al. 1 CDPH pour les personnes handicapées : « Aucune personne handicapée, quel que soit son lieu de résidence ou son milieu de vie, ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée (...) ».

¹¹² MÜLLER et WALTER, ch. II.3.

¹¹³ KÄLIN et KÜNZLI, n° 1121.

¹¹⁴ KÄLIN et KÜNZLI, n° 949 et 1133 s. Étant donné que l'ingérence doit être très grave pour qu'elle tombe sous le coup de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le rasage forcé de la tête, les fouilles corporelles ou le choix limité du genre de vêtements pour les personnes placées en institution relèvent du droit au respect de la vie privée.

¹¹⁵ Voir les exemples présentés dans l'étude *Dementia Rights, Examples of human rights in health and social care*, à l'adresse <http://www.dementiarights.org/examples-of-human-rights-in-health-and-social-care/> (consulté le 18 août 2016) ; DVOŘÁKOVÁ et VRBICKÝ 2014, p. 110 ; MÉGRET, p. 58.

estimé que le fait d'imposer à une personne âgée non incontinente le port de couches absorbantes la nuit, dans le seul but de réduire le travail du personnel de nuit, enfreint le droit au respect à la vie privée, à défaut d'une base légale suffisante¹¹⁶.

Les espaces de vie des personnes démentes doivent aussi être aménagés de manière à préserver leur intimité. Selon le CPT, une attention particulière doit être accordée à l'aménagement tant des chambres des patient-e-s que des aires de loisirs dans les institutions qui accueillent des malades psychiques placés de force. Ces derniers doivent être autorisés à conserver certains effets personnels, comme des livres ou des photographies, et disposer d'un endroit qu'ils puissent fermer à clé pour préserver leur sentiment de sécurité et d'autonomie. De surcroît, les installations sanitaires doivent être conçues de manière à préserver une certaine intimité et à tenir dûment compte des besoins des patient-e-s âgés¹¹⁷.

3.2. Cadre légal en Suisse

Le droit au respect de la vie privée est en Suisse un droit fondamental, que garantissent l'art. 13 Cst. et diverses constitutions cantonales¹¹⁸. Pour les personnes incapables de discernement, l'art. 386 CC dispose de façon générale, qu'elles aient ou non été placées à des fins d'assistance, que les institutions doivent protéger leur personnalité. Les actes législatifs cantonaux, ainsi que les règlements de certains homes, contiennent des dispositions de nature générale sur le respect de la vie privée¹¹⁹.

Dans ses directives concernant le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, l'ASSM demande que soient respectées la sphère privée et la sphère intime de la personne prise en charge, aussi lorsque celle-ci n'est plus capable de discernement ou souffre de troubles psychiques. Elle indique également que la chambre dans laquelle vit la personne âgée fait partie de sa sphère privée et, en tant que telle, doit être respectée par le personnel de l'institution, que les pensionnaires devraient pouvoir aménager leur chambre à leur gré et disposer d'une armoire fermant à clé, dans laquelle ils peuvent ranger leurs effets personnels. L'institution doit adopter d'autres mesures si le respect de la vie privée le commande et faire preuve de discrétion concernant cette même vie privée¹²⁰.

3.3. Conclusion du chapitre

Si le principe du respect de la vie privée est expressément régi tant par le droit fédéral que par le droit cantonal pour tous les pensionnaires de homes, on ne trouve cependant de dispositions détaillées concrétisant ce droit que dans les directives et recommandations de l'ASSM, et encore de façon ponctuelle seulement. Étant donné que les personnes vivant en institution sont particu-

¹¹⁶ CourEDH, *McDonald c. Royaume Uni*, 4241/12 (2014), ch. 51 s.

¹¹⁷ Ainsi, le CPT signale à titre d'exemple que des toilettes dépourvues de siège ne sont pas adaptées aux personnes âgées. Normes du CPT (note 47), ch. 34.

¹¹⁸ Voir par exemple l'art. 12 al. 3 Cst-BE.

¹¹⁹ Voir par exemple l'art. 15 al. 1 OFoy-BE : « La direction et le personnel du foyer ainsi que les personnes responsables de la prise en charge et des soins dans un ménage privé doivent respecter la dignité, le libre choix et l'intégrité sexuelle des pensionnaires. » Voir aussi le ch. 5 du règlement interne de la maison de retraite de Chestenberg à Wildegg AG, à l'adresse <http://azch.ch/uploads/Pdf/Allgemein/Heimreglement.pdf> (consulté le 18 août 2016).

¹²⁰ ASSM, Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance (note 62), p. 7 et 17.

lièrement vulnérables aux ingérences dans leur vie privée, il serait utile de disposer de listes de contrôle ou d'instructions détaillées pour le personnel d'encadrement et de soins.

4. Soins de santé et médication forcée

Les traitements médicaux permettent d'atténuer les symptômes de la démence sénile et d'améliorer notablement la qualité de vie des patient-e-s, même si cette maladie n'est pas guérissable à ce jour¹²¹. Aussi faut-il s'interroger sur l'accès des personnes démentes placées en institution à des soins de santé adéquats. L'administration de tranquillisants est une autre problématique de la prise en charge médicale des personnes atteintes de démence¹²². Des études réalisées en Suisse alémanique montrent en effet que près de 70 % des pensionnaires atteints de démence reçoivent quotidiennement des neuroleptiques, de leur entrée en institution au jour de la dernière évaluation¹²³.

4.1. Principes du droit international

Inscrit à l'art. 12 Pacte I de l'ONU et à l'art. 25, al. 1, CDPH, le droit à la santé garantit l'accès à des *établissements de soins publics en quantité et qualité suffisantes*¹²⁴. Le droit à la vie¹²⁵ et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants¹²⁶ garantissent eux aussi cet accès, de sorte qu'il faut dispenser aux personnes démentes des soins de santé adéquats et adaptés à leur maladie¹²⁷. La CPT exige que les traitements des personnes atteintes de troubles psychiques en placement non volontaire se fondent sur une approche individualisée qui implique l'élaboration d'un protocole de traitement pour chaque patient et comprend, outre le traitement médicamenteux, des activités de réadaptation et de thérapie, comme l'ergothérapie, les thérapies de groupe, etc¹²⁸. Parmi les traitements à prévoir, la réadaptation permet de prévenir

¹²¹ Association Alzheimer Suisse, Alzheimer et autres formes de démence. Diagnostic, traitement, prise en charge, p. 6

¹²² Voir Die Zeit : « Wider Willen ruhig gestellt. In deutschen Pflegeheimen werden wahllos Beruhigungsmittel verschrieben » (Calmés contre leur gré. Dans les EMS allemands, les tranquillisants sont prescrits sans discernement), 23 juillet 2015. Le Comité des droits des personnes handicapées a lui aussi constaté, dans ses observations finales relatives au rapport de l'Allemagne, que des médicaments étaient administrés de force à des personnes âgées dans les maisons de retraite afin de les calmer, Observations finales sur le rapport de l'Allemagne, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015), ch. 37 s.

¹²³ Cf. les indications à ce sujet de la Stratégie nationale en matière de démence 2014–2017, p. 14.

¹²⁴ KÄLIN et KÜNZLI, n° 916 ; cf. aussi Conseil de l'Europe, Recommandation 1796 (2007) de l'Assemblée parlementaire sur la situation des personnes âgées en Europe, 3 avril 2008, ch. 7 s. et 11.4.1.

¹²⁵ CourEDH, *Centre de ressources juridiques pour le compte de Valentin Campeanu c. Roumanie*, 47848/08 (2014), ch. 136 ss.

¹²⁶ CourEDH, *Zarzycki c. Pologne*, 15351/03 (2013), ch. 101.

¹²⁷ Comme le rapport final d'activité du CS-QV (note 45), rec. 2 : « Les personnes démentes doivent recevoir des services adaptés à leur maladie dans des espaces conçus à cet effet et fournis par des personnes disposant de la formation ad hoc » (trad. CSDH). Dans sa résolution 1008 (1993) (note 43), ch. 5, let. f., l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe y fait aussi allusion : « [L'Assemblée estime qu'il est temps d'inviter les gouvernements et les services compétents des États membres à] garantir que les personnes âgées malades et dépendantes bénéficient des soins médicaux adaptés à leurs besoins », tout comme le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa recommandation Rec(2006)5 (note 46), ch. 3.9.1 : « Les personnes handicapées ont droit, au même titre que les autres membres de la société, à des services de santé de qualité et à des traitements et technologies appropriés pour que leur état de santé soit le meilleur possible. » Les Principes des Nations Unies pour les personnes âgées (note 41), au ch. 13, abondent dans ce sens.

¹²⁸ Normes du CPT (note 47), ch. 37.

l'aggravation de la déficience et d'en atténuer les conséquences, de favoriser l'autonomie des personnes handicapées et d'assurer leur indépendance économique¹²⁹. Enfin, les ressources en personnel doivent être adéquates pour garantir la qualité de soins¹³⁰. La formation initiale et continue du personnel de santé permet de garantir un traitement et une prise en charge adéquats, et d'éviter ainsi le surmenage et les mauvais traitements¹³¹.

Du point de vue juridique, c'est surtout l'administration de tranquillisants aux patients et patientes déments qui est extrêmement épineuse. Lorsque ce traitement est administré sans le consentement de la personne ou contre son gré¹³² (et aussi sans l'autorisation de son ou sa représentant-e)¹³³, il constitue une mesure de contrainte (traitement dispensé de force) et peut dès lors être en tension au moins avec plusieurs droits garantis par des conventions internationales. Le droit de refuser son consentement à un traitement médical découle des droits à la santé (art. 12 Pacte I de l'ONU et art. 25, al. 1, CDPH), au respect de la vie privée (art. 8 CEDH et art. 17 Pacte II de l'ONU) et à l'intégrité physique et psychique (art. 17 CDPH) ainsi que de l'interdiction de la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH, art. 7 Pacte II de l'ONU, Convention contre la torture et art. 15 CDPH) et des art. 5 ss. de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine¹³⁴. Toutefois, le consentement doit être libre et éclairé, c'est-à-dire qu'il doit se fonder sur des informations complètes, véridiques et compréhensibles¹³⁵.

Toute limitation de ce droit par l'administration d'un traitement médical doit se circonscrire à des cas exceptionnels clairement et strictement définis, se fonder sur une base légale, poursuivre des intérêts légitimes et être proportionnelle¹³⁶. Selon la jurisprudence de la CourEDH, un intérêt est légitime lorsque le traitement est indiqué pour des raisons médicales¹³⁷. De la sorte, l'administration de calmants à un-e patient-e pour des motifs purement pratiques, afin de faciliter le travail de l'institution, ne constitue pas un intérêt légitime.

Le droit de choisir en toute autonomie de recevoir ou non un traitement médical reste garanti lorsqu'une personne est placée de force. Le CPT indique ainsi que l'admission non volontaire d'une personne n'autorise pas l'institution à lui administrer un traitement sans son consentement et en conclut que toute personne capable de discernement, qu'elle ait été hospitalisée de ma-

¹²⁹ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2006)5, (note 46), ch. 3.10.1.

¹³⁰ Normes du CPT (note 48), ch. 28, 37 et 42 ; rapport final d'activité du CS-QV (note 45), rec. 2.

¹³¹ Art. 25 let. d CDPH ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales sur le rapport du Royaume-Uni, E/C.12/GBR/CO/5 (2009), ch. 34 ; Normes du CPT (note 47), ch. 28. Voir aussi Conseil de l'Europe, Recommandation 1428 (1999) (note 43).

¹³² PRZULJ, para. D, ch. 2, let. a.

¹³³ ASSM, Mesures de contrainte en médecine (note 65), ch. 2.2.

¹³⁴ KÄLIN et KÜNZLI, n° 919 ; FRA, p. 26 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, E/C.12/2000/4 (2000), ch. 8 et 34 ; CRPD, Observations finales sur le rapport de l'Allemagne, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015), ch. 33 s. ; Rapport intermédiaire du Rapporteur spécial (note 4), ch. 40 s.

¹³⁵ Normes du CPT (note 47), ch. 41 ; art. 5. Convention sur la biomédecine

¹³⁶ Les conditions auxquelles toute restriction est soumise figurent aux art. 7 s. Convention sur la biomédecine, au ch. 41 des Normes du CPT (note 47) et au ch. 34 de l'Observation générale n° 14 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, E/C.12/2000/4 (2000).

¹³⁷ Voir notamment CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 61603/00 (2005), ch. 156 ss., et *Herczegfalvy c. Autriche*, 10533/83 (1992), ch. 82 ss.

nière volontaire ou non volontaire, doit avoir la possibilité de refuser un traitement ou toute autre intervention médicale¹³⁸.

4.2. Cadre légal en Suisse

L'art. 10, al. 2, Cst. garantit à toutes les personnes le droit à l'intégrité physique et le Tribunal fédéral qualifie le traitement médicamenteux forcé de grave atteinte à ce droit¹³⁹.

Les art. 433 ss. CC régissent de façon exhaustive les soins médicaux administrés en cas de troubles psychiques durant un placement à des fins d'assistance. L'art. 433, al. 1, CC indique ainsi que le médecin traitant doit établir un plan de traitement écrit lorsqu'une personne est placée à des fins d'assistance dans une institution pour y subir un traitement en raison de troubles psychiques. Il doit y associer le patient ou la patiente et, le cas échéant, sa personne de confiance, et tous deux, en vertu de l'art. 433, al. 2, CC, doivent être renseignés sur tous les éléments essentiels du traitement médical envisagé, et notamment sur son but, sa nature, ses modalités et ses risques, ainsi que sur l'existence d'autres traitements. Enfin, le plan de traitement doit être soumis, conformément à l'art. 433, al. 3, CC, au consentement de la personne concernée. Si cette dernière ne donne pas son consentement au plan de traitement (parce qu'elle s'y oppose, parce qu'elle ne parvient pas à se décider ou parce qu'elle est incapable de discernement)¹⁴⁰, le ou la médecin-chef du service concerné peut, en vertu de l'art. 434, al. 1, CC, prescrire de force les soins médicaux prévus par le plan de traitement. Plusieurs conditions doivent alors être remplies : le défaut de traitement doit mettre gravement en péril la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui (ch. 1), la personne concernée ne doit pas avoir la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement (ch. 2) et il n'existe pas de mesures appropriées moins rigoureuses (ch. 3)¹⁴¹. En cas d'urgence toutefois, les soins médicaux indispensables peuvent être administrés immédiatement à une personne placée pour des troubles psychiques, même sans consentement (art. 435 CC), à condition que la mesure soit indiquée, doive être prise immédiatement et soit proportionnelle.

Le traitement des troubles *physiques* des personnes placées à des fins d'assistance, et le traitement des personnes incapables de discernement en général sont régis par les dispositions générales du droit de la protection des adultes figurant aux art. 377 ss. CC. Contrairement à ce qui se passe avec les cas de troubles psychiques, régis par les art. 433 ss. CC, le médecin est tenu d'établir le plan de traitement avec le ou la représentant-e de la personne incapable de discernement (curateur ou curatrice, conjoint-e, descendant-e-s, etc.), en vertu de l'art. 377, al. 1, CC¹⁴². Le traitement forcé n'est admis qu'en cas d'urgence (art. 379 CC) : le ou la médecin administre alors les soins médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement.

Les cantons ont également édicté des dispositions sur l'information des patient-e-s¹⁴³, sur le traitement et la prise en charge des personnes dépendantes¹⁴⁴ et sur les qualifications du personnel

¹³⁸ Normes du CPT (note 47), ch. 41.

¹³⁹ ATF 130 I 16, consid. 3

¹⁴⁰ PRZULJ, para. D, ch. 2, let. a.

¹⁴¹ PRZULJ, para. D, ch. 2, let. b. bb.

¹⁴² BÜCHLER et MICHEL, VII. ch. 3.

¹⁴³ C'est le cas du canton de Zurich, art. 13 al. 1 Patientengesetz-ZH : « Dans le cadre de leur responsabilité, les médecins traitants renseignent les patient-e-s en temps voulu, de façon appropriée et en termes intelli-

de soins et d'encadrement¹⁴⁵. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, il n'y a en principe plus de dispositions cantonales sur les soins médicaux forcés¹⁴⁶.

S'agissant du traitement des personnes âgées dans les maisons de retraite, l'ASSM est la seule à édicter des normes, ce qu'elle a fait dans diverses directives et recommandations. Elle exige ainsi, dans ses dispositions relatives au traitement et à la prise en charge de personnes âgées en situation de dépendance, que ces dernières reçoivent des soins médicaux appropriés, que le personnel d'encadrement et de soins bénéficie d'une formation prégraduée, postgraduée et continue appropriée, que les patient-e-s soient suffisamment informé-e-s des mesures médicales et qu'ils ou elles puissent donner leur consentement éclairé¹⁴⁷. Dans ses directives relatives aux mesures de contrainte en médecine, l'ASSM fournit des indications détaillées sur la médication forcée et, en particulier, sur la capacité d'une personne de comprendre les mesures médicales indiquées. Elle précise que l'incapacité de discernement doit être jugée en fonction du traitement concret envisagé et que le diagnostic de démence ne permet jamais, à lui seul, de conclure à une incapacité de discernement¹⁴⁸.

4.3. Conclusion du chapitre

Les soins médicaux prodigués aux personnes âgées sont régis par des dispositions aussi nombreuses que détaillées, tant pour le placement à des fins d'assistance que pour le séjour ordinaire en EMS. Si ces dispositions reprennent les exigences de caractère général auxquelles doivent satisfaire la fourniture de soins de santé appropriés et adaptés au patient ou à la patiente, le consentement libre et éclairé de ce dernier ou de cette dernière et l'administration forcée de médicaments¹⁴⁹, elles partent toutefois du constat que le traitement de personnes plus ou moins incapables de discernement – même s'il s'agit « uniquement » d'administrer des calmants ou des antipyrétiques – constitue à chaque fois, dans le quotidien d'un établissement médical, une atteinte à l'intégrité physique et psychique du patient ou de la patiente, qui doit être dûment motivée. Pour les personnes atteintes de démence qui requièrent des soins médicaux de façon régulière et chronique et, par conséquent, un « traitement sous contrainte » – du moins si leur inca-

gibles sur les avantages, les inconvénients et les risques du traitement, ainsi que sur l'existence d'autres traitements » (trad. CSDH).

¹⁴⁴ C'est le cas de l'OFoy-BE.

¹⁴⁵ Voir par exemple l'art. 9 al. 1 OFoy-BE : « L'effectif et les qualifications du personnel sont établis en fonction de la prise en charge et des soins requis par les pensionnaires ».

¹⁴⁶ Les dispositions de l'ancien art. 397a ss. CC relatives au placement à des fins d'assistance ne fournissaient pas une base légale suffisante pour administrer de force des soins médicaux (ATF 125 III 169, consid. 3). Pour cette raison, le traitement de force n'était possible que lorsque le droit cantonal l'autorisait (pour une analyse en détail, voir PRZULJ, para. C). Après l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte le 1^{er} janvier 2013, les cantons ont abrogé la plupart de leurs dispositions en la matière, de sorte que ce sont désormais les dispositions du CC qui régissent l'administration de force de soins médicaux aux patient-e-s placé-e-s à des fins d'assistance. Ainsi, le canton de Lucerne a abrogé la base légale régissant le traitement de force (art. 58 de l'ancienne loi cantonale d'application du CC) et l'art. 24 Patientenreglement-LU renvoie aux dispositions régissant les personnes placées à des fins d'assistance. Certains cantons, comme Zurich (art. 24 al. 1 let. a et c en relation avec art. 26 Patientengesetz-ZH), régissent la procédure relative au traitement forcé pour les personnes placées à des fins d'assistance pour les cas qui sortent du champ d'application de l'article 434 CC et pour les cas d'urgence (sur le modèle de l'article 379 CC).

¹⁴⁷ ASSM, Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance (note 62), pp. 7, 9, 11 ss et 21.

¹⁴⁸ ASSM, Mesures de contrainte en médecine (note 65), p. 11 s.

¹⁴⁹ PRZULJ, para. F.

pacité de discernement est totale – ce cadre légal est éloigné de la réalité, ce qui montre que les principes juridiques régissant le traitement forcé ont été formulés pour tenir compte de la situation d'une personne qui s'oppose résolument à des soins médicaux ou qui souffre d'une incapacité passagère de discernement, mais pas de celle des personnes âgées chez qui cette incapacité est permanente et qui sont placées dans des établissements de soins.

5. Mesures limitant la liberté de mouvement

Les institutions appliquent des mesures limitant la liberté de mouvement (dites aussi mesures de contention), comme des barrières sur les lits, des sangles ou des couvertures ZEVI, pour empêcher que les personnes démentes ne se mettent en danger en chutant, en faisant des mouvements brusques ou en s'échappant¹⁵⁰.

5.1. Principes du droit international

Les sangles et les autres moyens de contention fixes représentent une grave atteinte à l'intégrité personnelle et à la liberté de mouvement garanties par l'art. 8, al. 1, CEDH et l'art. 17 du Pacte II de l'ONU¹⁵¹. Ils peuvent par ailleurs produire des effets indésirables, comme des compressions, des lésions nerveuses, des ischémies, un étranglement, l'insuffisance d'un organe interne, un arrêt cardio-circulatoire ou des troubles psychologiques. Dans ce cas, il n'est pas exclu que la mesure de contention constitue une infraction à l'interdiction de la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH, art. 7 Pacte II de l'ONU, art. 15 CDPH et art. 2 Convention sur la torture) et une atteinte au droit à la vie (art. 2 CEDH et art. 6 Pacte II de l'ONU)¹⁵².

Lorsque des mesures de limitation des mouvements sont prises sans ou contre l'avis de la personne concernée, elles constituent des mesures de contrainte, au même titre que les soins médicaux forcés, et doivent donc, pour être prises, être prévues de façon claire et détaillée dans la loi, poursuivre un intérêt public et être proportionnelles¹⁵³. Tant le CPT que le Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants estiment qu'il n'y a aucune justification thérapeutique pour appliquer durablement des mesures de contention, qui doivent donc être levées dès que possible¹⁵⁴. En vertu du principe de proportionnalité, il convient également de s'assurer que des mesures moins agressives, et en particulier le recours à de la main-d'œuvre qualifiée, ne permettent pas d'atteindre l'objectif recherché. Des études montrent ainsi que le risque de chute peut aussi être réduit par une formation ad hoc du personnel¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Organisation mondiale de la santé, 2011, p. 1.

¹⁵¹ KÄLIN et KÜNZLI, n° 1308 et renvois.

¹⁵² ROBERT BOSCH GESELLSCHAFT FÜR MEDIZINISCHE FORSCHUNG GMBH et coll., p 5 ; Rapport intérimaire du Rapporteur spécial (note 4), ch. 55.

¹⁵³ MÖSCH PAYOT, p. 5, 13 ; Normes du CPT (note 47), ch. 47 ss. ; le CPT demande même l'adoption, pour chaque institution psychiatrique, de directives détaillées sur le recours aux mesures de contention, voir Normes du CPT (note 47), ch. 51 ; Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2014)2 (note 46), ch. 41.

¹⁵⁴ Rapport intérimaire du rapporteur spécial (note 4), ch. 55 ; Normes du CPT (note 47), ch. 48.

¹⁵⁵ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ 2011, p. 51 ; ROBERT BOSCH GESELLSCHAFT FÜR MEDIZINISCHE FORSCHUNG GMBH et coll., p. 5 ; voir aussi Comité des droits de l'homme, Observations finales sur le rapport de l'Allemagne, CCPR/C/DEU/CO/6 (2012), ch. 15 ; CRPD, Observations finales sur le rapport du Danemark, CRPD/C/DNK/CO/1 (2014), ch. 38 s. Divers pays s'emploient à réduire le recours aux moyens de contention

5.2. Cadre légal en Suisse

Toute atteinte à la liberté de mouvement entre dans le champ d'application de la liberté personnelle, droit garanti par l'art. 10, al. 2, Cst., et doit dès lors satisfaire aux exigences que l'art. 36 Cst. pose aux restrictions des droits fondamentaux, c'est-à-dire qu'elle doit être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, et être proportionnelle au but visé.

En vertu de l'art. 383, al. 1, CC, qui s'applique à toutes les situations de séjour en institution, la maison de retraite ou l'EMS ne peut restreindre la liberté de mouvement d'une personne incapable de discernement que si des mesures moins rigoureuses ont échoué ou apparaissent a priori insuffisantes et que cette restriction vise à prévenir un grave danger menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers ou à faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire. L'institution doit, conformément à l'al. 2, renseigner en détail le ou la pensionnaire concerné-e ou la personne qui la représente sur les mesures envisagées.

Enfin, l'art. 383, al. 3, CC dispose que la restriction de liberté de mouvement doit être levée dès que possible et être régulièrement réexaminée.

Des normes détaillées sur les mesures de contention figurent dans des ordonnances cantonales¹⁵⁶ ou dans les règlements, plans d'exploitation ou listes de contrôle des institutions¹⁵⁷ (notamment lorsque la législation cantonale contraint ces dernières à adopter une stratégie en matière de mesure de contention¹⁵⁸). La Société suisse de gérontologie a elle aussi édicté des directives relatives à l'utilisation de ce genre de mesures¹⁵⁹. L'ASSM précise elle aussi, dans ses directives relatives à l'application de mesures de contrainte en médecine, les conditions auxquelles les mesures de contention doivent satisfaire. Elle aborde explicitement l'application de ces mesures dans le cas de personnes en séjour prolongé et exige que les patient-e-s dont la liberté de mouvement est limitée par des moyens mécaniques soient étroitement surveillé-e-s, afin d'identifier et de traiter sans attendre d'éventuelles complications¹⁶⁰.

dans les soins dispensés aux personnes démentes. Un exemple de ces initiatives est le projet « Redufix », réalisé dans divers pays dont la Suisse, qui vise à former le personnel soignant afin qu'il puisse évaluer correctement les facteurs de risque de chutes, les comportements difficiles, etc. (qui sont à l'origine des mesures de contention) et y réagir avec professionnalisme. Il s'agit pour ce personnel de se familiariser avec des méthodes de remplacement et avec leurs possibilités d'utilisation. Une description de ce projet figure sur le site <http://www.curaviva.ch/Bildung/Weiterbildung/Inhouse-Angebote/Redufix/Pd1nP/> (consulté le 18 août 2016).

¹⁵⁶ C'est le cas dans le canton de Zurich : art. 24 al. 2 en relation avec art. 25 Patientengesetz-ZH, et dans celui de Vaud : art. 23d al. 2 loi sur la santé.

¹⁵⁷ Voir à titre d'exemple le règlement interne de la maison de retraite et de soins Birgli à Brienz : http://beta.altersheim-birgli.ch/wp/wp-content/uploads/2013/12/Alters-und_Pflegeheim_Birgli_Heimreglement_2014.pdf (consulté le 18 août 2016).

¹⁵⁸ Dans le canton de Berne par exemple, l'OPAH a édicté des normes de qualité applicables aux mesures de contention en institution, disponibles à l'adresse : http://www.gef.be.ch/gef/fr/index/direktion/organisation/alba/publikationen/freiheitsbeschraenkendemassnahmen.assetref/dam/documents/GEF/ALBA/fr/Downloads_Publikationen/Freiheitsbeschränkende%20Massnahmen%20in%20Heimen/GEF_Standards_FBM_fr.pdf (consulté le 18 août 2016). Le canton de Schwyz a lui aussi adopté, le 1^{er} septembre 2010, des directives relatives à la qualité des soins dans les EMS (révisées en 2012), p. 16 : http://www.sz.ch/documents/qualitaets-richtlinien_aph_v1.1.pdf (consulté le 18 août 2016).

¹⁵⁹ SSG, Liberté et sécurité : directives relatives aux différentes mesures destinées à restreindre la liberté de mouvement. Version entièrement revue en 2011 (non disponible sur Internet).

¹⁶⁰ ASSM, Mesures de contrainte en médecine (note 65), p. 30.

5.3. Digression : loi autrichienne régissant le séjour en institution

L'Autriche dispose d'une loi fédérale sur les séjours en institution¹⁶¹ qui régit les conditions auxquelles doivent satisfaire l'adoption et la révision des mesures de limitation de la liberté de mouvement dans les EMS, les homes pour personnes handicapées et les autres institutions qui peuvent prendre en charge ou soigner de façon permanente au moins trois malades psychiques ou personnes souffrant d'un handicap mental (art. 2, al. 1). L'objet de la loi est de concrétiser les normes internationales et constitutionnelles relatives à la privation de liberté, de fixer des critères clairs pour toute limitation de liberté dans les institutions et, partant, d'améliorer la situation juridique des pensionnaires, du personnel et des organes responsables des institutions¹⁶².

La loi définit les conditions suivantes : la personne concernée souffre de troubles psychiques ou d'un handicap mental et met de ce fait sérieusement et considérablement en danger sa vie ou sa santé ou la vie ou la santé d'autrui ; la limitation de liberté de mouvement doit être indispensable et appropriée, sa durée tout comme son intensité proportionnée au danger ; enfin, il doit être impossible de recourir à d'autres mesures moins rigoureuses (art. 4). Elle précise en outre quelles catégories de personnes sont habilitées à ordonner des mesures de contention. Elle dispose par ailleurs que la direction de l'institution doit consigner et conserver dans un registre chaque mesure limitative de liberté, en y indiquant les raisons, la nature, le début et la durée, ainsi que les certificats médicaux y relatifs (art. 6). Cette même direction doit aussi communiquer sans retard toute mesure de contention au représentant ou à la représentante du ou de la pensionnaire (une personne qualifiée nommée par l'association responsable pour la région, qui devient d'office représentant-e du ou de la pensionnaire dès qu'une mesure limitative de liberté est adoptée). Cette personne a le droit de visiter l'institution sans préavis, de se faire une idée de la situation du ou de la pensionnaire, de s'entretenir avec celui-ci ou celle-ci et de consulter son dossier (art. 9). Les pensionnaires et leurs représentant-e-s peuvent saisir un tribunal pour qu'il statue sur la mesure de contention, la loi régissant aussi la procédure relative à cet examen judiciaire (art. 11).

5.4. Conclusion du chapitre

À l'échelon fédéral, l'art. 383 ss. CC régit de façon plutôt détaillée l'adoption de mesures de limitation de la liberté dans les maisons de retraite et les EMS. Les dispositions de cet article constituent une base légale suffisante pour poursuivre des intérêts publics légitimes et tenir compte du principe de proportionnalité. Des normes concrètes concernant la durée, la nature et l'exécution des mesures de contention se trouvent dans les directives des cantons, de la SSG et de l'ASSM.

Eu égard à la capacité de discernement réduite ou manquante des patient-e-s souffrant de démence et compte tenu du fait que les proches ne sont souvent pas informés des mesures limitatives de mouvement (immobilisation durant la nuit par exemple), la communication systématique au représentant ou à la représentante du ou de la pensionnaire de toute mesure de ce genre, telle qu'elle est prévue par le CC et par la loi autrichienne, semble appropriée dans ce contexte précis pour garantir le caractère licite de ces mesures.

¹⁶¹ BGBl. I n° 11/2004 ; cf. supra III 2.

¹⁶² Voir STRICKMANN, p. 45.

6. Voies de recours et surveillance

Les personnes atteintes de démence ne peuvent se défendre d'éventuelles atteintes illégitimes aux droits énoncés ci-dessus et, en particulier, de mauvais traitements, que si le système judiciaire met à leur disposition des moyens de recours suffisants et facilement accessibles¹⁶³.

6.1. Principes du droit international

Selon l'art. 5 al. 3 CEDH et l'art. 9 Pacte II de l'ONU, les personnes privées de leur liberté doivent avoir le droit d'introduire un recours devant un tribunal pour que celui-ci statue sur la légalité de la privation de liberté et sur son maintien. Le tribunal doit se prononcer sans délai, c'est-à-dire en quelques jours¹⁶⁴. Le CPT estime que l'examen judiciaire est particulièrement important lorsque le placement à des fins d'assistance n'a pas été ordonné par une autorité judiciaire¹⁶⁵. Il convient par ailleurs de prévoir des moyens de recours contre les conditions du placement et contre les mesures prises pendant la privation de liberté, notamment pour garantir le droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH et art. 17 Pacte II de l'ONU) et à la santé (art. 12 Pacte I de l'ONU et art. 25 al. 1 CDPH) et pour respecter l'interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH, art. 7 Pacte II de l'ONU, art. 2 et 16 Convention sur la torture et art. 15 CDPH)¹⁶⁶.

Pour que les voies de droit puissent effectivement être utilisées, il est nécessaire que les personnes concernées et leurs proches soient suffisamment informés de leurs droits et des mécanismes de plainte à leur disposition¹⁶⁷. À cette fin, les personnes placées doivent être conseillées par le biais d'organisations représentatives¹⁶⁸ ou informées de leurs droits grâce à brochures¹⁶⁹. Si nécessaire, il faut aussi leur fournir aide et assistance pour qu'elles puissent faire valoir leurs droits¹⁷⁰.

Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe indique que les visites et les contrôles des établissements publics et privés par des organes indépendants et compétents (comme une commission de surveillance) sont à même de prévenir les mauvais traitements¹⁷¹. Le CPT exige par ailleurs que ces organes soient autorisés à s'entretenir en privé avec les patient-e-s, à

¹⁶³ Pour des normes portant précisément sur le vieillissement et le handicap, voir Recommandation Rec(2009)6 du Conseil de l'Europe (note 43), ch. 3.2 et 3.4.

¹⁶⁴ KĀLIN et KŪNZLI, n° 1322 avec renvois ; parmi les arrêts pertinents : CourEDH, *Stanev c. Bulgarie*, 36760/06 (2012), ch. 148 ss. Voir aussi Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, séminaire : document de réflexion et conclusions (note 46).

¹⁶⁵ Normes du CPT (note 47), ch. 52.

¹⁶⁶ Comité des droits humains, *Fijalkowska c. Pologne*, 1061/2002 (2005), ch. 8.3-8.4 ; A. c. *Nouvelle-Zélande*, 754/1997 (1999), ch. 7.3 et Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 35 : article 9 (Liberté et sécurité de la personne), CCPR/C/GC/35 (2014), ch. 15.

¹⁶⁷ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)2, (note 46), ch. 4-5 ; Organisation mondiale de la santé 2015, p. 2.

¹⁶⁸ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)2, (note 46), ch. 4-5.

¹⁶⁹ Normes du CPT (note 47), ch. 53.

¹⁷⁰ Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2006)5 (note 46), ch. 3.12.1.

¹⁷¹ Point de vue du Commissaire aux droits de l'homme (note 46). Voir art. 16 al. 3 CDPH : tous les établissements et programmes destinés aux personnes handicapées doivent être effectivement contrôlés par des autorités indépendantes.

recueillir directement leurs plaintes et, le cas échéant, à formuler les recommandations qui s'imposent¹⁷².

6.2. Cadre légal en Suisse

L'art. 29a Cst. garantit le droit de recourir en justice : en cas de litige, toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire, tandis que l'art. 29 Cst. énonce les garanties à respecter pendant une procédure judiciaire, comme le droit d'être entendu.

Le code civil régit de façon détaillée les voies de droit auxquelles les personnes placées à des fins d'assistance peuvent recourir pour s'opposer à la décision de placement. Ainsi, ces dernières ou leurs proches peuvent saisir la justice en cas de placement à des fins d'assistance ordonné par un médecin, de traitement sous contrainte ou de mesure de contention durant ce placement (art. 439 al. 1 et art. 450 ss. CC). Les recours formés contre une décision de l'autorité de protection de l'adulte sont régis par les art. 450 ss. CC. L'instance de recours devant laquelle ils sont portés commence par entendre la personne concernée, puis désigne si nécessaire un curateur ou une curatrice expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique (art. 450e, al. 4, CC)¹⁷³. Des dispositions semblables se retrouvent dans les codes cantonaux de procédure civile¹⁷⁴. En vertu de l'art. 450e al. 5 CC, l'instance judiciaire de recours doit statuer en règle générale dans les cinq jours ouvrables suivant le dépôt du recours.

L'art. 432 CC donne à la personne placée le droit de faire appel à une personne de son choix qui l'assistera pendant la durée de son séjour et jusqu'au terme des procédures en rapport avec le placement à des fins d'assistance. Cette personne de confiance l'aidera à faire valoir ses droits face aux services administratifs et à l'institution¹⁷⁵. Des dispositions semblables se trouvent dans les lois cantonales d'application du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte¹⁷⁶.

L'art. 426 al. 4 CC donne à la personne concernée et à ses proches le droit de demander sa libération en tout temps, la décision devant être prise sans délai. La demande doit être adressée à l'autorité de protection de l'adulte ou à la direction de l'institution ; il n'est pas nécessaire d'observer des prescriptions de forme, de sorte qu'elle peut aussi être déposée verbalement¹⁷⁷. La notion de proche doit être interprétée au sens large et peut ainsi englober non seulement les parents ou le ou la partenaire, mais aussi des ami-e-s ou des assistant-e-s sociaux¹⁷⁸. Certains cantons ont également adopté des normes instaurant des garanties procédurales. Le canton de Berne dispose ainsi que les personnes concernées peuvent se faire assister par des personnes expérimentées et qu'elles doivent être entendues¹⁷⁹. Toutes ces garanties procédurales s'appliquent au placement à des fins d'assistance.

Logiquement, les personnes placées dans une institution sans que cela soit fait à des fins d'assistance ne peuvent pas former de recours contre leur placement, n'ayant pas de décision à attaquer. En vertu du CC, elles ne peuvent s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte que si

¹⁷² Normes du CPT (note 47), ch. 55.

¹⁷³ PRZULJ, para. E, ch. 2.

¹⁷⁴ À titre d'exemple le canton de Berne : art. 71 LPEA-BE.

¹⁷⁵ ETZENSBERGER, Commentaire bâlois du CC, art. 432, n° 1.

¹⁷⁶ À titre d'exemple le canton de Berne : art. 35 LPEA-BE.

¹⁷⁷ ETZENSBERGER, Commentaire bâlois du CC, art. 426, n° 51.

¹⁷⁸ BÜCHLER et MICHEL, VIII. ch. 5.

¹⁷⁹ À titre d'exemple le canton de Berne : art. 48 et 51 LPEA-BE.

elles font l'objet d'un traitement sous contrainte ou de mesures de contention (art. 385 CC). Certains cantons prévoient, pour toute personne placée en institution, la possibilité de déposer une plainte sans observer de prescriptions de forme. C'est le cas de Berne, qui a institué un mécanisme de plainte contre les traitements inappropriés¹⁸⁰ ainsi que l'obligation d'en informer les pensionnaires : selon l'art. 28 al. 1 OFoy-BE, les pensionnaires et, le cas échéant, leur représentant-e légal-e, doivent être informés par écrit au moment de l'admission de leur droit de recours et de leur possibilité de faire une dénonciation à l'autorité de surveillance.

La dénonciation adressée à l'autorité cantonale de surveillance est une voie de droit ouverte à toutes les personnes placées. L'art. 387 CC donne en effet mandat aux cantons d'instituer une surveillance sur les institutions qui accueillent des personnes incapables de discernement. Chaque canton a élaboré sa propre solution. Le canton de Zurich a ainsi confié la surveillance des maisons de retraite et des EMS au conseil de district (art. 14 loi d'application du droit de protection de l'enfant et de l'adulte¹⁸¹). Il n'a en revanche pas jugé nécessaire de réglementer d'autres aspects (par exemple la dénonciation adressée à l'autorité de surveillance ou la compétence de cet organe d'inspecter les institutions). La seule disposition applicable se trouve dans la loi cantonale sur les patients (qui s'applique aussi aux EMS) : les personnes concernées peuvent demander, pour tout litige relevant de cette loi, que l'institution adopte une décision qui pourra être portée devant le conseil de district (art. 5 Patientengesetz-ZH). Le canton de Berne a confié la surveillance des institutions – qu'il régit en détail dans l'OFoy – à l'Office des personnes âgées et handicapées (OPAH). Cette ordonnance règle en particulier la dénonciation à l'autorité de surveillance (art. 27 OFoy) et le droit de l'OPAH de réaliser des inspections (art. 37 OFoy). Par ailleurs, l'OPAH fournit aux institutions divers instruments d'auto-évaluation et notamment des normes de qualité applicables aux mesures de contention en institution ou encore une check-list concernant la gestion des médicaments. L'OPAH examine annuellement le plan des postes de chaque institution pour voir s'il respecte la dotation minimale en personnel par rapport au nombre de pensionnaires¹⁸². D'autres cantons, et notamment la Thurgovie, ont eux aussi édicté des lois ou des ordonnances sur la surveillance des institutions¹⁸³.

Le canton de Vaud a institué une commission chargée d'inspecter les établissements sanitaires et sociaux et habilitée à faire des contrôles inopinés. La grille d'évaluation utilisée par ce canton se fonde sur les cinq normes suivantes : dignité et intimité, sécurité et autonomie, communication, tenue de dossiers individuels et respect des exigences légales en matière de dotation et de qualification. Ces normes sont divisées en indicateurs et sous-indicateurs. Cette commission, qui est rattachée au Département de la santé et de l'action sociale, publie annuellement ses rapports¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Art. 26 al. 1 OFoy-BE.

¹⁸¹ EG KESR-ZH.

¹⁸² Cf. Grand Conseil du canton de Berne, Intervention parlementaire Imboden n° 243-2014, réponse du Conseil-exécutif du 22 avril 2015, ACE n° 439/2015.

¹⁸³ Heimaufsichtsverordnung-TG.

¹⁸⁴ Les rapports annuels de la CIVESS peuvent être consultés sur le site <http://www.vd.ch/autorites/departements/dsas/civess/populations-veillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems/> (consulté le 18 août 2016).

6.3. Conclusion du chapitre

Les dispositions du CC prévoient la possibilité de soumettre à un examen judiciaire les décisions de placement à des fins d'assistance et le maintien de cette mesure, les traitements sous contrainte et les mesures de contention appliquées durant le placement. La possibilité de déposer des demandes sans observer de prescriptions de forme et d'introduire des recours auprès des tribunaux en observant des formalités allégées facilite par ailleurs l'accès aux voies de droit. De surcroît, la loi exige de l'autorité qui doit statuer sur une demande de libération et du juge saisi d'un recours qu'ils respectent le principe de célérité. Enfin, le droit d'être entendu et la possibilité de se faire assister par un-e représentant-e durant les procédures ou de désigner une personne de confiance aident les personnes concernées à faire valoir leurs droits.

Toutefois, lorsque la personne n'est pas placée en institution à des fins d'assistance, elle ne peut former recours devant le juge contre le placement, puisqu'aucune décision de placement n'a été prononcée, sauf si elle fait l'objet d'un traitement médical sous contrainte ou d'une mesure de contention. Au surplus, le droit fédéral ne prévoit pas à proprement parler de voie de droit contre les conditions de placement. Certains dispositifs cantonaux permettent en revanche aux pensionnaires de s'opposer aux mesures prises dans le cadre d'un séjour ordinaire en institution. Pour cela, il faut toutefois que la personne concernée soit capable de discernement ou qu'elle ait des proches ou d'autres personnes de confiance qui puissent déposer plainte pour elle.

Les personnes concernées n'ont qu'une seule autre solution à disposition : adresser une dénonciation à l'autorité de surveillance, dénonciation que chaque canton régit à sa manière. La Commission interservices des visites en établissements sanitaires et sociaux (CIVESS) du canton de Vaud est, dans ce domaine, un exemple de bonne pratique qui garantit une protection intégrale des pensionnaires des institutions.

VI. CONCLUSION

Si la décision, l'exécution et la fin d'un placement à des fins d'assistance sont régies de façon plutôt minutieuse en Suisse depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, la situation juridique des personnes placées contre leur gré en dehors d'une décision de placement à des fins d'assistance est fragmentée, confuse et lacunaire, sans compter qu'elle n'est à bien des égards plus en phase avec la réalité des personnes atteintes de démence et placées en EMS. Cette situation est d'autant plus préoccupante que, comme nous l'avons vu, le placement non volontaire de personnes démentes est un domaine où des droits fondamentaux sont en jeu. Puisque, dans bien des cas, les personnes démentes dépendent d'autrui – des membres de leur famille ou d'autres proches – pour faire valoir leurs droits, il semble d'autant plus important de définir des normes juridiques claires, tant, d'une part, pour que les institutions disposent de directives et de guides pour prévenir toute atteinte aux droits de la personne, que, d'autre part, pour que les personnes concernées et leurs proches puissent s'y retrouver dans la jungle réglementaire.

BIBLIOGRAPHIE

BÜCHLER ANDREA et MICHEL MARGOT, *Medizin - Mensch - Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz*, Zurich 2014.

DVOŘÁKOVÁ ANDREA et VRBICKÝ JAN, *Protection of Rights of the Elderly in Institutions, Focusing in Particular on Persons with Dementia, Social Work and Social Services*, in : Lukasová Marie et Hradilová Adéla (Édit.), *Protection of Rights of Elderly People in Institutions, with an Emphasis on People Suffering from Dementia* 2014, pp. 108-113.

ECOPLAN, *Principes sous-tendant l'élaboration d'une stratégie nationale en matière de démence. La démence en Suisse: bilan de la situation actuelle*, Berne 2013.

Experte indépendante chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme (communiqué de presse du 19 septembre 2014) : Experte de l'ONU exhorte les Etats à faire plus pour les personnes âgées souffrant de démence.

Experte indépendante chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme (communiqué de presse du lundi 16 mars 2015) : *Dementia, a public health priority and a human rights concern*.

FRA, *Placement involontaire et traitement involontaire de personnes souffrant de troubles mentaux*, Luxembourg 2012.

FREI NULA, *Placement à des fins d'assistance et traitement forcé. Le nouveau droit de la protection des adultes à la lumière de la CEDH*, Newsletter du CSDH, 13 juin 2013, disponible à l'adresse <http://www.skmr.ch/frz/domaines/police/nouvelles/placement-assistance.html> (consulté le 18 août 2016).

FROWEIN JOCHEN et PEUKERT WOLFGANG, *Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar*, 3^e édition, Kehl am Rhein 2009.

HAUSHEER HEINZ, GEISER THOMAS et AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, 2^e édition, Berne 2014.

HONSELL, HEINRICH, VOGT NEDIM PETER et GEISER THOMAS (Édit.), *Commentaire bâlois du code civil I, art. 1-456 CC*, 5^e édition, Bâle 2014 (cité [Collaborateur], *Commentaire bâlois du CC*, art. n^o).

KÄLIN WALTER et KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 3^e édition, Bâle/Baden-Baden 2013.

KANTER ARLENE S., *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People Under International Law*, in : *Georgia State University Law Review* 2009 25/3, pp. 527-573.

KELLY FIONA ET INNES ANTHEA, *Human rights, citizenship and dementia care nursing*, in: *International Journal of Older People Nursing* 2013 8/1, p. 61-70. Lukasová, Marie et Hradilová, Adéla (Édit.), *Protection of Rights of Elderly People in Institutions, with an Emphasis on People Suffering from Dementia*, Office of the Public Defender of Rights, Brno 2014.

MÉGRET FRÉDÉRIC, *The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge*, in : *Human Rights Law Review* 2011 11/1, pp. 37-66.

MEYER-LADEWIG JENS, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK, Handkommentar*, 3^e édition, Baden-Baden 2011.

MÖSCH PAYOT PETER, *Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich*, in : *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz* 2014/1, pp. 5-30.

MÜLLER ANDREAS TH. ET WALTER MATHIAS, Die vergessene Dimension in der stationären Altenhilfe, Implikationen des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen für demenzerkrankte Personen in Alten- und Pflegeheimen, in : Recht der Medizin 2013/3, pp. 84-92.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTE PUBLIQUE (OFSP) et CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DE LA SANTE (CDS), Stratégie nationale en matière de démence 2014-2017, Berne 2013.

PRZULJ MIRNA, Medizinische Zwangsbehandlung im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung, in : hill 2014/201.

ROBERT BOSCH GESELLSCHAFT FÜR MEDIZINISCHE FORSCHUNG GMBH et coll., Reduktion von körperlicher Fixierung bei demenzerkrankten Heimbewohnern, Abschlussbericht zum Modellvorhaben 2008.

STRICKMANN GUDRUN, Heimaufenthaltsrecht, 2^e édition, Vienne 2012.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, European report on preventing elder maltreatment, 2011 (cité : Organisation mondiale de la santé 2011).

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, Ensuring a Human Rights-Based Approach for People Living with Dementia, 2015 (cité : Organisation mondiale de la santé 2015).