

---

# Patient Patientenrecht

Die collection volk + recht veröffentlicht Arbeiten, die durch eine kritische Analyse des Rechts sowie des Prozesses seiner Entstehung und Anwendung eine fortschrittliche juristische Berufspraxis zu erleichtern vermögen.

Die Autoren des vorliegenden Buches haben sich zum Ziel gesetzt, einige wichtige patientenrechtliche Positionen im Medizinalrecht kritisch zu überprüfen: Die Arzthaftpflicht, die Leistungspflicht der Krankenkassen, die Aufklärungspflicht des Arztes, Patientenrechte im Justizvollzug und in der Psychiatrie, das Recht auf einen würdigen Tod sind Stichwörter, die in den einzelnen Artikeln diskutiert werden.

Ralf Binswanger / Bruno Glaus / Thomas Geiser / Pierre Gilliland /  
Rolf Himmelberger / Atilay Ileri / Susanne Leuzinger-Naef /  
Beatrice Mazenauer / Hans-Peter Meisel / Michel Rossinelli /  
Arbeitsgruppe Patientenstelle Basel.

---

# Patient Patientenrecht

## Droits des patients — quel diagnostic ?

---



---

## Droits des patients — quel diagnostic ?

La collection volk + recht entend apporter des contributions utiles à la pratique professionnelle des juristes progressistes, par la publication d'analyses juridiques critiques du droit, de ses origines et de ses applications.

Les auteurs du présent ouvrage se sont fixé comme objectif de soumettre à un examen critique différents postulats importants de la défense des droits des patients : responsabilité civile du médecin, prestations obligatoires des caisses maladie, devoir d'information du médecin, droits des patients en matière psychiatrique et dans le cadre de l'exécution des peines, droit à une mort digne. Autant de thèmes qui font l'objet des différentes contributions réunies dans le présent ouvrage.

---

**Band 5 - collection volk + recht - volume 5**

**collection volk + recht**

# Patient Patientenrecht

## Droits des patients – quel diagnostic?

### Inhaltsverzeichnis

### Table des matières

Vorwort

*Avant-propos*

**Ralf Binswanger** (unter Mitarbeit von Andrea Stauffacher):  
Patientenrechte im Justizvollzug?

**Bruno Glaus:**  
Verfassungswidriges Patientenrecht auf kantonaler Ebene

**Thomas Geiser:**  
Was haben die Bestimmungen über die fürsorgliche Freiheitsentziehung  
gebracht?

**Pierre Gilliland:**  
Réappropriation la santé

**Rolf Himmelberger:**  
Les nouvelles dispositions du CCS sur la privation de liberté à des fins  
d'assistance sont-elles réellement un progrès pour les malades?

**Atilay Ileri:**  
Die Haftung des Arztes

**Susanne Leuzinger-Naef:**  
Die Leistungspflicht der Krankenkassen: Finanzierung der Gesundheit oder  
des Medizinalsystems?

**Beatrice Mazenauer:**  
Zur Zwangsbehandlung in der Anstaltspsychiatrie. Die gesellschaftliche  
Kontrolle über Irre und die Rolle der Ärzte

**Hans-Peter Meisel:**  
Die ärztliche Aufklärungspflicht

**Michel Rossinelli:**  
Le premier et le dernier des droits. Réflexions sur le droit à la vie et le  
«droit de mourir dignement» dans l'ordre juridique suisse

**Ursula Ernst / Anni Lanz / Balz Scharf:**  
Warum machen nur wenige Patienten von ihren Rechten Gebrauch?

Adressen der Autoren und Autorinnen

*Adresses des auteurs*

In dieser Reihe sind bisher erschienen:

*Dans la même collection:*

Christiane Brunner-Closset / Willi Egloff / Thomas Geiser / Martin Jäggi / Jacques Micheli / Philippe Nordmann / René Schoop / Jean-Jacques Schwaab / Claude Voegeli / Edward Yemin

**Kündigungsschutz  
im Arbeitsrecht**

**La protection  
des travailleurs  
contre les licenciements**

Band 1 - collection volk + recht - volume 1

Urs Allemann / Denis Barrelet / Willi Egloff / François Geyer / Yvette Jaggi / Wolfgang Larese / John Nosedá / Blaise Rostan / Ralph Steppacher / Daniel Trachsel / Christian Wyss

**Wem dient  
die Medienfreiheit?**

**La liberté des médias,  
au service de qui?**

Band 2 - collection volk + recht - volume 2

Willi Egloff / Blaise Rostan

**Handbuch  
des Radio- und Fernsehrechts**

Band 3 - collection volk + recht - volume 3

Arthur Andermatt / Thomas Geiser / Moritz Leuenberger / Kurt Meier / Niklaus Oberholzer / Helmut Ridder / Victor Schiwoff

**Demokratische Rechte  
im öffentlichen Dienst**

Band 4 - collection volk + recht - volume 4

*Ich bestelle / Je commande*

..... Ex. Patient Patientenrecht / *Droits des patients – quel diagnostic? à Fr. 27. –*

..... Ex. Demokratische Rechte im öffentlichen Dienst à Fr. 18. –

..... Ex. Handbuch des Radio- und Fernsehrechts à Fr. 20. –

..... Ex. Medienfreiheit / *Liberté des médias à Fr. 27. –*

..... Ex. Kündigungsschutz / *La protection contre les licenciements à Fr. 25. –*

Name / Nom:.....

Adresse:.....

Ort / Lieu:.....

Datum / Date:.....

Unterschrift / Signature:.....

Einsenden an / Envoyer à:

Verlag volk + recht, Postfach 2483, 3001 Bern



## Les nouvelles dispositions du CCS sur la privation de liberté à des fins d'assistance sont-elles réellement un progrès pour les malades ?

### I. Introduction

Le présent article a pour objet de présenter un point de vue critique sur la privation de liberté à des fins d'assistance des malades psychiques.

Le principal problème est que les autorités politiques et les psychiatres ont depuis longtemps écarté du droit qui régit la société « normale » les malades psychiques et le régime juridique de ces derniers a partout quelque chose de paternaliste. On décide pour le malade, on le traite pour son bien et, par conséquent, on ne comprend pas qu'il veuille s'opposer à une hospitalisation ou à un traitement.

Il n'est pas possible d'envisager dans le cadre de cet article des propositions alternatives à l'internement psychiatrique, une telle optique impliquant une étude beaucoup plus fournie, et l'internement psychiatrique étant également bien installé dans l'ordre juridique et les mœurs des pays dits « civilisés », mais j'essayerai de démontrer que le fossé est grand entre la théorie et la pratique et que la loi a (trop) tendance à être appliquée en défaveur du malade.

### 2. Le contexte médico-juridico-social

Dans le passé, l'internement psychiatrique était essentiellement vu comme une mesure de protection de la société; aujourd'hui, on le considère plutôt comme un instrument de soins médicaux à l'intention du malade. En effet, selon la législation actuelle (cf. art. 397 a CSS), l'internement, qualifié de « privation de liberté à des fins d'assistance », ne peut survenir que pour des motifs tenant à la personne du malade: maladie mentale, faiblesse d'esprit, alcoolisme, toxicomanie ou grave état d'abandon. Il faut encore que ces malades ne puissent être soignés autrement. Le critère du danger potentiel n'est donc pas nécessaire au sens de la loi fédérale. La loi d'application genevoise semble être plus restrictive, puisqu'elle exige que 3 conditions cumulatives doivent être réunies, soit que:

- « a) le malade présente des troubles mentaux;
- b) son état constitue un danger grave pour lui-même ou pour autrui;
- c) un traitement ou des soins dans un établissement psychiatrique s'avèrent nécessaires. »<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Offenbar a. M. Koller, a.a.O. (Anm. 106), S. 58.

<sup>2)</sup> Deschenaux/Steinauer, a.a.O. (Anm. 21), S. 234.

<sup>3)</sup> Vgl. vorne sub. II 2.

<sup>4)</sup> BBl. 1977 III, S. 38.

<sup>5)</sup> AGVE 1981, S. 129 f.

<sup>6)</sup> Iberg, a.a.O. (Anm. 65), S. 293 f.

<sup>7)</sup> BBl. 1977 III, S. 46.

<sup>8)</sup> Art. 314, Ziff. 1 ZGB.

<sup>9)</sup> Protokolle der nationalräthlichen Kommission, S. 68 f.

<sup>10)</sup> Amtl. Bull. 1978 N. S. 769 f.

<sup>11)</sup> Amtl. Bull. 1978 S. S. 404.

<sup>12)</sup> Zu den materiellen Voraussetzungen der Anstaltseinweisung bei Unmündigen unter elterlicher Gewalt,

die sich nicht mit demjenigen des Art. 397 a ZGB decken, vgl. Art. 310 ZGB.

<sup>13)</sup> Amtl. Bull. 1978 S. S. 404.

<sup>14)</sup> Protokolle der ständeräthlichen Kommission, S. 50 ff.

<sup>15)</sup> Art. 310 ZGB.

<sup>16)</sup> Zit. bei Iberg, a.a.O. (Anm. 65), S. 294 und AGVE 1981, S. 139 f.

<sup>17)</sup> AGVE 1981, S. 139 f.

<sup>18)</sup> Und bestehe diese auch nur in einer «überwachten Erziehung».

<sup>19)</sup> Vgl. vorne sub. II 3 a.

<sup>20)</sup> Art. 397 a, Abs. 2 ZGB.

La loi genevoise exige donc comme critère d'entrée non volontaire supplémentaire par rapport à l'art. 397 a CCS (voir aussi ci-après : III. Les dispositions légales et leur application), que l'état mental de la personne à interner présente un danger grave pour elle-même ou pour autrui.

Le Tribunal fédéral<sup>2</sup>, me semble-t-il, s'est exprimé contre la possibilité de laisser les cantons mettre des conditions supplémentaires à l'art. 397 a pour permettre l'internement des personnes atteintes d'affections mentales :

« Il (le législateur cantonal) violerait l'art. 2 Disp. trans. Cst. s'il choisissait une solution susceptible d'empêcher ou d'entraver l'application du droit fédéral, in casu de l'art. 397 a CC. »<sup>3</sup>

Au sens de l'ancienne législation fédérale (art. 406 CC), une mesure d'internement était liée à une mesure de mise sous tutelle,<sup>4</sup> alors que la modification du Code civil traitant de la privation de liberté à des fins d'assistance entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1981 permet d'interner des personnes majeures et en possession de leurs droits civiques simplement pour les soigner. Il est également à relever que certains cantons avaient déjà, avant 1981, des législations ou des règlements permettant l'internement psychiatrique de malades psychiques ou de personnes troublant l'ordre public. Ces législations ou réglementations étaient considérées comme étant de droit public.<sup>5</sup>

Ainsi donc, de mesure de contrôle social, l'internement psychiatrique est officiellement devenu une mesure de soins médicaux ce qui n'empêche pas, dans la pratique, certaines autorités judiciaires de « refiler » aux psychiatres les cas d'individus dangereux pour lesquels elles n'arrivent pas à prendre de décision. L'exemple type est ici la pénible affaire dite du double meurtre de Trélex et de Genève du 22 août 1982 où un homme, déjà connu du Conseil de surveillance psychiatrique genevois,<sup>6</sup> a tué son père et sa mère. Après avoir été arrêté par la police et incarcéré en prison, le procureur, les avocats des parties civiles et le propre avocat du meurtrier se sont élevés publiquement, lors de l'audience de la Chambre d'accusation du 20 septembre 1982, contre le fait que les médecins du centre psycho-social universitaire ne soient pas intervenus pour empêcher le drame, sous-entendu pour l'interner. Le Centre psycho-social avait été prié par le Conseil de surveillance psychiatrique d'examiner le futur meurtrier et de prendre les mesures « appropriées » à son cas, après que l'amie de ce dernier eut signalé au dit conseil de surveillance psychiatrique que son ami avait l'intention de tuer ses parents. Il me semble ici bizarre que, dès qu'une personne est connue comme ayant été psychiatisée, l'on mandate les médecins pour protéger les tiers au lieu de confier la protection de la population aux autorités instituées à cet effet, soit la police et la justice.<sup>7</sup>

Dans le passé, les autorités compétentes pour prononcer le placement et sa mainlevée étaient surtout administratives : police, département de l'administration, etc. ; aujourd'hui, ce sont de plus en plus les médecins qui décident de tout : placement, traitements, etc.

Ainsi donc, les soins psychiatriques deviennent de plus en plus des soins médicaux où les médecins décident seuls (comme pour les maladies physi-

ques) mais où les malades n'ont pas voix au chapitre. Mais pourquoi donc une loi existe-t-elle (même pour les entrées volontaires) ? Tout simplement, à mon avis, parce que les médecins veulent pouvoir soigner, le cas échéant par la force, un malade récalcitrant qui ne voudrait pas de soins, le mettre en chambre d'isolement si nécessaire et le garder jusqu'à ce qu'ils estiment que le traitement a agi.

Dans une grande mesure, la législation actuelle consacre donc le pouvoir médical et les droits des médecins dans le traitement des malades psychiatriques plutôt qu'elle ne protège véritablement ces derniers contre d'éventuels abus. On peut également relever que les mêmes traitements psychiatriques « lourds », pratiqués avec bonne conscience dans nos pays occidentaux, sont souvent qualifiés de « torture » lorsqu'ils sont le fait de psychiatres de pays de l'Est à l'encontre de « dissidents ». Mais la maladie mentale n'est-elle pas aussi une forme de dissidence par rapport à la norme sociale ? Comme il y a les psychiatres et les anti-psychiatres, il y a les juristes qui soutiennent les psychiatres et il y a les juristes qui se méfient aussi quelque peu des psychiatres...

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'attitude de méfiance de certains juristes face aux psychiatres n'est pas nouvelle. Ainsi, dans les années 1950 déjà, Jacques Prévaut<sup>9</sup> critiquait le manque d'intérêt apporté par les juristes à s'intéresser à l'internement psychiatrique :

« ..., de malheureuses et innocentes victimes sont enfermées chaque jour pour des motifs vraiment futiles ; les textes qui devraient les protéger sont violés... personne ne vient à leur secours... Bien plus, lorsqu'un tribunal rend une décision reconnaissant le caractère arbitraire d'un internement, cette décision passe inaperçue ; si, par hasard, elle est publiée, personne ne prend l'initiative de la commenter sérieusement ni de rappeler, à cette occasion, les grands principes qui sont à la base de notre droit et de notre civilisation. »<sup>10</sup>

Le même auteur a également relevé que :

« Lorsqu'un individu est frappé de la qualification juridique d'« aliéné », toutes les garanties de droit commun s'effacent brusquement. »<sup>11</sup>

Dans la même optique, je relèverai la différence existant dans l'application de la loi, d'une part, en matière pénale où les garanties individuelles sont clairement prévues et, d'autre part, en matière psychiatrique où l'individu, parce qu'il est prétendument soigné « pour son bien », se voit pratiquement privé de ses droits fondamentaux.<sup>12</sup> Ce problème n'a pas échappé à certains médecins. Ainsi, au début de ce siècle, le Dr Toulouse écrivait :

« Si l'on veut empêcher qu'un aliéné nuise à autrui, il faut attendre qu'il ait commis des actes délictueux, des menaces par exemple. A ce moment, le tribunal le jugera comme tout autre citoyen, avec l'aide des médecins, et ordonnera, s'il y a lieu, un placement dans un établissement spécial, d'où il ne pourra sortir qu'après les mêmes formalités. Mais sous prétexte qu'il peut être dangereux, ce qui est une hypothèse souvent non réalisée, on ne doit pas l'interner, pas plus qu'on ne doit mettre et garder en prison des individus appartenant à certaines pro-

fessions, sous prétexte que l'expérience a appris que ces derniers fournissent un plus grand nombre de criminels.

La peine est une question d'espèce et non de moyenne et l'internement, dans ce cas, est par un de ses côtés, bien réellement une peine. Il n'y a pas, en y réfléchissant bien, de suffisants motifs, si l'aliéné n'a pas commis ou tenté de commettre un délit, de le priver de sa liberté par ce seul fait qu'il est aliéné.<sup>13</sup>

Cet avis n'a rien perdu de sa pertinence. Les concepts médicaux sont toujours dépendants des idées sociales dominantes. Par son caractère normatif, la notion de maladie mentale permet de définir les comportements jugés admissibles à une époque donnée. Son caractère répressif ne saurait donc être ignoré. Dès lors, les malades psychiques doivent aussi pouvoir bénéficier de garanties juridiques adéquates. Ainsi, le pouvoir judiciaire devrait avoir un rôle prééminent dans la décision d'internement alors que le rôle du médecin est de renseigner les juges sur les faits qui relèvent de son art.<sup>14</sup> Dès lors, le malade pourrait bénéficier d'un défenseur au même titre que dans n'importe quelle autre procédure judiciaire. Il n'appartient donc pas aux seuls médecins de décréter si un malade présente un danger pour l'ordre public car il s'agit aussi d'un problème social et, par voie de conséquence, juridique puisque c'est le droit qui réglemente les normes sociales admises et non la médecine.

Par ailleurs, il faut constater une certaine parenté entre la justice pénale et la psychiatrie: «les criminels passent souvent pour des «fous» et, à l'inverse, les «fous», pour des criminels en puissance.»<sup>15</sup>

Concernant la délinquance, il apparaît que la prison, où le droit pénal envoie les personnes parce qu'elles ont fait quelque chose de répréhensible, n'a pas apporté l'amendement souhaité des délinquants. Michel Foucault parle d'«école de délinquance» et de «renforcement du milieu criminel».<sup>16</sup>

Là où le système pénal a échoué, certains ont pensé que la psychiatrie allait peut-être faire des miracles. En effet, la psychiatrie légale, si elle s'est d'abord occupée de grands crimes, s'occupe de plus en plus du domaine entier des infractions. Et cette situation a des conséquences pour la théorie juridique de la responsabilité:

«Dans la conception de la monomanie, le soupçon pathologique se formait là où précisément il n'y avait pas de raison à un acte; la folie était la cause de ce qui n'avait pas de sens et l'irresponsabilité s'établissait dans ce décalage. Mais avec cette nouvelle analyse de l'instinct et de l'affectivité, on aura la possibilité d'une analyse causale de toutes les conduites, délinquantes ou non et quel que soit le degré de leur criminalité. De là le labyrinthe infini dans lequel s'est trouvé engagé le problème juridique et psychiatrique du crime: si un acte est déterminé par un nexus causal, peut-on le considérer comme libre; n'implique-t-il pas la responsabilité? Et faut-il pour qu'on puisse condamner quelqu'un qu'il soit impossible de restituer l'intelligibilité causale de son acte?»<sup>17</sup>

Ainsi, de plus en plus, les gens, délinquants ou non, sont jugés non pas sur ce qu'ils ont fait, mais sur ce qu'ils sont. Mais heureusement que le

droit et les codes hésitent à faire place à ce genre de justice. «Peut-être pressent-on ce qu'il y aurait de redoutable à autoriser le droit à intervenir sur les individus en raison de ce qu'ils sont: une terrible société pourrait sortir de là.»<sup>18</sup>

En conclusion, le pouvoir actuel des médecins est beaucoup trop important et permet de nombreux abus. A l'heure actuelle, certains psychiatres estiment qu'il convient «de renvoyer à l'ordre policier ce qui lui appartient si la menace encourue dans une situation d'urgence n'est pas strictement psychiatrique».<sup>19</sup> Le problème est que ces psychiatres n'expliquent pas ce qu'est une situation d'urgence strictement psychiatrique. L'imprécision de cette notion comporte peut-être le risque de laisser la possibilité à certains psychiatres de «choisir» leurs clients, ce qui semble quelque peu sujet à caution dans un contrat «non volontaire».

Lors du séjour hospitalier, il faudrait d'abord, si l'on accepte le principe de l'entrée non volontaire, que soient réduites au minimum toutes formes de «représailles» rencontrées inévitablement dans une collectivité telle qu'une clinique psychiatrique: «la mise en isolement en tant que représailles, la prescription médicamenteuse en tant que représailles, les barrières architecturales en tant que représailles, etc.»<sup>20</sup>

Le Dr Claude Miéville estime, pour sa part, qu'une psychiatrie contractuelle, où le malade est libre de venir et de s'en aller, est parfaitement possible en établissant une psychiatrie.<sup>21</sup> Le Dr Miéville prévoit toutefois, et ici je me distance quelque peu de cette position, de pouvoir fermer à clé une division ou une partie de division ou une chambre pendant quelques heures, éventuellement quelques jours, et ceci dans certaines situations aiguës. Mais il s'élève contre une certaine pratique de la psychiatrie qui prétend que l'enfermement serait plus structurant et plus rassurant que les portes ouvertes sur un champ libre. «Ce ne sont pas les lieux fermés qui rassurent, mais la relation avec les soignants.»<sup>22</sup>

Cette proposition de psychiatrie contractuelle du Dr Miéville semble se rapprocher des concepts des juristes et mériterait d'être développée dans une approche interdisciplinaire.

### 3. Les dispositions légales et leur application

#### 3.1 Le droit fédéral actuel

Le 3 octobre 1974, l'Assemblée fédérale suisse a approuvé l'entrée en vigueur pour la Suisse de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, appelée couramment «Convention européenne des droits de l'homme», avec notamment une réserve portant sur l'application de l'article 5 de ladite convention. Cette réserve avait la teneur suivante:

«Réserve portant sur l'article 5. Les dispositions de l'article 5 de la Convention seront appliquées sans préjudice, d'une part, des dispositions des lois cantonales autorisant l'internement de certaines catégories

