

Lucerne, décembre 2024

Questions juridiques relatives aux instructions médicales pour les cas d'urgence

Résumé

Les instructions médicales pour les cas d'urgence (IMU) clarifient, au moyen d'un formulaire, les réponses à donner aux questions médicales qui se poseraient au sujet d'un patient dans une situation d'urgence. Souvent – mais ce n'est pas une obligation – les IMU sont remplies lors de l'élaboration d'un projet de soins anticipé (ProSA). Ce type de document a fait ses preuves dans la pratique et est souvent utilisé. Il ne figure cependant pas encore dans le droit médical et n'est pas expressément reconnu par le législateur. La valeur accordée aux IMU dans le système juridique dépend des circonstances concrètes dans lesquelles elles ont été rédigées:

- Du moment que les exigences légales en matière de validité sont remplies – le document est daté et a été (co)signé par le patient alors capable de discernement – les IMU sont des **directives anticipées (DA) contraignantes**.
- Si les IMU ont été élaborées lorsque le patient en question était incapable de discernement en la matière, alors les IMU peuvent être considérées comme **l'expression de la volonté présumée du patient**, telle que comprise par le représentant légal ou le médecin traitant. Dans ce cas, les IMU font **partie du plan de traitement**, qui a pour objet non seulement la situation médicale actuelle, mais aussi des situations d'urgence susceptibles de se présenter dans le futur.

Idéalement, les IMU devraient être élaborées dans le cadre d'un ProSA. Toutefois, le document peut aussi être l'expression de la diligence d'un médecin s'inquiétant de planifier la suite d'une prise en charge médicale, sans passer par une démarche de ProSA. La coexistence de plusieurs documents traitant des mêmes situations d'urgence (en particulier des DA et des IMU) peut conduire à des contradictions. Il convient d'éviter autant que possible ce type de problèmes par une planification globale, ou de les résoudre par une actualisation des documents.

Si les IMU ont été élaborées par le médecin sans impliquer le patient capable de discernement, ou son représentant s'il est incapable de discernement, le risque existe que ces instructions ne correspondent pas à la volonté (présumée) de ce patient. Certaines situations peuvent toutefois justifier que le médecin prenne lui-même la responsabilité de la rédaction d'IMU ou ne tienne pas compte de la volonté du patient ou de son représentant, parce que le traitement souhaité n'est pas indiqué et ne devrait donc pas être proposé.

Une inscription explicite des IMU dans la loi serait difficilement à même de résoudre tous les problèmes rencontrés dans la pratique. Cela pourrait par contre servir à mettre en avant

cet outil. Il serait d'ailleurs souhaitable qu'un formulaire unique puisse s'imposer dans toute la Suisse. Cela contribuerait à unifier les pratiques et diminuerait l'investissement nécessaire pour former le personnel de santé. Un formulaire unique permettrait surtout de réduire le risque qu'en situation d'urgence la décision soit prise d'appliquer un traitement non souhaité ou non indiqué, à cause de malentendus ou par peur de devoir endosser la responsabilité de ne pas l'avoir fait.

Table des matières

1	Contexte et mandat confié.....	3
2	But et limites de l'autodétermination des patients	4
3	Relation entre les instructions médicales pour les cas d'urgence et les directives anticipées	7
3.1	Relation entre les IMU et les DA en général	7
3.2	Importance des DA dans une situation d'urgence.....	8
3.3	Résultat intermédiaire.....	8
4	IMU établies par le représentant ou approuvées par le patient.....	9
4.1	IMU faisant partie du plan de traitement («IMU by proxy»).....	9
4.2	Restriction concernant les DA	10
4.3	Résultat intermédiaire.....	11
5	IMU établies par la médecin seule	11
5.1	IMU établies dans le cadre d'un ProSA.....	11
5.2	IMU assumées par la médecin seule	12
6	Traitement en situation d'urgence	13
6.1	Principe: caractère contraignant et nécessité d'interpréter les DA et les IMU	13
6.2	Plusieurs documents existants; DA et IMU contradictoires	14
6.3	Digression: documentation complémentaire	15
7	Devoir de diligence et responsabilité du personnel de santé	16
7.1	Principes de base.....	16
7.2	IMU en tant qu'expression de la diligence du médecin	17
7.3	Actualisation des IMU.....	18
7.4	Devoir de diligence en situation d'urgence.....	19
7.5	Risque de se faire influencer par la médecin	20
8	Inscription des IMU dans la loi <i>de lege ferenda</i>	21
9	Utilisation d'un formulaire unique dans toute la Suisse	23
	Choix de références bibliographiques.....	25

1 Contexte et mandat confié

Depuis quelques années, les avantages du projet de soins anticipé (ProSA)¹ sont de plus en plus reconnus en Suisse. Dans ce contexte, divers documents sont utilisés pour cette planification, dont les instructions médicales pour les cas d'urgence (IMU). Les IMU sont notamment évoquées dans la «Roadmap pour la mise en œuvre du projet de soins anticipé en Suisse», qui a été publiée en mars 2023 par le groupe de travail Projet de soins anticipé (GT ProSA), sous la direction de l'OFSP et de l'ASSM. Dans la recommandation numéro 11 de la roadmap,² il est écrit: «Clarifier les instructions médicales pour les cas d'urgence: Un formulaire d'instructions médicales pour les cas d'urgence fixe les objectifs thérapeutiques et les traitements souhaités en situation d'urgence. La signification et l'importance de ce formulaire par rapport aux autres documents du ProSA doivent être clarifiées. Son utilisation doit se généraliser dans toute la Suisse.»

Un certain doute sur la valeur juridique des IMU règne dans la pratique médicale, dans les sociétés de disciplines médicales et en politique. Ce constat est notamment ressorti lors de la mise en consultation publique de la roadmap durant l'été 2022. Dans ce contexte, le présent mandat a pour objectif de répondre par une brève expertise juridique aux questions figurant dans un contrat daté du 20 novembre 2023. Selon le vœu explicite du mandant, l'expertise doit être compréhensible pour les non-juristes. Afin de tenir compte de ce souhait, il a été renoncé à l'adoption d'un style scientifique et aux développements juridico-dogmatiques lors de la rédaction du présent document. De même, les sources sont citées avant tout lorsque cela semble nécessaire à cause de divergences d'opinion. Les dispositions légales et les indications supplémentaires ont été placées dans les notes de bas de page, afin de rendre le texte plus lisible. Conformément à l'usage de l'ASSM, les chapitres sont rédigés alternativement au masculin et au féminin, mais les noms génériques utilisés doivent être compris comme concernant tous les membres de tous sexes.

Dans la présente brève expertise, les IMU sont comprises comme un «formulaire permettant de définir l'objectif thérapeutique et les mesures à prendre en conséquence dans une situation d'urgence aiguë avec perte subite de la capacité de discernement.»³ Les

¹ Concernant ce terme, voir par exemple ASSM, Fin de vie et mort, Glossaire, p. 30 (dans lequel en l'occurrence la version anglaise du terme est expliquée: «L'Advance Care Planning (ACP) désigne un processus dans lequel les patients et, le cas échéant, leurs proches discutent avec les professionnels de la santé des stratégies et des objectifs thérapeutiques, les définissent et les adaptent régulièrement au déroulement concret de la maladie. L'ACP suppose que la compréhension de la maladie, les objectifs thérapeutiques ainsi que les mesures, les valeurs, les conceptions et les besoins spirituels soient clarifiés avant que des complications ou des dégradations de l'état de santé et de conscience rendent impossible la prise de décision avec le patient. La procédure dans une situation d'urgence (par exemple en cas de complication) doit également être discutée. Les entretiens et les accords qui en résultent doivent être consignés par écrit et rendus accessibles aux professionnels de la santé et aux proches.»

² Roadmap ProSA, p. 7.

³ Roadmap ProSA, p. 8. Il n'existe pas de définition unique pour les IMU; ci-après, nous nous basons sur la définition figurant dans le document de l'Office fédéral de la santé publique OFSP/palliative ch, p. 14: «Les instructions médicales pour les cas d'urgence permettent de clarifier les questions qui doivent éventuellement être tranchées en cas d'urgence (prolongation de la vie, y c. réanimation, transfert en unité de soins intensifs avec ou sans intubation, transfert à l'hôpital, prolongation de vie en ambulatoire à la maison ou atténuation symptomatique des souffrances et traitement à la maison ou à l'hôpital)». Les objectifs thérapeutiques sont souvent fixés à l'aide d'un schéma ABC. La lettre A signifie qu'une prise en charge sans

instructions qui figurent dans ce document doivent, dans le contexte d'urgences médicales,⁴ tenir compte des exigences particulières de la médecine de secours et d'urgence.⁵ En l'absence de réglementation juridique contraignante, il n'est pas clair si les IMU doivent être signées par la patiente, ses proches ou représentantes thérapeutiques et par le médecin, ou seulement par celle-ci. Les différentes possibilités vont en conséquence être étudiées ci-après.

2 But et limites de l'autodétermination des patients

Le droit médical repose sur le principe d'autodétermination des patients, qui trouve sa concrétisation juridique dans différents arrêtés.⁶ La notion d'autodétermination des patients mérite toutefois d'être clarifiée. Elle ne doit pas être comprise comme la possibilité pour un patient capable de discernement (au sens de la fixation autonome des règles selon Kant) d'exiger tous les traitements qu'il souhaite de la part d'un médecin donné ou d'un prestataire de services médicaux. L'**autodétermination** ne doit pas être saisie comme **absolue**, mais bien comme **limitée** à plusieurs égards. En particulier, l'indication médicale d'une mesure donnée «dessine cependant le cadre au sein duquel le patient peut exercer son droit à l'autodétermination».⁷ C'est la raison pour laquelle en particulier des thérapies inefficaces ou dénuée de sens⁸ ne peuvent être proposées et, inversement, exigées.⁹ Selon un arrêt du Tribunal fédéral suisse, l'essentiel de l'autodétermination du patient ne consiste qu'en un **droit de s'opposer** à un traitement proposé par un médecin, mais au moins ce droit-là existe.¹⁰

limitation est souhaitée, avec toutes les mesures thérapeutiques d'urgence, admission aux soins intensifs et réanimation; B0 signifie prolongation de la vie, mais «pas de réanimation»; B1 ajoute une restriction supplémentaire, à savoir «pas de respiration artificielle invasive»; B2 correspond au refus d'une prise en charge aux soins intensifs et B3 «pas de transfert à l'hôpital». Finalement, avec l'option C, l'objectif thérapeutique ne comprend que les soins palliatifs (pas de prolongation de la vie). Pour les détails et davantage d'informations voir entre autres KRONES/LOUPATATZIS/KARZIG-RODUNER/OTTO.

⁴ Bizarrement, dans la plupart des publications importantes, également dans la roadmap ProSA, la notion d'urgence médicale n'est pas définie. Sur la base d'ASSM, Directives anticipées, p. 10, celle-ci peut être comprise (en particulier) comme une situation d'urgence où le pronostic vital est engagé et où des mesures doivent être prises sans attendre. Cf. également IN DER SCHMITTEN/ROTHÄRMEL/RIXEN/MORTSIEFER/MARCKMANN, p. 469, qui définissent les instructions médicales pour les cas d'urgence comme des règles à suivre en situation de crise présentant un risque vital; voir aussi les indications mentionnées à la note de bas de page 20.

⁵ HAUSSENER, chiffre marginal n°449.

⁶ Pour en savoir plus à ce sujet, cf. entre autres BÜCHLER/MICHEL, p. 63 ss; AEBI-MÜLLER, chiffre marginal n°4.

⁷ ASSM, Futility, chapitre 5.1.; également WETTERAUER, p. 147; pour le droit allemand, cf. LIPP, p. 763. Selon la formule percutante de HAUSSENER, chiffre marginal n°33: L'indication médicale fixe les limites de la mission thérapeutique du médecin (traduit librement de l'allemand).

⁸ Bien évidemment cela vaut également pour les interventions illicites ou contraires aux mœurs, cf art. 20, CO; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, chiffre marginal n°260.

⁹ Exemples: AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, chiffre marginal n°260; GADMER MÄGLI, p. 119; KÖBRICH, Heilbehandlung, p. 14. Concernant les notions de «Futility», d'«inefficacité» et d'«absence de sens», cf. ASSM, Futility, p. 55 s.; cf. ASSM, Fin de vie et mort, p. 21 et 33.

¹⁰ ATF 148 I 1 E. 6.2.3.: «Matériellement, le droit à l'autodétermination s'exprime ainsi très largement, dans le domaine médical, par celui de consentir ou non à un acte proposé par le médecin ou un autre soignant, respectivement de retirer un consentement préalablement donné,

Malgré ces réserves quant à la signification de l'autonomie en droit médical, il est absolument clair qu'à l'intérieur d'un cadre bien défini, les souhaits du patient sont prépondérants. Dans ce sens, **l'autodétermination du patient** occupe une **place primordiale** en droit médical et en éthique médicale. Dans l'actuel droit de la protection de l'adulte (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013), elle trouve son expression la plus claire atteinte à ce jour. Voici, de manière résumée, ce qui peut être déduit de ces dispositions:¹¹

- Le **patient capable**¹² **de discernement** en matière de choix thérapeutique décide lui-même, après avoir reçu les informations nécessaires, s'il accepte ou non le traitement qui lui est proposé. Un refus doit être accepté, même si objectivement la proposition du médecin sert les intérêts du patient.
- Pour le **patient majeur**¹³ **incapable de discernement**, la loi prévoit différents modèles de représentation pour la prise de décision, qui ont toutes pour objectif de concrétiser au mieux les souhaits et la volonté exprimée au préalable ou encore en partie effective de cette personne:
 - o Le traitement est entrepris selon les directives anticipées (DA) (valables, suffisamment concrètes et par là-même aussi fondamentalement contraignantes).¹⁴
 - o L'accord doit être demandé à la personne représentant¹⁵ le patient; la décision du représentant se base en premier lieu sur la volonté présumée¹⁶ du patient et se retrouve dans un plan de traitement.¹⁷

pour autant que ce retrait ait lieu avant la réalisation de l'acte.» Dans la littérature, entre autres AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, chiffre marginal n°263; pour le droit allemand LIPP, p. 763.

- ¹¹ Ce résumé ne traite pas des cas spéciaux, en particulier du traitement sans consentement d'un patient atteint d'un trouble psychique et placé à des fins d'assistance; à ce sujet, prière de se référer à la disposition légale applicable (art. 380, CC, art. 433-435, CC) et à la littérature à ce sujet. Sur l'ensemble de la question cf. également OTTO-ACHENBACH, p. 159 ss; FOUNTOLAKIS/KÖBRICH, p. 77 ss
- ¹² La question de la capacité de discernement ne peut pas être traitée plus avant dans la présente expertise; voir à ce sujet entre autres AEBI-MÜLLER, chiffre marginal n°23 ss, et les références citées.
- ¹³ L'expertise qui suit repose sur le droit de la protection de l'adulte, qui selon la définition s'applique aux patients majeurs; la situation juridique des patients mineurs n'est pas traitée; à ce sujet voir par exemple AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, chiffre marginal n°756 ss. Pour le sujet traité ici, il est en particulier important de savoir qu'une personne mineure peut aussi élaborer des directives anticipées valables; op. cit., chiffre marginal n°720; pour un enfant mineur incapable de discernement, ce sont en règle générale les parents ayant sa garde qui décident pour lui.
- ¹⁴ Concernant le terme directives anticipées, voir le chapitre 3.1, ci-dessous.
- ¹⁵ Il peut s'agir d'un représentant choisi librement et désigné comme tel (dans des directives anticipées ou un mandat pour cause d'inaptitude), d'un représentant nommé par les Autorités cantonales de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) (curateur) ou d'un représentant légal (désigné selon l'ordre établi dans l'art. 378, al. 1, CC).
- ¹⁶ Art. 378, al. 3, CC; bien que les dispositions légales placent la volonté présumée et l'intérêt (jugé de manière objective) du patient sur le même niveau, dans la littérature, il est reconnu que la volonté présumée du patient prime, pour autant qu'elle soit fondée; voir par exemple AEBI-MÜLLER, chiffre marginal n°133; JUNOD, N 42 s., sur l'art. 378, CC.
- ¹⁷ Art. 377, CC.

- Il existe un droit de participation au processus de décision par le représentant, dans le sens du devoir d'associer le patient incapable de discernement lors de l'établissement du plan de traitement, dans la mesure du possible.¹⁸
- Dans les situations pressantes, c'est-à-dire lorsqu'une décision par un représentant ne peut pas être obtenue à temps, le médecin prend les mesures médicales qui semblent aussi correspondre en premier lieu à la volonté présumée du patient incapable de discernement. S'il n'y a pas d'éléments concrets permettant de déterminer cette volonté présumée, le médecin décide en fonction des intérêts objectifs du patient, c'est-à-dire en fonction de la nécessité médicale.¹⁹

Conformément à leur définition, les IMU entrent en ligne de compte et sont appliquées dans des circonstances qui ne permettent pas d'obtenir le consentement éclairé («informed consent») d'un patient capable de discernement et lorsque l'urgence de la situation exclut également qu'un représentant puisse décider sur le moment à la place du patient.²⁰ Souvent, dans ces conditions, des directives anticipées standards – pour autant qu'il soit possible d'y avoir accès rapidement – ne sont pas adaptées pour déterminer tout de suite de façon claire quelle prise en charge est souhaitée, parce qu'elles sont souvent très longues et contiennent des instructions complexes.²¹ Selon l'avis représenté ici, **l'objectif premier des IMU rédigées préventivement est de fournir à la personne qui prodigue les soins (en particulier médecin d'urgence, secouriste, infirmier) des instructions pour agir au plus proche de la volonté du patient dans une situation concrète d'urgence;**²² en même temps, les IMU sont l'expression du travail consciencieux du médecin (voir à ce sujet le chapitre 7.2) et servent alors aussi à protéger les professionnels de santé en leur permettant d'agir en toute sécurité du point de vue juridique.

¹⁸ Art. 377, al. 3, CC.

¹⁹ Art. 379, CC.

²⁰ Voir par exemple www.gesundheitliche-vorausplanung-bb.ch/formulare: «Les instructions médicales pour les cas d'urgence se limitent uniquement aux mesures à prendre dans les situations (d'urgence) pressantes. C'est-à-dire des situations dans lesquelles il n'est pas possible d'attendre avant d'agir, qu'un accord soit donné par une personne représentant le patient» (traduit de l'allemand). Cf. KARZIG-RODUNER/OTTO-ACHENBACH, p. 83.

²¹ Cf. concernant ce problème, entre autres, HAUSSENER, chiffre marginal n°191 ss, et les références citées; ASSM, Directives anticipées, p. 10 et 16; BAUMANN et al., chapitre 4 et 5; cf. aussi plus loin chapitre 3.2.

²² IN DER SCHMITTEN/ROTHÄRMEL/RIXEN/MORTSIEFER/MARCKMANN, p. 466, expliquent de manière pertinente qu'il est nécessaire qu'une passerelle conceptuelle et matérielle relie d'un côté le projet de soins anticipé, individuel et détaillé, et de l'autre côté la nécessité de disposer d'instructions claires (traduit librement de l'allemand), et considèrent que les instructions médicales pour les cas d'urgence (du médecin de famille) peuvent jouer ce rôle de passerelle.

3 Relation entre les instructions médicales pour les cas d'urgence et les directives anticipées

3.1 Relation entre les IMU et les DA en général

Les DA peuvent être définies comme des dispositions dans lesquelles une personne détermine à l'avance, alors qu'elle est capable de discernement, les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement.²³ Pour qu'elles soient valables, les DA doivent exister sous forme écrite, et de plus être datées²⁴ et signées.²⁵ Il n'y a pas d'autres exigences par rapport à la forme, ce qui a avant tout pour conséquence qu'également un formulaire préimprimé, daté et signé par une personne capable de discernement, est valable et par principe contraignant.²⁶ Le fait que les DA soient aussi signées par d'autres personnes, par exemple une représentante ou une professionnelle de la santé, n'est pas gênant, mais n'est pas non plus nécessaire.²⁷ Il n'est pas non plus nécessaire que les DA soient explicitement désignées comme telles. Il suffit qu'elles soient reconnaissables en tant que résolution ferme sur la prise en charge médicale souhaitée en cas d'incapacité de discernement. Finalement, les DA peuvent se limiter à des situations appelant des traitements ou des décisions spécifiques. Il n'est pas du tout nécessaire (et pas non plus courant) qu'une planification anticipée complète soit réalisée. En conséquence, un **formulaire d'IMU** ciblé sur les situations d'urgence, daté et comportant la signature²⁸ de la patiente, **remplit sans problème tous les critères des DA** et est reconnu comme tel.²⁹

Il convient toutefois de noter que des «DA normales» ouvrent plus de possibilités qu'un formulaire d'IMU. Elles permettent par exemple de nommer une représentante (différente de la personne désignée selon l'ordre de priorité prévu par la loi³⁰), de formuler des souhaits particuliers concernant d'autres circonstances médicales que des situations d'urgence (par exemple concernant des médicaments ou des traitements préférés ou refusés) ou de définir des objectifs thérapeutiques d'ordre général (par exemple le souhait d'un allègement

²³ Message Protection de l'adulte, p. 6664; dans les DA, en plus ou à la place des souhaits en matière de traitement, il est possible de nommer une représentante thérapeutique (art. 370, al. 2, CC); ce point ne peut être approfondi plus avant dans le présent document.

²⁴ La date permet de situer les DA dans le temps, ce qui peut être important pour juger de la capacité de discernement au moment de leur rédaction, ou dans le cas où il existent plusieurs versions qui se contredisent; AEBI-MÜLLER, chiffre marginal n°150; BOENTE, ZK, N 25, sur l'art. 371, CC.

²⁵ Art. 371, al. 1, CC; Message Protection de l'adulte, p. 7031.

²⁶ À juste titre, il est mentionné dans la littérature qu'un certain niveau de clarté est exigé (entre autres WIDMER-BLUM, p. 204 ss; WYSS, BSK, N 16 ss, sur l'art. 370, CC; KÖBRICH, Patientenverfügung, chiffre marginal n°5.35 s.), afin que les situations médicales auxquelles les directives se réfèrent puissent être reconnues avec certitude, puis ce que la patiente souhaite ou refuse dans ces cas-là; dans le contexte présent, il n'est pas indiqué de creuser davantage cette question, car les IMU satisfont incontestablement ces exigences minimales.

²⁷ JUNOD, N 8, sur l'art. 371, CC.

²⁸ Dans le cas où la patiente ne peut pas signer elle-même, la signature peut être remplacée par une marque de la main (une croix, entre autres), dûment légalisée, ou par une attestation authentique, conformément à l'art. 15, CO.

²⁹ HAUSSENER, chiffre marginal n°450; cf. KARZIG-RODUNER/OTTO-ACHENBACH, p. 85.

³⁰ Art. 378, al. 1, CC.

optimal de la douleur). Non seulement il existe de nombreux modèles différents, en versions longues ou courtes, mais il est aussi possible de formuler des DA de manière entièrement libre. Pour ces raisons, rien n'empêche de recommander à une patiente de rédiger des IMU **en plus des DA**, et inversement. Afin d'éviter les malentendus et les contradictions (voir à ce sujet le chapitre 6.2) entre les deux documents, il est judicieux (mais pas obligatoire d'un point de vue juridique) de les intégrer à une démarche de ProSA. Dans le cadre d'un ProSA, il est possible d'aborder les IMU, de bien conseiller et accompagner la patiente et d'obtenir son consentement.³¹ Il en résultera des documents particulièrement fiables, ce qui est profitable pour la médecin et sa patiente, et constitue une condition spécialement favorable à l'accomplissement de la volonté présumée de la patiente dans une situation d'urgence.

3.2 Importance des DA dans une situation d'urgence

Pour que des DA puissent être appliquées en situation d'urgence, il faut qu'elles soient connues de la médecin traitante, qu'elles contiennent des consignes d'action suffisamment concrètes et directement réalisables, que les mesures souhaitées soient médicalement indiquées dans ces circonstances-là³² et qu'il n'y ait pas de raison de s'en écarter. Il convient de relever que lorsqu'elle doit agir en urgence, la professionnelle de santé n'a aucun devoir de vérifier l'existence de directives anticipées. La formulation de la loi implique³³ que – malgré l'existence de directives anticipées valables – il peut y avoir **des situations d'urgence dans lesquelles les DA ne peuvent pas être appliquées pour des raisons pratiques**. C'est entre autres le cas lorsque la complexité des directives, pourtant en soi facile d'accès, est telle qu'il n'est pas possible d'en déduire immédiatement des consignes sur la manière d'agir face à l'urgence médicale en cours, mais qu'il serait plutôt nécessaire de procéder à une interprétation (ce qui n'est pas possible par manque de temps). Dans la pratique médicale, les DA ne peuvent souvent pas être suivies en situation d'urgence.³⁴ C'est pourquoi des IMU approuvées par la patiente s'imposent en complément des DA usuelles.³⁵

3.3 Résultat intermédiaire

En tant que résultat intermédiaire, il peut être retenu que les IMU respectant les exigences de validité (datées et signées par la patiente alors en possession de sa capacité de discernement) constituent des DA contraignantes, tout en laissant suffisamment de place pour rédiger à côté de cela des DA plus larges, qui les complètent (voir à ce sujet le chapitre 6.2) en abordant d'autres circonstances et en formulant d'autres souhaits que ceux qui sont couverts par les IMU. Des IMU possédant les caractéristiques formelles de DA sont autant contraignantes pour les professionnelles de santé que des DA normales (voir chapitre 6.1).

³¹ Cette expertise ne permet pas d'expliquer en détail comment un tel ProSA se prépare de manière idéale. Il est recommandé de consulter la littérature s'y rapportant.

³² Des DA ne permettent pas non plus de réclamer des traitements non indiqués, inefficaces ou dénués de sens; cf. à ce sujet le chapitre 2 déjà traité, ainsi que ASSM, Futiliy, chapitre 5; GUILLOD, p. 347; JUNOD, N 19, sur l'art. 372, CC; KÖBRICH, Patientenverfügung, chiffre marginal n°5.12.

³³ Art. 372, al. 1, deuxième phrase, CC.

³⁴ HAUSSENER, chiffre marginal n°191 ss, et les références citées; JOX, p. 143 s.; IN DER SCHMITTEN/RIXEN/MARCKMANN, Notfallmedizin, p. 89.

³⁵ Cf. HAUSSENER, chiffre marginal 448 s.

4 IMU établies par le représentant ou approuvées par le patient

4.1 IMU faisant partie du plan de traitement («IMU by proxy»)

Comme exposé dans l'introduction (chapitre 2), c'est un représentant qui décide à la place du patient incapable de discernement qui n'a pas du tout préparé de directives anticipées avec ses souhaits en matière de traitement, ou alors qui dispose de DA non valables ou pas suffisamment concrètes. La loi stipule à ce sujet, sous le titre «plan de traitement», que le médecin traitant planifie le traitement nécessaire en impliquant le représentant.³⁶ Ce faisant, le représentant doit être informé de tous les aspects pertinents³⁷ (obligation d'informer) et la personne incapable de discernement être associée au processus de décision, dans la mesure du possible (communément appelé droit de participation).³⁸ La loi ne prévoit pas de forme précise pour ce qui est du **plan de traitement**.³⁹ En conséquence, il peut être établi **oralement, par écrit ou sous forme numérique**; la signature du médecin ou du représentant n'est pas nécessaire.⁴⁰ En se basant sur le plan établi, la personne chargée de la représentation accepte ou refuse, à la place du patient, les traitements prévus.⁴¹

Cette réglementation, qui reste légère, offre la possibilité, dans le contexte de l'élaboration d'un plan de traitement, de discuter de la manière d'agir à l'avenir, non seulement en se référant à la situation actuelle du patient capable de discernement, mais aussi en prévision de l'éventuelle survenue d'une situation d'urgence.⁴² Même si la loi prévoit bien que le plan de traitement soit adapté en continu aux développements qui surviennent,⁴³ cela n'empêche pas pour autant d'aborder à l'avance l'évolution prévisible de la maladie et la survenue possible de crises aiguës,⁴⁴ en particulier lors de l'élaboration d'un ProSA avec la personne chargée de représenter le patient. Cette manière de procéder constitue dans beaucoup de cas le seul moyen de faire en sorte que la volonté présumée d'un patient

³⁶ Selon la volonté du législateur, la responsabilité du choix du traitement approprié et de l'élaboration d'un plan de traitement incombe au médecin; figure expressément ainsi dans Message Protection de l'adulte, p. 6669.

³⁷ Le devoir d'informer est expliqué plus précisément dans l'art. 377, al. 2, CC; il n'y a pas lieu ici de préciser davantage.

³⁸ Art. 377, al. 3, CC; pour aller plus loin, entre autres, AEBI-MÜLLER, chiffre marginal 115 ss.

³⁹ La loi adopte une posture différente concernant le plan de traitement d'une personne placée dans une institution en raison de troubles psychiques selon l'art. 433, CC (forme écrite); il n'y a pas lieu ici d'entrer davantage dans les détails.

⁴⁰ JUNOD, N 31, sur l'art. 377, CC.

⁴¹ Art. 378, al. 1, première phrase, CC. La question, qui ne peut ici être approfondie plus avant, se pose de savoir si les personnes habilitées à représenter les patients, en particulier les proches, sont effectivement plus en mesure que les professionnels de santé de faire en sorte que la volonté présumée des patients s'accomplisse. Étant donnée la situation juridique actuelle, la décision du représentant est en règle générale contraignante, même si les enseignements tirés de la pratique indiquent qu'elle s'écarte souvent des souhaits des personnes concernées; à titre d'exemple à ce sujet BRÜGGER/KISSMANN/BESIC/SOTTAS, p. 34.

⁴² SUTER, chiffre marginal 21; GADMER MÄGLI, p. 112; OTTO-ACHENBACH, p. 181.

⁴³ Art. 377, al. 4, CC.

⁴⁴ Voir à ce sujet en particulier JUNOD, N 9, sur l'art. 377, CC: «Le plan de traitement peut être conçu du manière suffisamment vaste afin d'incorporer une approche générale et anticiper une suite de décisions sur un période assez longue. Il ne s'agit donc pas simplement de décider pour ou contre une intervention imminente mais plutôt de fixer une appréciation globale qui guidera ensuite l'équipe soignante.»

s'accomplisse vraiment, lorsqu'en situation d'urgence, justement à cause du manque de temps, l'avis éclairé de la personne habilitée à le représenter ne peut être sollicité.⁴⁵ Pour ces raisons, les **IMU** dont le contenu n'a pas été discuté avec le patient incapable de discernement, mais avec son représentant, peuvent sans autre être considérées **comme une partie du plan de traitement**.⁴⁶ Une (co)signature par le représentant n'est pas requise, car le plan de traitement en tant que tel, comme mentionné, n'est soumis à aucune contrainte de forme, et donc pas non plus à une obligation de signature. Dans le cas où le formulaire d'IMU lui-même est discuté avec la personne habilitée à représenter le patient et signé par elle, on parle alors parfois d'«**IMU by proxy**».⁴⁷ Il n'est pas impossible de s'éloigner de telles IMU, toutefois un plan de traitement est aussi **fondamentalement contraignant**,⁴⁸ même si ce point n'est pas fixé dans la loi de la même manière que pour les DA (voir aussi chapitre 6.1).

4.2 Restriction concernant les DA

Dans ce contexte, il convient d'insister sur le fait que la rédaction de DA est un acte juridique considéré comme strictement personnel et dans lequel l'implication d'un représentant n'est par conséquent absolument pas envisageable.⁴⁹ Les **DA**, telles que définies dans le droit actuel, ne peuvent donc **pas** être établies de manière valable **par le représentant** d'une personne incapable de discernement. Alors que plus haut (chapitre 3.1) il a été mentionné que des IMU (co)signées par le patient peuvent être considérées comme des directives anticipées valables, cela n'est pas le cas pour les «IMU by proxy» (pour les conséquences quant à leur aspect contraignant, voir le chapitre 6.1).

C'est pourquoi un document établi par le représentant, sans implication du médecin traitant, ne peut remplir la fonction ni de DA (celles-ci ne nécessitent certes pas l'implication d'un médecin, mais elles doivent obligatoirement être élaborées par le patient encore capable de discernement), ni de plan de traitement (celui-ci provient du médecin et ne peut être

⁴⁵ Cf. SUTER, chiffre marginal 18 et 26, et les références citées.; IN DER SCHMITTEN/ROTHÄRMEL/RIXEN/MORTSIEFER/MARCKMANN, p. 467, qui considèrent que les IMU élaborées par le représentant sont pertinentes, jusqu'à ce que celui-ci puisse prendre une décision face à la situation de crise, après avoir reçu toutes les informations.

⁴⁶ Cf aussi JUNOD, N 14, sur l'art. 377, CC; cette auteure estime, avec de bonnes raisons, qu'il peut exister en parallèle plusieurs plans de traitement pour différentes circonstances. Selon cette conception, les IMU constitueraient le plan de traitement pour les situations de crises décrites dans le document, alors qu'à côté de cela un plan de traitement spécifique, consacré par exemple à la prise en charge d'une maladie primaire, pourrait exister.

⁴⁷ Voir à titre d'exemple: AEBI-MÜLLER/WILDI, chiffre marginal 3, qui les considèrent comme des instructions médicales pour les cas d'urgences approuvées par le représentant [du patient incapable de discernement] (traduit librement de l'allemand).

⁴⁸ Si l'on parlait du principe que le plan de traitement n'est pas contraignant, cela signifierait en fin de compte que le médecin pourrait, sans consultation du représentant ni participation du patient incapable de discernement, entreprendre un autre traitement que celui qui a été discuté et accepté, ou ne pas appliquer le traitement convenu. Cela contredit le principe d'autodétermination du patient, qui repose sur l'art. 377 ss, CC (voir chapitre 2); sur le caractère contraignant d'un statut de réanimation (Statut RCP) qui a été discuté avec le proche habilité à représenter le patient, cf. GADMER MÄGLI, p. 113.

⁴⁹ BOENTE, ZK, N 39, sur l'art. 370, CC; FASSBIND, OFK, N 1, sur l'art. 371, CC.

établi sans lui).⁵⁰ Un document écrit par la personne habilitée à représenter le patient et décrivant la manière d'agir en cas d'urgence peut **tout au plus avoir une valeur indicative concernant la volonté présumée** du patient et, dans ce cadre, avoir une influence limitée – pour autant que ce soit indiqué. C'est en tout cas vrai lorsque le représentant y fait référence aux souhaits et à la façon de voir du patient, ce qui n'est quasiment pas possible dans un formulaire d'IMU. Ainsi, l'intégration des IMU dans le plan de traitement établi par le médecin pour le patient incapable de discernement est une exigence déterminante pour que les «IMU by proxy» aient une valeur juridique.

4.3 Résultat intermédiaire

Si le médecin discute des IMU avec le représentant d'un patient incapable de discernement, alors les «IMU by proxy» signées par le médecin ou le représentant font partie du plan de traitement et sont par là-même contraignantes, si les circonstances n'ont pas évolué dans l'intervalle.

Un formulaire d'IMU rempli uniquement par le représentant n'a pas valeur de DA, ne fait pas non plus partie du plan de traitement et par conséquent n'est pas contraignant du point de vue juridique. Des indications importantes sur la volonté présumée du patient incapable de discernement peuvent toutefois en être déduites, le cas échéant.

5 IMU établies par la médecin seule

Il est envisageable que les IMU soient établies par la médecin seule, sans implication de la patiente ou de sa représentante, ou qu'elles ne soient signées que par la médecin, ce qui signifie qu'il n'y a pas d'acceptation formelle. Dans ce cas, les circonstances suivantes doivent être distinguées.

5.1 IMU établies dans le cadre d'un ProSA

Si les souhaits en matière de traitement ont été discutés en détails avec la patiente dans une démarche de ProSA, de manière idéale les IMU font partie de la documentation et sont co-signées par la patiente. Dans certaines circonstances, il se peut toutefois que ce ne soit pas le cas, par exemple parce que la patiente a subitement perdu la capacité de discernement ou parce qu'un handicap moteur⁵¹ l'empêche de signer le formulaire. Les IMU signées uniquement par le médecin ne correspondent certes pas à des DA et en tant qu'outil de planification n'ont pas le même caractère contraignant que la loi attribue à celles-ci. Pourtant, dans ces circonstances, elles sont **l'expression de la volonté présumée de la patiente**. Comme la volonté présumée de la patiente prime (voir chapitre 2), les IMU doivent être mises en pratique lorsqu'aucunes raisons sérieuses – en particulier une évolution de la situation médicale de départ – n'imposent de s'en écarter.

⁵⁰ De manière analogue, SUTER, chiffre marginal 24, mentionne de manière pertinente, que seul le patient lui-même (dans le contexte de la réglementation actuelle sur les DA) est autorisé à prendre des dispositions pour le futur sans bénéficier d'explications de la part d'un médecin.

⁵¹ Pour être complet, il convient d'indiquer ici qu'une attestation authentique peut remplacer la signature d'une patiente capable de discernement qui ne peut pas signer elle-même; cf. art. 15, CO (en relation avec l'art. 7, CC).

La même chose est valable, lorsque la patiente n'a pas pu être impliquée dans l'élaboration du plan de traitement ou alors était juste présente, à cause de son incapacité de discernement, et qu'en conséquence la planification a été réalisée avec sa représentante. Dans ce cas aussi, c'est la volonté présumée de la patiente qui prime, dans le cadre de l'indication, et qui peut être documentée dans les IMU (concernant les «IMU by proxy», voir chiffre 4.1).

5.2 IMU assumées par la médecin seule

Les IMU établies par la médecin seule, sans consulter la patiente, sont plus délicates que les IMU qui ont été discutées avec la patiente capable de discernement, ou sa représentante en cas d'incapacité de discernement, tout en ayant été signées que par la médecin. Une telle manière de procéder **peut exceptionnellement se justifier**, lorsque de manière concomitante des IMU devraient être très rapidement préparées à cause d'une circonstance concrète,⁵² mais qu'un entretien avec la patiente ou sa représentante ne peut pas être réalisé dans le laps de temps disponible.⁵³ Les IMU dont la médecin prend seule la responsabilité doivent bien entendu correspondre à l'indication médicale et servir les intérêts présumés de la patiente.⁵⁴ Par la suite, une discussion doit dès que possible avoir lieu avec la patiente ou avec sa représentante. Cet entretien doit pour ainsi dire permettre de valider les IMU et idéalement de les faire signer par la patiente ou par sa représentante, sous réserve que la patiente refuse catégoriquement une telle discussion (voir à ce sujet le chapitre 7.2).

Dans ce contexte, il convient de rappeler qu'un traitement non indiqué ne doit pas être proposé (voir chapitre 2). Ce qui signifie que lors de l'élaboration des IMU, la médecin n'a pas pour devoir de réaliser les souhaits de la patiente ou de sa représentante. Si par exemple pour des raisons objectives, la réanimation d'une patiente donnée n'est clairement pas indiquée,⁵⁵ il est autorisé d'attribuer à la patiente un «statut de refus de la réanimation», sans son consentement ou celui de sa représentante. En raison de son devoir de fidélité et de l'obligation de rendre des comptes, la médecin devrait en revanche informer la patiente ou sa représentante des dispositions médicales qui ont été prises et en donner les raisons. En outre, il faudrait au moins préciser et justifier, dans un **document annexe** ou dans le dossier du patient, que le renoncement à certaines mesures médicales ne repose pas sur la volonté de la patiente, mais sur le fait que ces mesures ne sont pas indiquées.⁵⁶

⁵² Par exemple lorsqu'après une hospitalisation la patiente retourne dans un établissement médico-social et qu'une nouvelle hospitalisation en urgence devrait être évitée étant donné son état de santé.

⁵³ En particulier parce que la patiente est incapable de discernement et qu'en même temps aucune représentante n'est connue ou qu'une curatelle n'a pas encore été mise en place. Les IMU signées seulement par la médecin ont pour fonction, dans ces circonstances, de documenter la planification du traitement dont la responsabilité incombe à celle-ci, dans le sens de l'art. 379, CC.

⁵⁴ Par exemple une décision de ne pas réanimer, lorsqu'en raison de la situation médicale concrète une tentative de réanimation n'est clairement pas indiquée et représenterait une contrainte inutile pour la patiente. À titre d'exemple voir OTTO-ACHENBACH, p. 180.

⁵⁵ Cf. à ce sujet SAMW, Réanimation, en particulier p. 17 s.

⁵⁶ IN DER SCHMITTEN /ROTHÄRMEL/RIXEN MORTSIEFER/MARCKMANN, p. 468.

6 Traitement en situation d'urgence

6.1 Principe: caractère contraignant et nécessité d'interpréter les DA et les IMU

Si des **DA rédigées de façon valable** sont disponibles, alors elles sont par principe **contraignantes**. Selon un avis largement répandu et exact, cela ne vaut pas uniquement pour le médecin traitant, comme une lecture mot à mot de la loi pourrait le laisser croire, mais bien **pour tous les professionnels de santé**, et en particulier aussi pour les secouristes.⁵⁷ Il est exceptionnellement permis de s'éloigner des directives du patient, «si elles violent des dispositions légales, ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de sa libre volonté ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée.»⁵⁸ Ceci est **aussi valable pour des IMU**, du moment qu'elles ont été préparées sous la forme de DA et valables en tant que telles (voir chapitre 3.1).

Si les IMU n'ont pas été établies ou (co)signées par le patient, mais par son représentant dans le cadre d'un plan de traitement («**IMU by proxy**»), il ne s'agit certes pas, comme expliqué, de DA expressément considérées comme contraignantes par la loi. En raison de la primauté accordée à la volonté présumée du patient, il est tout de même autorisé de s'en éloigner, seulement si le médecin traitant ou le secouriste possède au moment de l'urgence des indications concrètes prêtant à penser que les IMU ne correspondent pas (ou plus) à la volonté présumée du patient, ou si la situation de vie ou l'état de santé ont évolué différemment de ce qui avait été prévu lors de la planification des traitements.

Tant les DA que les IMU – comme toutes les déclarations de volontés – doivent être interprétées.⁵⁹ Il s'agit en d'autres termes de clarifier la signification des dispositions qu'elles contiennent par rapport à la situation médicale qui vient de se produire. La question de savoir si l'interprétation doit suivre le principe de la volonté ou celui de la fidélité est controversé dans la littérature. En d'autres termes, les professionnels de santé se demandent s'ils doivent essayer d'appréhender ce que le patient (éventuellement en utilisant des termes médicaux inexacts ou en comprenant mal) s'est imaginé ou a souhaité, ou s'ils doivent suivre les directives anticipées en toute fidélité, en se basant sur une compréhension objective des termes utilisés.⁶⁰ En situation d'urgence, par définition,⁶¹ il n'y a justement pas de temps pour chercher à savoir si la manière dont le patient lui-même conçoit une disposition, sous forme de croix dans un formulaire, diffère de celle des professionnels de santé, pour qui elle est claire, pour se demander par exemple s'il a mal compris le terme «respiration invasive», ou s'il sait à quelles mesures médicales correspondent les «mesures de médecine intensive». C'est pourquoi, selon l'avis exprimé ici, le **principe de fidélité** doit être préféré pour les **IMU**. L'établissement des IMU lors d'une démarche de ProSA,

⁵⁷ À ce sujet HAUSSENER, chiffre marginal 446, et les références citées.; FOUNTOLAKIS/KÖBRICH, p. 77; KÖBRICH, Patientenverfügung, chiffre marginal 5.6 s.; pour le droit allemand IN DER SCHMITTEN/RIXEN/MARCKMANN, Notfallmedizin, p 90 s.

⁵⁸ Art. 372, al. 2, CC; pour les détails prière de consulter la littérature s'y rapportant; cf. à ce sujet la note de bas de page 65.

⁵⁹ À la place de nombreuses autres: AEBI-MÜLLER, chiffre marginal 165 ss.

⁶⁰ Pour l'interprétation selon le principe de la volonté, cf. entre autres OTTO-ACHENBACH, p. 165, WIDMER BLUM, p. 163 ss; pour l'application du principe de fidélité, cf. entre autres BOENTE, ZK, N 43 ss, sur l'art. 372, CC.

⁶¹ À ce sujet, voir plus haut, note de bas de page 4.

accompagnée par un professionnel, devrait permettre de dissiper tout malentendu à propos des termes utilisés dans le formulaire. En situation de crise, le personnel de santé peut en tous les cas partir du principe que le patient (ou son représentant pour des «IMU by proxy») s'est informé de manière appropriée.⁶² Même si dans un cas particulier ce n'est pas vrai, une faute (avec responsabilité à caractère punissable) du médecin urgentiste ou du secouriste est exclue, s'il se fie aux données du formulaire. Pour les IMU établies par le médecin seul (chapitre 5), de telles questions ne devraient de toute façon pas se poser.

Si en raison de la situation d'urgence concrète, le **traitement** mentionné dans les IMU n'est clairement **pas (ou plus) indiqué**, il n'y a alors pas d'obligation ni de raison de le proposer. Les IMU non plus ne permettent pas de demander des traitements non indiqués.⁶³ Cela ne vaut en tous les cas que pour des situations claires: en tant que règle, le médecin urgentiste ou le secouriste peut partir du principe que les IMU sont le résultat d'un ProSA consciencieux, qui tient compte de l'état de santé et des souhaits de la personne concernée et devraient être appliquées, même si l'indication du traitement fixé ou souhaité dans ce document semble douteuse.

6.2 Plusieurs documents existants; DA et IMU contradictoires

Comme exposé, la coexistence de plusieurs documents contenant des dispositions pour l'avenir est en soi possible du point de vue juridique. Pensons, à titre d'exemple, à des directives anticipées au contenu détaillé, élaborées lors d'une démarche de ProSA dans le but de compléter les IMU, concises et se présentant sous forme de formulaire. Si plusieurs documents de contenus différents (en ce qui concerne la même situation d'urgence) ont toutefois été préparés, la question se pose de savoir quelle disposition anticipée prime. Il convient alors de distinguer en particulier les cas de figure suivants:

- Du moment que les deux documents se réfèrent à la même situation médicale et remplissent tous deux les exigences formelles posées aux DA, alors le document **le plus récent, autrement dit le plus actuel**, prime. Les nouvelles dispositions remplacent celles qui ont été rédigées précédemment.⁶⁴ Le patient qui, après avoir préparé des IMU, rédige des DA, dans lesquelles par exemple il refuse des traitements qu'il avait encore acceptés lors de l'établissement des IMU, est en tous les cas lui-même responsable d'informer le médecin de ces nouvelles dispositions et de faire en sorte que les IMU stockées dans son dossier patient soient détruites ou remplacées. Dans le cas où il ne le fait pas, aucun reproche ne peut être fait au médecin secouriste qui se fie aux IMU (cf. aussi chapitre 7.3).
- Si des DA et des IMU se contredisent, mais que seules les DA remplissent les **exigences de validité** (par exemple parce que les IMU ne sont pas (co)signées par le

⁶² Cf. BOENTE, ZK, N 55, sur l'art. 372, CC.

⁶³ À ce sujet voir plus haut, chapitre 2; à titre d'exemple BOENTE, ZK, N 66, sur l'art. 372, CC (en faisant référence aux DA); et encore les références citées dans la note de bas de page 32.

⁶⁴ Cela résulte de l'art. 371, al. 3, CC, en relation avec l'art. 362, al. 3, CC; cf. aussi WETTERAUER, p. 146, à propos de la priorité donnée aux volontés les plus récentes. Il est toutefois aussi envisageable qu'en y regardant de plus près, on s'aperçoive que les documents ne se contredisent pas, mais que les IMU complètent simplement les DA pour les situations d'urgence. Les DA gardent alors leur fonction, par exemple dans la mesure où elles désignent un représentant thérapeutique ou décrivent un traitement ne faisant pas partie des IMU.

patient), alors par principe ce sont les DA qui priment et sont contraignantes, puisque formellement correctes. La même chose est valable, lorsqu'un formulaire d'IMU remplit les exigences formelles, tandis que ce n'est pas le cas pour l(es) autre(s) (par exemple manque de la signature du patient). Cependant, il convient de mentionner ici que la validité de DA n'est pas absolue. En particulier, il est permis de s'en écarter, lorsque les mesures médicales qu'elles contiennent ne sont pas indiquées (cf. chapitre 2), lorsqu'elles ne correspondent pas (ou plus) à la volonté présumée du patient ou lorsque l'on estime qu'il y a eu vice du consentement (par exemple lorsqu'elles ont été signées sous contrainte ou lorsqu'il est évident qu'une erreur a été commise à propos de la signification d'un terme médical).⁶⁵

- Avec une procédure correcte, spécialement une démarche de ProSA, cela ne devrait pas se produire, que **des DA et des IMU, de dates proches et toutes deux valables selon les exigences formelles, mais se contredisant**, coexistent. Si cela devait tout de même être le cas, en situation d'urgence il faut par principe⁶⁶ agir selon les IMU. Dans de telles circonstances, d'une part les IMU sont plus spécifiques que les DA, qui sont générales, et d'autre part elles jouissent aussi d'une plus grande crédibilité du point de vue du contenu, du moins lorsqu'elles ont été cosignées par le médecin, et donc en quelque sorte validées.
- En présence de **différents formulaires d'IMU** pour le même patient et satisfaisant les mêmes exigences formelles (sous forme de DA, de plan de traitement ou de formulaire d'IMU pur), il faut considérer que le document le plus récent prime.

6.3 Digression: documentation complémentaire

Comme expliqué (plus haut, chapitres 3, 4 et 5), il faut différencier les IMU signées par le patient, (co)signées par un représentant ou uniquement signées par le médecin. Dans les trois cas, il faudrait documenter la manière dont ces instructions ont été préparées et sur quelles réflexions elles se basent. Dans une situation de crise, il ne sera certes pas possible de consulter cette **documentation à des fins d'interprétation**. Elle pourra toutefois se révéler importante au moment d'actualiser des IMU (par exemple lorsque la mise à jour des IMU signées par le patient, devenu entretemps incapable de discernement, est réalisée par son représentant). Il est spécialement important de noter des informations sur la volonté présumée du patient et sur l'indication médicale, ou sa justification. Si les IMU ont été préparées lors d'une démarche de ProSA, la documentation de ce processus peut servir à cette fin.

⁶⁵ Art. 372, al. 2, CC; pour les détails se référer à la littérature sur le sujet; à titre d'exemple JUNOD, N 28 ss, sur l'art. 372 ss.

⁶⁶ Des exceptions sont envisageables s'il semble évident, entre autres choses, que le patient a été mis sous pression ou qu'une erreur a été commise; dans ce cas l'art. 372, al. 2, CC s'applique. C'est-à-dire qu'il est autorisé de ne pas se conformer à ce qui est écrit, parce que le document n'est pas conforme à la volonté.

7 Devoir de diligence et responsabilité du personnel de santé

7.1 Principes de base

La relation juridique concrète entre la patiente et la professionnelle de santé (médecin, secouriste, infirmière) ou l'institution (hôpital, établissement médico-social (EMS)) doit être éclaircie dans chaque cas. Elle est différente d'une part si c'est le droit public ou le droit privé qui s'applique,⁶⁷ et d'autre part si un contrat explicite a été conclu (au besoin avec une représentante de la personne concernée) ou si l'intervention a eu lieu sans conclusion préalable de contrat (en urgence), en tant que gestion d'affaires sans mandat,⁶⁸ ce qui est le cas la plupart du temps lorsque les secours ont été appelés. Dans le contexte présent, l'indication, à titre de simplification, doit suffire que, d'une façon ou d'une autre, indépendamment de la qualification juridique spécifique de la relation thérapeutique en question, les devoirs de la professionnelle de santé dépendent directement, ou par analogie, des règles du droit du mandat.⁶⁹ Les professionnelles de santé et les institutions impliquées dans le traitement ont en conséquence l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination ainsi que les souhaits et les intérêts de la patiente.⁷⁰ En particulier, un **traitement diligent** lui est dû; à côté de cela existent encore des devoirs secondaires, comme les «**devoirs étendus de garde et de protection**»⁷¹ et un **devoir de fidélité** de la professionnelle de santé.⁷² La teneur de ces devoirs ne peut pas être directement trouvée dans la loi, mais elle peut être déduite du contrat de traitement concret, ou de l'objectif du mandat.⁷³ C'est pourquoi il n'est pas possible de définir en détail quels devoirs incombent à la médecin de manière générale et abstraite, mais seulement de les déduire de la situation concrète – entre autres de l'état de santé de la patiente et de ses souhaits.⁷⁴ Il est de surcroît reconnu, que le **code de déontologie des médecins**, tout comme les **directives et lignes directrices des sociétés de disciplines médicales**, si elles existent, définissent de manière

⁶⁷ À propos de la controverse, surtout dans le contexte de ce que l'on nomme des «cliniques privées», voir en détail AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, 1. Aufl. 2016, § 2, chiffre marginal 8 ss, et les références citées.

⁶⁸ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, chiffre marginal 186 ss, et les références citées.

⁶⁹ Il est reconnu dans la littérature que, dans le domaine du droit médical, la différenciation entre un régime juridique de droit public ou privé n'a, dans une large mesure, plus de signification et que les devoirs découlant du droit du mandat décrivent de manière abstraite et générale les devoirs de la médecin (traduit librement de l'allemand) (VOKINGER, chiffre marginal 10). Sur l'ensemble de la question voir aussi FELLMANN, Rechtsverhältnis, p. 105; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, chiffre marginal 298 ss; HAUSSENER, chiffre marginal 29 ss.

⁷⁰ À titre d'exemple: GÄCHTER/RÜTSCHÉ, chiffre marginal 326 ss. Une fois de plus, il doit être mentionné que les vœux spécifiques de la patiente ne sont contraignants pour la médecin que dans la mesure où ils sont médicalement indiqués; à ce sujet voir plus haut, chiffre 2.

⁷¹ FELLMANN, Rechtsverhältnis, p. 117 (mise en évidence ajoutée) et de manière détaillée p. 131 s., ainsi que les références citées; cf. OSER/WEBER, N 9, sur l'art. 398, CO.

⁷² Concernant le devoir de fidélité, de manière détaillée et avec les références citées, voir entre autres FELLMANN, BK, N 23 ss, et spécifiquement sur les devoirs de fidélité du code de déontologie et du droit de la profession, N 177 ss, sur l'art. 398 CO.

⁷³ VOKINGER, chiffre marginal 30, et les références citées.

⁷⁴ OSER/WEBER, N 2, sur l'art. 398, CO, et les références citées.

concrète en quoi consistent les devoirs des médecins en matière de diligence et de conduite à adopter.⁷⁵

Fournir des explications à la patiente à l'avance et de manière complète fait en quelque sorte partie des devoirs de base d'un médecin. La patiente doit être informée sur son état de santé, sur le diagnostic posé, sur l'évolution attendue de la maladie et au besoin sur d'éventuels indices à éclaircir encore. Les alternatives possibles pour le traitement doivent ensuite lui être présentées, ainsi que les risques et les chances de guérison associés.⁷⁶ C'est à la médecin de prendre l'initiative de fournir ces explications, sans qu'il soit nécessaire que la patiente lui en fasse la demande.⁷⁷ Dans certaines circonstances, il est maintenant admis que la patiente renonce à être informée.⁷⁸ Si la patiente émet des souhaits de traitement qui, du point de vue médical, ne sont pas appropriés ou pas indiqués, alors la médecin doit aborder ce sujet et, le cas échéant, assumer un véritable devoir d'avertissement.⁷⁹

Dans le présent contexte d'établissement d'IMU, les conclusions concrètes suivantes peuvent être tirées.

7.2 IMU en tant qu'expression de la diligence du médecin

Selon l'avis exprimé ici, la **proposition d'élaborer des IMU** peut être faite à une patiente qui, étant donné son état de santé, présente un sérieux risque de se retrouver dans une situation d'urgence (après lui avoir fourni les explications et les conseils appropriés). En effet, il y a d'une part le devoir, mentionné plus haut, d'informer sur les problèmes de santé actuels et sur l'évolution attendue. D'autre part, renoncer à planifier les traitements à l'avance peut favoriser la prise de mauvaises décisions en situation de crise. C'est pourquoi l'élaboration d'IMU peut tout à fait être considérée comme une mesure, parmi d'autres (médicales ou organisationnelles), visant à assurer la sécurité des patientes. Il convient de mentionner que, le moment venu, la médecin devrait accompagner les décisions de fin de vie, à des fins d'assistance.⁸⁰

Il est nécessaire d'**éclaircir pour chaque cas**, dans quelles circonstances les IMU devraient être abordées ou élaborées, et qui porte la responsabilité d'initier le processus. La loi ne donne pas d'indications pratiques à ce sujet, c'est pourquoi – comme dans d'autres contextes à propos de méthodes concrètes de traitement – il appartient aux sociétés de disciplines médicales d'élaborer des recommandations sur ces questions, à l'intention des

⁷⁵ VOKINGER, chiffre marginal 31, et les références citées; OSER/WEBER, chiffre marginal 10, sur l'art. 398, CO; FELLMANN, BK, N 177 ss, sur l'art. 398, CO; cf. à partir d'arrêts du Tribunal, entre autres ATF 148 IV 39 E. 2.3.4.

⁷⁶ À titre d'exemple et avec les références citées, AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, chiffre marginal 375 ss; dans la jurisprudence, à titre d'exemple, ATF 133 III 121 E. 4.1.2.

⁷⁷ VOKINGER, chiffre marginal 43, et les références citées.

⁷⁸ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, chiffre marginal 343; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, chiffre marginal 545 ss.

⁷⁹ FELLMANN, Rechtsverhältnis, p. 133; WERRO, N 17, sur l'art. 398, CO, et les références citées dans les deux.

⁸⁰ HAUSSENER, chiffre marginal 286, et les références citées.

médecins.⁸¹ Selon l'avis défendu ici, la teneur des recommandations dépendra du rôle concret joué par la médecin par rapport à sa patiente, par exemple si elle n'est impliquée que ponctuellement pour un traitement spécifique, ou si en tant que médecin de famille ou d'EMS elle accompagne la patiente sur le long terme et de manière régulière. En raison du droit à l'autodétermination, si la patiente refuse catégoriquement d'établir des IMU ou des DA, alors il ne faut pas insister, ni la forcer.⁸² Face à un tel refus, l'établissement d'IMU signées par la médecin seule peut s'imposer, à titre exceptionnel, ceci afin d'exclure l'application de mesures non indiquées en cas d'urgence (cf. plus haut, chapitre 5.2).

7.3 Actualisation des IMU

La première réaction consisterait à attribuer la responsabilité de la mise à jour régulière des IMU aux patientes ou, en cas d'incapacité de discernement, à leurs représentantes, si l'on voit les IMU en premier lieu comme un instrument faisant partie du ProSA et contribuant à l'autodétermination des patientes. Cette vision serait cependant trop réductrice, et ceci pour plusieurs raisons:

- La rédaction d'IMU n'est pas uniquement l'expression de l'autodétermination des patientes, mais également un outil de travail pour la médecin urgentiste et, en fonction des circonstances concrètes, la préparation d'un tel document peut faire partie des devoirs d'une médecin.
- Les IMU devrait en règle générale être (co)signées par la médecin, ce qui signifie qu'elle en porte une part de la responsabilité.
- Les IMU sont régulièrement intégrées au dossier de la patiente, afin qu'elles soient faciles à trouver en urgence – cependant leur accès y est souvent bloqué pour la patiente (ce qui n'est typiquement pas le cas pour les DA).
- Le ProSA, dont les IMU constituent normalement la base, implique un processus continu, dans lequel une validation régulière des dispositions anticipées devrait avoir lieu.⁸³

C'est pourquoi, dans certaines circonstances,⁸⁴ il est raisonnable de demander à la médecin (de famille) traitante⁸⁵ de contrôler à intervalles réguliers, ou pour un motif concret, comme une détérioration de l'état de santé ou un changement de la situation de vie, si les IMU sont toujours actuelles, et au besoin de les adapter avec la patiente ou (dans le cas d'«IMU by proxy») avec la personne habilitée à la représenter.⁸⁶ Dans les hôpitaux, les EMS et autres institutions de santé, des dispositifs organisationnels adéquats doivent

⁸¹ Concernant la documentation des décisions à propos de la réanimation, voir par exemple ASSM, Réanimation, p. 19 ss.

⁸² JUNOD, N 56 s., sur l'art. 370, CC.

⁸³ À titre d'exemple: IN DER SCHMITTEN/MARCKMANN, p. 252.

⁸⁴ Pour les aspects concrets, il convient de souligner ici aussi l'importance des directives et recommandations des sociétés de disciplines médicales.

⁸⁵ La fin de la relation de traitement, par exemple en cas de changement de médecin, libère également la médecin des devoirs qui en découlent.

⁸⁶ Cf. concernant l'actualisation du plan de traitement en fin de vie, pour le droit allemand, LIPP, p. 765.

garantir que les IMU des patientes admises en soins stationnaires ou des résidentes (par exemple au moment de l'admission dans l'établissement et à des intervalles raisonnables pour les séjours de longue durée) soient actualisées, ou alors qu'il leur soit rappelé de temps en temps qu'elles devraient réfléchir à nouveau à leur DA et IMU.⁸⁷ Cela fait partie des devoirs de diligence, de protection et de fidélité (voir chapitre 7.1), qui concernent le personnel de santé, tout comme les foyers et les hôpitaux.

En dehors de ces circonstances et des devoirs professionnels, cela reste fondamentalement la responsabilité de la patiente ou de sa représentante d'initier l'actualisation des DA et des IMU, lorsque les objectifs thérapeutiques ont changé (par exemple pour des motifs personnels).

7.4 Devoir de diligence en situation d'urgence

Les médecins ont le devoir de traiter les patientes selon les règles de l'art médical. Cela implique d'une part de faire tout le nécessaire pour guérir les patientes ou soulager leurs souffrances, et d'autre part d'éviter tout ce qui pourrait leur nuire.⁸⁸ La médecin ou la secouriste n'est pas tenue d'atteindre un quelconque succès avec son traitement, mais seulement (et tout de même) de **se comporter de manière diligente**.⁸⁹ Pour chaque cas, la diligence due à la patiente résulte des principes de la science médicale et de la prise en compte des circonstances concrètes. Dans le contexte présent, ce qui est déterminant est la nécessité de prendre rapidement une décision sur la manière d'agir. Cela ne signifie cependant pas qu'il faut toujours prendre toutes les mesures possibles pour sauver la vie. Même en cas d'urgence, par exemple lors d'un arrêt cardiocirculatoire aigu, (la tentative de) sauver la vie ne répond pas nécessairement à la diligence requise. Il convient plutôt de renoncer à une tentative de réanimation lorsqu'il est évident qu'elle n'est pas indiquée (inefficace, ne fait pas sens) (à ce sujet voir plus haut chapitre 2) ou qu'elle est, ou plutôt a été refusée par la patiente.⁹⁰ S'il était exigé des professionnelles de santé qu'en situation

⁸⁷ À titre d'exemple, GSCHWINDNER, p. 234 ss; cf. ASSM, Fin de vie et mort, p. 18; ASSM, Réanimation, p. 17.; WEBER, p. 154 s.

⁸⁸ ASSM, Réanimation, p. 9; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, chiffre marginal 287, et les références citées; cf. aussi GSCHWINDNER, p. 235; le Tribunal fédéral utilise le paragraphe suivant sur la notion de manquement au devoir (entre autres ATF 148 IV 39 E. 2.3.4): (traduit librement de l'allemand) La notion de manquement au devoir médical ne doit pas être comprise de telle façon qu'elle comprendrait toute mesure ou absence de mesure qui, avec le recul, a causé le tort ou aurait pu l'éviter [...]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les devoirs de diligence du médecin dépendent de manière générale des circonstances du cas précis, c'est-à-dire du type d'intervention ou de traitement, des risques liés, de la marge d'appréciation et d'évaluation dont dispose la médecin, ainsi que des moyens à disposition et de l'urgence des mesures médicales à prendre. La médecin doit faire preuve de la diligence requise et raisonnablement exigible en de telles circonstances. Elle ne doit cependant pas répondre des dangers et risques, qui sont immanents à chaque acte médical et également liés à la maladie elle-même. De plus, la médecin dispose souvent d'une certaine marge de manœuvre tant dans le diagnostic que dans le choix des mesures thérapeutiques ou autres. La médecin ne contrevient à son devoir de diligence que lorsqu'elle pose un diagnostic ou fait le choix d'une thérapie ou d'une autre mesure, qui ne semble plus défendable selon l'état actuel général des connaissances de la profession, et ainsi ne satisfait plus aux exigences objectives de l'art de la médecine [...].

⁸⁹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, chiffre marginal 265, et les références citées; STRUSS, chiffre marginal 59, et les références citées.

⁹⁰ STRUSS, chiffre marginal 54 s.; ASSM, Réanimation, p. 7 s; FOUNTOULAKIS/KÖBRICH, p. 79 ss.

d'urgence elles entreprennent toujours le plus de mesures possibles, en se référant au devoir objectif de diligence, on contreviendrait alors systématiquement au souhait (largement répandu, surtout parmi les patientes très âgées et gravement malades) de n'être traitées et prises en charge que de manière limitée.⁹¹

Établir des IMU a pour but de libérer ou de soulager les professionnelles de santé de la charge de choisir les mesures adéquates en situation d'urgence. Les IMU perdraient leur sens si les personnes concernées ne pouvaient ou ne devaient plus s'y fier. Fondamentalement, les professionnelles de santé (médecins urgentistes, secouristes, infirmières, etc.) doivent pouvoir partir du principe que les **instructions sur la manière d'agir documentées** dans des IMU actuelles⁹² peuvent être **mises en pratique**.⁹³ Contrevenir à une documentation écrite, spécialement en réanimant ou en hospitalisant une personne, constitue une infraction, ce que l'on appelle une ingérence, peut entraîner des conséquences en matière de responsabilité⁹⁴ et peut même être pénalement répréhensible.⁹⁵ En d'autres termes, l'urgence de la situation médicale ne constitue pas une raison de prendre des mesures qui vont à l'encontre de la volonté documentée ou présumée de la patiente, ou qui ne sont pas indiquées.⁹⁶

7.5 Risque de se faire influencer par la médecin

L'éventuel «risque d'abus» en lien avec les IMU fait aussi explicitement partie des questions posées dans le mandat à l'origine de la présente expertise. La critique pourrait être émise que les IMU résultent davantage de l'influence de l'évaluation de la médecin signataire que de la volonté de la patiente. De plus, il se peut que la même situation médicale de départ soit jugée de manière différente en fonction des **convictions personnelles de la médecin** et de son domaine de spécialisation et d'activité. Le remplissage du formulaire et les décisions à propos des traitements peuvent ainsi revêtir un caractère aléatoire, et le risque existe que la volonté de la patiente soit ignorée.

Ces préoccupations doivent certes être prises au sérieux, mais il faut leur opposer que l'alternative à la discussion du formulaire par la médecin avec la patiente ou avec sa représentante serait de laisser ces personnes seules face aux décisions à prendre.⁹⁷ Il a été prouvé que justement dans le domaine des décisions de réanimation, **informer avec soin** sur les chances de succès et les conséquences d'une réanimation **influence de manière décisive** l'acceptation ou le refus des différents traitements. L'accompagnement médical

⁹¹ Cf. AEBI-MÜLLER/WILDI, chiffre marginal 1 ss.

⁹² Des IMU sont actuelles, si, depuis leur établissement ou leur actualisation, aucune modification importante des paramètres pertinents ne s'est produite, en d'autres mots s'il n'existe pas d'indice concret, que les IMU ne sont plus indiquées du point de vue médical.

⁹³ Cf. LANDOLT, p. 341.

⁹⁴ FOUNTOLAKIS/KÖBRICH, p. 91; cf. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG, chiffre marginal 203 ss et 313, et les références citées; pour le droit allemand, IN DER SCHMITTEN/RIXEN/MARCKMANN, Notfallmedizin, p. 90.

⁹⁵ AEBI-MÜLLER/WILDI, chiffre marginal 14 ss.

⁹⁶ GUILLOD, p. 313; HAUSSENER, chiffre marginal 519; EICHENBERGER, BSK, N 3, sur l'art. 380, CC; AEBI-MÜLLER, chiffre marginal 138; pour le droit allemand LIPP, p. 76.

⁹⁷ Pour tous les détails sur les avantages d'un devoir d'explication en lien avec les directives anticipées HAUSSENER, chiffre marginal 426 ss; cf. aussi SUTER, chiffre marginal 2, et les références citées.

du processus de planification anticipée a justement pour objectif de faire en sorte que la patiente puisse faire un usage censé de son droit à l'autodétermination.⁹⁸ Même si une influence de la professionnelle de santé ne peut pas être totalement exclue, en comparaison cela semble toutefois représenter un moindre mal par rapport à un formulaire d'IMU dont le contenu n'est pas clair, mal compris ou contradictoire, avec au final pour conséquence la non-prise en compte du souhait de la patiente. De plus, lorsque le ProSA est réalisé de manière soignée par des professionnelles formées qui prennent au sérieux les valeurs personnelles et les préférences des personnes concernées, le risque de subir une influence devrait être négligeable. Finalement, sur la base des informations récoltées à ce jour, on peut partir du principe que la confiance en les professionnelles de santé joue un rôle plus important pour les patientes que le souhait de réaliser une planification anticipée non influencée.⁹⁹

8 Inscription des IMU dans la loi *de lege ferenda*

Comme exposé en début de document, un certain flou règne actuellement dans la pratique médicale à propos de la valeur juridique à accorder aux IMU. Afin d'y remédier, il semblerait a priori judicieux d'inscrire et de définir explicitement les IMU dans la loi, dans le cadre d'une révision (*de lege ferenda*). Selon l'avis représenté ici, une réglementation ne pourrait qu'en partie tenir compte des difficultés soulevées par les IMU. À titre d'exemple, même si une réglementation existait, il faudrait s'attendre à ce que des documents apparaissent dans la pratique qui, tout en ne répondant pas aux nouvelles normes fixées, correspondent potentiellement à la volonté présumée des patients, et qui en conséquence devraient être pris en compte. Il est également imaginable qu'une disposition anticipée, tout à fait correcte du point de vue de la forme, exige des mesures qui ne sont pas (ou plus) indiquées dans la situation de crise, si bien qu'il soit nécessaire de s'écarter de ces DA. Fixer des normes légales n'empêchera pas la coexistence de documents contradictoires. C'est pourquoi l'**utilité pratique** d'une telle réglementation serait **limitée**.

Si l'on vise un objectif plus large et que l'on ne considère pas uniquement les IMU, mais plutôt le ProSA dans son ensemble, alors la nécessité d'agir sur le plan juridique se dessine clairement. Un déficit important de la réglementation actuelle réside dans le fait que, pour diverses raisons, les directives anticipées, telles que fixées dans le droit en vigueur, ne permettent pas au patient de vraiment s'autodéterminer, mais ne lui offrent qu'un semblant d'autonomie.¹⁰⁰ La cause principale, mais pas unique, en est que la plupart du temps les DA sont rédigées sans conseil ou sans accompagnement par des professionnels de la santé. Il n'est pas rare que ce soit le hasard qui décide quel formulaire le patient va choisir.¹⁰¹ Beaucoup de DA se contredisent entre elles¹⁰², ce qui les rend inapplicables dès le départ. Même en présence de DA précises sur le plan médical, il n'est pas rare que cela reste un mystère de savoir si le patient a compris ce qu'il a coché ou signé et quelles en

⁹⁸ SUTER, chiffre marginal 5, et les références citées; cf. ASSM, Réanimation, p. 18 s; ASSM, Directives anticipées, p. 12 s.

⁹⁹ À ce sujet voir les indications dans AEBI-MÜLLER, chiffre marginal 106, avec la note de bas de page 158; cf. BRÜGGER/KISSMANN/BESIC/SOTTAS, p. 6 et 8.

¹⁰⁰ Cf. HÄFELI, p. 104.

¹⁰¹ BRÜGGER/KISSMANN/BESIC/SOTTAS, p. 7 et 37.

¹⁰² Un exemple typique tiré de la pratique est le souhait d'être réanimé, assorti du refus de tout traitement de soins intensifs.

seront les conséquences médicales pour lui, étant donné sa situation personnelle.¹⁰³ C'est pourquoi, favoriser et en particulier financer suffisamment le ProSA constitue un postulat de haute importance, si l'on prend l'autodétermination des patients au sérieux. Il est permis d'en attendre que la documentation produite sera alors structurée, sans contradiction, facile d'accès et compréhensible pour le personnel de santé, ainsi qu'en accord avec la volonté des patients, bien plus souvent que ce n'est le cas avec les DA actuelles ou les IMU établies dans des circonstances obscures. Pour y parvenir, il n'est toutefois pas nécessaire d'ajouter en premier lieu des règles supplémentaires dans le droit de la protection de l'adulte, mais plutôt de faire surtout en sorte que les **prestations de conseil puissent être facturées** à l'assurance-maladie, en modifiant ledit droit,¹⁰⁴ et que l'offre de formations proposées aux professionnels soit suffisamment large pour qu'ils puissent fournir un conseil et un accompagnement de grande qualité. Il est tout de même envisageable de **mentionner le ProSA de manière explicite** dans le droit de la protection de l'adulte, afin de lui conférer de la visibilité.¹⁰⁵

Si l'on souhaite aller plus loin, il serait envisageable et souhaitable d'attribuer aux directives un caractère contraignant différencié, selon qu'elles résultent d'un conseil spécifique par un professionnel de santé et sont actuelles (alors très contraignantes) ou qu'elles ne remplissent pas ces conditions (dotées alors uniquement, mais tout de même, d'une valeur indicative quant à la volonté présumée du patient, et devant être éclaircie avec le représentant).¹⁰⁶ Il pourrait également être utile d'inscrire dans la loi la possibilité que le représentant prépare des dispositions anticipées pour les cas d'urgence, c'est à dire des «**IMU by proxi**». Les conditions à respecter ainsi que la valeur juridique d'un tel document devrait également être fixées, par exemple dans le contexte concret de la décision médicale en situation d'urgence.¹⁰⁷

¹⁰³ À titre d'exemple à propos de cette problématique AEBI-MÜLLER, chiffre marginal 151; SUTER, chiffre marginal 2; HAUSSENER, chiffre marginal 171 ss et 181 ss, à chaque fois avec les références citées.; concernant l'évaluation critique du contenu des DA par des professionnels de santé, cf. également BRÜGGER/KISSMANN/BESIC/SOTTAS, p. 23 s. et (du point de vue des personnes concernées) p. 29 s; également SCHERR/BUEHLER, p. 968; BAUMANN et al., chapitres 4 et 5.

¹⁰⁴ Voir à ce sujet l'initiative parlementaire 22.420.

¹⁰⁵ Cela pourrait par exemple être réalisé en ajoutant une indication appropriée dans l'art. 377, CC qui règle l'établissement du plan de traitement. Son positionnement ainsi que sa formulation devraient en tous les cas être mûrement réfléchis. Une possibilité serait par exemple de compléter l'al. 3, qui fixe le droit de participation du patient, par une remarque indiquant que, en l'absence de directives anticipées établies au sens de l'art. 370, CC, il convient de tenir compte, lors de l'établissement du plan de traitement, des conclusions issues d'un ProSA. Une alternative serait de compléter de manière appropriée l'art. 378, al. 3, CC, qui exige du représentant qu'il décide en fonction de la volonté présumée et des intérêts de la personne incapable de discernement.

¹⁰⁶ Une telle disposition figure par exemple en Autriche dans la loi sur les directives anticipées des patients, § 5, § 8 et § 9.

¹⁰⁷ L'art. 379, CC qui exige du médecin, en cas d'urgence, qu'il prenne les mesures médicales «conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement» (lorsqu'une décision anticipée n'a pas pu avoir lieu à temps), pourrait par exemple être complété par un deuxième paragraphe selon lequel le médecin, dans le contexte de l'établissement d'un plan de traitement (c'est-à-dire après avoir fourni les explications nécessaires, si possible avec la participation de la personne incapable de discernement concernée), doit tenir compte des dispositions prises à propos des situations d'urgence par la personne habilitée à représenter le patient, pour autant qu'aucun indice ne donne à penser que celles-ci sont contraires à la volonté présumée actuelle de ce patient.

De plus, il existe également un besoin de réglementation et de mise en œuvre en ce qui concerne le **dépôt des DA et des IMU**. Les documents ne sont utiles que si chaque professionnel de santé impliqué peut y accéder sans perte de temps. L'accessibilité doit en particulier être aussi garantie dans la situation particulière de l'urgence préclinique, quand par exemple le patient s'effondre en dehors d'un établissement de santé et que la question de la réanimation se pose. Le fait que le stade actuel de la numérisation dans le domaine de la santé laisse à désirer, en particulier en ce qui concerne l'énorme retard pris dans l'introduction d'un dossier électronique du patient conçu de manière professionnelle, est suffisamment connu, et il n'est pas nécessaire de l'expliquer ici plus longuement.

Finalement, il serait souhaitable que le législateur adapte ponctuellement la **terminologie** en fonction du professionnel de santé responsable. Lorsqu'il est question de patients incapables de discernement, il est toujours fait usage de l'expression «le médecin traitant».¹⁰⁸ Cela ne prend pas suffisamment en compte la réalité médicale d'aujourd'hui, dans laquelle en règle générale ce n'est pas un seul médecin qui est responsable du traitement, mais plutôt toute une équipe, composée de plusieurs médecins et d'autres **professionnels de santé**. Des DA valables (et en particulier des DA sous forme d'IMU) sont fondamentalement aussi contraignantes pour les secouristes, ainsi que pour le personnel d'accompagnement lors de transports médicalisés, en raison de la priorité accordée à l'autodétermination des patients.¹⁰⁹ Il serait apprécié que cela soit dit clairement dans le texte de loi. Dans un article révisé sur le plan de traitement, il pourrait être ajouté que cette planification peut non seulement être réalisée par les médecins, mais aussi par du personnel spécialisé d'autres professions médicales, suffisamment formé – pour autant qu'il ne s'agisse pas de l'information à fournir à propos d'une véritable intervention chirurgicale.

9 Utilisation d'un formulaire unique dans toute la Suisse

L'avantage décisif des IMU, comparé à d'autres documents de planification anticipée, réside dans le fait qu'une professionnelle de la santé peut décider très rapidement, à l'aide d'un document concis, quel traitement appliquer en situation d'urgence ou à quel traitement précis elle doit renoncer. Cet objectif sera atteint de manière optimale si le formulaire¹¹⁰ est déjà connu, de sorte que l'information recherchée (par exemple, réanimer oui ou non) pourra être trouvée «en un clin d'œil» et si les différentes options possibles figurent toujours dans le même ordre.¹¹¹ L'**efficacité** de cet instrument peut en revanche être diminuée si des sociétés de différentes disciplines ou des institutions établissent chacune leur propre formulaire d'IMU et que ceux-ci sont utilisés en parallèle dans la même région. Dans le pire des cas, cela peut même, dans la fébrilité de l'urgence, conduire à des malentendus ou à des interprétations fautives.¹¹² L'existence de modèles de formulaire uniques facilite aussi

¹⁰⁸ En particulier dans l'art. 372, CC à propos de la manière de procéder s'il existe des directives anticipées, dans l'art. 377 à propos du plan de traitement, dans l'art. 379 sur la manière d'agir en cas d'urgence.

¹⁰⁹ Cf. KÖBRICH, Heilbehandlung, p. 67 ainsi que 186 ss.

¹¹⁰ Comme mentionné plus haut (dans la note de bas de page 3), la roadmap ProSA, qui est à l'origine de la présente expertise, mentionne un *formulaire*. On pourrait toutefois imaginer que la fixation des objectifs thérapeutiques en situation d'urgence soit réalisée sous une autre forme qu'un formulaire, tout particulièrement à partir du moment où elle sera intégrée à une documentation électronique du traitement.

¹¹¹ IN DER SCHMITTEN/RIXEN/MARCKMANN, Vorausplanung, p. 294 ss.

¹¹² IN DER SCHMITTEN /ROTHÄRMEL /RIXEN/MORTSIEFER /MARCKMANN, p. 468.

grandement le travail des professionnelles de santé qui aident les personnes concernées et leurs proches à établir un ProSA. De manière idéale, de tels formulaires ne contiennent pas uniquement des prescriptions sur ce qu'il faut faire dans une situation concrète d'urgence, mais tiennent compte d'un objectif thérapeutique.¹¹³

Du point de vue juridique, il n'existe à ce jour pas de directive au sujet de l'utilisation de différents formulaires. Cela signifie que diverses actrices ont le droit de créer, d'utiliser et de diffuser leur propre formulaire. Inversement, du point de vue juridique, rien ne s'oppose à l'utilisation d'un formulaire unique. Comme les patientes individuelles n'ont pas le devoir de procéder à une planification anticipée et d'établir l'un ou l'autre document, une limitation de l'offre de formulaires ne constituerait en aucun cas une limitation de leur droit à l'auto-détermination – ce d'autant plus que tous les formulaires d'IMU utilisés actuellement, conformément à leur définition, se limitent à des décisions identiques, ou du moins similaires, à prendre en situation d'urgence.

Sur la base de la répartition des compétences par la Constitution, il n'existe toutefois pas actuellement de base suffisante pour **imposer un formulaire** déterminé **au niveau fédéral**. Les cantons sont au contraire libres, dans le cadre de leurs compétences dans le domaine des soins de santé, de légiférer en la matière, également à l'intérieur d'un concordat. L'OFSP, les sociétés de disciplines médicales, les autres organisations ou actrices peuvent aussi faire des recommandations (juridiquement non contraignantes) en la matière.

Les établissements de soins et les autres institutions et actrices fournissant des prestations de santé (par exemples les soins à domicile) ne sont pas tenus par une législation formelle de fixer des normes en ce qui concerne la planification anticipée, mais les démarches en ce sens sont les bienvenues, en tant qu'indicateurs de qualité. La présente expertise ne permet pas de juger si cela permettra d'établir avec succès l'usage d'un document d'IMU unique dans toute la Suisse.

¹¹³ À ce sujet, voir plus haut la note de bas de page 3; à titre d'exemple d'un formulaire de ce type (en allemand), voir dans: Office fédéral de la santé publique OFSP/palliative.ch, p. 29.

Choix de références bibliographiques

- Académie Suisse des Sciences Médicales, Attitude face à la fin de vie et à la mort, Directives et recommandations médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales du 17 mai 2018, adaptées en 2021 (citées comme ASSM, Fin de vie et mort)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Décisions de réanimation, Directives et recommandations médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales du 11 juin 2021 (citées comme ASSM, Réanimation)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Directives anticipées, Directives et recommandations médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales du 19 mai 2009, actualisées en 2013 (citées comme ASSM, Directives anticipées)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Inefficacité et absence de sens dans l'approche du concept de futilité en médecine, 2021 (cité comme ASSM, Futility)
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegung, in: Jusletter 22 septembre 2014
- AEBI-MÜLLER REGINA E./FELLMANN WALTER/GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD/TAG BRIGITTE, Arztrecht, Stämpfli juristische Lehrbücher, 2. Aufl., Bern 2024
- AEBI-MÜLLER REGINA E./WILDI SARAH, Reanimation auf Verlegungsfahrten. Eine rechtliche Einordnung unter Berücksichtigung von Patientenverfügungen und REA-Anordnungen, in: Jusletter 10 juin 2024
- BAUMANN SIRA M. et al., Advance directives in the intensive care unit: An eight-year vanguard cohort study, in: Journal of Critical Care 85 (2025) 154918
- BOENTE WALTER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Art. 360–387 ZGB, Zürich 2015
- BRÜGGER SARAH/KISSMANN STEFAN/BESIC SEJLA/SOTTAS BEAT, Les besoins de la population et des professionnels en matière de planification anticipée, disponible sous https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/nat-gesundheitsstrategien/gesundheitliche-vorausplanung/beduerfnisse-gvp.pdf.download.pdf/Schlussbericht_Beduerfnisse_GVP.pdf (en allemand avec résumé en français, consulté le 3 décembre 2024)
- BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2020
- EICHENBERGER THOMAS, Commentaire des art. 377–381, CC, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022
- FASSBIND PATRICK, in: Kren Kostkiewicz Jolanta /Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021
- FELLMANN WALTER, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, Zürich 2007, p. 103 ss (cité comme FELLMANN, Rechtsverhältnis)
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Der Auftrag: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (cité comme FELLMANN, BK)
- FOUNTOLAKIS CHRISTIANA/KÖBRICH TIM, Patientenwille, Rettungsdienst, Notfallarzt: Zur Vertretungsbefugnis der Angehörigen und der Verbindlichkeit ärztlicher Weisungen, in: Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Quid iuris? Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz, 10 Jahre Bachelor of Law, Bern 2015, p. 75 ss
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD, Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. Aufl., Basel 2023

Questions juridiques relatives aux instructions médicales pour les cas d'urgence (IMU)

- GADMER MÄGLI URSULA, Décisions relatives à la réanimation en matière de protection de l'enfant et de l'adulte, in: Revue de la protection des mineurs et des adultes (ZKE/RMA) 2017, p. 104 ss
- Groupe national de travail Projet de soins anticipé (2023), Roadmap pour la mise en œuvre du projet de soins anticipé (ProSA) en Suisse, publié par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et l'Académie Suisse des Sciences médicales ASSM, Berne (citée comme Roadmap ProSA), disponible sous: https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/nat-gesundheitsstrategien/strategie-palliative-care/publikationen/roadmap-gesundheitliche-vorausplanung.pdf.download.pdf/Roadmap_OFSP_ASSM_ProSA_2023.pdf (consulté le 3 décembre 2024)
- GSCHWINDNER HEIKE, Im Pflegezentrum so leben und sterben, wie ich es will, in: Pflegerecht 2015, p. 234 ss
- GUILLOD OLIVIER, Droit médical, Basel 2020
- HÄFELI CHRISTOPH, Zum Verhältnis der Patientenverfügung (PV) im neuen Erwachsenenschutzrecht und Advance Care Planning (ACP), in: Bioethica Forum 9/2016, p. 104 s.
- HAUSSENER STEFANIE, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion?, Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Diss. Luzern 2016, Zürich/Basel/Genf 2017
- IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/MARCKMANN GEORG, Das Pilotmodell beizeiten begleiten, in: Coors Michael/Jox Ralf J./in der Schmitten Jürgen (Hrsg.), Advance Care Planning, Von der Patientenverfügung zur gesundheitlichen Vorausplanung, Stuttgart 2015, p. 234 ss
- IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/RIXEN STEPHAN/MARCKMANN GEORG, Vorausplanung in der Notfall- und Intensivmedizin, in: Coors Michael/Jox Ralf J./in der Schmitten Jürgen (Hrsg.), Advance Care Planning, Von der Patientenverfügung zur gesundheitlichen Vorausplanung, Stuttgart 2015, p. 288 ss (citée comme IN DER SCHMITTEN/RIXEN/MARCKMANN, Vorausplanung)
- IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/RIXEN STEPHAN/MARCKMANN GEORG, Wahrung der Patienten-Selbstbestimmung in der Notfallmedizin durch vorausschauende Behandlungsplanung (Advance Care Planning), in: Salomon Fred (Hrsg.), Praxishandbuch Ethik in der Notfallmedizin, Orientierungshilfen für kritische Entscheidungen, Berlin 2016, p. 85 ss (citée comme IN DER SCHMITTEN/RIXEN/MARCKMANN, Notfallmedizin)
- IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/ROTHÄRMEL SONJA/RIXEN STEPHAN/MORTSIEFER ACHIM/MARCKMANN GEORG, Patientenverfügungen im Rettungsdienst (Teil 2), Neue Perspektiven durch Advance Care Planning und die «Hausärztliche Anordnung für den Notfall», in: Notfall Rettungsmedizin 2011, p. 465 ss
- JOX RALF J., Sterben lassen, Über Entscheidungen am Ende des Lebens, Hamburg 2013
- JUNOD VALÉRIE, Commentaire des art. 370 ss, CC, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Fountoulakis Christiana (éditeurs), Commentaire Romand, Code civil I, 2^e édition, Bâle 2024
- KARZIG-RODUNER ISABELLE/OTTO-ACHENBACH THEODORE, Die Patientenverfügung «plus», in: Krones Tanja/Obrist Monika (Hrsg.), Wie ich behandelt werden will, Advance Care Planning, Zürich 2020, p. 72 ss
- KÖBRICH TIM OLIVER, Heilbehandlung durch Vertreter nichtärztlicher Gesundheitsberufen, Kompetenzen, Aufklärungspflicht, Einwilligung, Diss. Freiburg, Bern 2017 (citée comme KÖBRICH, Heilbehandlung)

- KÖBRICH TIM OLIVER, Patientenverfügung, in: Fountoulakis Christiana/Affolter-Fringeli Kurt/Biderbost Yvo/Steck Daniel (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, p. 81 ss (cité comme KÖBRICH, Patientenverfügung)
- KRONES TANJA/LOUPATATZIS BARBARA/KARZIG-RODUNER ISABELLE/OTTO THEODORE, Gesundheitliche Vorausplanung, Advance Care Planning, Fachinformationen zur Patientenverfügung «plus», Version 2, 21 octobre 2018, disponible uniquement en allemand sous: www.acp-swiss.ch/system/files/pg/textmitbild/dokument/fachinformationen_acp_schweiz_2018.pdf (consulté le 3 décembre 2024) à partir de la page: <https://www.acp-swiss.ch/fr/au-sujet-du-prosa/documents>
- LANDOLT HARDY, Medizinalhaftung – Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung, in: HAVE 2009, p. 329 ss
- LIPP VOLKER, Die medizinische Indikation – ein «Kernstück ärztlicher Legitimation»? , in: Medizinrecht 2015, p. 762 ss
- Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2002 p. 6635 ss (cité comme Message Protection de l'adulte)
- Office fédéral de la santé publique OFSP/palliative.ch: La planification anticipée concernant la santé, en particulier en cas d'incapacité de discernement «Advance Care Planning». Cadre général pour la Suisse. Berne, 2018, disponible sous: https://www.plaforme-soinspalliatifs.ch/sites/default/files/work/files/Rahmenkonzept_Gesundheitl_Vorausplanung_FR_rev.pdf (visité le 3 décembre 2024)
- OSER DAVID/WEBER ROLF H., Commentaire de l'art. 398, CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020
- OTTO-ACHENBACH THEODORE, Vertreterentscheidungen – Advance Care Planning für urteilsunfähige Menschen, in: Krones Tanja/Obrist Monika (Hrsg.), Wie ich behandelt werden will, Advance Care Planning, Zürich 2020, p. 156 ss
- SCHERR BENEDIKT FLORIAN/BUEHLER PHILIPP KARL, Ethische Grenzenscheidungen in der Intensivmedizin, in: Innere Medizin 2024, p. 967 ss
- STRUSS FABIA, Haftung im Rettungsdienst, in: Jusletter 31 août 2020
- SUTER CÉLINE, Advance Care Planning und Vertreterverfügungen, in: Jusletter 28 janvier 2019
- VOKINGER KERSTIN, Das Berufsrecht in der Arzt-Patienten-Beziehung – veranschaulicht an einem Fallbeispiel, in: HILL Zeitschrift für Recht und Gesundheit 2012, Nr. 28
- WEBER ANDREAS, Notfallplanung in der Palliative Care, in: Krones Tanja/Obrist Monika (Hrsg.), Wie ich behandelt werden will, Advance Care Planning, Zürich 2020, p. 144 ss
- WERRO FRANZ, Commentaire de l'art. 398, CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (éditeurs), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e édition, Bâle 2021
- WETTERAUER CHARLOTTE, Urteils(un)fähigkeit in der Patientenversorgung aus der Perspektive der Klinischen Ethikkonsultation, Erwachsenenschutzrechtliche Regelungen im Spannungsfeld von Autonomie und Fürsorge, Bern 2024
- WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010
- WYSS SABINE, Commentaire des art. 370 ss, CC, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022