

La protection juridique de la personne âgée victime de maltraitance en institution

**Thèse présentée à la Faculté de droit de
l'Université de Neuchâtel**

pour l'obtention du grade de docteur en droit

par

Céline Tritten Helbling

Acceptée sur proposition du jury:

Professeur Florence Guillaume

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, doyenne, présidente du jury

Professeur Olivier Guillod,

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse

Professeur André Kuhn,

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur

Professeur Audrey Leuba

Faculté de droit de l'Université de Genève, rapporteur

soutenue le 3 juillet 2012

IMPRIMATUR POUR LA THESE

La protection juridique de la personne âgée victime de maltraitance en institution

Céline TRITTEN HELBLING

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

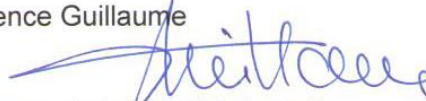
La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

Mme Florence Guillaume (présidente)
M. Olivier Guillod (directeur de thèse)
M. André Kuhn (rapporteur interne)
Mme Audrey Leuba (professeur, Université de Genève,
rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 3 juillet 2012

Florence Guillaume



Doyenne de la Faculté de droit

MOTS-CLEFS

maltraitance des personnes âgées – institutions – soignants – droit pénal – droit civil – responsabilité – droit administratif – droit sanitaire – aide aux victimes d’infractions – dénonciation

KEY WORDS

elder maltreatment – institutions – medical staff – criminal law – civil law – liability – administrative law – medical law – assistance to crime victims – denunciation

RÉSUMÉ

La maltraitance des personnes âgées, n'est pas une problématique nouvelle. La prise en compte de ce phénomène et son étude sont par contre relativement récentes et ont été favorisées par des cas relatés par les médias. Malgré cela, le sujet est encore assez peu étudié en Suisse, notamment sur le plan juridique, contrairement à ce qui vaut pour les femmes et les enfants battus.

En Suisse, hormis quelques exceptions, il n'existe pas de dispositions légales qui visent spécifiquement la maltraitance des personnes âgées. Néanmoins, de nombreuses règles appartenant au droit civil, pénal et administratif permettent d'appréhender certains aspects des mauvais traitements dont sont victimes les résidents d'EMS. Elles entrent en considération non seulement en matière de prévention des mauvais traitements mais aussi lorsqu'il s'agit de mettre un terme à ceux-ci. La personne âgée victime de maltraitance peut ainsi être dédommagée pour les actes subis et l'auteur peut être condamné et sanctionné en raison de ces derniers.

Notre ordre juridique donne aussi, dans certaines circonstances, la possibilité aux professionnels de la santé de dénoncer aux autorités des cas de maltraitance. Il prévoit diverses exceptions à l'obligation de confidentialité, à laquelle ils sont soumis. Cela permet aux autorités ainsi informées de prendre les mesures adéquates pour protéger la personne âgée.

D'une manière générale, la protection juridique qu'offre le droit suisse au résident maltraité est globalement satisfaisante, même si elle pourrait être améliorée sur certains points par des adaptations ponctuelles des diverses règles entrant en considération en la matière. Les faiblesses du cadre légal se situent plutôt au niveau de la mise en application de ces dernières. Les dispositions légales pertinentes sont encore trop souvent méconnues et peu appliquées.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES.....	I
TABLE DES ABRÉVIATIONS	XIII
TABLE DES LOIS CITÉES.....	XIX
INTRODUCTION	1
1 CONTEXTE ET PROBLÉMATIQUE.....	1
2 DÉLIMITATION DU SUJET.....	2
3 DÉMARCHE SUIVIE	3
PREMIÈRE PARTIE : INTRODUCTION À LA THÉMATIQUE	7
1 LE PHÉNOMÈNE DE LA MALTRAITANCE	7
A <i>Approche historique</i>	7
I Les temps anciens	8
1 Dans la Grèce antique	8
2 A Rome	8
3 Au Moyen-Âge.....	9
4 A la Renaissance	10
5 Les temps modernes	10
II Evolution récente (XX-XXIe siècles).....	11
1 Généralités	11
2 En Suisse	12
B <i>Les facteurs favorisant les actes de maltraitance</i>	15
I Les facteurs relatifs au résident	15
II Les facteurs relatifs au personnel	17
III Les facteurs relatifs à l'institution	17
C <i>La prévention de la maltraitance et les stratégies d'action</i>	18
I Les campagnes d'information et de sensibilisation	18
II Le développement d'outils de dépistage	19
1 Généralités	19

2	Quelques exemples concrets	20
III	Les lignes téléphoniques	21
1	En France	21
2	En Suisse	22
IV	La formation du personnel	22
V	L' <i>empowerment</i> de la personne âgée	22
D	<i>Statistiques</i>	23
I	Généralités	23
II	Caractéristiques de la population en institution spécialisée	24
III	Ampleur de la maltraitance	25
E	<i>La notion de maltraitance</i>	26
I	Introduction	26
II	Les définitions	26
1	Quelques exemples	26
2	Synthèse	28
III	Les différentes formes	28
1	Des classifications diverses	28
2	Typologie	29
i	Généralités	29
ii	La maltraitance physique	29
iii	La maltraitance psychique	29
iv	La maltraitance sexuelle	30
v	Les négligences	30
IV	Notion juridique ?	31
1	L'intérêt d'une notion juridique	31
2	Quelques pistes pour l'élaboration d'une définition juridique	32
i	Une atteinte à la personnalité	32
ii	L'absence d'une justification	33
iii	Un contexte spécifique de dépendance	33
iv	Une intention malveillante	34
3	Distinctions	34
i	Généralités	34
ii	Les mesures limitatives de liberté	34
iii	Les traitements médicaux forcés	36
2	LES ÉTABLISSEMENTS POUR PERSONNES ÂGÉES	37
A	<i>Aperçu des formes d'accueil et d'hébergement</i>	37
B	<i>Les diverses structures juridiques</i>	37

C	<i>Les conditions d'exploitation et la surveillance</i>	38
D	<i>Le financement</i>	39
E	<i>Les différentes relations entre le résident et l'EMS</i>	40

DEUXIÈME PARTIE : LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA PERSONNE ÂGÉE VICTIME DE MALTRAITANCE **43**

1	INTRODUCTION	43
2	LES MESURES DE PROTECTION ISSUES DU DROIT CIVIL	44
A	<i>La capacité civile</i>	44
I	La jouissance et l'exercice des droits civils	44
1	La jouissance des droits civils	44
2	L'exercice des droits civils	45
II	Les conditions posées à l'exercice des droits civils	45
1	L'absence d'interdiction	45
2	La capacité de discernement.....	46
i	Notion.....	46
ii	La faculté d'agir raisonnablement.....	47
iii	Les causes d'altération	48
iv	La relativité de la capacité de discernement	49
v	La présomption de la capacité de discernement	50
III	Les effets de l'exercice des droits civils.....	51
1	Principe.....	51
2	La pleine capacité	51
3	La capacité restreinte	51
4	L'incapacité restreinte (ou la capacité partielle).....	52
5	L'incapacité totale	52
B	<i>La désignation d'un représentant privé</i>	53
I	Généralités	53
1	La notion de représentation privée	53
2	Le choix du représentant privé	54
II	Les sources de la représentation privée	55
1	La procuration	55
2	Le contrat de mandat	56
III	L'étendue du pouvoir de représentation	58
IV	La désignation anticipée d'un représentant	58

1	Généralités	58
2	Les nouvelles dispositions du Code civil relatives aux mesures personnelles anticipées.....	60
i	Le mandat pour cause d'incapacité	61
a	Notion et étendue	61
b	Le choix du mandataire	62
c	Constitution du mandat pour cause d'incapacité.....	63
d	Constatation de la validité et acceptation du mandat.....	64
e	Rémunération.....	65
ii	Les directives anticipées.....	65
C	<i>Les régimes de protection de l'adulte (mesures tutélaires)</i>.....	67
I	Généralités	68
1	L'intervention de l'autorité tutélaire en tant qu' ultima ratio.....	68
2	L'importance du principe de la proportionnalité.....	69
3	Le choix du mandataire tutélaire	70
II	Les diverses mesures.....	71
1	Généralités	71
2	De la tutelle	72
i	La notion.....	72
ii	Les cas.....	72
a	Généralités	72
b	La maladie mentale	72
c	La volonté de la personne âgée	74
iii	Les conséquences pour la personne âgée	75
3	Du conseil légal.....	76
i	La notion.....	76
ii	Le conseil légal coopérant.....	77
iii	Le conseil légal gérant	78
iv	Le conseil légal combiné	78
v	Le conseil légal volontaire	78
4	De la curatelle.....	79
i	Notion.....	79
ii	La curatelle de représentation	80
iii	La curatelle de gestion de biens.....	81
iv	La curatelle combinée	82
v	La curatelle volontaire.....	82
III	Les nouvelles dispositions du Code civil.....	83
1	Présentation générale	83
2	Des mesures « sur mesure »	85
i	Généralités	85

ii	La curatelle d'accompagnement	88
iii	La curatelle de représentation	89
iv	La curatelle de coopération	89
v	La curatelle de portée générale	90
D	Les « mesures » de protection de la personnalité	91
I	Généralités	91
II	Les actions défensives en protection de la personnalité	93
1	Les parties.....	93
2	La notion d'atteinte.....	94
3	Les diverses actions en protection de la personnalité	96
i	Généralités	96
ii	L'action en prévention de l'atteinte.....	97
iii	L'action en cessation de l'atteinte	98
iv	L'action en constatation de droit	99
III	Les mesures provisionnelles.....	99
E	Conclusion	101
3	LE DROIT PÉNAL.....	102
A	Introduction.....	103
B	Le Code pénal suisse.....	104
I	Propos introductifs.....	104
II	Les conditions générales de punissabilité	105
1	La typicité	105
2	Illicéité et faits justificatifs.....	106
3	Culpabilité.....	108
i	La notion.....	108
ii	Les divers degrés	109
III	Classifications des infractions	110
1	Introduction.....	110
2	Crimes, délits, contraventions.....	110
3	Délits de lésion et délits de mise en danger	111
4	Délits matériels et délits formels	112
IV	La poursuite.....	113
1	La poursuite d'office.....	113
2	La poursuite sur plainte.....	113
i	Qualité pour porter plainte	115
ii	Délai.....	116
V	Les sanctions	117

1	Généralités	117
2	Les diverses sanctions	118
i	La peine pécuniaire	118
ii	Le travail d'intérêt général	119
iii	La peine privative de liberté	119
iv	L'amende	119
VI	Le concours d'infractions	120
1	La notion	120
2	Les conséquences	121
VII	Les infractions punissables	122
1	Introduction	122
2	Les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle	122
i	Introduction	122
ii	Les lésions corporelles	122
a	Les lésions corporelles graves	123
1	<i>Généralités</i>	123
2	<i>Des lésions corporelles graves</i>	123
b	Les lésions corporelles simples	126
1	<i>Généralités</i>	126
2	<i>Des lésions corporelles simples</i>	126
3	<i>Les cas aggravés de lésions corporelles simples</i>	127
c	Les voies de fait	129
1	<i>Généralités</i>	129
2	<i>Des voies de fait</i>	130
3	<i>Les cas aggravés de voies de fait</i>	130
d	Appréciation personnelle	131
iii	La mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui	132
a	Introduction	132
b	L'exposition	132
1	<i>Généralités</i>	132
2	<i>L'exposition à un danger</i>	132
3	<i>L'abandon dans une situation de danger</i>	133
4	<i>La notion de danger</i>	134
5	<i>Le devoir de garde ou de veille de l'auteur</i>	134
6	<i>Une personne hors d'état de se protéger</i>	136
c	L'omission de prêter secours	136
1	<i>Généralités</i>	136
2	<i>L'abandon d'une personne que l'auteur a blessée</i>	136
3	<i>L'omission de prêter secours en cas de danger de mort imminent</i>	138
4	<i>L'entrave au secours</i>	139
d	La mise en danger de la vie d'autrui	139
e	Appréciation personnelle	140
3	Les infractions contre l'honneur	142

i	Introduction.....	142
ii	L'injure.....	143
a	Généralités	143
b	Une atteinte à l'honneur	143
1	<i>Un jugement de valeur offensant</i>	144
2	<i>Un fait attentatoire à l'honneur</i>	145
3	<i>L'injure formelle</i>	145
iii	Appréciation personnelle	146
4	Les crimes ou délits contre la liberté	147
i	Introduction.....	147
ii	Les menaces	147
a	Généralités	147
b	Les caractéristiques de la menace	148
iii	La contrainte	149
a	Généralités	149
b	Les différents moyens de contrainte	150
1	<i>La violence</i>	150
2	<i>La menace d'un dommage sérieux</i>	151
3	<i>Les autres moyens de contrainte</i>	152
c	L'adoption d'un comportement déterminé	152
iv	La séquestration	153
a	Généralités	153
b	Une personne privée de liberté	153
c	Les moyens employés	154
d	La séquestration aggravée	155
v	Appréciation personnelle	156
5	Les infractions contre l'intégrité sexuelle	158
i	Introduction.....	158
ii	Les actes d'ordre sexuel	158
iii	La contrainte sexuelle	159
a	Généralités	159
b	Une contrainte	160
c	Cas aggravé.....	162
iv	Le viol.....	162
a	Généralités	162
b	Distinction par rapport à la contrainte	162
v	Les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance	163
a	Généralités	163
b	Une personne incapable de discernement ou de résistance.....	163
vi	Les actes d'ordre sexuel avec une personne hospitalisée	165
a	Généralités	165
b	Un rapport de dépendance dans le cadre d'une hospitalisation.....	165
vii	L'abus de la détresse	167
a	Généralités	167
b	Une situation de détresse ou de dépendance	167

c	La détermination à un acte d'ordre sexuel	168
viii	Appréciation personnelle	168
VIII	La responsabilité pénale du garant	170
1	Introduction.....	170
2	La commission par omission	170
3	Les conditions de punissabilité	172
i	Un comportement passif.....	172
ii	Une position de garant.....	172
a	La notion.....	172
b	La loi et le contrat comme sources de la position de garant	173
iii	Une omission équivalente à une action	175
iv	Une possibilité d'agir	175
v	La causalité	176
vi	La culpabilité	176
4	L'atténuation de la peine	177
5	Appréciation personnelle	177
IX	La participation à l'infraction	178
1	Généralités	178
2	Les participants principaux.....	178
i	Généralités	178
ii	L'auteur	178
iii	Le coauteur.....	179
3	Les participants secondaires	180
i	Généralités	180
ii	Le complice.....	180
iii	L'instigateur.....	181
C	<i>Dans les législations sanitaires cantonales</i>	182
I	Introduction.....	182
II	Aperçu des diverses sanctions	183
D	<i>Conclusion</i>	184
4	LES MESURES ADMINISTRATIVES	185
A	<i>Introduction.....</i>	186
B	<i>Quelques exemples</i>	187
I	Généralités	188
II	La situation dans les cantons romands	189
1	Neuchâtel	189
2	Valais	190

3	Vaud	190
4	Fribourg	192
5	Genève	192
6	Jura	193
C	Conclusion	193
5	LES PRÉTENTIONS DU RÉSIDENT MALTRAITÉ	194
A	Introduction	194
I	Généralités	194
II	La responsabilité de droit privé et la responsabilité de droit public	196
III	La responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle	197
1	Généralités	197
2	L'acte illicite	198
3	La violation contractuelle	199
IV	La responsabilité pour son propre fait et responsabilité pour le fait d'un tiers	200
V	La responsabilité pour faute et la responsabilité objective	201
VI	Les conditions générales d'une action en responsabilité	202
1	Propos introductifs	202
2	Le préjudice	203
i	Généralités	203
ii	Le dommage	203
iii	Le tort moral	204
3	Le lien de causalité	205
B	La responsabilité civile	206
I	La responsabilité de l'auteur de la maltraitance	206
1	Introduction	206
2	Les différentes actions en responsabilité	207
i	Points communs	207
ii	Les spécificités de l'action délictuelle	207
iii	Les spécificités de l'action contractuelle	208
II	La responsabilité civile d'une personne qui n'est pas l'auteur	209
1	Introduction	209
2	Quelques exemples d'actions en responsabilité pour le fait d'un tiers	209
i	Introduction	209
ii	La responsabilité délictuelle de l'employeur	210
a	Les conditions spécifiques	210
b	Les preuves libératoires	211
iii	La responsabilité contractuelle pour le fait d'un auxiliaire	213

a	Généralités	213
b	Les conditions spécifiques.....	213
c	L' <i>hypothetische Vorwerfbarkeit</i> : preuve libératoire	214
III	La mise en œuvre des actions	214
1	Généralités	214
2	Les parties.....	215
3	Les délais	216
i	En matière de responsabilité délictuelle.....	216
ii	En matière de responsabilité contractuelle	217
IV	Les concours	217
1	Le concours de responsabilités	217
2	Le concours d'actions	218
C	La responsabilité des collectivités publiques	219
I	Introduction.....	219
II	Les spécificités.....	221
1	Une responsabilité exclusive.....	221
2	Un agent public dans l'exercice de ses fonctions	222
III	La mise en œuvre	223
D	Conclusion	224
6	L'AIDE AUX VICTIMES D'INFRACTIONS	225
A	Introduction.....	225
B	Le résident maltraité et l'aide aux victimes d'infractions.....	227
I	Introduction.....	227
II	Les bénéficiaires de l'aide aux victimes	228
1	Généralités	228
i	Une atteinte à l'intégrité	228
ii	Une infraction pénale.....	231
iii	Un lien de causalité	231
2	En matière de maltraitance des personnes âgées	232
i	Remarques préliminaires	232
ii	En matière d'infractions contre l'intégrité corporelle	233
iii	En matière d'infractions de mise en danger	234
iv	En matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle.....	235
v	En matière d'infractions contre l'honneur.....	235
vi	En matière d'infractions contre la liberté	235
III	Aperçu du contenu de l'aide aux victimes	236
1	Introduction.....	236
2	Les conseils et l'assistance	236

i	Généralités	236
ii	Les prestations offertes.....	237
iii	La confidentialité.....	239
3	La protection des droits de la victime dans le cadre de la procédure pénale.....	241
i	Introduction.....	241
ii	Les droits liés à la protection de la personnalité	241
iii	L'accompagnement et le refus de déposer.....	243
iv	Les droits d'intervention en procédure	243
v	Le droit à l'information	244
4	L'indemnisation et la réparation morale	244
i	Introduction.....	244
ii	L'indemnisation	245
iii	La réparation morale.....	247
iv	Les délais	248
C	Conclusion	249

TROISIÈME PARTIE : LA DÉNONCIATION DES ACTES DE MALTRAITANCE PAR LES PROFESSIONNELS DE LA SANTÉ251

1	PROBLÉMATIQUE.....	251
2	LE CADRE JURIDIQUE.....	253
A	Délimitations	254
B	Le secret professionnel.....	254
I	Généralités	254
II	Le secret professionnel selon le Code pénal.....	255
1	Généralités	255
2	Les personnes tenues au secret professionnel	256
3	L'étendue de l'obligation de confidentialité	256
4	Le comportement punissable.....	258
5	Les diverses exceptions	258
i	Introduction.....	258
ii	Le consentement du résident	259
iii	Les obligations et autorisations légales de renseigner une autorité	261
a	Introduction.....	261
b	Signalement à l'autorité tutélaire	262
c	Signalement à l'autorité pénale	265
d	Signalement à l'autorité sanitaire	266
iv	L'autorisation de l'autorité compétente	266
v	L'état de nécessité (art. 17 CP).....	269

vi	La sauvegarde d'intérêts légitimes	271
III	Le secret professionnel dans les législations sanitaires romandes	272
1	Introduction.....	272
2	Fribourg	273
3	Genève	273
4	Jura	273
5	Neuchâtel	274
6	Valais	274
7	Vaud	275
8	Eléments communs	275
C	<i>Les conséquences du non-signalement d'un cas de maltraitance.....</i>	275
I	Introduction.....	275
II	L'exposition	276
III	L'omission de prêter secours	277
3	CONCLUSION	277
	QUATRIÈME PARTIE : SYNTHÈSE ET CONCLUSION.....	279
1	QUELQUES ÉLÉMENTS DE SYNTHÈSE	279
A	<i>Des ressources légales variées.....</i>	279
B	<i>En matière de prévention</i>	280
C	<i>En cas de maltraitance avérée.....</i>	281
D	<i>Des difficultés de mise en œuvre</i>	282
2	QUELQUES PISTES	283
	BIBLIOGRAPHIE.....	287

TABLE DES ABRÉVIATIONS

[sic]	graphie fautive
ad	à
AFBAH	Association Francilienne pour la Bientraitance des Aînés et/ou Handicapés
AFIPA	Association fribourgeoise des institutions pour personnes âgées
al.	Alinéa(s)
ALMA	Allô Maltraitance des personnes âgées
ALTER EGO	Association pour la prévention de la maltraitance envers les personnes âgées
ANEMPA	Association neuchâteloise des établissements et maisons pour personnes âgées
art.	Article(s)
ASSM	Académie Suisse des Sciences Médicales
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVDEMS	Association vaudoise d'établissements médico-sociaux
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
BMS	Bulletin des médecins suisses
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
cf.	confer
ch.	Chiffre(s)

CO	Code des obligations du 30 mars 1911
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007
CRASS	Conférence romande des affaires sanitaires et sociales
CSOL-LAVI	Conférence suisse des offices de liaison LAVI
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
Curaviva	Association des homes et institutions sociales suisses
éd.	Edition
EMS	Etablissement médico-social
et al.	et alii
etc.	et cetera
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FEGEMS	Fédération genevoise des établissements médico-sociaux
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
FR	Canton de Fribourg
HAVE	Zeitschrift Haftung und Versicherung
HILL	Health insurance liability law
IUMSP	Institut universitaire de médecine sociale et préventive (Lausanne)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération

JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JT	Journal des Tribunaux
JU	Canton du Jura
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie
LAVI	Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données
LPMéd	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires
LPsy	Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie
n.	note
nCC	Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), Modification du 19 décembre 2008
NE	Canton de Neuchâtel
OFS	Office fédéral de la statistique
OMS	Organisation mondiale de la Santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fünfter Teil : Obligationenrecht)
p.	page (s)
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
PJA	Pratique juridique actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
XV	

RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue du droit de tutelle (devenue Revue de la protection des mineurs et de l'adulte (RMA) dès le 1 ^{er} janvier 2010)
Rev Med Brux	Revue Médicale de Bruxelles
RIFVEL	Réseau Internet Francophone Vieillir En Liberté
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDS	Revue suisse de droit de la santé
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil systématique de la législation genevoise
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJU	Recueil systématique de la législation jurassienne
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSVD	Recueil systématique de la législation vaudoise
RSVS	Recueil systématique de la législation valaisanne
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
Rz	Randziffer
SSG	Société Suisse de Gérontologie
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937

TSR	Télévision suisse romande
UE	Union européenne
UNIGER	Unité de recherche et d'intervention en gérontologie (Université, Lausanne)
VD	Canton de Vaud
VIH	Virus de l'immunodéficience humaine
VS	Canton du Valais
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZPO	Schweizerisches Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008

TABLE DES LOIS CITÉES

DROIT FÉDÉRAL ET INTERNATIONAL

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)

Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)

Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

Convention européenne du 24 novembre 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (RS 0.312.5)

Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (RS 810.21)

Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie (RS 832.10)

Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (RS 935.81)

Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (RS 811.11)

Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)

Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)

DROITS CANTONAUX

Fribourg

Loi concernant la privation de liberté à des fins d'assistance du 26 novembre 1998 (RSF 212.5.5)

Loi sur la justice du 31 mai 2010 (RSF 130.1)

Loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents du 16 septembre 1986 (RSF 16.1)

Loi sur la santé du 16 novembre 1999 (RSF 821.01)

Ordonnance sur les fournisseurs de soins du 9 mars 2010 (RSF 821.0.12)

Règlement sur les établissements médico-sociaux pour personnes âgées du 4 décembre 2001 (RSF 834.2.11)

Genève

Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009 (RSG E 4 10)

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

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

Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (RSG A 2 40)

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

Loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (RSG K 2 05)

Règlement d'application de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées du 16 mars 2010 (RSG 7 20 01)

Règlement sur les professionnels de la santé du 22 août 2006 (RSG K 3 02 01)

Jura

Loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 16 juin 2010 (RSJU 321.1)

Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01)

Loi sur les mesures d'assistance et la privation de liberté du 24 octobre 1985 (RSJU 213.32)

Loi sur le personnel de l'Etat du 22 septembre 2010 (RSJU 173.11)

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

Loi sur les hôpitaux du 22 juin 1994 (RSJU 810.11)

Ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé du 2 octobre 2007 (RSJU 811.213)

Ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire du 2 octobre 2007 (RSJU 811.11)

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

Neuchâtel

Loi d'introduction au Code de procédure pénale du 27 janvier 2010 (RSN 322.0)

Loi de santé du 6 février 1995 (RSN 800.1)

Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 26 juin 1989 (RSN 150.10)

Règlement concernant la protection des patients hospitalisés en milieu psychiatrique du 19 mai 2004 (RSN 807.301)

Règlement concernant l'exercice des professions médicales et universitaires et des autres professions de la santé, du 21 mars 1998 (RSN 801.100).

Règlement provisoire d'exécution de la loi de santé du 31 janvier 1996 (RSN 800.100)

Règlement sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions du 21 août 2002 (RSN 800.100.01)

Valais

Loi d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 (RSVS 211.1)

Loi d'application du code de procédure pénale suisse du 11 février 2009 (RSVS 312.0)

Loi d'application du code pénal suisse du 14 septembre 2006 (RSVS 311.1)

Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 10 mai 1978 (RSVS 170.1)

Loi sur la santé du 14 février 2008 (RSVS 800.1)

Ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance du 18 mars 2009
(RSVS 811.100)

Vaud

Loi sur les contraventions du 19 mai 2009 (RSVD 312.11)

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

Loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961 (RSVD 170.11)

Loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01)

Règlement sur l'exercice des professions de la santé du 26 janvier 2011 (RSVD 811.01.1)

Règlement sur le Bureau cantonal de la médiation et les Commissions d'examen des plaintes des patients et des résidents du 26 janvier 2011 (RSVD 811.03.1)

INTRODUCTION

1 Contexte et problématique

La maltraitance des personnes âgées, au même titre que celle que peuvent subir les femmes et les enfants, n'est pas une problématique nouvelle. La prise en considération de ce phénomène et son étude sont par contre relativement récentes¹ et ont été favorisées par les cas relatés par les médias depuis la fin des années septante. Depuis lors, ceux-ci continuent régulièrement de rapporter de telles situations auxquelles nul ne peut rester insensible.

A ce jour, la maltraitance des personnes âgées commence à être assez bien connue et documentée. Elle a fait l'objet de nombreuses études d'envergures nationale et internationale qui l'ont analysée, définie et catégorisée.² Ses causes, son ampleur et les moyens de la prévenir ont été mis en évidence par différents acteurs du monde médical, social et étatique.

Ce phénomène a éclaté au grand jour en Suisse durant la deuxième moitié des années nonante. La presse romande³ a, en effet, dénoncé plusieurs cas de mauvais traitements ayant eu lieu dans des établissements pour personnes âgées. Ces événements marquent le point de départ de la prise de conscience du problème dans notre pays.

Malgré cela, le sujet est encore assez peu étudié chez nous, en particulier sur le plan juridique, contrairement à ce qui vaut pour les femmes et les enfants battus.⁴ C'est pourquoi, il nous a paru utile de nous y intéresser de plus près et de mettre en lumière la manière dont notre ordre juridique l'appréhende afin de déterminer si les dispositions légales en vigueur sont appropriées et suffisantes pour protéger les personnes âgées maltraitées.

¹ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.17.

² CONSEIL DE L'EUROPE (1992) ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001) ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2005) ; DEBOUT (2003) ; OMS (2002) ; ONU (2002).

³ Parmi d'autres DONZÉ (1998), p.18.

⁴ DÄPPEN-MÜLLER (1998) ; *Rapport enfance maltraitée en Suisse*, FF 1995 53 ; SCHWANDER (2006) ; GILLIOZ/DE PUY/DUCRET (1997).

2 Délimitation du sujet

La maltraitance des personnes âgées est un vaste sujet. Elle peut survenir tant à domicile que dans une institution. Elle peut être le fait des membres de la famille, de proches, d'autres résidents d'un EMS ou encore du personnel travaillant dans celui-ci.⁵ Elle peut viser l'individu lui-même ou son patrimoine, mais aussi consister en une attitude générale de la société envers les plus âgés d'entre nous.

Malgré l'intérêt que présentent ces différents aspects, il nous a fallu préciser le champ de notre étude. Nous avons choisi de concentrer nos propos sur la maltraitance qui a lieu dans les institutions pour personnes âgées et qui est le fait de soignants. Parmi les mauvais traitements perpétrés par des professionnels de la santé envers des résidents d'EMS, nous limitons notre analyse à ceux qui touchent à la personne à l'exclusion du patrimoine de ces derniers. En outre, seuls les actes intentionnels seront abordés.

Nous excluons volontairement de notre étude les hôpitaux et les formes d'accueil temporaire, ainsi que les appartements protégés et les familles d'accueil.⁶ Il nous a semblé particulièrement intéressant de nous concentrer sur les personnes âgées hébergées pour une longue durée dans des établissements qui deviennent leurs lieux de vie. En effet, il existe des spécificités liées au fait que le résident s'insère dans une collectivité, ce qui engendre inévitablement des contraintes et crée une certaine dépendance. Notre démarche se justifie également par le fait que certaines maltraitances sont directement liées à la prise en charge par le personnel d'un EMS et ne risquent pas ou peu de se produire à domicile. Il s'agit notamment des mesures limitatives de liberté qui peuvent être utilisées abusivement par les soignants.⁷

Parmi les diverses manifestations de mauvais traitements en EMS, l'hypothèse la plus fréquente est celle de résidents maltraités par des soignants (infirmiers, aides-soignants,

⁵ En EMS, il arrive que les personnes âgées soient les auteurs de maltraitance. Le plus souvent il s'agit de violence physique (coup de canne, griffures, morsures, pincements, etc.), accompagnée parfois de violence psychologique (cris, insultes, chantage, etc.). Pour plus de détails : PETER (2005) ; CONSEIL DE L'EUROPE (1992), p.66). Une étude menée dans quelques EMS du canton de Vaud donne un bon exemple de comportements agressifs provenant des résidents eux-mêmes (UNIGER (2004), p.27ss). Souvent, de tels comportements vont de pair avec de la maltraitance provenant de soignants (UNIGER (2004), p.47).

⁶ Les familles d'accueil ne sont pas prises en considération pour la présente étude, étant donné que celle-ci se limite aux actes perpétrés par un soignant d'une institution.

⁷ THOMAS/SCODELLARO/DUPRÉ-LÉVÊQUE (2005), p.3.

etc.) y compris des médecins.⁸ Ces derniers sont dotés d'une certaine autorité qu'ils exercent envers les personnes âgées.⁹ Leurs formations leur imposent d'en prendre soin, de sorte que des actes de maltraitance de leur part apparaissent d'autant plus choquants et répréhensibles.

L'exclusion de notre analyse des atteintes au patrimoine d'un résident se justifie par le fait que, selon nous, la maltraitance traduit principalement l'idée de faire du mal à une personne, à un individu¹⁰ et cela même si dans les diverses classifications de la maltraitance on retrouve la notion de maltraitance patrimoniale.¹¹

Les résidents maltraités par un soignant se trouvent donc dans une situation de particulière vulnérabilité et de dépendance. C'est pourquoi, il nous a tenu à cœur de dégager les dispositions légales pouvant entrer en considération et de déterminer si celles-ci appréhendent à satisfaction la problématique et offrent une protection adéquate et suffisante en pratique.

3 Démarche suivie

Cette thèse propose une étude des dispositions légales (droit suisse, cantons romands : Neuchâtel, Vaud, Jura, Fribourg, Genève, Valais)¹² qui entrent en considération lorsqu'un résident est maltraité par un soignant. Elle s'attache à donner un aperçu des règles juridiques permettant de prévenir et de mettre un terme à des mauvais traitements, mais aussi de sanctionner le comportement de l'auteur et de dédommager la victime. Elle ne

⁸ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.349. Il faut toutefois préciser que cette maltraitance, individuelle dans un premier temps, peut, dans un second temps, devenir institutionnelle si l'institution dans laquelle elle a lieu fait passer en premier lieu ses intérêts et ceux de son personnel avant ceux des résidents (sur cette question LAGRAULA-FABRE (2005a), p.349).

⁹ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.24.

¹⁰ Selon *Le Petit Larousse* (1994), maltraiter se définit comme le fait de traiter durement une personne. Dans *Le Petit Robert* (1978), les synonymes sont notamment battre, brutaliser, frapper.

¹¹ Il peut s'agir d'escroqueries, de détournements de rentes, de modifications d'un testament sous contrainte (ONU (2002), p.5 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.347; PREDALI/SOUBEYRAND (2009), p.27ss). Cela peut également se traduire par la non-fourniture des prestations prévues par le contrat d'hébergement ou par des prestations facturées bien au-delà de ce qu'elles valent en réalité ou facturées de manière fictive (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.47s).

¹² Même s'il aurait été intéressant de traiter de tous les cantons suisses dans notre analyse, nous y avons renoncé afin de nous concentrer sur les cantons romands que nous connaissons mieux. Nous évoquerons toutefois ça et là certains éléments propres à d'autres cantons que les cantons romands et qui méritent une attention particulière.

prétend nullement établir une analyse exhaustive et détaillée et vise plus à brosser un tableau général du droit applicable pouvant être utile tant aux praticiens du droit qu'aux professionnels (soignants, médecins, EMS) ou à toute personne intéressée par la thématique. Une telle démarche, certes très théorique, permet de montrer ce qui existe en la matière (meilleure connaissance du cadre légal)¹³ et de procéder à une sensibilisation sur un phénomène encore trop peu connu.

La première partie de ce travail consiste en une introduction à la thématique de la maltraitance des personnes âgées.

Tout d'abord, elle décrit la condition des aînés à travers l'histoire. Cette esquisse sera l'occasion de mettre en évidence que, de l'Antiquité à nos jours (en passant par le Moyen-âge et les Temps modernes), les personnes âgées ont, à plusieurs reprises, été placées dans une logique de dévalorisation. Des exemples concrets, nous permettrons de souligner que ce phénomène est toujours d'actualité.

Ensuite, il s'agira de déterminer plus précisément ce qu'est la maltraitance. Nous commencerons par examiner quelques-uns des facteurs qui la favorisent, ainsi que les moyens de la prévenir. A cet égard, le développement d'outils de dépistage, la formation du personnel, l'*empowerment* de la personne âgée, la mise en place de lignes téléphoniques *ad hoc*, ou encore les campagnes d'information et de sensibilisation du public seront abordés. Puis, quelques données statistiques sur les caractéristiques des résidents et l'ampleur de la maltraitance seront avancées. Nous mettrons ensuite en évidence le fait que la maltraitance n'est pas une notion uniforme et qu'il existe des définitions et des classifications diverses. Nous présenterons toutefois quelques formes de maltraitance (physique, psychique, sexuelle, négligences) que nous retrouvons dans la littérature. Cela nous permettra de donner quelques pistes dans l'optique d'une définition juridiquement pertinente. Le but sera de distinguer la maltraitance d'un autre acte juridiquement ou socialement répréhensible.¹⁴

Finalement, nous nous pencherons brièvement sur les caractéristiques des établissements pour personnes âgées. Plus particulièrement, nous nous intéresserons aux conditions posées à leur exploitation, à leur surveillance et à leur subventionnement ainsi qu'aux diverses formes juridiques sous lesquelles ils peuvent se constituer. Les relations juridiques qui se nouent entre l'institution et le résident seront aussi abordées.

La deuxième partie portera sur l'étendue et les limites de la protection juridique accordée par le droit suisse aux personnes âgées victimes de maltraitance. Nous étudierons ici, selon

¹³ Certaines études mettent en avant la méconnaissance de ce cadre légal, notamment en matière de dénonciation (ROULET/RIVOIR (2011), p.23.

¹⁴ Tels que des mesures limitatives de liberté et des traitements médicaux forcés.

une approche « par matière » les différentes normes pouvant entrer en considération.¹⁵ Une telle démarche a l'avantage de mettre en lumière le fait qu'il existe différents moyens juridiques, empruntés à divers domaines du droit, permettant de réagir face à des mauvais traitements. Elle tient également compte du fait qu'un acte de maltraitance peut avoir des répercussions sur différents aspects de la personnalité de sa victime. Notre choix se justifie aussi par la difficulté de classer et de distinguer les formes de maltraitance qui bien souvent se recoupent. En outre, cela évite des redondances étant donné que certaines dispositions légales sont applicables à plusieurs types de maltraitance.

Premièrement, nous examinerons les solutions envisageables au niveau des règles de droit civil. Avant de mettre en avant les possibilités offertes par cette matière à un résident maltraité, la notion incontournable de capacité civile, dont les effets ne se limitent pas au seul domaine du droit civil, sera expliquée. Puis, nous étudierons la question de la désignation par le résident d'une personne chargée de la représenter afin de défendre ses intérêts. Plus particulièrement nous mettrons en évidence les conditions auxquelles une telle représentation est valable. Les avantages relatifs à la possibilité pour une personne en pleine possession de ses capacités intellectuelles de choisir de façon anticipée un représentant seront mentionnés. Ensuite, un panorama des diverses mesures, décidées par les autorités de protection de l'adulte (mesures tutélaires), sera dressé. Les nouvelles dispositions du Code civil qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2013 seront également présentées. Finalement, nous nous pencherons sur les mesures relatives à la protection de la personnalité du résident maltraité prévues par l'article 28 du Code civil (actions défensives en protection de la personnalité et mesures provisionnelles).

Deuxièmement, les dispositions pénales permettant de sanctionner le comportement de l'auteur d'une maltraitance seront examinées. Les infractions qui peuvent entrer en considération seront présentées selon la systématique du Code pénal, soit en fonction du bien juridique protégé.¹⁶ La responsabilité pénale de celui qui se trouve dans une position de garant, soit celle d'une autre personne que le soignant maltraitant, sera étudiée. Nous mettrons également en évidence les sanctions pénales encourues par un professionnel au comportement incorrect qui découlent des législations sanitaires romandes (droit pénal administratif).

Troisièmement, nous traiterons des différentes mesures administratives pouvant être prises à l'encontre de l'auteur de mauvais traitements et qui sont prévues par les législations sanitaires romandes.

¹⁵ Nous aurions également pu tenter de mettre en évidence les conséquences juridiques engendrées par les différentes formes de maltraitance (physique, psychique, sexuelle, etc.).

¹⁶ Le Code pénal distingue à son livre deuxième notamment les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle (titre premier), contre l'honneur (titre troisième), les crimes et délits contre la liberté (titre quatrième) et les infractions contre l'intégrité sexuelle (titre cinquième).

Quatrièmement, nous nous pencherons sur les conditions auxquelles le résident maltraité peut se faire indemniser pour le préjudice subi. Cela permettra de démontrer que non seulement l’auteur de la maltraitance, mais aussi un tiers (notamment l’établissement spécialisé ou le directeur de celui-ci) peuvent être recherchés en responsabilité par la victime et être amenés à lui verser une compensation financière. Eu égard au fait que certains établissements pour personnes âgées sont soumis à des règles de droit public, nous étudierons également les conditions auxquelles les collectivités publiques peuvent être tenues de réparer le préjudice subi.

Finalement, nous nous intéresserons à la thématique de l’aide aux victimes d’infractions. Nous étudierons les dispositions de la LAVI et mettrons en évidence ce que cette dernière peut offrir aux résidents maltraités tant en termes de mesures d’assistance et de soutien que de prestations financières. La protection des droits de la victime dans le cadre d’une procédure pénale (CPP) sera également évoquée.

La troisième partie de notre étude, sera consacrée à la dénonciation des actes de maltraitance par les professionnels de la santé soumis à une obligation de confidentialité. Il s’agira principalement de déterminer si et à quelles conditions ces actes peuvent être signalés aux autorités (pénales, tutélaires et sanitaires) afin que celles-ci prennent les mesures qui s’imposent. Les diverses exceptions au secret professionnel autorisant ou exigeant une dénonciation seront abordées avec leurs avantages et inconvénients. Les conséquences juridiques du fait de ne pas signaler un cas seront aussi mises en évidence.

Enfin, la dernière partie fera la synthèse des solutions proposées par notre ordre juridique et permettra de se prononcer, dans une optique *de lege ferenda*, sur la nécessité ou non de réglementer spécifiquement la maltraitance des personnes âgées en droit suisse.

PREMIÈRE PARTIE : INTRODUCTION À LA THÉMATIQUE

En guise d'introduction à la thématique, nous proposons tout d'abord de tracer globalement les contours de la notion de maltraitance des personnes âgées (ci-après 1) pour nous concentrer ensuite sur la description du cadre institutionnel dans lequel celle-ci se déroule (ci-après 2).

1 Le phénomène de la maltraitance

Pour bien comprendre la problématique, nous commençons par dresser un bref historique des mauvais traitements envers les personnes âgées (ci-après A).

Puis, avant de définir plus précisément la notion de maltraitance (ci-après E), nous tenterons de dégager quelques-uns des facteurs pouvant l'influencer (ci-après B). Nous examinerons également quelles sont les stratégies de prévention et d'action possibles (ci-après C) et nous nous intéresserons à quelques données statistiques (ci-après D).

A Approche historique

Une approche historique, permet de mettre en évidence que le statut des personnes âgées et la considération qui leur a été portée se caractérisent par une grande diversité. Malgré ces représentations différentes, force est de constater que, de l'Antiquité à nos jours, des phénomènes de dévalorisation et de disqualification sociale ont existé.¹⁷

Il ne s'agit pas dans les lignes qui suivent de dresser un tableau exhaustif de la condition des aînés à travers les âges mais d'illustrer, par quelques exemples choisis volontairement pour leur éloquence, le fait que cette catégorie de personnes n'a pas toujours bénéficié d'un traitement favorable.

Tout d'abord, nous tenterons de démontrer que la maltraitance des personnes âgées est un phénomène qui a existé déjà dans des temps très reculés (ci-après I). Pour ce faire, nous nous basons sur des exemples tirés de la littérature afférente aux diverses périodes étudiées.¹⁸ Ensuite nous nous pencherons sur l'évolution contemporaine de cette problématique (ci-après II). Nous nous référerons, alors, à divers exemples relatés dans la presse ou tirés d'études réalisées sur le sujet.

¹⁷ MINOIS (1987), p.22.

¹⁸ En effet, à défaut d'études ou de statistiques, les écrits littéraires constituent la seule source exploitable pour aborder notre sujet.

I Les temps anciens

1 *Dans la Grèce antique*¹⁹

L'image de la vieillesse telle que présentée dans la littérature grecque est déjà parfois empreinte de connotations négatives, ironiques et péjoratives.²⁰ Les plus âgés apparaissent comme des êtres diminués, fréquemment battus ou bafoués et dont il est aisé de se moquer.²¹ Dans la mythologie, les vieux dieux ne jouissent pas d'une meilleure considération ; ils sont réputés méchants, pervers et toujours vaincus.²²

La situation des hommes âgés était vraisemblablement peu enviable et des pratiques maltraitantes ne semblent pas exclues. Certains auteurs mentionnent d'ailleurs des cas de manque de respect, de sévices corporels, de meurtre ou d'abandon.²³ Cela est corroboré par le fait que diverses lois sanctionnaient le non-respect des personnes âgées ou posaient le principe d'une obligation d'entretien à charge des descendants.²⁴

2 *A Rome*

A Rome, tout comme dans la Grèce antique, la littérature n'offre pas une image favorable de la vieillesse et des vieillards. Il existe un vocabulaire spécifique désignant les plus anciens par des qualificatifs peu élogieux (fou, obstiné, stupide, âne bête, vieille carcasse, etc.).²⁵ En outre, certains auteurs de l'époque clament avec virulence le dégoût que leur inspire la

¹⁹ Bien que nous fassions débiter nos propos par la situation dans la Grèce antique, il faut garder à l'esprit que des cas de violence ou de maltraitance envers les personnes âgées ont très certainement existé antérieurement (sur cette question voir MARTIN (2004), p.163ss). Toutefois ce n'est véritablement qu'avec l'apparition de sociétés organisées que le statut, jusque-là privilégié des aînés commence à être ébranlé (sur ces questions voir BOIS (1994), p.6ss).

²⁰ On retrouve une telle tendance dans des écrits de tout genre (philosophie, tragédie, comédie).

²¹ MINOIS (1987), p.76ss ; ROSENMAIR (2001), p.16 ; LUH (2003), p.308s ; de BEAUVOIR (1970), p.115.

²² MINOIS (1987), p.73 ; de BEAUVOIR (1970), p.107 ; BOIS (1994), p.12ss ; MARTIN (2004), p.167.

²³ MINOIS (1987), p.96s.

²⁴ MINOIS (1987), p.97 ; RUDHARDT (1992), p.10 ; LUH (2003), p.306.

²⁵ BOIS (1994), p.22.

laideur des vieilles femmes.²⁶ La thématique du fils attendant avec impatience la mort de son père afin de pouvoir profiter de l'héritage est également souvent relatée.²⁷

Autre fait notoire à l'époque : le suicide des personnes âgées était admis, parfois même encouragé.²⁸ Il semblerait aussi que, dans les temps les plus anciens, les Romains se débarrassaient de leurs vieillards en les noyant.²⁹

3 *Au Moyen-Âge*

D'une manière générale, la littérature du Moyen-Âge consacrée au grand âge est plutôt pessimiste et insiste sur la laideur, l'infériorité et les vices des personnes âgées.³⁰ Les femmes âgées sont particulièrement peu épargnées.³¹ La vieillesse est aussi souvent associée au péché.³²

Consécutivement à la déchéance des structures patriarcales prévalant jusqu'alors, l'autorité du père de famille va décroissant et les parents âgés tombent sous la dépendance de leurs enfants. Bon nombre d'entre eux sont ainsi considérés comme des parasites et méprisés.³³ Leur importance démographique s'étant en outre accrue,³⁴ il s'ensuit une exacerbation des tensions entre les générations.³⁵

²⁶ de BEAUVOIR (1970), p.133.

²⁷ ROSENMAIR (2001), p.19.

²⁸ BOIS (1994), p.17ss.

²⁹ de BEAUVOIR (1970), p.123 ; MARTIN (2004), p.169.

³⁰ MINOIS (1987), p.172ss et 229ss ; BIBOLET (1987), p.18 ; PAUPERT-BOUCHIEZ (1987), p.267 ; GUTTON (1988), p.24 ; LUH (2003), p.311.

³¹ MINOIS (1987), p.315 et 304ss ; GOUIRAN (1987), p.93ss ; LEGROS (1987), p.153ss.

³² La vieillesse est alors considérée comme le châtiment du pécheur et comme l'image du péché (GUTTON (1988), p.24).

³³ MINOIS (1987), p.277.

³⁴ Cela s'explique par le fait que les personnes plus âgées ont mieux résisté aux épidémies que leurs jeunes congénères (MINOIS (1987), p.288ss).

³⁵ MINOIS (1987), p.304.

4 *A la Renaissance*

Exaltant les côtés positifs de la jeunesse, la Renaissance est une époque spécialement défavorable aux personnes âgées.³⁶ La littérature abonde d'exemples, moqueurs et dégradants, vis-à-vis des aînés, particulièrement des femmes.³⁷

Souvent dépourvues de ressources, les personnes âgées sont assimilées aux enfants abandonnés, aux infirmes ou aux malades.³⁸ Fréquemment mises en marge de la société, elles sont considérées comme incapables et inutiles.³⁹ Vieillesse et misère se confondent. Il existe des établissements où les aînés les plus démunis sont « placés »⁴⁰ dans des conditions peu enviables.⁴¹

5 *Les temps modernes*

Malgré la vision plus positive des temps modernes sur la vieillesse et les personnes âgées,⁴² plusieurs cas de mauvais traitements, notamment familiaux, sont rapportés.⁴³ Ils sont le plus souvent liés aux attentes successorales des enfants.⁴⁴ Dans les cas les plus extrêmes, le père de famille est assassiné par un de ses fils. Coups, blessures, abandon du parent âgé, injures, menaces ou séquestration dans une chambre semblent avoir existé.

La situation des personnes (âgées) dans les hôpitaux et hospices est peu enviable. Pour certains auteurs elle ressemblait plus « à une vie de prisonnier qu'à celle d'homme libre ».⁴⁵

³⁶ BOIS (1994), p.45ss ; COURAU (2003), p.16.

³⁷ MINOIS (1987), p.345ss ; de BEAUVOIR (1970), p.160.

³⁸ BOIS (1994), p.59.

³⁹ GUTTON (1988), p.21 et 29.

⁴⁰ Il s'agit en réalité d'établissements accueillant toute une quirielle de personnes plus démunies les unes que les autres (invalides, mendiants, malades mentaux, etc.) sans égard à leur âge.

⁴¹ BOIS (1994), p.60.

⁴² COURAU (2003), p.17 ; de BEAUVOIR (1970), p.195ss.

⁴³ GUTTON (1988), p.49ss.

⁴⁴ BOIS (1994), p.91 ; POLLET (2001), p.37ss ; de BEAUVOIR (1970), p.207ss.

⁴⁵ FRIDEZ (2001), p.186s. Cet auteur reproduit un règlement d'institution datant de 1878 et dénotant la dureté des conditions d'hébergement de l'époque.

Des règles très strictes,⁴⁶ assorties de sanctions d'une extrême sévérité,⁴⁷ dictaient le comportement de ceux qui y séjournèrent. De telles dispositions limitant fortement la liberté de la personne perdureront parfois jusqu'à la fin des années 1980.⁴⁸

II Evolution récente (XX-XXIe siècles)

1 *Généralités*

Loin d'être un phénomène nouveau,⁴⁹ la maltraitance des personnes âgées a pourtant pendant longtemps été un sujet tabou. Ce n'est que récemment que nos sociétés « modernes » ont commencé à en prendre conscience et à le considérer comme intolérable.⁵⁰

A la fin des années septante, quelques articles de la littérature médicale britannique parlent pour la première fois de cas de *granny battering* en institution et dans le milieu familial.⁵¹ Ils dénoncent de la maltraitance physique mais aussi des cas d'administration trop importante et systématique de sédatifs et tranquillisants.⁵²

Dans le courant des années quatre-vingt le Canada, à l'instar d'autres pays anglo-saxons, a procédé à diverses études afin d'évaluer l'ampleur du phénomène et les solutions à y

⁴⁶ Interdiction d'avoir des loisirs (par exemple de jouer aux cartes), de consommer de l'alcool et de fumer, sorties autorisées de manière très restrictive, obligation de se soumettre à certains rites religieux, etc. (GUTTON (1988), p.105s et 235).

⁴⁷ Les privations de sortie ou d'aliments, l'enfermement, les mesures d'isolement et les peines corporelles étaient fréquemment utilisées (GUTTON (1988), p.105).

⁴⁸ En France, certains règlements d'institutions, qui bien souvent n'étaient pas portés à la connaissance des résidents, prévoyaient, entre autres, l'interdiction d'avoir des objets personnels (y compris des photos sur la table de nuit), de décorer leur chambre, de se lever et de se coucher librement, de choisir ses compagnons de table lors des repas. D'autres clauses autorisaient le personnel à pénétrer à tout moment dans les chambres et à ouvrir le courrier (GUTTON (1988), p.236s).

⁴⁹ Voir ci-dessus p.8.

⁵⁰ TERRASSON DE FOUGÈRES (2003), p.176 ; LAGRAULA-FABRE (2005a), p.24. A noter que, en matière de maltraitance, les préoccupations se sont d'abord concentrées sur les enfants puis sur les femmes battues.

⁵¹ Quelques années auparavant Simone de Beauvoir dénonçait déjà la « condition scandaleuse » des « vieilles gens » et la manière tyrannique que les « adultes » avaient de les traiter (de BEAUVOIR (1970), p.230ss).

⁵² LOEW/RAPIN/HALPÉRIN (2000), p.26 ; OMS (2002), p.139 ; BAKER (1975), p.20ss ; BURSTON (1975), p.592.

apporter.⁵³ La problématique a été saisie par les autorités qui ont travaillé à diverses modifications législatives en matière de protection des adultes et de signalement des cas de maltraitance.⁵⁴

Les années quatre-vingt et nonante ont logiquement été caractérisées par un accroissement de la recherche, de l'information, de la formation et de l'intervention auprès des différentes personnes concernées.⁵⁵

2 *En Suisse*

La Suisse a commencé à s'intéresser à la maltraitance des personnes âgées au début des années nonante suite à des témoignages de proches des victimes et de soignants rapportés par la presse. Dans les lignes qui suivent nous revenons brièvement sur quelques cas qui ont fortement marqué les esprits et mis en émoi notre pays.⁵⁶

Il convient de garder une certaine distance par rapport aux exemples relatés plus bas. En effet, ils ne sont pas forcément représentatifs de la maltraitance et l'on s'abstiendra de généraliser en diabolisant tout un secteur ou toute une branche professionnelle.⁵⁷ L'on n'oubliera pas non plus que les médias ont alerté l'opinion publique en dénonçant des cas très graves, ce qui a constitué à alarmer considérablement certaines personnes.

Ainsi un des premiers cris d'alarme est lancé en 1993. Une brochure rédigée par le comité de défense des résidents d'un home neuchâtelois, et élaborée sur la base de témoignages du personnel, relate divers manquements (nourriture de mauvaise qualité et servie en quantité insuffisante, laxisme dans l'administration des médicaments, etc.).⁵⁸

Depuis lors, on dénombre plusieurs autres cas. En 1998, les résultats d'une enquête⁵⁹ menée dans des homes du canton de Fribourg concluent à des cas d'enfermement, de brusqueries,

⁵³ OMS (2002), p.139 ; LÉVESQUE (1990), p.31 ; SANTÉ CANADA (2000), p.1.

⁵⁴ SANTÉ CANADA (2000), p.1ss.

⁵⁵ Voir par exemple la bibliographie établie par Marie-Josée Lévesque et concernant les années 1980 à 1987 (LÉVESQUE (1990), p.29ss).

⁵⁶ Hormis ces cas graves et fortement médiatisés, la maltraitance des personnes âgées reste un phénomène relativement peu visible dans notre pays (ROULET/RIVOIR (2011), p.6).

⁵⁷ ROULET (2002), p.36.

⁵⁸ FLEURY/LEUBA (1993).

⁵⁹ DESPONT (1998).

gavage, douches froides ou bouillantes, d'abandon dans les selles ou dans l'urine, d'humiliation et de chantage. Cette même année, des témoignages de soignants ayant été confrontés à de la maltraitance sont publiés.⁶⁰ L'année précédente, la Télévision Suisse Romande consacrait une émission aux mauvais traitements dans les institutions pour personnes âgées⁶¹ et le journal *L'illustré* revenait sur certaines pratiques honteuses ayant eu lieu dans le milieu médico-social romand.⁶² En 2000, un article du journal *Le Temps* publie le témoignage d'une femme qui raconte les années que sa mère a passées en EMS.⁶³ En 2011, un nouveau reportage de la Télévision Suisse Romande dénonce les sévices qui ont eu lieu dans des EMS suisses.⁶⁴

Sur le plan politique, en janvier 2001⁶⁵ dans le canton de Vaud, le rapport d'une commission d'enquête parlementaire révèle les pratiques inacceptables ayant lieu dans certains EMS (non-assistance à personne en danger [sic], voies de fait, injures, contention, abus de tranquillisants, usage abusif de couches-culottes, etc.).⁶⁶

Périodiquement, malgré la meilleure connaissance du phénomène et la sensibilisation de la société, des cas de maltraitance continuent d'être relatés par la presse.⁶⁷ En février et mars

⁶⁰ L'accent est mis sur la délicate position des soignants souhaitant dans de telles circonstances signaler le cas. Sont notamment mentionnés la peur du licenciement et le fait d'être accusé de diffamation (TAILLENS (1998) p.70ss).

⁶¹ TSR (1997).

⁶² Le journaliste rapporte que des Tic Tac® sont donnés au lieu de calmants, que des résidents sont attachés pendant plusieurs heures, punis, brutalisés ou encore font l'objet de remarques désobligeantes ou d'un manque de respect et d'attention. On apprend aussi que des pensionnaires ont été contraints de passer la nuit à côté du cadavre de leur voisin de chambre, ou que les brosses à dents de défunts ont été réutilisées. De plus, il est mentionné que dans certains établissements, des couches-culottes sont utilisées par commodité et que des calmants sont administrés sans indication objective (DONZÉ (1998), p.18).

⁶³ Le bilan est affligeant : non respect de l'intimité (entrer sans frapper, toilettes intimes effectuées à la vue de tous), instauration abusive de mesures de contention, privations diverses (cigarettes, télévision). Mais l'exemple le plus révoltant est certainement le suivant : la mère a un jour raconté à sa fille que, suite à une indisposition, elle s'était vue mettre « le nez dans son caca, comme les petits chats » (MEUWLY (2000)).

⁶⁴ TSR (2011).

⁶⁵ Il est à noter que la problématique était connue du Grand Conseil déjà en 1986 (*Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les EMS vaudois* (2001), p.90).

⁶⁶ *Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les EMS vaudois* (2001), p.90s.

⁶⁷ HOMANN/ZEILINGER (2003), p.26.

2009, la presse régionale rapporte que la justice zurichoise a recueilli une plainte contre plusieurs collaborateurs d'un EMS qui auraient filmé grâce à des téléphones portables des résidents nus, les auraient maltraités et volés.⁶⁸ Le cas d'un soignant suspecté de contrainte et de lésions corporelles est également dénoncé. Celui-ci aurait administré des médicaments contre le gré d'une patiente et aurait saisi et secoué un autre résident.⁶⁹

Force est de constater que des solutions adéquates pour éliminer ce fléau n'ont, à ce jour, pas encore été élaborées. En Suisse alémanique, il existe des initiatives intéressantes.⁷⁰ Certains cantons ont, en effet, mis en place des *ombudsmans* ou des autorités indépendantes de plainte, qui sont compétentes pour traiter des problèmes rencontrés par les personnes âgées, comme les conflits survenant dans un EMS.⁷¹ A Berne,⁷² Bâle,⁷³ et aux Grisons,⁷⁴ il existe des *Ombudsstelle*. A Zurich, Schaffhouse ainsi qu'à Saint-Gall et Lucerne, il est possible de s'adresser à des *unabhängige Beschwerdestelle für das Alter*.⁷⁵ A Neuchâtel, la commission cantonale d'éthique a émis en 2009 des directives concernant la prévention de la maltraitance dans les établissements pour personnes âgées.⁷⁶

En décembre 2010, la conseillère nationale Bea HEIM a déposé un postulat⁷⁷ chargeant le Conseil fédéral d'établir un rapport sur la violence touchant les personnes âgées et d'examiner quelles bases légales permettraient à la Confédération de mettre en place avec

⁶⁸ *L'impartial*, 26 février 2009, p.21 ; *L'impartial*, 27 février 2009, p.14 (on y mentionne les images d'une femme âgée couchée nue sur le sol dans une situation dégradante) ; *L'impartial*, 12 décembre 2009, p.18.

⁶⁹ *L'impartial*, 3 mars 2009, p.19.

⁷⁰ ZAUGG (2006), p.66. Cette auteure relève les lacunes des cantons romands en la matière.

⁷¹ MAYER (2002), p.457ss. Voir aussi BADEL POITRAS/POITRAS (1999), p.175 qui encouragent la création d'autorités *ad hoc* et d'*ombudsmans*.

⁷² <http://www.ombudsstellebern.ch/home.htm>.

⁷³ <http://www.ombudsstelle-alter.ch/>.

⁷⁴ <http://osab-gr.ch/>.

⁷⁵ <http://www.uba.ch/index.php?id=10>.

⁷⁶ COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009).

⁷⁷ Il s'agit du postulat 10.4123 qui n'a pas encore été traité par le Conseil national et qui est accessible en ligne sur http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaeft.aspx?gesch_id=20104123.

les cantons un plan de prévention et de lutte contre la maltraitance. Elle demande aussi de jeter les bases pour le lancement et le soutien de campagnes d'information et de prévention nationales. Le Conseil fédéral propose le rejet du postulat au motif que le problème est connu et que la nécessité de mettre en place un bureau national de coordination et de réception des plaintes est actuellement à l'étude.

B Les facteurs favorisant les actes de maltraitance

Quels sont les éléments qui tendent à favoriser une situation de maltraitance ? Telle est la question à laquelle nous tentons de répondre dans les lignes qui suivent. Les facteurs de risques sont nombreux et leur rôle varie fortement suivant les situations.⁷⁸ Toutefois, aucun d'entre eux ne permet à lui seul d'expliquer un cas de mauvais traitements.⁷⁹ La maltraitance doit se concevoir comme un phénomène multifactoriel où les différents facteurs sont interdépendants.

Pour une meilleure compréhension, nous examinerons tour à tour certains facteurs relatifs au résident (ci-après I), au personnel (ci-après II), et à l'institution (ci-après III),⁸⁰ pour en laisser de côté d'autres trop généraux liés à la société toute entière et à son organisation.⁸¹

I Les facteurs relatifs au résident

Certaines individus sont particulièrement exposés au risque de subir des mauvais traitements. D'une manière générale, plus la vulnérabilité et la dépendance (physique, psychique ou économique) sont grandes, plus la probabilité d'être maltraité est élevée.⁸² Si la personne est très âgée⁸³ et en mauvaise santé⁸⁴ la situation est d'autant plus précaire.

⁷⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.14.

⁷⁹ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.33.

⁸⁰ BEAULIEU (1990), p.120ss.

⁸¹ Il est par exemple admis que des phénomènes comme l'âgisme (attitude ou comportement visant à déprécier les individus du fait de leur âge) ont aussi une influence sur la maltraitance des personnes âgées (BEAULIEU (1990), p.120).

⁸² de SAUSSURE (1999), p.11 ; TREMBLAY (1990), p.101s ; DEBOUT (2003), p.12 ; CARIO (2003), p.34 ; ONU (2002), p.8 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346 ; COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.2 ; PREDALI/SOUBEYRAND (2009), p.136.

⁸³ Plus la personne a un âge avancé plus le risque de maltraitance augmente (CARIO (2003), p.12).

Le sexe féminin est également une caractéristique de la personne âgée victime de maltraitance.⁸⁵ D'une part, cela est lié au fait que les femmes vivent plus longtemps que les hommes.⁸⁶ D'autre part, certains auteurs mettent en évidence que celles-là sont, indépendamment de leur espérance de vie, plus exposées à certaines formes de maltraitance que ceux-ci. Ils citent les exemples de la maltraitance physique et sexuelle. Par contre, il n'existerait pas de différence en fonction du sexe en ce qui concerne les maltraitements psychiques.⁸⁷

Il y a également lieu de prendre en considération l'isolement de la personne, que celui-ci soit social, affectif ou géographique (par rapport à la famille et aux proches),⁸⁸ tout comme sa personnalité et son attitude.⁸⁹

Les indications statistiques démontrent⁹⁰ d'ailleurs qu'en institution, les facteurs qui viennent d'être évoqués sont fréquemment remplis cumulativement par bon nombre de résidents. Par conséquent, les personnes âgées qui séjournent dans des établissements spécialisés sont une population à très haut risque de maltraitance.

⁸⁴ La présence d'une démence notamment la maladie d'Alzheimer augmente les risques de maltraitance dans de grandes proportions (DUC (1999), p.87ss) ; voir aussi DEBOUT (2003), p.12s). Si la personne âgée souffre de troubles de la vue, de l'ouïe ou de la parole, cela peut engendrer également des difficultés quant à un possible signalement des agissements dont elle est victime (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.33).

⁸⁵ Les femmes sont nettement plus exposées à la maltraitance que les hommes (de SAUSSURE (1999), p.11 ; CARIO (2003), p.12 ; DEBOUT (2003), p.12 ; TREMBLAY (1990), p.101s).

⁸⁶ Voir ci-après p.23s.

⁸⁷ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.35.

⁸⁸ En sus de jouer un rôle non négligeable dans le processus de dénonciation (souvent ce sont les proches ou la famille qui détectent une maltraitance à l'occasion d'une visite), l'isolement transformera la personne âgée en une proie facile pour son abuseur (CARIO (2003), p.34 ; OMS (2002), p.158 ; ONU (2002), p.8 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.35 et 142 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346).

⁸⁹ Les traits de caractères propres à un individu peuvent engendrer pour lui un risque notamment si celui-ci se comporte de façon agressive et désagréable vis-à-vis de son entourage (CARIO (2003), p.28s). Voir aussi UNIGER (2004), p.39 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346 ; COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.2.

⁹⁰ Voir ci-dessous p.23.

II Les facteurs relatifs au personnel

Tout comme certains résidents sont particulièrement exposés à des mauvais traitements, certains membres du personnel sont plus « enclins » que d'autres à devenir maltraitants. Un mauvais état psychologique et certains traits de caractère et d'humeur jouent un rôle à cet égard.⁹¹ Le stress et l'épuisement, le manque ou l'absence de formation professionnelle adéquate peuvent aussi avoir une incidence quant à l'émergence d'une situation de maltraitance.⁹²

D'un point de vue matériel, l'appât du gain ainsi que des difficultés financières sont aussi des facteurs pouvant amener un membre du personnel à maltraiter un résident par exemple en le privant de ses biens ou ressources.⁹³

III Les facteurs relatifs à l'institution

Des éléments ayant trait à l'institution elle-même peuvent accroître le risque que des mauvais traitements surviennent en son sein.⁹⁴ Sa structure et son mode de fonctionnement peuvent favoriser l'apparition de maltraitance ou faire perdurer celle-ci.⁹⁵ L'organisation du travail à l'intérieur de l'équipe soignante,⁹⁶ le contexte et les conditions de travail, la vétusté des infrastructures, l'engagement d'un personnel insuffisant en nombre ou en qualification sont également à prendre en compte.⁹⁷

⁹¹ ROULET (2002), p.38.

⁹² DEBOUT (2003), p.34s ; CARIO (2003), p.34, OMS (2002), p.146 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.27ss ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346 ; COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.2.

⁹³ POIRIER/POIRIER (1999), p.13, OMS (2002), p.145 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346.

⁹⁴ COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.2.

⁹⁵ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.18. Pour des exemples de difficultés rencontrées dans les institutions entre l'équipe qui prend en charge un résident et la direction et/ou les autres secteurs de l'institution, voir UNIGER (2004), p.42ss ; sur les problèmes relationnels entre les personnes et organes externes à l'institution, voir UNIGER (2004), p.44ss.

⁹⁶ Pour des exemples de problèmes internes aux équipes, voir UNIGER (2004), p.40ss.

⁹⁷ DEBOUT (2003), p.18s ; OMS (2002), p.148s ; ONU (2002), p.9 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.22ss ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346.

Même si la plupart des EMS prodiguent des soins dans le respect des droits des résidents,⁹⁸ aucun n'est à l'abri d'un dysfonctionnement occasionnel ou temporaire propre à entraîner une situation de maltraitance.⁹⁹

C La prévention de la maltraitance et les stratégies d'action

Grâce à l'identification et à la (re)connaissance de la maltraitance ainsi que des éléments la favorisant, il est possible de mettre en place des stratégies de prévention et d'action pour tenter de juguler le phénomène.¹⁰⁰

Devant l'impossibilité de traiter de tous les moyens d'action et de prévention possibles, nous en avons sélectionnés quelques-uns qui, à nos yeux, méritent de plus amples développements. Nos propos se focaliseront ainsi sur l'information et la sensibilisation (ci-après I), le développement d'outils de dépistage (ci-après II), l'ouverture de lignes téléphoniques (ci-après III), la formation du personnel (ci-après IV) et l'*empowerment* de la personne âgée (ci-après V).

I Les campagnes d'information et de sensibilisation

Toute démarche de prévention et d'intervention resterait vaine si elle n'était pas précédée d'un processus d'information et de sensibilisation.¹⁰¹ La prise de conscience du phénomène de la maltraitance des personnes âgées étant relativement récente, un besoin d'information et de sensibilisation tant de la population et des professionnels œuvrant dans le domaine médico-social, que des autorités se fait encore ressentir.¹⁰² Il y a lieu, en particulier, d'expliquer en quoi consiste la maltraitance et quelles sont les ressources (personnes ou organismes) à disposition permettant d'intervenir adéquatement.¹⁰³

⁹⁸ Dans le canton de Neuchâtel, la surveillance que l'Etat exerce sur les EMS a mis en évidence que les prestations qui y sont fournies sont généralement de bonne qualité et que les résidents y sont bien traités (*L'impartial*, 19 mars 2009, p.3).

⁹⁹ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.19 ; HUGONOT (2003), p.77s.

¹⁰⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.14. Sur cette question mais en matière de maltraitance des enfants voir DÄPPEN-MÜLLER (1998), p.189s.

¹⁰¹ ROULET (2002), p.76 ; UNIGER (2004), p.56 ; CARIO (2003), p.49.

¹⁰² UE (2008), p.109 et 113s.

¹⁰³ ROULET (2002), p.76 ; OMS (2002), p.155s.

L'information des résidents eux-mêmes, en particulier sur leurs droits, les possibilités de signalement d'une maltraitance et d'obtenir réparation et/ou condamnation de l'auteur ont aussi un effet préventif.¹⁰⁴

Il existe une multitude de moyens, pouvant être combinés à volonté,¹⁰⁵ pour diffuser des informations relatives aux mauvais traitements envers les personnes âgées.¹⁰⁶ A eux seuls, les médias offrent d'innombrables possibilités (reportages et émissions, articles, sondages, etc.) ayant l'avantage de toucher un très large public.¹⁰⁷ Des conférences et pièces de théâtre,¹⁰⁸ la distribution de dépliants, la création de groupes de paroles sont autant d'autres éléments efficaces en la matière.¹⁰⁹ Le rôle des médias est d'autant plus important qu'il peut amener un Etat à se saisir du problème.¹¹⁰

II Le développement d'outils de dépistage

1 *Généralités*

Il est parfois très difficile de déceler une maltraitance tant celle-ci peut être insidieuse, subtile et invisible.¹¹¹ Le dépistage est d'autant plus délicat lorsque la personne n'est pas à même (ou refuse) de signaler les actes dont elle est victime. C'est la raison pour laquelle le

¹⁰⁴ COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.3.

¹⁰⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.143.

¹⁰⁶ Pour des exemples concrets de ce qui a été fait au Québec (cf. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2005), p.37).

¹⁰⁷ UE (2008), p.113.

¹⁰⁸ En juin 2007, ALTER EGO a proposé en Suisse romande une pièce de théâtre permettant d'aborder de manière ludique et interactive la thématique de la maltraitance des personnes âgées (<http://www.alter-ego.ch/pages/actualites.html>). ALTER EGO est une association (suisse) pour la prévention de la maltraitance envers les personnes âgées.

¹⁰⁹ CARIO (2003), p.51s ; OMS (2002), p.155s ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.143.

¹¹⁰ En France, suite à divers reportages télévisés, le gouvernement a décidé de prendre des mesures pour remédier au phénomène de la maltraitance (*Le Monde*, 17 octobre 2008); il s'agit notamment d'intensifier la surveillance étatique sur les institutions pour personnes âgées et de procéder à des inspections inopinées plus fréquentes de celles-ci.

¹¹¹ Par exemple en cas de maltraitance psychique (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.12).

développement de moyens permettant de détecter les mauvais traitements s'avère indispensable.¹¹² Ceux-ci constituent en outre un préalable nécessaire à une intervention ultérieure.

Grâce à des outils efficaces de dépistage, les professionnels en contact avec des résidents pourront confirmer ou infirmer, sur la base de critères objectifs, leur soupçon de maltraitance.¹¹³

2 *Quelques exemples concrets*

Le réseau RIFVEL dont notre pays, avec la France, le Québec et la Belgique est partenaire, constitue une initiative très intéressante.¹¹⁴ Son objectif est d'outiller, par le biais d'internet, les différents intervenants (en particulier les professionnels des soins) et de leur permettre de déceler plus facilement les cas de maltraitance. Le site web du réseau met ainsi à disposition toute une série de documents, de tests et de formulaires.¹¹⁵

Dans le canton de Fribourg, l'Ecole du personnel soignant a développé un outil¹¹⁶ résolument axé sur l'aspect pratique permettant une meilleure analyse et prévention de la maltraitance des personnes âgées. Présenté sous forme de « map », le document en question inclut des grilles d'analyse et de détection utilisables par les professionnels de la santé.

A noter également que la Fondation Charlotte Olivier¹¹⁷ offre une formation spécifique dont le but est, entre autres, de faciliter la détection de la maltraitance des personnes âgées par des professionnels de la santé ou du social.¹¹⁸

¹¹² UE (2008), p.114.

¹¹³ Cela permet aussi d'éviter des accusations infondées ou des attitudes de déni (CARIO (2003), p.62).

¹¹⁴ Pour plus de détails, voir PLAMONDON (2003), p.181ss.

¹¹⁵ <http://www.fep.umontreal.ca/violence/>.

¹¹⁶ Le document élaboré en 2003 par Olivier Despont et Aurélie Klingshirn qui peut être obtenu via le site de l'école (<http://www.fr.ch/eps/ouv/n5dec2003/maltraitance.htm>) est intitulé *Maltraitance : outils d'analyse et de prévention*.

¹¹⁷ En collaboration avec ALTER EGO, l'UNIGER et l'IUMSP.

¹¹⁸ http://www.fcho.ch/projets_actuels/Pr%E9malpa.html.

III Les lignes téléphoniques

1 *En France*

En France l'association ALMA a développé une ligne téléphonique offrant conseils et assistance en matière de maltraitance des personnes âgées.¹¹⁹ C'est à la fin de l'année 1995 que commence à se mettre en place ce réseau national d'écoute. A ce jour, une soixantaine d'antennes téléphoniques chapeautées par un organe national sont en fonction.¹²⁰

Concrètement, il s'agit d'une permanence téléphonique qui est assurée par des bénévoles anonymes (la plupart du temps des retraités) ayant reçu au préalable une formation par ALMA.¹²¹ Ces bénévoles sont encadrés par des référents, en principe des professionnels de l'action sociale et gérontologique. En outre, chaque antenne est dotée d'un comité technique composé d'un panel de professionnels sensibilisés aux problèmes des personnes âgées (médecins, psychiatres, directeurs d'institution, avocats, juges, représentants d'associations caritatives, médiateurs, etc.). Ces comités se tiennent à disposition des référents pour les aider dans les dossiers plus complexes.

Une fois l'appel reçu et le dossier constitué par les bénévoles, une décision est prise par les référents (avec l'aide des comités) sur les suites à donner aux événements.¹²²

Un numéro national contre la maltraitance a également été mis en place par le gouvernement en 2008.¹²³ Il couvre tout le territoire national et s'étend également aux personnes handicapées. Son fonctionnement est basé sur une collaboration avec ALMA et l'AFBAH.

¹¹⁹ Les informations relatives à cette partie ont été tirées de l'ouvrage d'HUGONOT (2003), p.168ss et du site web de l'association ALMA : <http://www.alma-france.org/>. Voir aussi HUGONOT (2004), p.203ss.

¹²⁰ D'autres antennes sont en train de se mettre en place, le but étant d'avoir une couverture de l'ensemble du territoire français.

¹²¹ Les appels proviennent de personnes diverses : famille, victime, membres du personnel des institutions, etc.

¹²² Conseiller de déposer plainte, procéder à une médiation ou conciliation, etc.

¹²³ <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/espaces/personnes-agees/>.

En Suisse, ALTER EGO a également mis en place une permanence téléphonique offrant écoute, orientation et information en matière de maltraitance ; et ce, en garantissant l'anonymat et la confidentialité.¹²⁴

IV La formation du personnel

La prévention de la maltraitance passe par une formation adéquate du personnel œuvrant dans le milieu médico-social.¹²⁵ Celle-ci doit impérativement concerner les professionnels des soins qui sont le plus fréquemment et le plus directement en contact avec les résidents. Il est néanmoins très utile que tout le personnel d'une institution bénéficie d'une formation minimale en la matière.¹²⁶

Il est indéniable qu'un personnel bien formé et informé sera plus à même de détecter, puis de réagir face à une situation de maltraitance, notamment en aiguillant la victime dans les éventuelles démarches à entreprendre.¹²⁷ Une sensibilisation à la maltraitance devrait déjà faire partie du *curriculum* de base des soignants et ne devrait pas intervenir uniquement dans le cadre de formations continues. A cet égard, les différents ordres et associations professionnels ont un grand rôle à jouer.¹²⁸

V L'empowerment de la personne âgée

L'*empowerment* désigne les différents moyens et méthodes permettant aux personnes de se prendre elles-mêmes en mains. Sa finalité est de faire en sorte que tout un chacun soit plus facilement apte à se défendre mais aussi à résister face à une maltraitance.¹²⁹ Cela inclut aussi la possibilité de s'approcher des personnes et/ou organismes compétents pour traiter

¹²⁴ <http://www.alter-ego.ch/pages/prestations.html>.

¹²⁵ UE (2008), p.113 ; PREDALI/SOUBEYRAND (2009), p.17ss ; COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.3. La prévention s'avère bien souvent plus efficace sur le long terme que les sanctions (*Le Monde*, 17 octobre 2008).

¹²⁶ CARIO (2003), p.60.

¹²⁷ Au Québec, il existe de nombreux programmes de formation mis en place récemment (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2005), p.37s).

¹²⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.148ss.

¹²⁹ REIS/NAHMIASH (1998), p.22s.

des cas de mauvais traitements.¹³⁰ Par l'*empowerment*, on vise à diminuer l'impuissance et la culpabilité qu'une personne âgée peut ressentir dans une situation à risques.¹³¹

L'*empowerment* s'inscrit dans le cadre plus général du respect des droits de la personne et de la manière de le mettre en œuvre.¹³² Divers moyens juridiques destinés à favoriser l'autonomie, l'autodétermination et la liberté d'action et de décision seront analysés plus en détail dans la deuxième et troisième partie du présent travail.¹³³

D Statistiques

Après quelques notions générales relatives au vieillissement démographique (ci-après I), nous nous intéresserons aux caractéristiques des résidents vivant en institution (ci-après II). Nous conclurons par quelques données sur l'ampleur de la maltraitance envers des personnes âgées (ci-après III).

I Généralités

Comme la plupart des autres pays industrialisés, la Suisse est caractérisée par un vieillissement démographique de sa population, qui ira d'ailleurs en s'accroissant dans les années à venir.¹³⁴

Le recensement fédéral de l'an 2000 a mis en évidence que la proportion des personnes âgées de 65 ans et plus se situe aux environs des 15% de la population.¹³⁵ En l'an 2000, les personnes de 65 à 79 ans constituaient 11% de la population contre 5% en 1900 et celles de plus de 80 ans représentaient 4% de la population (contre 0,5% en 1900) ; le nombre de

¹³⁰ Une information doit avoir été donnée auparavant sur les ressources auxquelles il est possible de d'accéder (REIS/NAHMIASH (1998), p.27).

¹³¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.86s, 122 et 128.

¹³² REIS/NAHMIASH (1998), p.27.

¹³³ Voir ci-dessous p.43ss et p.249ss.

¹³⁴ Sur ces questions cf. WANNER/FORNEY (2005), p.11ss ; OFS (2010b), p.5. Voir aussi PREDALI/SOUBEYRAND (2009), p.11 qui relèvent que cet accroissement démographique devrait amener à une prise de conscience accrue de la maltraitance.

¹³⁵ WANNER/FORNEY (2005), p.13.

centenaires a également beaucoup augmenté sur la période considérée passant de deux à 787.¹³⁶

Ce processus aboutira d'ici quelques décennies à une « dominance numérique des générations âgées » illustrée par une pyramide des âges inversée.¹³⁷ Il faut en outre mentionner que parmi les personnes âgées, les femmes, dont l'espérance de vie est plus élevée, sont nettement plus nombreuses que les hommes.¹³⁸

II Caractéristiques de la population en institution spécialisée

La population des institutions spécialisées est constituée principalement de femmes très âgées.¹³⁹ Il y a lieu de préciser d'emblée que la vie dans ce type d'hébergement collectif n'est pas un passage obligé,¹⁴⁰ et que, jusqu'à 80 ans, seul 10% des personnes y ont recours. Ce pourcentage augmente ensuite rapidement avec l'avancement en âge.¹⁴¹ Pour les femmes, ce n'est qu'à partir de 95 ans qu'elles sont plus nombreuses en institution qu'à domicile.¹⁴²

Un des facteurs principaux (avec l'âge) conduisant à une institutionnalisation est le mauvais état de santé. En outre le fait de ne pas avoir de conjoint ou d'enfants a aussi une incidence en la matière.¹⁴³ Veuves, célibataires et divorcées constituent la majorité de la population qui réside dans un établissement pour personnes âgées. A noter également que moins une personne a de ressources financières plus il sera difficile d'organiser son maintien à domicile ; une entrée en institution sera donc plus fréquente.¹⁴⁴

¹³⁶ WANNER/FORNEY (2005), p.15.

¹³⁷ WANNER/FORNEY (2005), p.15.

¹³⁸ OFS (2010b), p.26.

¹³⁹ GUILLEY (2005), p.118.

¹⁴⁰ GUILLEY (2005), p.118 ; voir aussi UE (2008), p.112.

¹⁴¹ HUGENTOBLE (2004), p.17.

¹⁴² GUILLEY (2005), p.118.

¹⁴³ GUILLEY (2005), p.122.

¹⁴⁴ GUILLEY (2005), p.122 ; HUGENTOBLE (2004), p.16.

On entre ainsi aujourd'hui de plus en plus tard en institution et étant de plus en plus atteint dans sa santé.¹⁴⁵ Cela est dû au développement de l'aide à domicile ainsi qu'au soutien informel apporté par les proches.¹⁴⁶ Ce n'est donc pas tant la proportion de personnes âgées vivant en institution qui a évolué au fil du temps mais le profil du résident-type.

Il est très intéressant de constater que la population des institutions rassemble bon nombre des facteurs avancés par la littérature comme favorisant les actes de maltraitance.¹⁴⁷ En institution la personne âgée est donc particulièrement exposée au risque d'être maltraitée.

III Ampleur de la maltraitance

Il est très difficile d'évaluer l'ampleur de la maltraitance.¹⁴⁸ Cela est d'autant plus épineux, lorsque cette dernière se déroule en institution, dans la mesure où de nombreux cas ne sont pas portés à connaissance et restent cachés.¹⁴⁹ Il est également délicat de déterminer si le phénomène a réellement augmenté ces dernières années ou si c'est la meilleure connaissance du problème qui donne cette impression. Il semblerait toutefois que le nombre des cas de maltraitance aura tendance à augmenter à cause du vieillissement démographique et du fait que de plus en plus de personnes souffriront de démences du type Alzheimer.¹⁵⁰

Toutefois, à partir de la deuxième moitié des années quatre-vingts, des études ont été menées afin de déterminer l'ampleur de la maltraitance touchant les personnes âgées.¹⁵¹ Il est difficile d'en tirer des conclusions satisfaisantes dans la mesure où elles ont été effectuées sur des bases différentes, notamment au niveau des définitions utilisées, des échantillons de personnes, et de leur durée.¹⁵² Néanmoins, on peut estimer qu'entre 4 et

¹⁴⁵ VOISIN (2000), p.31.

¹⁴⁶ HUGENTOBLE (2004), p.13 ; OFS (2010a), p.52.

¹⁴⁷ Voir ci-dessus p.15.

¹⁴⁸ ROULET/RIVOIR (2011), p.5.

¹⁴⁹ Il existe en effet une certaine réticence à dénoncer les actes de maltraitance (CARIO (2003), p.24ss ; ROULET (2002), p.35s ; HUGONOT (2007), p.80) ; voir ci-dessous p.249.

¹⁵⁰ LOEW/RAPIN/HALPERIN (2000), p.27.

¹⁵¹ L'Union européenne, dans un avis du Comité économique et social du mois de février 2008, appelle de ses vœux une étude sur la maltraitance des personnes âgées dans l'ensemble de l'Union européenne (UE (2008), p.109).

¹⁵² POIRIER/POIRIER (1999), p.15 ; OMS (2002), p.142ss ; ONU (2002), p.10 ; HUGONOT (2007), p.80.

15% des personnes âgées seraient maltraitées.¹⁵³ Ces chiffres ne distinguent pas selon le contexte (familial/institutionnel) dans lequel se produit la maltraitance. Pour la Suisse, une émission de la TSR a évoqué que 10% des aînés seraient victimes de mauvais traitements.¹⁵⁴

E La notion de maltraitance

Nous avons dans les lignes qui précèdent mis en évidence le fait que les mauvais traitements envers les aînés existent depuis longtemps déjà et que le nombre de personnes concernées n'est pas négligeable.

Dans les lignes qui suivent nous nous penchons plus en détails sur la notion de maltraitance. Après quelques propos introductifs (ci-après I), nous examinerons quelques définitions (ci-après II) ainsi que certaines formes sous lesquelles la maltraitance peut se manifester (ci-après III). Finalement nous tenterons de conceptualiser la notion sur le plan juridique (ci-après IV).

I Introduction

Le concept de maltraitance ne se laisse pas aisément saisir, et ce pour plusieurs raisons.¹⁵⁵ Tout d'abord, il y a lieu de préciser qu'il s'agit d'un phénomène que l'on retrouve sous diverses dénominations (violence, abus, négligence, mauvais traitements, etc.).¹⁵⁶ Ensuite, une des principales difficultés consiste dans le fait qu'il n'existe pas une mais de nombreuses définitions de la maltraitance – définitions qui, au surplus, ne visent pas toujours des situations identiques.¹⁵⁷

II Les définitions

1 *Quelques exemples*

Avant de tenter de mettre en lumière les particularités de la notion de maltraitance au niveau juridique, il nous a semblé intéressant de passer en revue quelques-unes des définitions trouvées dans la littérature non juridique.

¹⁵³ HUGONOT (2003), p.18ss ; CARIO (2003), p.12 ; DEBOUT (2003), p.9.

¹⁵⁴ TSR (2011).

¹⁵⁵ REIS/NAHMIASH (1998), p.25ss.

¹⁵⁶ HUGONOT (2003), p.3ss ; LÉVESQUE (1990), p.33 ; LEFEUVRE-DARNAJOU (2004), p.60.

¹⁵⁷ ONU (2002), p.5.

L'OMS dans son *Rapport mondial sur la violence et la santé* reprend une définition élaborée initialement par l'*International Network for the prevention of Elder Abuse*. Selon ce dernier, la maltraitance consiste en « un acte isolé ou répété, ou l'absence d'intervention appropriée, qui se produit dans toute relation de confiance et cause un préjudice et une détresse chez la personne âgée ».¹⁵⁸

L'ONU, quant à elle, se réfère à l'association caritative britannique *Action on Abuse of Older Persons* qui propose la définition suivante de la maltraitance : « acte unique ou répété, ou omission dans le cadre de toute relation où la confiance est présumée, qui cause souffrance ou détresse à une personne âgée ».¹⁵⁹

Pour ALTER EGO, la maltraitance est « un ensemble d'actes – comportements et attitude – commis ou omis, envers une personne, au détriment de son intégrité physique ou sexuelle, morale ou psychique, matérielle ou financière ».¹⁶⁰

CARIO explique que la maltraitance est une action ou une omission « en provenance d'une personne de confiance, de nature à provoquer des lésions physiques, des traumatismes psychiques ou psychologiques, des préjudice matériels et/ou sociaux graves ».¹⁶¹

Selon GINESTE et MARESCOTTI, il y a maltraitance « quand un soignant (ou une institution) commet (tolère, provoque) des actes, en tant que professionnel du soin, qu'il n'accepterait pas pour un membre de sa famille ou quelqu'un qu'il aime ».¹⁶²

Pour SCHNEIDER et SIGG, il s'agit de « alle absichtlichen und unabsichtlichen Handlungen und von Menschen verursachten Lebensbedigungen verstehen, die zu körperlicher und/oder seelischer Beeinträchtigung führen, welche von den Betroffenen abgelehnt wird ».¹⁶³

¹⁵⁸ OMS (2002), p.141.

¹⁵⁹ ONU (2002), p.5.

¹⁶⁰ Définition tirée du site : http://www.alter-ego.ch/pages/qu_est_ce.html.

¹⁶¹ CARIO (2003), p.10.

¹⁶² GINESTE/MARESCOTTI (2004), p.21. A noter qu'il s'agit de la seule définition, parmi celles proposées, qui concerne spécifiquement la maltraitance en institution du fait d'un soignant. Elle est également la seule à se baser sur une approche subjective de la maltraitance par la prise en considération du ressenti du professionnel de la santé.

¹⁶³ SCHNEIDER/SIGG (1990), p.8.

2 *Synthèse*

Comme on peut le constater, ces définitions, à l'exception de celle de GINESTE et MARESCOTTI, ont en commun de se référer à des comportements qui font usage de la force, de violence ou de brutalités envers la victime. Les plus complètes indiquent que sont visées non seulement les actions, mais également les omissions et absences d'aide ou de soins et mentionnent également que la maltraitance intervient dans le cadre d'une relation de confiance et/ou de dépendance entre l'auteur et la victime. Elles conçoivent, pour la plupart, la maltraitance d'une manière globale sans indication quant au contexte (institutionnel ou familial) dans lequel celle-ci a lieu.

Les définitions examinées ne sont pas univoques sur plusieurs points : la maltraitance exige-t-elle une répétition ou un acte isolé suffit-il ? L'auteur doit-il agir intentionnellement et/ou par négligence ? Faut-il atteindre un certain niveau de gravité pour pouvoir parler de maltraitance ?

III Les différentes formes

1 *Des classifications diverses*

Il est très difficile de catégoriser les diverses formes de maltraitance dans la mesure où un comportement qui touche un certain aspect de la personnalité peut avoir des répercussions sur un autre aspect de cette même personnalité.¹⁶⁴ Par exemple, une maltraitance physique peut avoir des conséquences également sur le psychisme de la victime ; à l'inverse, une maltraitance psychique peut se répercuter sur l'intégrité corporelle.¹⁶⁵ Il arrive en outre qu'un même acte porte à la fois préjudice au corps et à l'esprit de la personne ; inversement différentes formes de maltraitance peuvent causer une seule atteinte.¹⁶⁶

On trouve néanmoins dans la littérature de nombreux exemples de classifications.¹⁶⁷ Une telle démarche peut s'avérer utile car elle permet de mieux cerner la notion de maltraitance. En outre, une classification peut aider à estimer l'ampleur des mauvais traitements envers les personnes âgées et à établir des statistiques.

¹⁶⁴ de SAUSSURE (1999), p.9ss ; voir aussi DEBOUT (2003), p.7.

¹⁶⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.12 . Pour un aperçu des conséquences sur la santé de la personne victime voir MARGAIRAZ (2004), p.195ss.

¹⁶⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.42.

¹⁶⁷ Voir entre autres, de SAUSSURE (1999), p.9ss et HUGONOT (2003), p.15ss.

2 *Typologie*

i Généralités

Les formes de maltraitance généralement reconnues et examinées dans le cadre du présent travail sont liées aux lésions de l'intégrité physique, psychique, sexuelle ainsi qu'à des négligences.¹⁶⁸

ii La maltraitance physique

La maltraitance physique se réfère aux actes portant atteinte à l'intégrité corporelle, au corps de la personne. A titre d'exemples, on peut citer les gifles, coups de poing, fractures, morsures, meurtrissures, hématomes, brûlures et aussi les manipulations d'un résident avec rudesse et sans ménagement.¹⁶⁹ On peut également y inclure les entraves à la liberté de mouvement et les divers moyens de contention, du moins lorsque ceux-ci sont utilisés abusivement pour des raisons de tranquillité ou comme punition.¹⁷⁰

Pour la victime les conséquences de cette forme de maltraitance peuvent se traduire par des indicateurs physiques de violence (diminution de la mobilité) et/ou des séquelles psychologiques visibles (état de confusion, troubles du comportement).¹⁷¹ Contrairement à une idée répandue, il semblerait que ces actes ne sont pas aussi isolés que l'on pourrait le croire.¹⁷²

iii La maltraitance psychique

La maltraitance psychique vise les comportements qui portent atteinte à l'honneur, à la liberté de la personne de former sa volonté et d'agir, ainsi que ceux qui causent un trouble psychique temporaire ou durable chez la victime. Elle se caractérise par une grande diversité.¹⁷³ Il peut s'agir de cruauté mentale, d'agressions verbales, de tutoiement injustifié,

¹⁶⁸ La maltraitance patrimoniale ou financière est également une forme de maltraitance souvent citée par les auteurs. Toutefois, comme nous l'avons évoqué plus haut, nous l'excluons de notre analyse (ci-avant p.1ss).

¹⁶⁹ de SAUSSURE (1999), p.10 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346 ; CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.27. Voir aussi *Le Monde*, 7 octobre 2009 et 9 octobre 2009.

¹⁷⁰ BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346 ; BADEL POITRAS/POITRAS (1999), p.169 ; CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.27. Voir aussi *Le Monde*, 7 octobre 2009 et 9 octobre 2009.

¹⁷¹ ONU (2002), p.5 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.346.

¹⁷² Voir notamment GINESTE/MARESCOTTI (2004), p.21-34 qui rapportent les déclarations de soignants ayant été témoins de maltraitements physiques, d'une diversité et d'une cruauté frappante, perpétrées par certains de leurs confrères.

¹⁷³ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.337.

d'injures, de menaces, d'insultes, de dérisions, de mots ou de gestes dénigrants et de violation de la sphère privée.¹⁷⁴ Cette forme de mauvais traitement est souvent subie sur une longue période.¹⁷⁵

Les incidences pour la victime se situent au niveau psychologique (peur, difficultés à prendre des décisions, apathie, repli sur soi, dépression) et ne sont pas forcément détectables au premier abord.¹⁷⁶ Ce type de maltraitance est difficile à prouver et ses conséquences sont difficiles à évaluer.

iv La maltraitance sexuelle

Par maltraitance sexuelle, il faut comprendre les actes qui portent atteinte à l'intégrité et à la liberté sexuelle d'une personne âgée. Il s'agit de tous les contacts sexuels non consentis.¹⁷⁷ La maltraitance sexuelle est souvent assimilée à la maltraitance physique.¹⁷⁸

v Les négligences¹⁷⁹

Cette forme de maltraitance qui peut résulter d'un comportement actif ou passif est très difficile à détecter car elle ne laisse que peu de traces repérables. Elle consiste à ne pas répondre aux besoins d'un résident et de ce fait à compromettre sa santé ou sa sécurité.¹⁸⁰ Les négligences sont la forme la plus fréquente de maltraitance en EMS.¹⁸¹

¹⁷⁴ ONU (2002), p.5 ; DIBOUËS (2004), p.203ss ; GINESTE/MARESCOTTI (2004), p.34-39 ; de SAUSSURE (1999), p.10 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.347.

¹⁷⁵ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.27.

¹⁷⁶ ONU (2002), p.5.

¹⁷⁷ ONU (2002), p.6 ; OMS (2002), p.141.

¹⁷⁸ HUGONOT (2003), p.16.

¹⁷⁹ Les négligences dont il est question ici ne doivent pas être confondues avec la notion de négligence utilisée en droit pénal (voir ci-dessous p.107ss). Il s'agit d'une forme de maltraitance communément retenue dans les études sur le sujet (voir parmi d'autres : CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.29 ; CARIO (2003), p.18 ; DEBOUT (2003), p.7 ; de SAUSSURE (1999), p.9).

¹⁸⁰ LOEW/RAPIN/HALPERIN (2000), p.27 ; ONU (2002), p.5 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.347.

¹⁸¹ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.31.

Les exemples typiques sont « la privation de nourriture, l'administration inappropriée de médicaments et la non-administration de médicaments prescrits, le non-accès aux soins médicaux, la privation d'aide dans les activités de la vie quotidienne, de lunettes ou de prothèse auditive, de chauffage, d'habits, ou encore l'absence pure et simple de contact qui confine à l'abandon ».¹⁸²

IV Notion juridique ?

1 *L'intérêt d'une notion juridique*

Nous partons du principe qu'une définition de la maltraitance adaptée aux spécificités du domaine du droit serait la bienvenue.¹⁸³ Nous pouvons appuyer nos propos sur différents arguments.

Tout d'abord, l'élaboration d'une définition de la maltraitance se révélerait d'autant plus utile que celle-ci recouvre des réalités pratiques très diverses.¹⁸⁴ En outre, cela permettrait d'envisager la problématique de manière uniforme, dans sa globalité. Au même titre que la torture, la maltraitance devrait faire l'objet d'une définition.

La difficulté de qualifier, de prévenir et de traiter cette forme de maltraitance qui commence seulement à être connue serait moindre si les juristes et les praticiens du droit pouvaient se référer à une définition précise. De plus, cela aurait le mérite d'éviter de banaliser le phénomène et de le considérer comme une pratique normale et admissible au sein des institutions. Nous pensons également que cela favoriserait une meilleure prise de conscience de son caractère répréhensible.¹⁸⁵

¹⁸² LOEW/RAPIN/HALPERIN (2000), p.27. Voir aussi *Le Monde*, 7 octobre 2009.

¹⁸³ Un des premiers réflexes du juriste face à une problématique nouvelle est de poser une définition (LEFEUVRE-DARNAJOU (2004), p.54). Voir aussi ESCRIBANO (2007), p.157.

¹⁸⁴ LEFEUVRE-DARNAJOU (2004), p.54.

¹⁸⁵ LAGRAULA-FABRE (2005b), p.128.

2 *Quelques pistes pour l'élaboration d'une définition juridique*

Sans avoir la prétention de vouloir nous substituer au législateur, nous proposons, dans les lignes qui suivent, quelques éléments à prendre en considération lors de l'élaboration d'une éventuelle future définition en droit suisse.¹⁸⁶

Les définitions que nous avons mentionnées ci-avant, bien qu'elles ne soient pas transposables telles quelles dans le champ juridique, nous serviront de base de réflexion. Nous rappelons aussi que nos propos se focaliseront sur la maltraitance en EMS et dont l'auteur est un membre du personnel soignant, même si les pistes évoquées valent également pour la maltraitance en général.

i Une atteinte à la personnalité

A notre sens, la maltraitance est caractéristique d'une atteinte à la personnalité, qui touche l'intégrité physique, psychique, sexuelle mais aussi la liberté de décision ou de mouvement ainsi que la sphère privée.¹⁸⁷ Elle provient d'une autre personne physique, qui dans un EMS, sera souvent un soignant.¹⁸⁸ Des cas où un membre de la direction, du personnel administratif, de cuisine ou de nettoyage est en cause sont aussi à prendre en compte. Il en va de même du conjoint, de la famille et des proches.

Selon nous la maltraitance peut résulter tant d'un comportement actif (action) que passif (omission, inaction) de l'auteur. En effet, les conséquences d'une attitude abstentionniste, peuvent être tout aussi voire plus graves que celles résultant d'une action. Il n'y a par conséquent pas lieu de limiter la notion de maltraitance aux cas dans lesquels l'auteur a agi activement.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Même si la maltraitance des personnes âgées n'est pas un concept juridique défini (BADEL POITRAS/POITRAS (1999), p.168), certaines lois cantonales la mentionnent (pour des exemples, cf. art. 80a de la loi vaudoise sur la santé publique, art. 3 de la loi jurassienne sur l'organisation gériatrique et art. 6 du règlement fribourgeois sur les établissements médico-sociaux pour personnes âgées).

¹⁸⁷ La maltraitance des enfants est aussi définie comme une atteinte à la personnalité. Voir par exemple la définition proposée dans la thèse de DÄPPEN-MÜLLER (1998), p.29 : « Kindsmisshandlung [ist] eine gewaltsame, nicht unfalbedingte körperliche oder seelische Schädigung eines Kindes durch aktives Handeln oder durch Unterlassung einer erwachsenen Beziehungs- oder Betreuungsperson ».

¹⁸⁸ Cela permet d'exclure des phénomènes tels que l'âgisme ou les discriminations envers les aînés ressortissant à un contexte plus global concernant la société toute entière mais aussi les restrictions imposées par le fonctionnement de l'établissement, tout comme les contraintes liées à la vie collective.

¹⁸⁹ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.110 ; TERRASSON DE FOUGÈRE (2003), p.178, estime qu'en cas de maltraitance par omission, il y a lieu d'accorder une attention toute particulière à l'intention de l'auteur, c'est-à-dire au « caractère volontaire, conscient ou délibéré » de l'acte. Voir aussi, en matière de maltraitance des enfants, la définition de DÄPPEN-MÜLLER (1998), p.29 qui vise autant les actions que les omissions.

ii L'absence d'une justification

Pour que l'on puisse parler de maltraitance, l'auteur de celle-ci ne doit pas pouvoir se prévaloir d'une justification. A notre sens des actes autorisés par le consentement libre et éclairé du résident ou légitimés par une disposition légale ou une situation urgente, ne doivent pas être considérés comme des mauvais traitements.¹⁹⁰

Nous le verrons plus loin, l'absence de justification permet de distinguer la maltraitance d'autres comportements fréquents en institution et qui peuvent donner l'impression, à première vue, de se confondre.

iii Un contexte spécifique de dépendance

Un autre élément essentiel est que la maltraitance est perpétrée dans un contexte spécifique caractérisé par une relation de dépendance entre un individu vulnérable et une ou plusieurs autres personnes.¹⁹¹ Ces dernières ont du pouvoir et de l'autorité à l'égard de la victime des mauvais traitements.¹⁹²

Les causes de cette dépendance sont physiques lorsqu'elles découlent de troubles fonctionnels, auditifs, visuels ou d'incontinence de la personne. Elles sont aussi souvent le fait de démence ou de troubles cognitifs (dépendance psychique).¹⁹³

En outre, l'entrée en EMS¹⁹⁴ soumet la personne âgée aux différentes prestations et services (prestations de santé et socio-hôtelières) de celui-ci (et de son personnel).¹⁹⁵ Cela crée ou

¹⁹⁰ A noter également qu'il n'existe pas de « droit de maltraitance » des personnes âgées, contrairement au droit de correction des enfants (dans un ATF 129 IV 216, le TF a toutefois laissé la question ouverte s'agissant de savoir si un tel droit existait encore à l'heure actuelle. Voir aussi, sur cette question, DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), Remarques préliminaires aux articles 122 à 126 CP, n.11 et HURTADO POZO (2009), n.482). Cela est lié à la notion de maltraitance qui comprend intrinsèquement l'idée de faire du mal à autrui et qui n'est aucunement liée à des impératifs éducatifs. En ce qui concerne le droit de correction de l'enfant, voir de LUZE (2011).

¹⁹¹ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.35 ; DEBOUT (2003), p.12 ; CARIO (2003), p.15 ; UNIGER (2004), p.38 ; voir aussi la définition proposée par Wikipédia : http://fr.wikipedia.org/wiki/Maltraitance_des_personnes_âgées.

¹⁹² LAGRAULA-FABRE (2005a), p.11

¹⁹³ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.35s.

¹⁹⁴ Cela est synonyme de perte de son ancien domicile et de ses repères quotidiens. En outre, l'entrée en institution intervient souvent lorsque la personne voit sa santé décliner (LEFEUVRE-DARNAJOU (2004), p.63).

¹⁹⁵ Il en découle une position de « pouvoir » des soignants qui peut amener ces derniers à profiter de la situation de dépendance et de vulnérabilité des résidents (JASPARD (2000), p.21 ; VOISIN (2000), p.32).

intensifie un environnement de dépendance.¹⁹⁶ Cette situation qui découle principalement du besoin de prise en charge,¹⁹⁷ est accentuée par le fait que les places sont très difficiles à trouver et qu'un résident victime de maltraitance hésitera à changer d'institution ou ne pourra tout simplement pas le faire.

iv Une intention malveillante

A notre avis la maltraitance n'est pas le reflet d'un acte accidentel (négligence), en particulier lorsqu'elle est le fait d'un soignant qui a comme tâche principale – et qui y est formé spécifiquement – d'apporter soins et assistance aux résidents d'un EMS.¹⁹⁸

Dans le contexte spécifique des institutions, nous estimons que la plupart des mauvais traitements sont caractéristiques d'une intention de l'auteur. Certes, les actes purement intentionnels, c'est-à-dire commis avec conscience et volonté de maltraiter, ne seront pas les plus fréquents. C'est pourquoi nous proposons d'y ajouter les hypothèses dans lesquelles le soignant accepte l'éventualité qu'une personne âgée subisse une maltraitance.¹⁹⁹

3 Distinctions

i Généralités

Afin de cerner le plus précisément possible la notion de maltraitance, il convient de la distinguer de certaines « pratiques » qui peuvent sembler proches et qui risquent, à tort, d'y être assimilées. Il s'agit notamment des mesures limitatives de liberté et des traitements (médicaux) forcés.

ii Les mesures limitatives de liberté

Il arrive que, pour assurer la sécurité des résidents²⁰⁰ ou pour empêcher que la vie au sein d'une institution soit gravement perturbée, les soignants doivent recourir à des mesures limitatives de liberté telles que des contraintes ou contentions.²⁰¹

¹⁹⁶ LAGRAULA-FABRE (2005b), p.117 ; LAGRAULA-FABRE (2005a), p.329 ; LEFEUVRE-DARNAJOU (2004), p.55 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.9s.

¹⁹⁷ LAGRAULA-FABRE (2005b), p.115.

¹⁹⁸ Voir dans ce sens et en ce qui concerne la maltraitance des enfants, DÄPPEN-MÜLLER (1998), p.29.

¹⁹⁹ Il s'agit en termes juridiques de la notion de dol éventuel (voir ci-dessous p.108).

²⁰⁰ Il peut s'agir de protéger la personne contre elle-même ou d'utiliser une mesure limitative de liberté lorsqu'un résident présente une menace pour des tiers (autres résidents ou membres du personnel).

Ces mesures qui s'inscrivent, comme la maltraitance, dans le cadre général des atteintes à la personnalité, doivent rester exceptionnelles.²⁰² D'une part, elles se distinguent des mauvais traitements par le fait qu'elles peuvent être justifiées, notamment par une base légale. D'autre part, elles ne sont utilisées que lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen d'éviter les comportements dangereux qu'un individu peut adopter à son encontre ou envers autrui, voire lorsque ces comportements empêchent notablement et très sérieusement l'établissement de remplir ses missions envers les autres résident.²⁰³

La plupart des cantons ont d'ailleurs adopté des dispositions légales en la matière et autorisent, à certaines conditions (restrictives), l'usage de ces mesures.²⁰⁴

Les nouvelles dispositions du Code civil prévoient aussi une base légale (art. 383ss nCC) garantissant une situation uniforme sur tout le territoire suisse.²⁰⁵ Les conditions auxquelles un résident incapable de discernement peut faire l'objet d'une mesure restreignant sa liberté de mouvement seront dorénavant fixées dans le droit relatif à la protection de l'adulte.²⁰⁶

²⁰¹ Des exemples de mesures limitatives de liberté sont les entraves à quitter le lit ou un siège, les interdictions de consommer de l'alcool, l'empêchement de communiquer avec l'extérieur (SSG (1999), p.5).

²⁰² TRITTEN (2005), p.80.

²⁰³ TRITTEN (2005), p.80.

²⁰⁴ Les solutions et la terminologie choisies par les cantons romands sont assez proches. La loi **vaudoise** sur la santé publique parle de mesures de contrainte (art. 23d et 23e), tout comme la loi **fribourgeoise** sur la santé (art. 53 et 54), la loi **valaisanne** sur la santé (art. 26 et 27), la loi **santaire jurassienne** et la loi **genèvevoise** sur la santé (art. 50 et 51). Le règlement **neuchâtelois** concernant la protection des patients hospitalisés en milieu psychiatrique prévoit des mesures restreignant la liberté personnelle. Il mentionne également des mesures coercitives (art. 11ss).

²⁰⁵ PETERMANN (2007), Rz92 ; STETTLER (2003), p.380 ; LEUBA/TRITTEN (2003), p.293; MEIER/LUKIC (2011), n.351ss.

²⁰⁶ Une mesure restrictive de la liberté de mouvement ne peut être imposée que si des mesures moins lourdes ne sont pas possibles (proportionnalité) et si cela est nécessaire pour prévenir un danger grave menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers ou pour faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire. Avant de la mettre en place, la mesure doit être discutée avec le résident. Elle sera levée dès que les circonstances le permettent. Afin d'éviter les abus, le représentant de l'incapable en matière médicale doit être informé de la mesure et un protocole écrit doit être élaboré (art. 384 nCC). Ce protocole peut être consulté par ledit représentant et par ceux qui assurent la surveillance de l'institution. La personne concernée et ses proches peuvent contester la mesure auprès de l'autorité de protection de l'adulte (art. 385 nCC).

A noter également qu'il existe des directives professionnelles ou éthiques abordant la question.²⁰⁷

Nous estimons qu'une mesure limitative de liberté n'est pas *a priori* une maltraitance mais qu'elle peut le devenir dans certaines hypothèses. Tel est le cas lorsque la contrainte ou la contention est utilisée pour palier un manque de personnel ou à titre punitif et de représailles envers un résident.²⁰⁸

iii Les traitements médicaux forcés

Les institutions pour personnes âgées étant de plus en plus médicalisées, il peut arriver que l'administration forcée d'un traitement s'avère nécessaire à la prise en soins d'un résident.²⁰⁹

Tout comme les mesures limitatives de liberté et la maltraitance, les traitements forcés s'inscrivent dans le contexte plus général des atteintes (non consenties) à la personnalité.²¹⁰ Il y a lieu de les distinguer de la maltraitance dans la mesure où certaines circonstances autorisent leur application et eu égard au fait qu'ils sont utilisés à des fins thérapeutiques.

Parfois les traitements forcés sont prévus dans les législations sanitaires cantonales qui les considèrent admissibles à certaines conditions.²¹¹ Les nouvelles dispositions du Code civil

²⁰⁷ Par exemple, les directives de l'ASSM (2004) sur le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, p.10s et 15. Nous pouvons aussi mentionner les Réflexions et recommandations de l'Ordre professionnel (OP) de l'AVDEMS sur les mesures de contrainte en EMS (mai 2010).

²⁰⁸ *Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les EMS vaudois* (2001), p.92 ; TRITTEN (2005), p.81 ; FF 2006 6673. Voir aussi ATF 134 I 209, SJ 2009 131, JT 2008 I 233 (dans cet arrêt la mise en cellule d'isolement (en hôpital psychiatrique) à titre punitif d'un patient souffrant de toxicodépendance a été jugée illicite).

²⁰⁹ Sur la notion de traitement forcé, voir entre autres, GUILLOD/HELLE (2003), p.348s ; GEISER (2003b), p.44 ; GUILLOD (2000), p.186.

²¹⁰ ATF non publié du 21 novembre 2005, 5P.400/2005 ; ATF 130 I 16 ; ATF 126 I 112, JT 2002 I 405, 408; voir aussi AFFOLTER (2008), p.1.

²¹¹ AFFOLTER (2008), p.2. Parmi les cantons romands, la loi **neuchâteloise** sur la santé prévoit des dispositions sur l'obligation de se soumettre à un traitement (art. 36ss). Les cantons du Jura et de Fribourg ont des dispositions qui ne concernent que le traitement ambulatoire (art. 20 loi **jurassienne** sur les mesures d'assistance et la privation de liberté et art. 2 loi **fribourgeoise** concernant la privation de liberté à des fins d'assistance).

contiennent également une base légale relative aux traitements sans consentement (art. 434 nCC).²¹²

A priori un traitement médical forcé ne doit pas être considéré comme une maltraitance. Il n'est toutefois pas exclu que, dans certaines hypothèses, il le devienne. Tel peut être le cas du traitement qui survient en dehors du cadre légal et dans une optique malveillante.

2 Les établissements pour personnes âgées

Dans les lignes qui suivent, nous décrivons brièvement le lieu dans lequel la maltraitance peut se développer. Nous mettrons ainsi en évidence que le paysage institutionnel frappe par sa diversité tant sur le plan des formes d'accueil (ci-après A) que des structures juridiques (ci-après B) sous lesquelles celles-ci se constituent. Nous évoquerons quelques éléments relatifs à l'autorisation d'exploiter, à la surveillance (ci-après C) et au financement (ci-après D) des institutions accueillant des personnes âgées. Nous terminerons par quelques propos sur les relations qui se nouent entre celles-ci et les résidents (ci-après E).

A Aperçu des formes d'accueil et d'hébergement

Dans chaque canton, il existe diverses formes d'accueil et d'hébergement qui offrent des prestations variées en fonction des besoins et des souhaits des personnes âgées.²¹³ La dénomination n'est pas uniforme et varie d'un canton à l'autre.

Ainsi on parle parfois de homes (médicalisés ou non), d'établissements pour personnes âgées, d'établissements médico-sociaux, d'institutions spécialisées, etc.

B Les diverses structures juridiques

Les établissements accueillant des personnes âgées peuvent être constitués sous diverses formes juridiques relevant soit du droit privé ou du droit public. On rencontre ainsi des associations (à but non lucratif), des raisons individuelles, des sociétés anonymes, en nom collectif, à responsabilité limitée mais aussi des coopératives, fondations et fondations de

²¹² MEIER/LUKIC (2011), n.720ss ; ROSCH (2011), ad Art. 433-435, n.9ss ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.188.

²¹³ Outre les unités d'accueil temporaire, les appartements protégés et les familles d'accueil desquels nous avons choisi de ne parler, il existe différentes formes d'institutions pour personnes âgées dont le degré de médicalisation varie de manière importante.

droit public.²¹⁴ A noter que certaines structures poursuivent un but idéal et d'autres un objectif lucratif.

C Les conditions d'exploitation et la surveillance

L'exploitation d'un établissement pour personnes âgées est soumise à une autorisation – octroyée lorsque certaines conditions sont remplies²¹⁵ – et fait l'objet d'une surveillance (étatique). La situation variant d'un canton à l'autre, nous avons choisi de mettre en évidence certains traits communs sans toutefois entrer dans le détail.²¹⁶

Les principales conditions relatives à l'octroi de cette autorisation se rapportent aux qualifications de la personne amenée à assumer la direction de l'établissement, à l'organisation de celui-ci, à son accès, sa localisation et l'environnement dans lequel elle se situe. Les locaux et l'équipement doivent aussi répondre à certains critères (adéquation avec la mission de l'établissement). Il y a également des exigences en matière de dotation et de formation du personnel employé.

On trouve aussi dans certaines législations cantonales, des prescriptions sur des procédures internes destinées à gérer les plaintes des résidents,²¹⁷ ou sur l'obligation d'avoir un règlement sur les conditions de séjour. A noter que parfois l'autorisation dépend de l'application d'un contrat d'accueil écrit entre l'établissement et le résident. Au niveau fédéral, les nouvelles dispositions du Code civil²¹⁸ prévoient à l'article 382 nCC que

²¹⁴ *Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les EMS vaudois* (2001), p.34. Le service de la prévoyance sociale du canton de Fribourg a publié une liste des établissements médico-sociaux pour personnes âgées qui démontre la diversité de leurs supports juridiques (http://www.fr.ch/sps/files/pdf37/9500_f.pdf).

²¹⁵ L'autorisation est délivrée (souvent pour une durée déterminée) par le département en charge de la santé et des affaires sociales.

²¹⁶ A noter que l'on tend vers une diminution de ces particularités, dans la mesure où certains organismes intercantonaux recommandent un standard minimum commun aux cantons et valable tant pour les institutions privées que publiques (cf. par exemple les *Exigences intercantionales de qualité et de sécurité en vue de l'obtention et du maintien de l'autorisation d'exploiter une institution pour personnes âgées*, adoptées par la CRASS en 2001 et modifiées en 2006 ; on y trouve des dispositions relatives à la démarche qualité de l'établissement, à son accessibilité, aux conditions d'hébergement et de vie au sein de celui-ci, au dossier du résident et au personnel employé).

²¹⁷ L'élaboration de telles procédures permet de garantir des prestations de qualité et de faciliter le traitement des litiges pouvant survenir en institution (GINESTE/MARESCOTTI (2004), p.63). Voir par exemple les articles 6 et 13 du règlement neuchâtelois sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions.

²¹⁸ FF 2006 6767 ; FF 2009 139.

l'assistance apportée à une personne incapable de discernement séjournant dans un EMS doit faire l'objet d'un contrat écrit.²¹⁹

Une fois l'autorisation délivrée, les institutions font l'objet d'une surveillance du département compétent qui peut prendre diverses sanctions si les conditions auxquelles est soumise l'exploitation ne sont pas (plus) remplies. En cas de grave manquement, l'autorisation peut être retirée.²²⁰ Ce retrait sera en principe rendu public. Des sanctions plus légères telles qu'un avertissement, un blâme ou une amende peuvent aussi être prises à l'encontre du responsable d'une institution.²²¹

L'article 387 nCC mentionne spécifiquement que les institutions doivent être soumises à la surveillance des cantons. Il s'agit là d'un « maillon important des mesures de prévention destinées à assurer la sauvegarde des intérêts des résidents ».²²²

D Le financement

L'exploitation d'un établissement pour personnes âgées peut être soutenue financièrement par les pouvoirs publics. Un tel subventionnement n'est pas accordé de manière inconditionnelle mais lorsque les institutions satisfont à certaines exigences comme par exemple ne pas avoir de but lucratif. Il en découle un rapport plus étroit avec l'Etat. Ces

²¹⁹ La généralisation de contrats-type d'accueil énumérant les droits et obligations des parties, est un moyen de garantir des prestations de qualité en institution. Cela constitue aussi un bon outil d'information du résident et de ses proches (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.162).

²²⁰ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 7 novembre 2001 (GE.2001.0053) dans lequel il a été admis qu'une autorisation d'exploiter un EMS soit retirée à son bénéficiaire dans la mesure où un directeur bénéficiant des qualifications nécessaires n'avait pas été engagé (à noter que d'autres manquements notamment en matière de dotation en personnel étaient avérés). Dans un autre cas, le titulaire s'est vu retirer son autorisation d'exploitation car il avait été condamné pour mise en danger de la vie d'autrui ; à noter que l'acte délictuel s'était produit au sein de l'EMS (arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 29 juillet 1992 (GE.1991.0011). Finalement, dans une autre affaire, l'autorisation a été retirée et les résidents ont dû être transférés d'établissement en raison d'une prise en charge déficitaire ne garantissant pas le bien-être de ceux-ci (odeurs nauséabondes, hygiène insuffisante, manque de chauffage, tenue vestimentaire des résidents non adéquates, etc. : arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 24 décembre 1992 (GE.1992.0084). Voir aussi pour le canton de Neuchâtel, *L'Impartial*, 19 mars 2009, p.3 (cet article mentionne qu'il y a bel et bien eu des retraits de l'autorisation d'exploiter).

²²¹ Voir par exemple l'article 123b de la loi neuchâteloise de santé.

²²² STETTLER (2003), p.383.

aides financières sont, en principe, limitées aux établissements publics ou à ceux, privés, reconnus d'intérêt public.²²³

E Les différentes relations entre le résident et l'EMS

Lors de son arrivée en institution, le résident et celle-ci entrent dans une relation contractuelle.²²⁴ Le plus souvent un document écrit²²⁵ est signé à cette occasion par les parties (institution et résident ou son représentant en cas d'incapacité de discernement).

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus les nouvelles dispositions du Code civil (art. 382ss nCC) introduisent quelques éléments concernant l'hébergement en EMS des personnes incapables de discernement.²²⁶ Il s'agit d'une réglementation minimum.²²⁷ L'article 382 alinéa 1 nCC exige que le contrat d'assistance soit écrit et qu'il fixe les prestations que l'institution fournit ainsi que leur coût.²²⁸ La forme écrite est un gage de transparence et de prévention des risques d'abus.²²⁹ Lors de la détermination des prestations garanties, les vœux de la personne doivent être, dans la mesure du possible, pris en compte (art. 382 al. 2 nCC). L'article 382 alinéa 3 nCC détermine qui représente la personne incapable lors de la conclusion du contrat, en renvoyant aux dispositions sur la représentation dans le domaine médical.²³⁰

²²³ Au sujet des conditions mises au subventionnement, voir l'ATF non publié du 26 octobre 2005, 2P.94/2005. A noter que le système de financemet des EMS subira également des modifications du fait d'une révision de la loi fédérale sur l'assurance maladie (LAMal) qui met sur un pied d'égalité les établissements (privés et publics) admis à pratiquer à charge de la LAMal. Cette modification sera effective le 1^{er} janvier 2013. Sur ces questions voir MADER (2010), Rz1ss.

²²⁴ BREITSCHMID/STECK (2009), p.869.

²²⁵ Différentes dénominations sont possibles : contrat d'hébergement, contrat d'accueil, contrat d'assistance ou contrat de prise en charge. Voir sur la question BREITSCHMID/STECK (2009), p.867ss.

²²⁶ LEUBA/TRITTEN (2003), p.284ss.

²²⁷ MEIER/LUKIC (2011), n.307.

²²⁸ Ce contrat règle l'assistance, soit les prestations liées à l'encadrement quotidien de la personne. Il n'a pas vocation à régler les prestations médicales (FF 2006 6672).

²²⁹ MEIER/LUKIC (2011), n.345.

²³⁰ L'article 378 nCC prévoit la liste des personnes habilités à agir pour l'incapable de discernement. Il s'agit, dans l'ordre, du représentant thérapeutique ou du mandataire pour cause d'inaptitude, du curateur nantis de pouvoirs de représentation en matière médicale, du conjoint ou du partenaire enregistré, de la personne qui fait ménage commun, des descendants, des père et mère et enfin des frères et sœurs.

Le contrat²³¹ que le résident conclut avec l'institution vise, en général, des prestations de santé (soins et traitements médicaux) et des prestations socio-hôtelières²³² (mise à disposition d'une chambre meublée, préparation des repas et collations, ménage, lessive, etc.).²³³ Parfois certaines associations ou certains établissements ont édicté des modèles ou des contrats-type qui déterminent avec plus ou moins de précision les droits et devoirs respectifs des parties.²³⁴ La loi mentionne aussi parfois ces contrats. Ainsi dans le Jura, l'entrée dans une institution pour personnes âgées se fait sur la base d'un contrat d'hébergement-type agréé par le service de la santé publique.²³⁵ Les cantons de Vaud²³⁶ et de Genève²³⁷ ont aussi des dispositions en la matière.

L'étendue des prestations de santé découlant du contrat d'hébergement varie, selon que le contrat est global (ou intégré) ou non (contrat splitté ou partiel) et en fonction du degré de médicalisation de l'établissement.²³⁸

Le contrat est intégré lorsque l'obligation de l'institution s'étend à la totalité des soins. Dans ce cas de figure, le résident est pris en charge tant au niveau médical que socio-hôtelier par l'institution.²³⁹ Cette dernière est, par ailleurs, l'unique partenaire contractuel du résident. Dans ce type de contrat, les médecins et soignants sont considérés comme des auxiliaires de l'institution.

²³¹ Il s'agit d'un contrat innommé (BREITSCHMID/STECK (2009), p.885).

²³² Les prestations socio-hôtelières concernent le séjour proprement dit en institution.

²³³ BREITSCHMID/STECK (2009), p.875s.

²³⁴ Tel est le cas de l'ANEMPA (http://www.anempa.ch/edit/contrat_hebergement.php) et de la FEGEMS ([http://www.fegems.ch/extranet/attachmentsExt/1060/Contrat Accueil et annexes - 240507.pdf](http://www.fegems.ch/extranet/attachmentsExt/1060/Contrat_Accueil_et_annexes_-_240507.pdf)).

²³⁵ Article 40 de la loi sur l'organisation gériatrique.

²³⁶ Article 4e de la loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public. Un contrat-type a été élaboré et est consultable sur le site du canton (<http://www.vd.ch/fr/themes/sante-social/ems/vivre-en-ems/contrat-dhebergement/>).

²³⁷ Article 8 de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées et article 5 du règlement d'application de ladite loi.

²³⁸ Cette distinction a comme nous le verrons une incidence en matière de responsabilité.

²³⁹ Pour le contrat hospitalier, cf. BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), p.1403 ; SPRUMONT/BORCARD (1996), p.42 ; HONSELL (1994), p.48 ; FELLMANN (2003), p.50s. Les soins et le traitement médical relèvent du contrat de mandat (MÜLLER (2008), n.12).

Le contrat est splitté si les prestations assurées par l'institution se limitent aux soins médicaux accessoires qui ne sont pas prodigués par le médecin. Bien entendu, l'institution continue de garantir les prestations socio-hôtelières. Il en va ainsi du contrat d'assistance prévu par les nouvelles dispositions du Code civil. Le modèle de contrat de pension proposé par CURAVIVA ne mentionne pas non plus les soins médicaux.²⁴⁰ Il en découle que le résident a deux partenaires contractuels distincts : l'institution et le médecin.²⁴¹

Le modèle de contrat d'hébergement proposé par l'AFIPA,²⁴² prévoit que, en principe, c'est le médecin responsable de l'EMS qui est le médecin traitant du résident. Ce dernier peut toutefois choisir de garder son médecin-traitant habituel. Dans ce cas, « le mandat de soins conféré au médecin, d'entente avec l'établissement pour personnes âgées, le rend responsable du choix du traitement ainsi que des médicaments à prescrire »²⁴³.

Il arrive également que le résident entre dans une institution publique cantonale ou communale. La relation est alors régie par des règles de droit public²⁴⁴ et son contenu ne peut être négocié par les parties.²⁴⁵ Toutefois, lorsqu'une personne âgée arrive dans un établissement médico-social public, il y a souvent un contrat qui est conclu. Cela est particulièrement vrai lorsque la loi prévoit que les rapports entre l'institution et le résident font l'objet d'un contrat. Tel est le cas de l'article 382 nCC qui exige que l'assistance fournie aux incapables de discernement au sein d'un EMS fasse l'objet d'un contrat écrit.

²⁴⁰ <http://upload.sitesystem.ch/B2DBB48B7E/4BFEA0B204/40AF1F45A2.pdf>.

²⁴¹ Il en est également ainsi dans les contrats d'hospitalisation (SPRUMONT/BORCARD (1996), p.42 ; HONSELL (1994), p.48s ; FELLMANN (2003), p.51). Il existe alors un contrat (mandat) entre le résident et son médecin (MÜLLER (2008), n.13 ; FELLMANN (2003), p.49 ; BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), p.1402).

²⁴² <http://www.afipa-vfa.ch/intranet/documentation/contrat-dhebergement.html>.

²⁴³ <http://www.afipa-vfa.ch/intranet/documentation/contrat-dhebergement.html>.

²⁴⁴ Voir pour un exemple l'article 13 du règlement neuchâtelois sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions qui explique les modalités de prise en charge au sein d'une institution.

²⁴⁵ HONSELL (1994), p.50ss ; POLEDNA/BERGER (2002), n.105 ; FELLMANN (2007), p.108.

DEUXIÈME PARTIE : LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA PERSONNE ÂGÉE VICTIME DE MALTRAITANCE

Après quelques propos introductifs (ci-après 1), nous focaliserons notre attention sur les mesures issues du droit civil entrant en considération dans la protection de la personne âgée victime de maltraitance (ci-après 2). Nous traiterons ensuite des conséquences pénales (ci-après 3) et administratives (ci-après 4) engendrées par un acte de maltraitance, avant de nous pencher sur les prétentions en réparation du préjudice appartenant au résident (ci-après 5).²⁴⁶ Nous terminerons par un aperçu de la question de l'aide aux victimes d'infractions (ci-après 6).

1 Introduction

Contrairement à ce qui vaut pour les mineurs,²⁴⁷ le droit n'a pas prévu de statut spécifique pour nos aînés.²⁴⁸ Cette solution est à notre sens judicieuse et évite la stigmatisation découlant de la catégorisation d'individus dans un groupe auquel l'ordre juridique rattache des dispositions particulières.²⁴⁹ En outre, il est difficilement concevable de fixer les critères permettant de déterminer à partir de quand et à quelles conditions une personne est considérée comme âgée par le droit. Cela signifie qu'un âge même très avancé n'aura, en principe, pas d'influence quant aux dispositions légales entrant en considération. Par contre, certaines conséquences liées au vieillissement et qui rendent la personne plus vulnérable et dépendante, pourront provoquer l'application de règles de droit particulières.²⁵⁰

Dans la plupart des ordres juridiques nationaux, il n'existe pas de dispositions légales visant spécifiquement la maltraitance des personnes âgées.²⁵¹ Sur ce point, la Suisse ne constitue

²⁴⁶ A noter qu'une maltraitance peut également donner naissance à des sanctions qui ne relèvent pas du droit, comme des sanctions professionnelles. Ces aspects, qui méritent d'être mentionnés, ne seront pas traités en détail dans le cadre de ce travail.

²⁴⁷ Les mineurs sont soumis de manière automatique à un régime spécifique de protection de droit civil jusqu'à leur majorité. Sur le plan pénal, ils bénéficient aussi d'une protection accrue.

²⁴⁸ BADEL POITRAS/POITRAS (1999), p.167s ; ROTH (1992), p.31.

²⁴⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.135ss.

²⁵⁰ BADEL POITRAS/POITRAS (1999), p.167s.

²⁵¹ ONU (2002), p.12. Lorsque des lois spéciales existent, il subsiste la question de leur mise œuvre qui bien souvent se révèle délicate (OMS (2002), p.154.

pas une exception. Il ne faut pas pour autant en déduire qu'aucune règle de droit ne peut être invoquée en la matière, mais plutôt qu'il faut se référer aux règles générales qui peuvent s'avérer tout à fait adéquates et adaptées.²⁵² Les droits pénal, civil et administratif permettent en effet de prendre en compte certains aspects de la maltraitance.²⁵³ Certaines dispositions du droit public et du droit des obligations trouvent aussi application notamment en matière d'indemnisation de la victime.

2 Les mesures de protection issues du droit civil

Divers moyens issus du droit civil (au sens large²⁵⁴) présentent un intérêt non seulement sur le plan préventif mais aussi lorsqu'il s'agit de faire face à une situation de maltraitance.

Tour à tour, nous examinerons la possibilité pour la personne âgée de désigner un représentant (ci-après B), les régimes de protection de l'adulte mis en place par les autorités (ci-après C), ainsi que les mesures de protection de la personnalité (ci-après D). Avant cela, nous rappellerons, en quoi la question de la capacité civile est cruciale en la matière (ci-après A). Nous terminerons avec une brève conclusion (ci-après E).

A La capacité civile

Après avoir expliqué les notions de jouissance et d'exercice des droits civils (ci-après I), nous examinerons les conditions auxquelles le droit reconnaît qu'une personne est au bénéfice de la capacité civile active (ci-après II). Pour terminer, nous mettrons en évidence les raisons qui font de cette dernière notion un élément incontournable (ci-après III).

I La jouissance et l'exercice des droits civils

1 *La jouissance des droits civils*

La première composante de la capacité civile est la jouissance des droits civils. Il s'agit de l'aptitude à devenir sujet de droits et d'obligations que l'ordre juridique confère de manière inconditionnelle à tout individu quel que soit son âge ou ses facultés psychiques (art. 11 CC²⁵⁵). Seule la qualité d'être humain est déterminante.²⁵⁶

²⁵² TERRASSON DE FOUGÈRES (2003), p.176.

²⁵³ OMS (2002), p.154. Certains comportements bien que socialement inadmissibles ne sont pas sanctionnés par la loi (LEFEUVRE-DARNAJOU (2004), p.60).

²⁵⁴ Nous optons pour cette dénomination car certains concepts que nous examinerons ne relèvent pas exclusivement des dispositions du Code civil. Tel est le cas notamment des questions de représentation qui trouvent également un ancrage dans le Code des obligations.

²⁵⁵ Cet article consacre ainsi une égalité entre individus (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.37).

Nous ne nous attarderons pas sur cette question, dans la mesure où elle ne présente aucune particularité pour les personnes âgées, qui jouissent, au même titre que n'importe quel autre individu, des droits civils.

2 *L'exercice des droits civils*

La seconde composante de la capacité civile est l'exercice des droits civils (art. 12 CC). Elle permet à une personne de produire des effets juridiques par ses propres actes ou selon la teneur de l'article 12 du Code civil « d'acquiescer et de s'obliger ». En d'autres termes, elle détermine à quelles conditions une personne peut agir elle-même et de manière autonome dans la vie juridique.²⁵⁷ Lorsqu'une personne en est dépourvue, elle ne peut plus faire d'actes juridiques valables et un tiers est amené à œuvrer pour son compte par le mécanisme de la représentation, pour effectuer de tels actes.²⁵⁸

L'exercice des droits civils vaut pour les différents domaines du droit privé.²⁵⁹ Il englobe la capacité de faire des actions juridiques, la capacité délictuelle et d'ester en justice.²⁶⁰ Le premier élément autorise, entre autres, une personne à faire des actes juridiques tels que des contrats.²⁶¹ Le deuxième consiste en l'aptitude à répondre du préjudice causé par ses actes. Le troisième donne la possibilité de s'adresser à un juge en cas de besoin.²⁶²

II Les conditions posées à l'exercice des droits civils

1 *L'absence d'interdiction*

L'exercice des droits civils (d'une personne âgée résidant en EMS) est en premier lieu

²⁵⁶ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.34 ; BUCHER (2009), n.24; MANAI (2010), ad Art. 11 CC, n.3.

²⁵⁷ BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.1; MANAI (2010), ad Art. 12 CC, n.1.

²⁵⁸ Voir ci-dessous p.53 et p.68. En pratique, toute personne qui n'a pas l'exercice des droits civils n'a pas forcément de représentant.

²⁵⁹ L'exercice des droits civils est également nécessaire pour déposer une plainte pénale au sens de l'article 30 CP (voir ci-dessous p.112).

²⁶⁰ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.153ss.

²⁶¹ La personne au bénéfice de l'exercice des droits civils pourra conclure un contrat d'hébergement avec une institution ou un mandat afin d'être représentée dans l'hypothèse d'une incapacité de discernement future.

²⁶² Pour le contenu de la capacité d'ester en justice, cf. ATF 132 I 1, 5s ; BUCHER (2009), n.47.

subordonné à l'absence d'une interdiction (art. 17 CC).²⁶³

L'interdiction (art. 369ss CC) est un acte, décidé par une autorité, qui prive la personne de l'exercice des droits civils, soit des effets liés à la majorité.²⁶⁴ Une telle mesure est prise lorsqu'un individu n'est plus apte à exercer lui-même ses droits en raison notamment d'une maladie mentale ou de faiblesse d'esprit. Elle entraîne généralement la mise en place d'une mesure protectrice – la tutelle.²⁶⁵

2 *La capacité de discernement*

i Notion

Outre l'absence d'interdiction, la personne doit être au bénéfice de la capacité de discernement²⁶⁶ pour avoir l'exercice des droits civils (art. 13 et 17 CC). Il est à relever que les actes effectués par une personne incapable de discernement sont privés de toute portée juridique (art. 18 CC)²⁶⁷ ; ils sont frappés, sauf exception, de nullité absolue.²⁶⁸

La capacité de discernement est définie négativement par l'article 16 du Code civil qui prévoit que « toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse

²⁶³ Les nouvelles dispositions du Code civil prévoient que pour avoir l'exercice des droits civils, il ne faut pas être sous curatelle de portée générale (art. 17 nCC). La notion d'interdiction a été abandonnée par le nouveau droit ; sur la notion de curatelle de portée générale (voir ci-dessous p.90).

²⁶⁴ STETTLER (1997), n.350 ; DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.112; BUCHER (2009), n.55.

²⁶⁵ Voir ci-dessous p.72. Le droit actuel connaît également la possibilité de replacer une personne majeure sous autorité parentale (art. 385 al. 3 CC : « les enfants majeurs sont, dans la règle, placés sous autorité parentale au lieu d'être mis sous tutelle »). Selon la loi cette solution devrait être la règle chaque fois que l'interdit a encore un de ses parents. En pratique, elle constitue l'exception car il est rare que les parents de l'interdit puissent reprendre l'autorité parentale (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.912 ; STETTLER (1997), n.380). Cela est particulièrement vrai lorsque l'interdit est une personne âgée. Ce placement sous autorité parentale des majeurs n'a pas été repris dans les nouvelles dispositions du Code civil (MEIER/LUKIC (2011), n.638).

²⁶⁶ Pour un rappel de la notion, cf. ATF 134 II 235, 239ss.

²⁶⁷ L'article 18 CC protège les incapables en prévoyant que leurs actes sont nuls.

²⁶⁸ STETTLER (1997), n.22 ; BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.44. Un exemple d'exception est l'article 54 CO relatif à la responsabilité des personnes incapables de discernement.

d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables, est capable de discernement ».²⁶⁹ A cet égard, il y a lieu de préciser que la faculté de se souvenir (mémoire) ne fait pas partie des composantes nécessaires de la capacité de discernement.²⁷⁰

Il découle de la lecture de l'article 16 CC, qu'une personne est incapable de discernement seulement si, d'une part elle n'a pas la faculté d'agir raisonnablement et d'autre part, si cela est dû à une des causes exhaustivement²⁷¹ mentionnées.

On peut donc distinguer trois cas de figure « type » dans lesquels on se trouve en présence d'une personne capable de discernement.²⁷² Premièrement lorsque celle-ci a la faculté d'agir raisonnablement et ne présente pas une cause d'altération ; c'est la situation la plus fréquente. Deuxièmement, lorsqu'elle est au bénéfice de la faculté d'agir raisonnablement tout en étant atteinte d'une des causes ; tel est le cas d'un malade souffrant de troubles psychiques avec des intervalles lucides.²⁷³ Troisièmement, si la faculté d'agir raisonnablement fait défaut mais que cela n'est pas dû à une des causes mentionnées par l'article 16 CC ; il en va ainsi de celui qui est sous le coup de la colère ou d'une émotion violente.

ii La faculté d'agir raisonnablement

La faculté d'agir raisonnablement est faite de deux composantes. La première, qualifiée d'intellectuelle, se rapporte à l'aptitude d'une personne à comprendre une situation donc à « apprécier raisonnablement la signification, l'opportunité et la portée d'une action déterminée ».²⁷⁴ Il s'agit d'un élément cognitif ou intellectuel.²⁷⁵

²⁶⁹ Cette disposition a été modifiée de manière formelle avec l'adoption des nouvelles dispositions du Code civil (FF 2009 139ss). Ainsi il est prévu que « Toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi » (art. 16 nCC). Les notions de « maladie mentale » et de « faiblesse d'esprit » ont été remplacées par celles de « déficience mentale » et de « troubles psychiques » afin de supprimer toute connotation stigmatisante (MEIER/LUKIC (2011), n.40).

²⁷⁰ GUTZWILLER (2008), p.1231.

²⁷¹ BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.33a.

²⁷² DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.73s ; voir aussi BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.5.

²⁷³ Il en va de même du malade mental qui est capable d'effectuer certains actes de manière raisonnable (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.74).

²⁷⁴ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.77. Voir aussi ATF 117 II 231 et ATF 124 III 5, JT 1998 I 361, 363s relatif à la capacité de discernement d'une personne âgée diminuée dans ses facultés mentales et ayant adopté des dispositions pour cause de mort.

La seconde se rapporte à la « faculté d'une personne d'agir librement, en se fondant sur l'appréciation intellectuelle qu'elle a faite ».²⁷⁶ C'est pourquoi on parle aussi ici volontiers d'élément volontaire ou caractériel. Cela signifie en d'autres termes que la personne doit pouvoir résister aux éventuelles pressions dont elle peut faire l'objet au moment de prendre une décision.²⁷⁷

iii Les causes d'altération

Parmi les différentes causes pouvant affecter la faculté d'une personne (âgée) d'agir de manière raisonnable,²⁷⁸ celle qui nous intéresse tout particulièrement est la maladie mentale.²⁷⁹ En effet, bon nombre de résidents souffrent de pathologies à connotation psychique ou psychiatrique.²⁸⁰

Selon certaines études, entre 6% et 8% des plus de 65 ans et presque 30% des plus de 85 ans seraient concernés par la maladie d'Alzheimer.²⁸¹ En Suisse, selon les chiffres avancés par l'Association Alzheimer Suisse,²⁸² chaque année il y a environ 4000 nouveaux cas dans la classe d'âge des 90 ans et plus et 1500 pour celle des 65 à 69 ans. Du reste, cette pathologie est une des causes principales du besoin de soins des personnes en âge avancé.²⁸³ Tôt ou

²⁷⁵ BUCHER (2009), n.60.

²⁷⁶ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.79. Voir aussi ATF 117 II 231 et ATF 124 III 5, JT 1998 I 361, 363s.

²⁷⁷ BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.6 et n.10. Voir aussi ATF 124 III 5, JT 1998 I 361, 363s.

²⁷⁸ Dans les lignes qui suivent nous laissons de côté la question du jeune âge, de l'ivresse et des autres causes semblables qui ne présentent pas d'intérêt particulier dans le cadre de notre étude. A noter également que le grand âge n'est pas à lui seul une cause altérant la faculté d'agir raisonnablement (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.94a ; MANAI (2006), p.41 ; BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.22 ; SCHWAB (2006), p.562 ; GUTZWILLER (2008), p.1225s ; SJ 1988 286, 287). Le Tribunal fédéral a rappelé que « selon l'expérience générale de la vie, une personne même très âgée est normalement capable de discernement » (ATF non publié du 16 octobre 2007, 5A.204/2007).

²⁷⁹ A noter que la faiblesse d'esprit (arriération mentale, développement mental incomplet), qui est juridiquement considérée comme un déficit des fonctions mentales d'ordre quantitatif remontant aux premières années de vie (STETTLER (1997), n.13), n'a pas de lien particulier avec le vieillissement ; cette notion ne sera par conséquent pas développée même si certains auteurs rattachent les conséquences liées au grand âge à la faiblesse d'esprit (GUTZWILLER (2008), p.1225).

²⁸⁰ Par exemple la maladie d'Alzheimer ou d'autres démences séniles.

²⁸¹ PETERMANN (2007), Rz1 ; FF 2006 6646.

²⁸² Ces chiffres sont basés sur l'année 2010. Pour plus de détails voir http://www.alz.ch/f/data/data_279.pdf.

tard, elle a des répercussions sur la capacité de discernement même si des intervalles lucides peuvent continuer à se présenter.²⁸⁴

La maladie mentale, au plan juridique, est définie comme les « troubles psychiques durables et caractérisés qui ont sur le comportement extérieur de la personne atteinte des conséquences évidentes, qualitativement et profondément déconcertantes pour un profane averti ». ²⁸⁵ A noter qu'elle ne suffit pas pour considérer la personne qui en souffre comme incapable de discernement ; encore faut-il que l'atteinte à la santé soit la cause des agissements déraisonnables. ²⁸⁶ Selon le Tribunal fédéral, il doit s'agir d'états anormaux « suffisamment graves pour avoir effectivement altéré la faculté d'agir raisonnablement dans le cas particulier et le secteur d'activité considérés ». ²⁸⁷

iv La relativité de la capacité de discernement

La capacité de discernement telle qu'elle vient d'être définie est une notion relative qui doit s'apprécier en fonction de chaque décision concrète et de l'importance de cette dernière. ²⁸⁸ Cela signifie qu'une même personne pourra être capable pour certains actes simples et incapable pour d'autres, plus compliqués à appréhender. ²⁸⁹ Il y a également lieu de préciser

²⁸³ PETERMANN (2007), Rz1.

²⁸⁴ PETERMANN (2007), Rz4. Pour un exemple jurisprudentiel dans lequel le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur la capacité de discernement d'une personne âgée souffrant de la maladie d'Alzheimer et ayant fait une donation (ATF non publié du 10 mai 2000, 4C.55/2000).

²⁸⁵ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.88 ; ATF 117 II 231, 233s.

²⁸⁶ BIGLER-EGGENBERGER (2002) ad Art. 16 ZGB, n.26 ; BUCHER (2009), n.64.

²⁸⁷ ATF 117 II 231, 233.

²⁸⁸ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.81 ; BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.34 ; MANAI (2010), ad Art. 16 CC, n.51ss ; GUTZWILLER (2008), p.1226. Voir aussi ATF 124 III 5, JT 1998 I 361, 364.

²⁸⁹ STETTLER (1992), p.147 ; BUCHER (2009), n.69 ; MEIER (2009), n.11. Voir aussi ATF 124 III 5, JT 1998 I 361, 364 ; à noter que lorsque l'acte envisagé concerne des droits strictement personnels, il y a lieu de poser des exigences minimales pour déterminer si la capacité de discernement est présente (PETERMANN (2007), Rz27). Les droits strictement personnels sont des droits qui peuvent être exercés par une personne capable de discernement mais privée de l'exercice des droits civils (art. 19 al. 2 CC ; voir aussi art. 19c nCC). Certains échappent au pouvoir de représentation du représentant légal alors que d'autres sont susceptibles d'être exercés par représentation (pour plus de détails, voir BUCHER (2009), n.143ss ; STETTLER (1997), n.42ss).

qu'il n'existe pas de degré de discernement ; soit un individu est capable, soit il est incapable.²⁹⁰

La capacité de discernement est également susceptible de varier d'un point de vue temporel.²⁹¹ Il est essentiel que la personne ait le discernement au moment où elle doit effectuer un acte ou prendre une décision.²⁹² A titre d'exemple, il est tout à fait possible que la capacité de discernement d'une personne atteinte de démence sénile ou de la maladie d'Alzheimer soit reconnue épisodiquement (intervalles lucides).²⁹³ Il en résulte toutefois une certaine incertitude, dans la mesure où les capacités du malade déclinent souvent de manière progressive jusqu'à un état durable et général d'incapacité.²⁹⁴

v *La présomption de la capacité de discernement*

La capacité de discernement est présumée, étant donné que les individus sont le plus souvent dotés des facultés de compréhension et de décision nécessaires à la vie au sein de la société. Il appartient dès lors à celui qui prétend qu'une personne est incapable de le prouver.²⁹⁵

Chez les personnes âgées en perte d'autonomie, il n'est pas toujours aisé d'apprécier la question de l'absence ou de la présence de la capacité de discernement.²⁹⁶ Une certaine prudence est de mise en particulier « en raison du nombre relativement élevé de cas dans lesquels *les ressources intellectuelles nécessaires à l'appréciation correcte d'une situation* sont plus entamées que cela ne ressort des apparences ». ²⁹⁷ En cas de doute, « la présomption doit céder le pas à un examen de la question ». ²⁹⁸ Dans les cas où il est évident

²⁹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.83 ; BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.40; BUCHER (2009), n.78.

²⁹¹ STETTLER (1992), p.147 ; BUCHER (2009), n.69. Voir aussi ATF 124 III 5, JT 1998 I 361, 364.

²⁹² DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.82 ; BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.39.

²⁹³ MANAI (2006), p.187.

²⁹⁴ PERTERMANN (2007), Rz4.

²⁹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.94; BUCHER (2009), n.80.

²⁹⁶ La capacité de discernement ne devra toutefois pas être niée à la légère étant donné les importantes conséquences de l'incapacité (BIGLER-EGGENBERGER (2002), ad Art. 16 ZGB, n.2).

²⁹⁷ STETTLER (1992), p.147.

²⁹⁸ STETTLER (1992), p.147.

qu'un individu n'a pas la faculté d'agir de manière raisonnable,²⁹⁹ la présomption sera même renversée et l'on partira du postulat d'incapacité de discernement.³⁰⁰

III Les effets de l'exercice des droits civils

1 *Principe*

Contrairement à ce qui vaut pour la capacité de discernement, l'étendue de l'exercice des droits civils est susceptible de varier ; entre la pleine capacité et l'absence de celle-ci, il existe des situations intermédiaires.³⁰¹

2 *La pleine capacité*

La personne âgée au bénéfice de la pleine capacité civile active peut valablement faire tous les actes juridiques relevant du droit privé. Rentrent dans cette catégorie, tous les individus qui sont capables de discernement et qui ne sont pas privés des effets de la majorité par une mesure d'interdiction (art. 13 CC). Ils pourront en particulier se choisir un représentant, intenter une action en protection de la personnalité ou demander des dommages-intérêts. La qualité pour déposer une plainte pénale leur est également donnée.

3 *La capacité restreinte*

On parle de capacité restreinte, lorsqu'une personne bien que capable de discernement et non interdite, ne peut effectuer seule certains actes juridiques déterminés. Il s'agit d'une perte de l'exercice des droits civils pour certains domaines uniquement.³⁰²

Un individu sous conseil légal est privé de la faculté de faire certains actes juridiques déterminés. En ce sens, l'exercice des droits civils est restreint dans une mesure qui varie en fonction du type de conseil légal choisi.³⁰³

²⁹⁹ Cela peut être le cas des personnes souffrant de graves maladies mentales et de celles qui sont sévèrement affectées par une démence sénile (ATF 124 III 5, JT 1998 I 361, 364s).

³⁰⁰ STETTLER (1997), n.21 ; BUCHER (2009), n.81.

³⁰¹ Le fait pour une personne de bénéficier d'une mesure de protection de l'adulte (tutelle, conseil légal, curatelle) a une influence sur sa capacité civile active (voir ci-dessous p.68).

³⁰² DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.170. L'article 19 nCC prévoit que l'exercice des droits civils peut être restreint par une mesure de protection de l'adulte.

³⁰³ Voir ci-dessous p.76.

4 *L'incapacité restreinte (ou la capacité partielle)*

En principe une personne interdite, même si elle est capable de discernement, ne peut s'obliger par ses propres actes qu'avec le consentement de son représentant légal (art. 19 al. 1 CC).³⁰⁴

Il existe toutefois des exceptions, c'est-à-dire des situations où un acte accompli sans cet aval sera valable. Tel sera le cas en particulier pour l'exercice des droits strictement personnels (art. 19 al. 2 CC).³⁰⁵ Il s'agit d'une capacité civile limitée à certains actes bien précis,³⁰⁶ tels que la désignation d'un représentant privé, la capacité pour agir en protection de sa personnalité ou encore le dépôt d'une plainte pénale.

5 *L'incapacité totale*

L'incapacité de discernement implique une absence totale de capacité civile active. Elle prive la personne de l'exercice des droits civils *ex lege*, indépendamment de toute mesure tutélaire.³⁰⁷ Il a en effet déjà été mentionné que les actes d'une personne incapable de discernement sont, sauf exception,³⁰⁸ nuls (art. 18 CC). Cela ne signifie toutefois pas que l'incapable n'est pas associé à la prise des décisions le concernant.³⁰⁹ Celui qui est

³⁰⁴ Cet article a été modifié à l'occasion de l'adoption des nouvelles dispositions du Code civil, qui a en outre introduit de nouvelles dispositions (art. 19a à 19d nCC). L'article 19 alinéa 1 nCC prévoit que « Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils ne peuvent contracter une obligation ou renoncer à un droit qu'avec le consentement de leur représentant légal ». L'alinéa 2 de cette disposition ne requiert pas de consentement du représentant légal lorsqu'il s'agit pour la personne d'acquiescer à titre gratuit ou de régler des affaires mineures relatives à sa vie quotidienne. L'article 19a nCC précise quand (avant ou après l'acte) et comment (exprès ou tacite) le représentant donne son consentement. Le défaut de consentement est régi par l'article 19b nCC.

³⁰⁵ L'article 19c alinéa 1 nCC dit que « les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome ».

³⁰⁶ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.213; BUCHER (2009), n.143.

³⁰⁷ MEIER (2009), n.15.

³⁰⁸ Comme nous l'avons déjà mentionné, il existe des cas dans lesquels les actes d'un incapable ne sont pas nuls. Il en va ainsi de l'article 54 du Code des obligations.

³⁰⁹ MANAI (2006), p.192ss. Plusieurs lois fédérales récentes protègent l'incapable de discernement en l'associant au processus d'information et à la procédure destinée à requiescer son consentement. Tel est le cas de la loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus de cellules (art. 13 al. 3) et des nouvelles dispositions du Code civil (art. 377 al. 3 nCC).

durablement incapable de discernement devrait, en principe, être représenté par un tiers.³¹⁰ Pratiquement, il arrive relativement souvent que cette représentation fasse défaut.

B La désignation d'un représentant privé

Même si la désignation par la personne âgée d'un représentant privé ne peut directement servir à lutter contre la maltraitance, cette possibilité est utile en matière de prévention. En effet, l'existence d'un représentant atteste la volonté de celle-là de prendre certaines précautions la mettant à l'abri des risques découlant de la survenance d'un état d'incapacité (vulnérabilité particulière, isolement, etc.). En outre, le représentant sera à même de faire les démarches nécessaires en cas de mauvais traitements.³¹¹

Après quelques généralités (ci-après I), nous traiterons des sources (ci-après II) et de l'étendue du pouvoir de représentation (ci-après III). Nous terminerons par examiner la possibilité de désigner un représentant de manière anticipée (ci-après IV).

I Généralités

1 *La notion de représentation privée*

En principe chaque individu agit personnellement et pour son propre compte. Il est toutefois fréquent qu'une personne ne soit pas en mesure, pour des raisons quelconques, d'effectuer les actes nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts. Il peut aussi arriver que celle-là ne souhaite pas agir elle-même pour certaines affaires qu'elle estime trop lourdes ou trop complexes. C'est pourquoi il est très utile qu'un tiers puisse prendre le relais en accomplissant les actes en question. Il s'agit du mécanisme de la représentation.³¹²

³¹⁰ Il peut s'agir d'une représentation privée (voir ci-dessous p.53) ou de la désignation d'un mandataire tutélaire (voir ci-dessous p.68).

³¹¹ DUMOULIN (1999), p.52.

³¹² TERCIER (2009), n.377.

La représentation peut être définie comme « l'institution qui permet à une personne (le représentant) de faire des actes juridiques avec un tiers de manière à ce que les effets se produisent directement en la personne d'une autre (le représenté) ». ³¹³

Tout individu doté de l'exercice des droits civils, donc toute personne âgée capable de discernement et non interdite peut décider de se faire représenter. Cette forme de représentation qui découle d'un contrat de mandat ou d'une procuration, ³¹⁴ relève uniquement de l'autonomie de la volonté et est décidée en dehors d'une procédure spécifique. ³¹⁵ L'intervention d'un organe de l'Etat n'étant pas nécessaire, on parle de représentation privée. ³¹⁶

2 *Le choix du représentant privé*

Dans le cadre de notre thématique, le représentant sera le plus souvent une personne physique mais il pourra aussi parfois s'agir d'une personne morale, ³¹⁷ comme une association de défense des intérêts des personnes âgées (PRO SENECTUTE ou ALTER EGO). ³¹⁸ Par contre, il est peu judicieux de choisir l'institution dans laquelle la personne séjourne. Cette dernière hypothèse laisse trop de place à des conflits d'intérêts. Dans le même sens, il paraît peu propice de choisir un membre du personnel de ladite institution. A noter

³¹³ Il s'agit de la définition de la représentation directe (TERCIER (2002), n.359). Dans les lignes qui suivent nous laissons de côté tant la représentation indirecte – qui implique une cession de créance ou une remise de dette – que la représentation sans pouvoirs – qui nécessite une ratification *a posteriori* (HUGUENIN (2008), n.1079 et 1120ss; ENGEL (1997), p.403ss). En effet, l'élément intéressant pour nous est que l'acte effectué par le représentant puisse produire ses effets directement dans la sphère du représenté sans que ce dernier ne doive accomplir de démarches ultérieures (CHAPPUIS (2003), ad art. 32 CO, n.20). L'aspect relatif à l'autonomie et à l'autodétermination de la personne nous paraît aussi important dans le cadre de notre thématique.

³¹⁴ Sur ces questions voir entre autres GEISER (2003), p.99ss.

³¹⁵ Tel est également le cas de la gestion d'affaires que nous laissons de côté dans les lignes qui suivent. A noter toutefois que celle-ci se limite à des situations dans lesquelles il faut agir en urgence et ne repose pas sur la volonté préalablement exprimée de la personne âgée puisqu'elle concerne des cas où une personne agit pour une autre sans y être autorisée ou obligée (STETTLER (1997), n.205ss). Elle permet toutefois, par une interprétation extensive des articles 419ss CO, aux proches d'assurer la gestion des biens et la défense des intérêts personnels d'une personne âgée qui n'est plus en mesure de le faire elle-même (STETTLER (2002), p.726s ; STETTLER (2002a), p.117s).

³¹⁶ L'intervention de l'Etat (par exemple en matière de mesures de protection de l'adulte) est fréquemment ressentie comme une intrusion malvenue dans la sphère privée d'une personne ou d'une famille (voir par exemple, LEUBA/BERTRAND/MANDOFIA BERNEY (2009), p.346).

³¹⁷ WATTER/SCHNELLER(2007), ad Art. 32 OR, n.21.

³¹⁸ MEIER (2008), Rz45.

également que de tels conflits ne sont pas exclus même si le représentant est un proche de la personne âgée.³¹⁹ Lorsque cette dernière décide de confier certaines tâches à un représentant, elle doit garder à l'esprit que cela demande un investissement non négligeable ne serait-ce qu'en termes de temps et d'énergie.

II Les sources de la représentation privée

1 *La procuration*

Un pouvoir de représentation peut découler d'une procuration. Celle-ci est un acte juridique unilatéral soumis à réception et délivré par le représenté, soit la personne âgée.³²⁰ Une acceptation du bénéficiaire des pouvoirs n'est donc pas nécessaire pour qu'elle soit valable.³²¹ Toutefois pour que les effets de la représentation puissent se produire, il faut que le représentant ait la volonté d'agir pour le compte du représenté.³²² Même si dans la plupart des cas la procuration est octroyée dans le cadre d'une relation juridique préexistante (contrat), elle peut intervenir aussi au sein d'une relation personnelle (par exemple lorsque des pouvoirs sont conférés à un parent ou un proche).³²³

Bien qu'il n'y ait pas d'exigence quant à la forme de la procuration, il est préférable d'utiliser l'écrit.³²⁴ Cela permet d'assurer une meilleure sécurité juridique et d'éviter des conflits ultérieurs, raison pour laquelle « on n'encouragera probablement jamais assez les partenaires à laisser des traces tangibles des missions confiées ou exécutées ». ³²⁵ Il est en effet très difficile lorsqu'un litige survient ensuite de réunir les éléments prouvant l'existence de la procuration. A noter également que cette dernière doit être révocable en tout temps

³¹⁹ STETTLER (1983), p.6s.

³²⁰ STETTLER (1997), n.120; TERCIER (2009), n.407ss; BREITSCHMID/REICH (2001), p.147.

³²¹ TERCIER (2009), n.410.

³²² STETTLER (1997), n.119.

³²³ TERCIER (2009), n.412.

³²⁴ TERCIER (2009), n.411 ; WATTER/SCHNELLER (2007), ad Art. 33 OR, n.14 ; STETTLER (1992), p.149. Il est admis qu'une procuration existe et que des pouvoirs sont conférés dès que l'on « laisse sciemment une personne se comporter comme son représentant » (STETTLER (1997), n.122).

³²⁵ STETTLER (1983), p.5.

sans exigences de forme.³²⁶ Cela permet à l'auteur de la procuration, de la modifier ou de la supprimer en fonction de l'évolution de ses souhaits.³²⁷

2 *Le contrat de mandat*

Lorsque l'on sort d'une assistance ponctuelle, l'outil adéquat ne sera plus forcément la procuration mais le contrat de mandat.³²⁸ Ce dernier est à cet égard un bon moyen pour une personne âgée de s'assurer une représentation.

Le mandat est régi par les articles 394 à 406 du Code des obligations. On peut le décrire comme « le contrat général applicable aux services rendus par une personne indépendante »³²⁹ ou encore comme « le contrat par lequel une personne s'oblige à rendre des services dans l'intérêt d'une autre conformément à la volonté de celle-ci et pour autant que les conditions d'un autre contrat ne soient pas réalisées ».³³⁰ Le mandataire est le représentant qui se charge de rendre des services à une personne âgée. Le contenu du mandat est modulable selon les vœux du résident et peut porter sur la gestion des biens, les soins médicaux et l'assistance juridique.³³¹ Quant à la rémunération du mandataire, elle n'est possible que si la convention ou les usages en prévoient une (art. 394 al. 3 CO : principe de la gratuité du mandat).³³² A notre sens, l'éventuelle rémunération doit être envisagée de manière pragmatique. Ainsi, elle nous semble adéquate si la tâche du représentant est conséquente et durable.³³³ Dans ce cas, cela permet d'assurer la reconnaissance du travail effectué. Cela peut également favoriser l'acceptation de ce type de contrat. Une appréciation nuancée tenant compte des particularités du cas s'impose. En outre, certains mandataires comme les proches seront plus enclins que d'autres à fonctionner

³²⁶ BREITSCHMID/REICH (2001), p.153 ; CHAPPUIS (2003), ad art. 34 CO, n.3ss.

³²⁷ Pour ce faire, il faut néanmoins que la personne continue de bénéficier de l'exercice des droits civils.

³²⁸ STETTLER (1983), p.5. Sur la notion de contrat de durée voir TERCIER (2009), n.378ss. Il faut noter qu'un mandat peut aussi être occasionnel lorsqu'il porte sur une affaire déterminée (TERCIER (2009), n.4975).

³²⁹ TERCIER (2009), n.4957.

³³⁰ TERCIER (2009), n.4972 ; WEBER (2011), ad Art. 394 CO, n.1.

³³¹ STETTLER (1997), n.153.

³³² Ce principe est toutefois tombé en désuétude et aujourd'hui la plupart des mandats sont rémunérés (WERRRO (2003), ad art. 394 CO, n.14, n.38ss ; WEBER (2011), ad Art. 394 CO, n.35ss.

³³³ Il est tout à fait concevable que l'assistance à apporter à une personne âgée en vertu d'un mandat dure plusieurs années et se déploie tant avant que durant le séjour en EMS. Elle peut consister en des tâches conséquentes comme la liquidation du logement du résident.

bénévolement.³³⁴ Toutefois, une rémunération peut aussi être une source de conflit et d'abus entre la personne âgée et son représentant, surtout lorsqu'une incapacité de discernement survient.

Tout comme en matière de procuration, la loi n'exige pas de forme particulière pour la constitution d'un mandat.³³⁵ On peut toutefois faire ici les mêmes remarques que pour la première, soit la préférence de la forme écrite.

Par principe, le mandat inclut un pouvoir de représentation³³⁶ donné au mandataire sans qu'il soit nécessaire d'élaborer une procuration spécifique (art. 396 al. 2 CO). Il s'agit d'une procuration générale qui permet au mandataire d'effectuer les actes juridiques nécessités par le but à atteindre.³³⁷ Pour certains actes particuliers comme faire une donation ou aliéner un immeuble, la délivrance d'une procuration spécifique est exigée (art. 396 al. 3 CO).³³⁸ Le mandat peut être librement révoqué par les parties en tout temps.³³⁹ On veut par cette exigence éviter que le mandataire engage le mandant pour des actes ayant des conséquences importantes ou contraires aux intérêts de celui-ci.³⁴⁰

Pour que le contrat soit valablement conclu, le mandataire doit manifester son acceptation ; ce qui est plus contraignant que dans le cadre d'une procuration qui est uniquement soumise à réception.³⁴¹

³³⁴ Selon la doctrine, le mandat pour cause d'incapacité prévu aux articles 360ss nCC (voir ci-après p.65) devrait être gratuit lorsqu'il est confié à un proche parent (MEIER/LUKIC (2011), n.233).

³³⁵ STETTLER (1997), n.162.

³³⁶ RIEMER (1998), p.21 ; STETTLER (1997), n.164.

³³⁷ WERRO (2003), ad art. 396 CO, n.9.

³³⁸ Sur la plainte pénale que peut déposer le représentant d'une personne âgée voir ci-après p.114.

³³⁹ TERCIER (2009), n.5282. Il est toutefois nécessaire de ne pas avoir été privé entre temps de l'exercice des droits civils.

³⁴⁰ WERRO (2003), ad art. 396 CO, n.12.

³⁴¹ Sont réservées les hypothèses mentionnées à l'article 395 CO.

III L'étendue du pouvoir de représentation

L'étendue des pouvoirs conférés au représentant, que l'on se situe dans le cadre d'une procuration ou d'un mandat, est déterminée par la personne âgée elle-même.³⁴² Il est conseillé à cet égard de formuler ses requêtes de la manière la plus claire et précise possible, pour s'assurer de leur respect ultérieur.³⁴³ A noter que le représentant est de toute manière tenu d'agir dans l'intérêt du représenté, ce qui est censé limiter sa marge de manœuvre.³⁴⁴ Afin que les pouvoirs de représentation soient exercés au plus près de sa volonté, la personne aura tout intérêt à donner des instructions précises à son représentant.

Les pouvoirs de représentation en faveur des personnes âgées concernent principalement les questions de gestion des revenus et de la fortune, de soins médicaux et d'assistance judiciaire.³⁴⁵ Cela peut également inclure la décision d'entrer en institution, la gestion des rapports avec la direction de celle-ci, ou la défense des intérêts du résident dans l'hypothèse d'une maltraitance. Chargé de faire respecter les volontés de la personne âgée, le représentant pourra en effet être amené à agir en justice sur les plans civil et pénal.³⁴⁶

IV La désignation anticipée d'un représentant

1 *Généralités*

Dans les lignes qui précèdent, nous avons examiné à quelles conditions et dans quelle mesure une personne âgée peut désigner un représentant. Dans les paragraphes qui suivent, nous tenterons de mettre en évidence les avantages découlant de la possibilité de pouvoir effectuer cette démarche de manière anticipée afin de pallier les effets d'un éventuel futur état d'incapacité de discernement. Il s'agit d'un moyen efficace pour organiser à l'avance la protection de ses intérêts.³⁴⁷ En effet, le risque de souffrir d'une démence sénile de type Alzheimer augmente considérablement avec le vieillissement.

³⁴² STETTLER (1997), n.124; CHAPPUIS (2003), ad art. 33 CO, n.16; ENGEL (1997), p.389s; RIEMER (1998), p.21.

³⁴³ STETTLER (1992), p.149.

³⁴⁴ BREITSCHMID/REICH (2001), p.156.

³⁴⁵ STETTLER (1983), p.6.

³⁴⁶ Sur cette question en matière de soins médicaux voir GUILLOD/MEIER (1995), p.331s.

³⁴⁷ Cela permet de garantir dans une large mesure l'autonomie et l'autodétermination des individus.

Doctrines³⁴⁸ et jurisprudence³⁴⁹ reconnaissent la faculté pour une personne de désigner par avance un représentant qui accomplira ses tâches à partir du moment où celle-ci se trouvera en état d'incapacité. Cela découle des articles 32 alinéa 1 et 405 alinéa 1 CO qui prévoient que le pouvoir de représentation, respectivement le mandat, peut perdurer au-delà de l'incapacité de discernement³⁵⁰ si cela a été convenu ou si cela découle de la nature de l'affaire.³⁵¹ Cette théorie de la représentation décidée de manière anticipée a tout d'abord été élaborée en lien avec les décisions médicales (représentation thérapeutique).³⁵² Aujourd'hui elle ne se limite plus à ces seuls aspects et on admet qu'elle peut concerner également la gestion des affaires courantes.³⁵³

On précisera encore que si la personne devenue incapable s'était contentée de confier un mandat ou une procuration formulé de manière trop vague, le maintien de la représentation volontaire à long terme n'est pas envisageable et une mesure de représentation légale devra

³⁴⁸ Sur ces questions en matière médicale voir GUILLOD/MEIER (1995), p.340 et de manière générale voir STETTLER (1997), n.139s ; WATTER/SCHNELLER (2007), ad Art. 35 OR, n.4 ; CHAPPUIS (2003), ad art. 35 CO, n.3 ; STETTLER (1997), n.195.

³⁴⁹ ATF 132 III 222, JT 2006 I 252 : « les pouvoirs conférés au représentant par le représenté subsistent en cas d'incapacité ultérieure de discernement de celui-ci si les parties sont convenues que les pouvoirs ne s'éteindraient pas dans cette éventualité ».

³⁵⁰ L'incapacité de discernement doit être durable (STETTLER (1997), n.195). Les nouvelles dispositions du Code civil ont engendré des modifications du Code des obligations. Il sera prévu que si le mandant devient incapable de discernement son mandataire doit en informer les autorités de protection de l'adulte si cela s'avère approprié au regard de la sauvegarde de ses intérêts (art. 397a nCO).

³⁵¹ CHAPPUIS (2003), ad art. 35 CO, n.11 ; BREITSCHMID/REICH (2001), p.147. L'article 35 alinéa 1 nCC reprend cette idée et dit que « les pouvoirs découlant d'un acte juridique s'éteignent par la perte de l'exercice des droits civils, par la faillite, par la mort ou par la déclaration d'absence, soit du représenté, soit du représentant, à moins que le contraire n'ait été ordonné ou ne résulte de la nature de l'affaire ». Il en va de même de l'article 405 alinéa 1 nCC : « le mandat finit par la perte de l'exercice des droits civils, par la faillite, par la mort ou par la déclaration d'absence soit du mandant, soit du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire ».

³⁵² Sur cette question voir par exemple BABAIANTZ (1998), p.45ss.

³⁵³ Pour des affaires plus complexes comme celles relatives à la gestion du patrimoine, cela peut poser des problèmes en matière d'instructions et de surveillance du mandataire. Certains auteurs estiment que dans une telle situation, le mandataire en vertu de son devoir de diligence est tenu d'informer l'autorité tutélaire (MEIER (2009), n.30).

être mise en place.³⁵⁴ L'autorité tutélaire pourra toutefois désigner le représentant privé comme mandataire tutélaire en vertu du droit de proposition appartenant au représenté.³⁵⁵

2 *Les nouvelles dispositions du Code civil relatives aux mesures personnelles anticipées*

Dans les nouvelles dispositions du Code civil, deux instruments entérinent la possibilité de détermination par anticipation afin de planifier une éventuelle future situation d'incapacité de discernement.³⁵⁶ Cela permet d'éviter, autant que faire se peut, des mesures étatiques souvent ressenties comme trop intrusives.³⁵⁷ Il s'agit du mandat pour cause d'inaptitude et des directives anticipées.³⁵⁸

Ces deux institutions³⁵⁹ ne sont pas inconnues du droit actuel, mais la nouvelle réglementation a l'avantage d'assurer une plus grande transparence ainsi qu'une solution uniforme pour tout le territoire suisse.³⁶⁰ Comme le dit avec justesse STETTLER, « il s'agit notamment de donner un cadre juridique aux manifestations de volonté exprimées à l'avance par la personne qui souhaite aménager elle-même les conditions de son encadrement et la gestion de ses biens à partir du moment où la capacité de discernement viendrait à lui faire défaut ».³⁶¹

³⁵⁴ STETTLER (1992), p.150. Etant donné que le représentant entre en scène lorsque la personne se trouve déjà dans un état d'incapacité, il est utile que cette dernière fournisse des instructions précises quant à l'exécution du pouvoir de représentation au moment où les pouvoirs sont conférés. Des indications plus générales sur les valeurs et le mode de vie en général permettront également de guider le représentant dans l'exécution de ses tâches (STETTLER (1997), n.171).

³⁵⁵ Ci-dessous p.68.

³⁵⁶ Ainsi, le droit de la personne à disposer d'elle-même perdure au-delà de l'incapacité de discernement (MEIER/LUKIC (2011), n.17).

³⁵⁷ LEUBA (2007), p.27 ; MEIER/LUKIC (2011), n.17.

³⁵⁸ Sur ces questions voir par exemple AFFOLTER (2006), p.1060ss et PETERMANN (2007), Rz66ss ; MEIER (2008), Rz45ss.

³⁵⁹ Les nouvelles dispositions du Code civil parlent de mesures personnelles anticipées (voir sur la question MEIER/LUKIC (2011), n.184).

³⁶⁰ FF 2006 6647 ; pour les développements doctrinaux sur ces questions voir GUILLOD/MEIER (1995), p.326ss.

³⁶¹ STETTLER (2003), p.371.

a **Notion et étendue**

Le mandat pour cause d'incapacité (art. 360ss nCC)³⁶² donne la faculté à une personne qui dispose de l'exercice des droits civils de désigner un tiers chargé de la représenter et/ou de l'assister dans ses affaires personnelles ou patrimoniales dans l'hypothèse où elle deviendrait durablement incapable de discernement.³⁶³ Il assure « une protection de nature générale », contrairement aux directives anticipées qui valent pour les traitements médicaux.³⁶⁴

Le mandant est libre de déterminer les tâches qu'il souhaite confier.³⁶⁵ A cet égard, il est conseillé de faire preuve d'un maximum de clarté, afin que le représentant puisse agir au plus près de la volonté de la personne concernée.³⁶⁶ Cette dernière pourra ainsi s'exprimer sur ce qu'elle souhaite pour le futur tout en expliquant quelles étaient ses valeurs et sa philosophie de vie jusqu'alors. Lorsque seul l'aspect médical est concerné par le mandat pour cause d'incapacité, il s'agit d'une directive anticipée.³⁶⁷ Si l'étendue du mandat n'est pas précisée, la doctrine admet que celui-ci porte sur les différents aspects mentionnés par l'article 360 alinéa 1 nCC, soit l'assistance personnelle, la gestion de biens et la représentation juridique.³⁶⁸

³⁶² L'article 360 est libellé de la façon suivante : « ¹ Toute personne ayant l'exercice des droits civils (mandant) peut charger une personne physique ou morale (mandataire) de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement. ² Le mandant définit les tâches qu'il entend confier au mandataire et peut prévoir des instructions sur la façon de les exécuter. ³ Il peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où le mandataire déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait. ».

³⁶³ LEUBA (2007), p.36ss ; MEIER (2009), n.41ss. La survenance de l'incapacité de discernement est une condition suspensive au déploiement des effets du mandat (MEIER/LUKIC (2011), n.190). A noter également que le mandat deviendra effectif relativement aux actes pour lesquels la personne a perdu son discernement (MEIER/LUKIC (2011), n.194). Par conséquent, il pourra déployer des effets partiels par exemple pour une décision médicale délicate mais pas pour d'autres aspects moins compliqués à appréhender (principe de la relativité du discernement, voir ci-dessus p.49).

³⁶⁴ MEIER/LUKIC (2011), n.185s ; LEUBA (2007), p.32.

³⁶⁵ MEIER/LUKIC (2011), n.191.

³⁶⁶ Si le mandat n'est pas clair, l'autorité de protection de l'adulte pourra l'interpréter et le compléter afin qu'il puisse tout de même être mis en œuvre (art. 364 nCC).

³⁶⁷ MEIER/LUKIC (2011), n.193.

³⁶⁸ MEIER/LUKIC (2011), n.192.

Des instructions (art. 360 al. 2 nCC) peuvent être données au représentant sur la manière de gérer le patrimoine ou sur les soins et traitements médicaux qui pourront s'avérer nécessaires.³⁶⁹ Une obligation pour le mandataire de rendre compte de son activité aux proches ou à un tiers peut aussi être prévue.³⁷⁰

b Le choix du mandataire

L'article 360 alinéa 1 nCC prévoit que le mandataire pour cause d'incapacité peut être une personne physique ou une personne morale telle que PRO SENECTUTE³⁷¹ ou ALTER EGO. Les principes guidant ce choix sont les mêmes qu'en matière de procuration et de mandat, de sorte qu'il suffit d'y renvoyer.³⁷² Si le mandat concerne des mesures médicales, il s'agit d'une directive anticipée et le représentant ne peut être qu'une personne physique.³⁷³

Pour que le mandat puisse produire des effets, le moment venu, le mandataire doit être apte à exécuter les tâches à lui confiées avec toute la diligence requise.³⁷⁴ En particulier, il ne doit pas se trouver dans un conflit d'intérêt avec son mandant.³⁷⁵ Lorsqu'une assistance personnelle est prévue, le mandataire veillera à ce que l'état de faiblesse de la personne âgée ne s'aggrave pas ; dans tous les cas, il s'efforcera d'en atténuer les effets (art. 406 al. 2 nCC).³⁷⁶

³⁶⁹ AFFOLTER (2006), p.1060.

³⁷⁰ MEIER/LUKIC (2011), n.191.

³⁷¹ FF 2006 6659 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.09.

³⁷² Voir ci-dessus p.54.

³⁷³ PETERMANN (2007), Rz69 ; LEUBA (2007), p.41.

³⁷⁴ L'article 365 alinéa 1 nCC qui prévoit le devoir de diligence incombant au mandataire, renvoie aux règles du mandat ordinaire (art. 394ss CO). Le mandataire se doit d'agir dans l'intérêt du mandant. Si les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être, l'autorité de protection de l'adulte prend les mesures nécessaires pour y remédier (art. 368 al. 1 nCC). Pour ce faire, elle peut, notamment, donner des instructions au mandataire (art. 368 al. 2 CC).

³⁷⁵ Cet élément est vérifié ultérieurement par l'autorité dans le cadre de l'article 363 alinéa 2 chiffre 3 nCC (MEIER/LUKIC (2011), n.223). Si un conflit d'intérêt survient lors de l'exécution du mandat, les pouvoirs du mandataire prennent fin de plein droit (art. 365 al. 3 nCC).

³⁷⁶ LEUBA (2007), p.33.

c Constitution du mandat pour cause d'incapacité

Pour constituer un mandat pour cause d'incapacité, il faut avoir l'exercice des droits civils (art. 360 al. 1 nCC).³⁷⁷ Les résidents sous curatelle de portée générale ne pourront donc pas faire un tel mandat.³⁷⁸ Par contre, les autres curatelles n'y font pas forcément obstacle.³⁷⁹

Pour s'assurer de la validité du mandat pour cause d'incapacité, il peut être utile de le faire en présence d'un médecin ou sur la base d'une attestation médicale portant sur la capacité de discernement.³⁸⁰

Il existe des exigences quant à la forme du mandat qui doit être élaboré en la forme olographe ou authentique (art. 361 al. 1 nCC). La forme olographe suppose que le mandat soit entièrement rédigé à la main, daté et signé par le mandant (art. 361 al. 2 nCC). L'idée, certes louable du législateur d'éviter que des personnes âgées signent des documents sans les lire,³⁸¹ pose problème par rapport aux formulaires préimprimés proposés par certaines associations qui ne rempliront pas les conditions de la forme olographe. Pour la forme authentique le concours d'un officier public, le plus souvent un notaire, implique une démarche non anodine qui peut faire renoncer certains à établir un mandat pour cause d'incapacité.³⁸²

Afin que le mandat puisse déployer ses effets le moment venu et pour assurer une certaine publicité, il peut en être fait mention dans la banque de données centrale de l'état civil (Infostar) de la Confédération.³⁸³ A noter qu'il ne s'agit pas de déposer « matériellement » le

³⁷⁷ Tant que le mandant est capable de discernement, il peut révoquer le mandat (art. 362 nCC).

³⁷⁸ En effet, la curatelle de portée générale prive de plein droit la personne de l'exercice des droits civils (art. 398 al. 3 nCC). Voir ci-dessous p.90.

³⁷⁹ Une personne qui fait l'objet d'une autre curatelle avec limitation de l'exercice des droits civils peut constituer un mandat pour cause d'incapacité lorsque celui-ci porte sur des domaines qui ne sont pas touchés par cette limitation (MEIER/LUKIC (2011), n.205 et les références citées). Celui qui bénéficie d'une curatelle d'accompagnement peut faire un mandat pour cause d'incapacité, car celle-ci n'a pas d'influence sur l'exercice des droits civils (voir ci-après p.88).

³⁸⁰ MEIER/LUKIC (2011), n.209.

³⁸¹ FF 2006 6660.

³⁸² LEUBA (2007), p.30; WOLF/EGGEL (2010), Rz3ss ; MEIER/LUKIC (2011), n.213.

³⁸³ MEIER (2008), Rz46; FF 2006 6748. Pour ce faire, la personne doit faire une demande à l'office de l'état civil (art. 360 al. 3 nCC).

mandat ; le mandant doit en assurer le dépôt lui-même.³⁸⁴ Cela consiste à demander d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat. Cet enregistrement n'est pas obligatoire et le mandant peut le déposer chez un proche, son médecin ainsi que dans l'institution dans laquelle il réside. En tous les cas, il lui revient de faire en sorte que les tiers concernés par le mandat puissent avoir connaissance de ce dernier le moment venu.³⁸⁵

d Constatation de la validité et acceptation du mandat

Lorsque l'autorité de protection de l'adulte apprend qu'une personne est devenue incapable de discernement, elle doit se renseigner, auprès de l'office de l'état civil, sur l'existence d'un mandat pour cause d'incapacité (art. 363 al. 1 nCC). Si tel est le cas, elle doit procéder à diverses vérifications relatives à la validité du mandat et à sa mise en œuvre (art. 363 al. 2 ch. 1 et 2 nCC).³⁸⁶ Elle examinera également si le mandataire est apte à exercer les tâches qui lui sont confiées et s'il accepte le mandat (art. 363 al. 2 ch. 3 et art. 363 al. 3 nCC). Enfin, elle se prononcera sur la nécessité de prendre d'autres mesures de protection de l'adulte (art. 363 al. 2 ch. 4 nCC). Ces règles concrétisent le principe de la subsidiarité de l'intervention de l'autorité en faveur de celui de l'autodétermination de la personne.

S'il n'y a pas d'enregistrement dans la banque de données centrale, l'autorité peut être informée par d'autres biais de l'existence d'un mandat. Nous pensons en particulier aux proches de la personne concernée, de la personne désignée comme mandataire ou encore de celle chez qui le mandat est déposé.³⁸⁷

Une fois le mandat ainsi validé, l'autorité informera l'état civil (art. 449c ch. 2 nCC).

Si l'autorité arrive à la conclusion qu'il n'existe pas de mandat, que celui-ci n'est pas valable, que le mandataire ne souhaite pas intervenir ou qu'il n'a pas les aptitudes requises, une mesure de protection de l'adulte sera mise en place.³⁸⁸

³⁸⁴ LEUBA (2007), p.30.

³⁸⁵ MEIER/LUKIC (2011), n.212.

³⁸⁶ L'autorité vérifiera notamment si la personne est incapable de discernement pour tout ou partie des éléments du mandat (MEIER/LUKIC (2011), n.220). A cet égard, une incapacité passagère n'est pas suffisante (LEUBA (2007), p.36ss).

³⁸⁷ MEIER/LUKIC (2011), n.219.

³⁸⁸ MEIER (2008), Rz48.

e Rémunération

Le mandant est libre de prévoir une rémunération de son mandataire.³⁸⁹ Dans le message et la doctrine, il est mentionné que la gratuité devrait prévaloir lorsque le mandat est confié à un proche parent de la personne concernée.³⁹⁰ A notre sens, une rémunération est néanmoins envisageable en fonction de l'ampleur des tâches à accomplir.³⁹¹

Lorsque le mandat pour cause d'incapacité ne contient pas de disposition sur la rémunération du mandataire, l'autorité de protection de l'adulte fixe une indemnisation appropriée si cela est justifié par l'ampleur des tâches à effectuer (art. 366 al. 1 nCC).³⁹²

ii Les directives anticipées

Les directives anticipées³⁹³ (art. 370ss nCC) permettent par avance de prendre des décisions en matière médicale et/ou de désigner une personne (représentant thérapeutique) chargée de prendre de telles décisions une fois l'incapacité de discernement survenue.³⁹⁴ Elles consistent en « une forme d'autodétermination différée, qui permet au patient aussi bien d'écarter les appréhensions de subir un traitement non souhaité que d'éviter des désaccords familiaux quant aux options thérapeutiques ». ³⁹⁵

³⁸⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.28.

³⁹⁰ FF 2006 6662s ; MEIER/LUKIC (2011), n.233.

³⁹¹ Voir nos propos relatifs au mandat, ci-avant p.56.

³⁹² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.28. Il en va de même si les prestations du mandataire font habituellement l'objet d'une rémunération.

³⁹³ On trouve actuellement des dispositions au sujet des directives anticipées dans les législations sanitaires cantonale mais les solutions sont loin d'être uniformes (PETERMANN (2007), Rz64s ; AYER/CLÉMENT/HÄNNI (2003), p.82ss ; MEIER/LUKIC (2011), n.251).

³⁹⁴ L'article 370 se lit comme suit : « ¹ Toute personne capable de discernement peut déterminer, dans des directives anticipées, les traitements médicaux auxquels elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement. ² Elle peut également désigner une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut donner des instructions à cette personne. ³ Elle peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où la personne désignée déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait. ».

³⁹⁵ MANAI (2006), p.205. Voir aussi sur le sujet, ASSM (2009), p.3s.

Il est loisible à la personne qui rédige une directive anticipée de désigner également une personne physique³⁹⁶ qui prendra les décisions médicales à sa place une fois l'incapacité de discernement survenue.³⁹⁷ Inversement, une directive anticipée peut être intégrée dans un mandat pour cause d'incapacité. Seule la capacité de discernement, à l'exclusion de l'exercice des droits civils, est nécessaire pour adopter une directive anticipée.³⁹⁸ Ainsi une personne sous curatelle de portée générale pourra faire une directive anticipée si elle est capable de discernement.³⁹⁹ En ce qui concerne les exigences formelles, cette dernière est uniquement soumise à l'écrit ; il suffit donc d'avoir un document signé et daté de la main de l'auteur.⁴⁰⁰ Pour des raisons de sécurité, il est également préférable que les instructions données le soient par écrit.⁴⁰¹ Cette forme facilite en outre la divulgation du contenu des directives à l'équipe médicale.⁴⁰²

Les directives anticipées sont bien évidemment librement révocables tant que la personne a sa capacité de discernement.⁴⁰³ Les règles sont similaires à celles applicables au mandat pour cause d'incapacité.⁴⁰⁴ Pour assurer leur prise en considération le moment venu, la personne doit prendre les mesures nécessaires pour que les destinataires en aient connaissance. Il est par exemple possible d'en faire mention sur sa carte d'assuré (art. 371 al. 2 nCC).

Lorsqu'un médecin est amené à traiter une personne incapable de discernement, il doit se renseigner sur l'existence de directives anticipées (art. 372 al. 1 nCC). A noter qu'il est tenu

³⁹⁶ Si plusieurs personnes ont ainsi été mandatées, il y a lieu de prévoir à qui, en cas de désaccord, appartient la le choix déterminant (PETERMANN (2007), Rz75).

³⁹⁷ PETERMANN (2007), Rz75 ; LEUBA/TRITTEN (2005), p.22.

³⁹⁸ AFFOLTER (2006), p.1061 ; LEUBA/TRITTEN (2005), p.23 ; MEIER (2008), Rz53; voir aussi article 19c alinéa 1 nCC.

³⁹⁹ MEIER/LUKIC (2011), n.278.

⁴⁰⁰ AFFOLTER (2006), p.1061 ; LEUBA/TRITTEN (2005), p.24 ; MEIER/LUKIC (2011), n.269. Si la forme n'est pas respectée, la directive anticipée constitue toutefois un indice de la volonté présumée de la personne devenue incapable de discernement (PETERMANN (2007), Rz76).

⁴⁰¹ PETERMANN (2007), Rz75.

⁴⁰² LEUBA/TRITTEN (2005), p.24.

⁴⁰³ PETERMANN (2007), Rz48ss qui estime que pour éviter des situations ambiguës, il est utile que la personne précise que des gestes réflexes manifestant par exemple un refus de soins, alors qu'elle y consentait dans sa directive, ne doivent pas être considérés comme une révocation.

⁴⁰⁴ PETERMANN (2007), Rz77.

de respecter la directive anticipée à laquelle les nouvelles dispositions confèrent une portée contraignante (art. 372 al. 2 nCC).⁴⁰⁵ Il y a quelques exceptions à ce principe notamment en cas de doute, dans les situations urgentes ou dans le cas du traitement d'un trouble psychique dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance.⁴⁰⁶ Dans de telles hypothèses, les directives anticipées ne sont pas contraignantes, ce qui ne signifie nullement qu'elles ne devront pas être prises en considération à titre d'indicateur de la volonté présumée de la personne.⁴⁰⁷

L'autorité de protection de l'adulte peut être amenée à intervenir, sur demande écrite des proches,⁴⁰⁸ si des directives anticipées ne sont pas respectées ou si les intérêts du patient sont compromis ou risquent de l'être. Il en va de même si les directives ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient (art. 373 nCC). L'autorité prendra les mesures nécessaires pour remédier au problème par exemple en enjoignant le personnel médical à respecter une directive anticipée.⁴⁰⁹

Les directives anticipées peuvent avoir un certain effet préventif en matière de maltraitance. Elles permettront d'éviter que des actes de soins ne correspondant pas à la volonté de la personne soient effectués. Dans la mesure où certaines pratiques soignantes (mesures limitatives de liberté et traitements forcés) risquent de glisser vers une situation de maltraitance, on ne peut qu'encourager l'adoption de telles directives. Le fait que les directives anticipées peuvent également contenir une description des conceptions personnelles de la vie de son auteur (échelle des valeurs) permet d'une manière plus générale de connaître les convictions et les attentes d'une personne.⁴¹⁰ Cela peut également s'avérer être un garde-fou en matière de maltraitance, en ce sens que cela peut éviter à un soignant de considérer le résident qui n'est plus capable de s'exprimer comme un « objet ».

C Les régimes de protection de l'adulte (mesures tutélaires)

Lorsqu'une personne est incapable de discernement et n'a pas déjà de représentant privé, les régimes de protection de l'adulte entrent en considération. Les mesures tutélaires sont

⁴⁰⁵ MEIER (2008), Rz54.

⁴⁰⁶ AFFOLTER (2006), p.1061.

⁴⁰⁷ AFFOLTER (2006), p.1061.

⁴⁰⁸ Une intervention d'office doit également être possible même si le texte légal ne le prévoit pas expressément (MEIER/LUKIC (2011), n.300).

⁴⁰⁹ MEIER/LUKIC (2011), n.301.

⁴¹⁰ ASSM (2009), p.7s.

prévues avant tout à des fins de représentation de la personne âgée qui n'est plus apte à agir par elle-même. Elles ne peuvent pas servir directement à mettre un terme à une maltraitance. Mais elles s'avèrent utiles car le représentant est mieux placé et outillé pour agir, faire cesser, sanctionner les mauvais traitements mais aussi pour les prévenir.⁴¹¹

Après un bref rappel relatif aux grands principes régissant cette matière (ci-après I), nous examinerons successivement les différentes mesures pouvant être décidées par l'autorité tutélaire (ci-après II). Nous terminerons par un aperçu des nouvelles dispositions du Code civil (ci-après III).

I Généralités

1 *L'intervention de l'autorité tutélaire en tant qu'ultima ratio*

Avant d'examiner plus en détail les diverses possibilités d'intervention de l'autorité tutélaire,⁴¹² il convient de préciser qu'à elle seule une incapacité de discernement n'implique pas automatiquement la mise en place d'une mesure de protection (tutelle, conseil légal ou curatelle).⁴¹³ Cela est particulièrement vrai en matière d'incapacité de discernement passagère. Néanmoins, si l'incapacité est durable, un mandataire tutélaire sera en général désigné,⁴¹⁴ à tout le moins lorsqu'il s'agit de la représentation pour une affaire importante envers les tiers.

Ce constat nous donne l'occasion de rappeler l'utilité et l'importance de la possibilité de détermination par anticipation lorsque la personne n'est pas encore atteinte dans ses facultés mentales et psychiques (représentation privée).⁴¹⁵ En effet, les régimes de protection de l'adulte ne doivent être considérés que comme une solution de dernier recours dont la portée est subsidiaire par rapport aux mesures volontaires.⁴¹⁶ A noter que la représentation légale est souvent jugée comme dégradante lorsqu'elle concerne les

⁴¹¹ DUMOULIN (1999), p.52.

⁴¹² Sur la manière dont l'autorité tutélaire apprend qu'une personne nécessite une mesure, voir ci-dessous p.249.

⁴¹³ STETTLER (1983), p.3.

⁴¹⁴ STETTLER (1997), n.25.

⁴¹⁵ Ces mesures préservent mieux l'autonomie et l'autodétermination de la personne ayant besoin de protection.

⁴¹⁶ STETTLER (1997), n.3 ; MEIER (1996a), p.85.

personnes âgées et que l'entourage est réticent à l'idée de voir une autorité étatique s'immiscer dans sa sphère privée.⁴¹⁷

2 *L'importance du principe de la proportionnalité*

Le droit de la tutelle tend à assurer la protection des personnes en état de faiblesse au besoin contre elles-mêmes mais aussi contre l'exploitation dont elles peuvent faire l'objet de tiers.⁴¹⁸ Par conséquent, la mise en place d'une mesure tutélaire porte une atteinte inévitable à la liberté personnelle.⁴¹⁹

Afin de préserver au mieux les intérêts et la personnalité de la personne à protéger une attention toute particulière doit être accordée au principe de la proportionnalité.⁴²⁰ Celui-ci se décompose en plusieurs « sous-principes » : adéquation, nécessité, subsidiarité et complémentarité.

Le principe d'adéquation exige que l'autorité devant décider de la mesure tutélaire se prononce sur l'utilité et l'efficacité prévisibles de celle-ci.⁴²¹ Comme son nom l'indique, le deuxième principe veut que la mesure soit nécessaire à la protection de la personne.⁴²² Selon le troisième principe, elle doit répondre au principe de subsidiarité, ce qui signifie que parmi les différentes mesures envisageables, l'autorité choisira toujours celle qui est la plus douce, c'est-à-dire qui porte le moins atteinte à la liberté de la personne.⁴²³ Finalement selon le principe de la complémentarité, une mesure tutélaire ne doit être prononcée que si d'autres moyens en particulier extratutélaires (représentation privée, aide informelle, etc.) ne permettent pas d'atteindre les objectifs de protection de l'intéressé.⁴²⁴

⁴¹⁷ STETTLER (1992), p.148ss.

⁴¹⁸ STETTLER (1997), n.95; DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.860.

⁴¹⁹ STURM (2002), p.173 ; DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.860.

⁴²⁰ Pour une analyse approfondie de la question cf. STETTLER (1984), p.43ss.

⁴²¹ STETTLER (1997), n.80; STETTLER (1984), p.44.

⁴²² STETTLER (1997), n.82.

⁴²³ STETTLER (1997), n.83.

⁴²⁴ STETTLER (1997), n.85.

3 *Le choix du mandataire tutélaire*

Seule une personne physique⁴²⁵ peut endosser la fonction de mandataire tutélaire à l'exclusion en particulier des personnes morales telles que des associations.⁴²⁶ A ce titre, une institution pour personnes âgées ne peut pas être amenée à assumer un tel mandat pour ses résidents. Par contre on pourrait imaginer, en théorie, que son directeur ou un membre du personnel prenne en charge cette tâche.⁴²⁷ Cette solution nous semble toutefois périlleuse sur le plan pratique tant la réalisation de conflits d'intérêts apparaît probable (art. 384 al. 3 CC). En effet, la situation serait délicate si un soignant, également mandataire tutélaire d'un résident, apprend que ce dernier est maltraité par un collègue. Il en va de même dans le cas où le directeur vient à prendre connaissance qu'un de ses employés a un tel comportement. Dans les deux hypothèses, il sera difficile pour le tuteur, respectivement le curateur ou le conseil légal, d'assurer correctement la protection de la victime dans la mesure où il en va également du fonctionnement général de l'EMS.⁴²⁸

Le Code civil accorde un droit de préférence aux proches (art. 380 CC) ainsi qu'une prise en considération des vœux de la personne intéressée (droit de proposition, art. 381 CC)⁴²⁹. Cela signifie tout d'abord que l'autorité choisira de préférence un des proches de celui qui doit être protégé.⁴³⁰ La priorité donnée aux proches peut s'avérer tant positive que négative. En effet, les rapports de proximité ou des liens d'affection étroits permettront de favoriser l'assistance personnelle mais cette proximité peut aussi favoriser l'émergence de conflits d'intérêts ou d'exploitation de l'état de faiblesse.⁴³¹

⁴²⁵ Le plus souvent une seule personne sera choisie (principe de l'unité). Il est néanmoins envisageable que dans certaines situations particulières (art. 379 CC), plusieurs mandataires tutélaires coexistent (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.915).

⁴²⁶ STETTLER (1997), n.408; DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.919.

⁴²⁷ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.920.

⁴²⁸ Il suffit de penser à la difficulté de dénoncer un collègue ou à la volonté de préserver la réputation de l'EMS.

⁴²⁹ Il faut préciser ici que l'article 381 CC prime sur l'article 380 CC (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.935) ; pour plus de détails voir entre autres MEIER (1996a), p.87s.

⁴³⁰ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.931. DELACHAUX (1995), p.29 est critique par rapport à cette disposition légale qui peut, en pratique aboutir à des situations conflictuelles.

⁴³¹ STETTLER (2007), p.22 ; STETTLER (2002a), p.115; HÄFELI (2010), ad Art. 380/381 ZGB, n.7.

Grâce à son droit de proposition, la personne âgée peut émettre des souhaits relatifs à la personnalité de son futur mandataire tutélaire.⁴³² Pour ce faire, elle doit être capable de discernement.⁴³³ Elle peut donner des indications précises quant à un individu déterminé (ami, neveu, fils ou fille, connaissance, etc.) ; elle peut aussi formuler des vœux plus généraux, en mentionnant des éléments relatifs au sexe (homme ou femme) ou à l'âge (personne jeune ou plus âgée).⁴³⁴ La loi ne soumet pas la proposition à une forme précise. Elle peut avoir lieu oralement lorsque l'autorité entend la personne concernée.⁴³⁵ A notre sens, il doit être possible de faire valoir ce droit de manière anticipée et une personne doit pouvoir indiquer qui elle souhaite avoir comme mandataire tutélaire dans l'hypothèse où elle deviendrait incapable de discernement.

Le droit de proposition ne lie pas les autorités qui peuvent choisir une autre personne que celle proposée. Toutefois pour ce faire elles doivent pouvoir se prévaloir de justes motifs.⁴³⁶ Il y a également lieu de préciser qu'elles ont le devoir de s'enquérir auprès de la personne de cette possibilité de choix.⁴³⁷ A notre sens et dans la mesure où l'autorité n'est pas liée, le droit de proposition permet aussi à la personne d'indiquer qui elle ne souhaite pas avoir comme mandataire tutélaire.⁴³⁸

II Les diverses mesures

1 *Généralités*

Actuellement le Code civil prévoit trois mesures distinctes permettant d'assurer la protection d'une personne devenue incapable de le faire elle-même. Il s'agit premièrement de la tutelle, deuxièmement du conseil légal et troisièmement de la curatelle. Cette dernière

⁴³² L'article 381 CC dit que « à moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'autorité tutélaire nomme tuteur la personne désignée par le père ou la mère ou par l'incapable ».

⁴³³ HÄFELI (2010), ad Art. 380/381 ZGB, n.12.

⁴³⁴ DELACHAUX (1995), p.28.

⁴³⁵ HÄFELI (2010), ad Art. 380/381 ZGB, n.9.

⁴³⁶ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.933.

⁴³⁷ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.933a.

⁴³⁸ L'article 401 alinéa 3 nCC prévoit que l'autorité doit tenir compte des objections que la personne formule envers la nomination d'une personne déterminée. Voir ci-dessous p. 85.

est la moins invasive alors que la tutelle porte le plus gravement atteinte à la personnalité.⁴³⁹ Comme nous le verrons, il existe plusieurs formes de conseil légal et de curatelle.

Il faut également préciser que les différents régimes tutélaires peuvent être mis en place avec l'accord de leur bénéficiaire ; on parle à cet égard de mesures volontaires, qui ne doivent pas être confondues avec la représentation privée. En effet, même si elles reposent sur la volonté de la personne, elles sont néanmoins subordonnées à une décision de l'autorité.

2 *De la tutelle*

i La notion

La tutelle est la mesure qui offre la protection la plus globale mais aussi celle qui porte l'atteinte la plus conséquente aux droits de la personne.⁴⁴⁰ Elle inclut d'une part la décision d'interdiction,⁴⁴¹ c'est-à-dire la privation de l'exercice des droits civils et d'autre part, celle qui institue le mandataire tutélaire (tuteur) qui assistera la personne.⁴⁴²

ii Les cas

a Généralités

Parmi les différents cas d'interdiction énumérés de manière exhaustive dans le Code civil, ceux qui nous préoccupent tout spécialement sont mentionnés aux articles 369 CC (maladie mentale) et 372 CC (tutelle volontaire).⁴⁴³

b La maladie mentale

Aux termes de l'article 369 CC, une personne peut être interdite si, en raison d'une maladie mentale, elle est « incapable de gérer ses affaires », ou « ne peut se passer de soins et

⁴³⁹ Pour un « classement » en fonction de la gravité des diverses mesures, cf. DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.862.

⁴⁴⁰ La nomination du tuteur et la décision d'interdiction sont publiées (art. 387 al. 2 CC).

⁴⁴¹ La conséquence de la décision d'interdiction est la nomination d'un tuteur (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.911).

⁴⁴² STETTLER (1997), n.350; DELACHAUX (1995), p.26ss.

⁴⁴³ Il existe d'autres causes de mise sous tutelle mentionnées aux articles 370 et 371 CC qui, concernant moins directement notre problématique (liée au vieillissement), seront laissées de côté (STURM (1993), p.42).

secours permanents » ou encore « menace la sécurité d'autrui ».⁴⁴⁴ La notion de maladie mentale est la même que dans le cadre de l'article 16 CC relatif à la capacité de discernement.⁴⁴⁵ Elle ne suffit pas à elle seule à déclencher une mise sous tutelle. Encore faut-il que la maladie mentale engendre un besoin de protection particulier se manifestant sous la forme d'une des trois alternatives susmentionnées (lien de causalité).

L'incapacité de gérer ses affaires doit porter sur des « affaires essentielles ».⁴⁴⁶ Le Tribunal fédéral a jugé qu'il en allait ainsi pour un vieillard atteint d'artériosclérose cérébrale.⁴⁴⁷ Le cas de la personne qui n'est pas en mesure d'accomplir les actes juridiques nécessaires à la couverture de ses besoins fondamentaux (gestion de ses revenus, de son logement, etc.) constitue un autre exemple.⁴⁴⁸

Le besoin de soins et secours permanents concerne avant tout les intérêts personnels.⁴⁴⁹ Il peut se manifester par la nécessité d'un suivi médical comme un traitement psychiatrique assorti d'une médication neuroleptique ou stabilisatrice d'humeur s'inscrivant dans la durée.⁴⁵⁰

La condition d'une menace pour la sécurité est remplie lorsque le comportement de la personne à protéger met en danger les intérêts personnels (intégrité corporelle) ou pécuniaires d'autrui.⁴⁵¹ Le danger doit toutefois atteindre un certain niveau de gravité pour être pris en considération.⁴⁵²

⁴⁴⁴ L'article 369 CC mentionne aussi la faiblesse d'esprit. Nous laisserons de côté cet aspect pour les mêmes raisons qui nous ont amené à ce choix en matière d'incapacité de discernement (voir ci-dessus p.46).

⁴⁴⁵ Voir ci-dessus p.46.

⁴⁴⁶ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.124a.

⁴⁴⁷ ATF 85 II 457, JT 1960 I 226.

⁴⁴⁸ ATF non publié du 19 juin 2001, 5C.55/2001.

⁴⁴⁹ STETTLER (1997), n.356.

⁴⁵⁰ ATF non publié du 19 juin 2001, 5C.55/2001.

⁴⁵¹ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.126a.

⁴⁵² ATF 115 II 15, 20s, JT 1989 I 595, 599.

c La volonté de la personne âgée

Il existe une tutelle volontaire, utilisée de plus en plus fréquemment⁴⁵³ et prévue par l'article 372 du Code civil. D'après ce dernier, une personne peut demander à être mise sous tutelle si elle est empêchée « de gérer convenablement ses affaires par suite de faiblesse sénile » ou « de quelque infirmité ».⁴⁵⁴

La faiblesse sénile peut être définie comme « une réduction des facultés corporelles ou mentales (perte de mémoire, influençabilité, inconséquence) ».⁴⁵⁵ Quant à l'infirmité, elle peut toucher les capacités physiques (cécité, paralysie, etc.), psychiques (hystérie, etc.) ou caractérielles de la personne demandant à être mise au bénéfice d'une mesure de tutelle.⁴⁵⁶

L'infirmité et la faiblesse sénile doivent avoir comme conséquence d'empêcher la personne de gérer ses affaires (personnelles ou économiques) de manière adéquate. Cette incapacité sera appréciée avec plus de souplesse que dans le cadre de l'article 369 CC.⁴⁵⁷

En pratique, la tutelle volontaire est suggérée par les autorités et l'intéressé se borne à accepter ou refuser la mesure. Il est en effet rare de voir une demande d'interdiction émaner directement de la personne qui a besoin d'assistance.⁴⁵⁸ Le consentement est soumis à l'exigence (sur le moment) de la capacité de discernement.⁴⁵⁹

⁴⁵³ STURM (2002), p.184.

⁴⁵⁴ Cet article mentionne encore l'inexpérience dont nous ne traiterons pas étant donné que celle-ci n'est pas directement en lien avec les conséquences du vieillissement d'une personne.

⁴⁵⁵ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.141 ; STETTLER (1997), n.370. La faiblesse sénile ne doit pas être confondue avec la faiblesse d'esprit (STETTLER (2002), p.723).

⁴⁵⁶ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.142.

⁴⁵⁷ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.145.

⁴⁵⁸ STETTLER (1997), n.368.

⁴⁵⁹ STETTLER (1997), n.369; STURM (2002), p.184 ; LEUBA/BERTRAND/MANDOFIA BERNEY (2009), p.348. Il est toutefois très difficile de déterminer si la personne a vraiment consenti librement, si elle n'a pas été l'objet d'une certaine pression de la part de l'autorité tutélaire souhaitant éviter la procédure plus lourde d'une interdiction non volontaire.

Cette forme de tutelle a la priorité par rapport à l'article 369 CC.⁴⁶⁰ Elle n'entrera au surplus en considération que lorsque la personne n'est pas en mesure de choisir un représentant privé.⁴⁶¹

iii Les conséquences pour la personne âgée

La tutelle est une vaste mesure qui permet d'offrir une protection très complète à la personne âgée. Parmi les diverses mesures tutélaires, elle restreint le plus la capacité civile active. L'étendue des tâches du tuteur ne se limite pas à la représentation (art. 407 CC)⁴⁶² et à l'administration et gestion des biens (fortune et revenus)⁴⁶³ mais inclut également une assistance personnelle régulière (art. 406 CC)⁴⁶⁴.

L'interdit, selon qu'il est capable ou non de discernement, sera partiellement ou totalement privé de l'exercice des droits civils.⁴⁶⁵ La personne sous tutelle et capable de discernement pour continuer d'effectuer seule un certain nombre d'actes juridiques parmi lesquels l'exercice des droits strictement personnels, en particulier les droits de la personnalité (art. 28ss CC).⁴⁶⁶

Pour les autres actes juridiques, notamment l'exercice de droits patrimoniaux, le consentement du tuteur est une exigence (art. 19 al. 1 CC et 410 al. 1 CC). Les actions en question concernent le fait de contracter des obligations ou de renoncer à des droits.⁴⁶⁷ Le consentement du tuteur qui peut être exprès ou tacite interviendra selon les circonstances avant, pendant ou après les agissements de la personne.⁴⁶⁸

⁴⁶⁰ STETTLER (1997), n.372; ATF 106 II 298, 302, JT 1981 I 293, 296s.

⁴⁶¹ ATF 58 II 12, 16s.

⁴⁶² Il s'agit d'une représentation directe au sens des articles 32ss du Code des obligations (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.985).

⁴⁶³ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.847 parlent d'une mission « universelle ». Le pupille peut toutefois, en vertu d'une capacité spéciale, gérer seul les biens qui sont laissés à sa libre disposition (art. 414 CC).

⁴⁶⁴ Pour plus de détails sur le contenu de l'assistance personnelle, voir AFFOLTER (1998), p.233ss.

⁴⁶⁵ Voir ci-dessus p.51.

⁴⁶⁶ Pour d'autres exemples : DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.228a ; BUCHER (2009), n.146ss.

⁴⁶⁷ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.243.

⁴⁶⁸ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.249.

Il faut encore ajouter que pour certains actes très importants du tuteur, le consentement de l'autorité tutélaire ou de l'autorité tutélaire de surveillance est nécessaire (art. 421 et 422 CC).⁴⁶⁹ Ainsi l'approbation de l'autorité tutélaire doit être donnée pour plaider (art. 421 ch. 8 CC) et en cas de changement de domicile du pupille (art. 377 al. 1 CC). Celle de l'autorité tutélaire de surveillance est obligatoire lorsqu'il s'agit pour le pupille d'acquérir un droit de cité ou d'y renoncer (art. 422 ch. 2 CC).

3 *Du conseil légal*

i *La notion*

Le conseil légal est une forme atténuée de tutelle, qui se distingue de cette dernière uniquement sur le plan quantitatif.⁴⁷⁰ Il entre en considération, « s'il n'existe pas de cause suffisante pour interdire des personnes majeures et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des droits civils est commandée par leur intérêt ».⁴⁷¹ Les raisons d'une mise sous conseil légal sont donc les mêmes que lors d'une interdiction. Celles qui nous intéressent sont par conséquent la maladie mentale et la volonté de la personne âgée (conseil légal volontaire).

Le conseil légal a été conçu principalement et avant tout dans le but de protéger les intérêts matériels d'un individu.⁴⁷² Cette mesure ne sera pas forcément la plus adéquate pour les résidents d'institutions pour personnes âgées, qui ont bien souvent également besoin d'une assistance personnelle.⁴⁷³ A noter qu'en cas de besoin durable de soins et de surveillance, l'institution d'un conseil légal est insuffisante ; une tutelle sera prononcée.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.1003ss.

⁴⁷⁰ ATF 100 II 88, 90. La mise sous conseil légal donne en principe également lieu à une publication (art. 397 al. 2 CC).

⁴⁷¹ Article 395 alinéa 1 CC. Voir aussi ATF 100 II 88, 89ss.

⁴⁷² Il permet toutefois de manière accessoire la fourniture d'une certaine assistance personnelle (STETTLER (1997), n.304s ; STURM (2002), p.183 ; ATF 103 II 81, 83 ; ATF 96 II 369, SJ 1971 396s).

⁴⁷³ Tel est le cas s'il s'agit de défendre la personne âgée dans un conflit l'opposant à l'institution (STURM (2002), p.180).

⁴⁷⁴ ATF 97 II 302, 303.

Il existe différentes formes de conseil légal, qui n'ont pas les mêmes conséquences pour la personne qui en bénéficie (conseil légal coopérant, gérant ou combiné). Dans tous les cas, la limitation de l'exercice des droits civils concerne uniquement le domaine patrimonial.⁴⁷⁵

ii Le conseil légal coopérant

La personne au bénéfice d'un conseil légal coopérant doit obtenir le consentement de son mandataire tutélaire pour accomplir les actes mentionnés aux chiffres 1 à 9 de l'article 395 alinéa 1 CC.⁴⁷⁶ Elle ne peut agir qu'avec le concours de son mandataire qui doit donner un « consentement préalable ou concomitant ». ⁴⁷⁷ Une ratification ultérieure par le conseil légal est également possible. Pour tous les autres actes de la vie juridique, la personne a une pleine capacité civile (active).⁴⁷⁸

La mission du conseil légal se limite donc à donner ou refuser son consentement pour les actes de l'article 395 alinéa 1 chiffres 1 à 9 du Code civil.⁴⁷⁹ Il faut encore préciser que cette mesure n'octroie pas de pouvoirs de représentation et que le conseil légal ne peut agir à la place de la personne.⁴⁸⁰ Elle n'est donc pas utile si cette dernière est incapable de discernement.

Pour pouvoir agir efficacement, le conseil légal doit bénéficier de la confiance de la personne qu'il assiste et qui doit requérir son consentement.⁴⁸¹ Si un acte a été effectué sans le consentement du conseil légal, celui-ci est caduc.⁴⁸²

⁴⁷⁵ STETTLER (1997), n.315.

⁴⁷⁶ Cet article mentionne précisément les cas dans lesquels le concours du conseil légal est nécessaire soit pour plaider et transiger, pour prêter et emprunter, pour faire des donations, pour acheter ou vendre des immeubles, etc.

⁴⁷⁷ STETTLER (1997), n.309. DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.184 qui parlent à cet égard de capacité conditionnelle.

⁴⁷⁸ La personne est au bénéfice d'une capacité civile restreinte pour les actes qui sont mentionnés par l'article 395 alinéa 1 CC et une pleine capacité pour le reste.

⁴⁷⁹ STETTLER (1997), n.333.

⁴⁸⁰ STETTLER (1997), n.310.

⁴⁸¹ STETTLER (1997), n.334.

⁴⁸² DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.191.

iii Le conseil légal gérant

La personne pour laquelle un conseil légal gérant a été nommé est « privée de l'administration de ses biens, tout en conservant la libre disposition des ses revenus ».⁴⁸³ Il en découle un pouvoir de représentation pour ce qui concerne la gestion des biens.⁴⁸⁴ Le conseil légal peut donc agir ici seul et à la place de la personne.⁴⁸⁵ Cette dernière reste par contre libre de gérer ses revenus à sa guise. En termes d'exercice des droits civils, la capacité est restreinte. On peut qualifier le conseil légal gérant de tuteur pour ce qui est de la gestion de la fortune étant donné qu'il dispose de pouvoirs légaux de représentation.⁴⁸⁶

Cette mesure, limitée à l'administration des biens et non des revenus ne s'avère guère utile pour les résidents d'institutions qui, bien souvent, n'ont que peu de fortune. En effet, il n'est pas rare que les ressources de ces derniers ne consistent qu'en une simple rente.⁴⁸⁷

iv Le conseil légal combiné

Il y a un conseil légal combiné lorsque l'on applique cumulativement les deux alinéas de l'article 395 CC. Cela implique que la personne voit son exercice des droits civils limité à « la libre disposition de ses revenus pour les actes qui ne font pas partie de ceux énumérés à l'art. 395 al. 1, ch. 1 à 9 CC ».⁴⁸⁸ La mission du conseil légal combiné est similaire à celle du conseil légal gérant à la différence qu'il doit encore exprimer son consentement pour les actes de l'article 395 alinéa 1 chiffres 1 à 9 du Code civil.⁴⁸⁹

v Le conseil légal volontaire

Même si le Code civil ne le prévoit pas, un conseil légal volontaire est possible.⁴⁹⁰ Les conditions de l'article 372 CC, relatives à la tutelle volontaire doivent être remplies de

⁴⁸³ Article 395 alinéa 2 CC.

⁴⁸⁴ STETTLER (1997), n.311.

⁴⁸⁵ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.1153.

⁴⁸⁶ STETTLER (1997), n.336. La personne est en effet privée de l'exercice des droits civils pour ce qui a trait à sa fortune.

⁴⁸⁷ STURM (1993), p.46s.

⁴⁸⁸ STETTLER (1997), n.314. Il s'agit d'une capacité civile restreinte.

⁴⁸⁹ STETTLER (1997), n.339.

⁴⁹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.209; STETTLER (1997), n.317.

manière atténuée.⁴⁹¹ Il est donc nécessaire qu'une personne à cause d'une faiblesse sénile se trouve dans l'incapacité de gérer ses affaires. L'individu doit en outre être capable de discernement au moment où la décision doit se prendre.

Le conseil légal volontaire peut concerner les différents types susmentionnés soit coopérant, gérant ou combiné.⁴⁹² Les tâches du mandataire se déterminent en fonction de la forme choisie.⁴⁹³

4 *De la curatelle*

i Notion

La curatelle a été conçue pour permettre de répondre à des besoins bien spécifiques en principe limités dans le temps.⁴⁹⁴ Il s'agit en théorie du moins d'une « assistance spéciale », qui cesse dès que l'affaire à régler l'a été.⁴⁹⁵ Par conséquent, elle ne sera pas la mesure la plus adéquate pour une personne âgée en situation de dépendance sauf s'il s'agit d'accomplir un acte précis et ponctuel.⁴⁹⁶

Hormis la curatelle volontaire, il existe deux types de curatelle qui peuvent être combinés : la curatelle de représentation et la curatelle de gestion. Les différentes formes de curatelle n'ont aucune incidence quant à l'exercice des droits civils de la personne (art. 417 al. 1 CC).⁴⁹⁷ Celle-ci peut continuer d'agir comme elle l'entend, même contre l'avis de son curateur.⁴⁹⁸

⁴⁹¹ STETTLER (1997), n.318.

⁴⁹² STETTLER (1997), n.317ss.

⁴⁹³ STETTLER (1997), n.340.

⁴⁹⁴ STETTLER (1997), n.237. La mise sous curatelle donne en principe lieu à une publication (art. 397 al. 2 CC).

⁴⁹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.848 ; article 439 alinéa 1 CC.

⁴⁹⁶ Voir sur cette question STURM (2002), p.177 qui explique que « für Betagte, die ein psycho-organisches Syndrom zeigen, für Betagte also, die infolge ihrer psychischen Lage die eigene Lebenssituation nicht mehr beherrschen, ist die Vertretungsbeistandschaft daher für sich allein keine brauchbare vormundschaftliche Hilfe » et qui poursuit ainsi : « doch lassen sich durchaus auch Lebenslagen vorstellen, in denen ein alter Mensch von einer zu treffenden Entscheidung überfordert wird ».

⁴⁹⁷ STETTLER (1997), n.242.

⁴⁹⁸ STETTLER (1997), n.269.

La pratique fait un usage extensif de la curatelle notamment pour les personnes âgées qui se trouvent dans un état de dépendance.⁴⁹⁹ Un auteur constate à ce propos « qu'en Suisse l'on assiste à une extension du champ d'application de la curatelle de représentation prévue à l'origine pour pallier des empêchements ponctuels de caractère passager ».⁵⁰⁰ Il est d'ailleurs démontré que les personnes âgées acceptent plus facilement une curatelle qu'une tutelle ou un conseil légal.⁵⁰¹ Il n'est pas rare que des individus remplissant les conditions de la tutelle soient soumis à une simple curatelle (pour autant qu'il ne soit pas nécessaire de les priver de l'exercice des droits civils).⁵⁰² On voit ainsi souvent des curatelles utilisées pour assurer une représentation et fournir une assistance personnelle durables.⁵⁰³ La curatelle est pour ainsi dire la « mesure tutélaire type dans la protection des personnes âgées ».⁵⁰⁴ Elle n'est toutefois efficace que si la personne qui en fait l'objet se laisse guider et accepte de coopérer puisqu'elle n'a aucune incidence quant à l'exercice des droits civils.⁵⁰⁵

ii La curatelle de représentation

Il existe différentes causes de curatelle. Celle qui concerne en premier lieu les personnes âgées est prévue à l'article 392 chiffre 1 CC.⁵⁰⁶ Aux termes de celui-ci, une curatelle est instituée « lorsqu'un majeur ne peut, pour cause de maladie, [...] agir dans une affaire urgente, ni désigner lui-même un représentant ». Le Tribunal fédéral a précisé les cas dans lesquels une curatelle s'avère nécessaire. Sont visées les situations dans lesquelles un majeur « est matériellement empêché par une maladie, [...] mais également quand il n'est pas capable de régler l'affaire d'une manière conforme à ses intérêts bien entendus [...] ou quand, faute de jugement, il ne peut ni agir, ni désigner lui-même un représentant ».⁵⁰⁷ Cet

⁴⁹⁹ STETTLER (1997), n.259.

⁵⁰⁰ STETTLER (1992), p.149.

⁵⁰¹ STURM (2002), p.179.

⁵⁰² STETTLER (1997), n.240 ; STETTLER (2002), p.725.

⁵⁰³ STETTLER (1984), p.49.

⁵⁰⁴ STURM (1993), p.49 ; voir aussi RIEMER (1998), p.22.

⁵⁰⁵ STURM (1993), p.48 ; STURM (2002), p.178.

⁵⁰⁶ Les chiffres 2 et 3 qui sont moins directement liés aux conséquences du vieillissement, ne seront pas développés dans le cadre du présent travail. Ils visent les situations de conflit d'intérêt entre un interdit et son tuteur et d'empêchement de celui.

⁵⁰⁷ ATF 111 II 10, 13.

empêchement peut résulter notamment d'une maladie psychique, d'une infirmité, d'une affection mentale.⁵⁰⁸ Souvent dans de telles circonstances, l'autorité tutélaire n'est pas informée et ce sont la famille et les proches qui prennent en charge la personne ayant besoin d'assistance.⁵⁰⁹

La tâche du curateur est de représenter la personne conformément aux instructions de l'autorité tutélaire.⁵¹⁰ La mission qui lui est confiée peut concerner les domaines les plus divers (représentation pour la conclusion d'un contrat, dans un procès, pour liquider un logement, placer une personne, etc.).⁵¹¹

iii La curatelle de gestion de biens

La curatelle de gestion de biens (art. 393 CC), ne présente qu'un intérêt limité pour procurer une assistance à des personnes âgées résidant en institution et ce pour plusieurs raisons.⁵¹²

Tout d'abord les tâches confiées au mandataire tutélaire concernent le patrimoine.⁵¹³ La mission du curateur est ici « la conservation des biens qui lui sont confiés » ; elle est limitée aux actes qui sont nécessaires (art. 419 al. 1 CC).⁵¹⁴ Pour les autres mesures, le curateur doit obtenir le consentement de la personne et en cas d'incapacité de discernement celui de l'autorité tutélaire (art. 419 al. 2 CC). Il est doté d'un pouvoir de représentation pour ce qui concerne la gestion des biens sans qu'il soit nécessaire de prononcer en outre une curatelle de représentation.⁵¹⁵

⁵⁰⁸ STETTLER (1997), n.244 ; DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.1098a.

⁵⁰⁹ STETTLER (1997), n.245.

⁵¹⁰ STETTLER (1997), n.282.

⁵¹¹ STETTLER (1997), n.282.

⁵¹² Dans la mesure où elle peut être combinée à une curatelle de représentation, il est intéressant d'en tracer brièvement les contours. A noter également que le curateur peut se trouver dans une position privilégiée pour constater qu'une personne est maltraitée.

⁵¹³ En principe la curatelle de gestion n'inclut pas une assistance personnelle de la part du curateur (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.1138).

⁵¹⁴ STETTLER (1997), n.285.

⁵¹⁵ STETTLER (1997), n.286.

Ensuite, cette forme de curatelle entre en considération lorsque « un individu est incapable de gérer lui-même ses biens ou de choisir un mandataire, sans qu'il y ait lieu cependant de lui nommer un tuteur ». Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'incapacité de gérer ses biens et celle de se choisir un représentant sont des conditions cumulatives et non alternatives comme le laisse entendre la lettre de l'article 393 ch. 2 CC.⁵¹⁶ Toujours selon notre haute Cour, l'incapacité de gérer dont il est question est avant tout physique ; dans les cas d'une incapacité psychique, il y a lieu de décider d'une mesure d'interdiction ou de mise sous conseil légal.⁵¹⁷ La pratique s'est développée différemment et fait un usage extensif de la curatelle de gestion de biens en particulier pour les personnes âgées.⁵¹⁸

iv La curatelle combinée

Dans la pratique, il est courant de faire une application cumulée des articles 392 ch. 1 et 393 ch. 2 CC.⁵¹⁹ Cette possibilité est beaucoup utilisée lorsque l'individu à protéger est une personne âgée.⁵²⁰ Elle est judicieuse dans la mesure où les aspects matériels de la gestion des biens d'une personne sont liés au besoin d'assistance personnelle.⁵²¹ Cette mesure implique en principe une certaine durabilité.⁵²²

v La curatelle volontaire

L'article 394 CC prévoit que « tout majeur peut être pourvu d'un curateur, s'il en fait la demande et s'il se trouve dans un cas d'interdiction volontaire ». Il est donc nécessaire d'être en présence d'un individu dans l'incapacité de gérer ses affaires par suite d'une

⁵¹⁶ ATF 46 II 353, JT 1921 I 45, 47.

⁵¹⁷ ATF 80 II 14, JT 1954 I 518, 521.

⁵¹⁸ STETTLER (1997), n.259.

⁵¹⁹ GEISER (2003), p.103.

⁵²⁰ STETTLER (1997), n.263; RIEMER (1998), p.22s. L'usage fréquent de cette forme de curatelle pour les personnes âgées s'explique par le fait que ces personnes « n'ont généralement plus de comportement actif qui puisse nuire à leurs propres intérêts ou à ceux de tiers ; dans ce contexte, la privation de l'exercice des droits civils n'est pas nécessaire et apparaît disproportionnée » (LEUBA/BERTRAND/MANDOFIA BERNEY (2009), p.350).

⁵²¹ STETTLER (1997), n.264.

⁵²² LEUBA/BERTRAND/MANDOFIA BERNEY (2009), p.349.

faiblesse sénile.⁵²³ La personne doit en outre être capable de discernement au moment où la décision doit se prendre.⁵²⁴

La curatelle volontaire permet de procurer « une aide globale, sans que la personne protégée soit limitée dans sa capacité civile ».⁵²⁵ On l'utilise de plus en plus pour fournir une assistance aux personnes âgées devenues dépendantes.⁵²⁶ Elle doit être considérée comme la mesure la plus douce parmi tout le catalogue des mesures tutélaires possibles.⁵²⁷ La mission du curateur est ici très proche de celle qui découle d'une curatelle combinée puisqu'elle englobe tant l'assistance personnelle que la gestion des biens.⁵²⁸

III Les nouvelles dispositions du Code civil

1 *Présentation générale*

Les dispositions actuelles du droit de la tutelle auxquelles les paragraphes précédents ont été consacrés, n'ont pas été modifiées depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1912. Ne correspondant plus à notre société, elles ont fait l'objet d'une révision qui a débuté en 1993 et qui a abouti dernièrement. Le Conseil fédéral a accepté un message accompagné d'un projet de révision en juin 2006.⁵²⁹ En décembre 2008, les différentes divergences restantes ont été éliminées par les Chambres fédérales.⁵³⁰ Le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2013.⁵³¹

⁵²³ STURM (2002), p.174.

⁵²⁴ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.1116.

⁵²⁵ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.1116.

⁵²⁶ STETTLER (2002), p.725 ; STURM (2002), p.174.

⁵²⁷ STURM (2002), p.176.

⁵²⁸ STETTLER (1997), n.288.

⁵²⁹ Le message est publié dans la FF 2006 6635ss et le projet dans la FF 2006 6767ss.

⁵³⁰ Les nouvelles dispositions ont été publiées dans la Feuille fédérale (FF 2009 139ss) et au Recueil officiel du droit fédéral (RO 2011 725).

⁵³¹ http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2011/ref_2011-01-12.html.

Les nouvelles dispositions prennent tout particulièrement en compte la situation et la sauvegarde des intérêts des plus âgés d'entre nous, en améliorant la protection des personnes incapables de discernement résidant en institution.⁵³²

Elles consacrent, d'une manière générale, un renforcement de l'autodétermination des individus⁵³³ et une diminution de l'intervention étatique.⁵³⁴ En outre, elles s'efforcent d'éviter l'utilisation de termes stigmatisants et ne prévoient plus la publication de la mesure décidée par l'autorité.⁵³⁵

Elles ne prévoient plus qu'une seule mesure de protection de l'adulte : la curatelle. Cette dernière permettra d'adopter des solutions plus souples que celles découlant du système actuel. Quatre variantes sont prévues : la curatelle d'accompagnement, de représentation, de coopération et de portée générale.

A noter également que le nouveau droit renforce la solidarité familiale⁵³⁶ en octroyant aux proches d'une personne incapable de discernement un pouvoir de représentation (art. 374ss nCC et 377ss nCC) ;⁵³⁷ l'idée sous-jacente étant d'éviter au maximum l'intervention de l'autorité et de considérer celle-ci comme une solution de dernier recours.⁵³⁸ En cas d'incapacité de discernement durable, il conviendra toutefois de nommer un curateur, qui pourra très bien être un proche.⁵³⁹

⁵³² STETTLER (2003), p.369.

⁵³³ MEIER (2008), Rz11s; MEIER/LUKIC (2011), n.16.

⁵³⁴ MEIER/LUKIC (2011), n.20ss. Les principes de proportionnalité et de subsidiarité seront désormais ancrés dans la loi (art. 389 nCC).

⁵³⁵ MEIER (2008), Rz21s; BIDERBOST (2010), Rz23.

⁵³⁶ MEIER/LUKIC (2011), n.18.

⁵³⁷ MEIER (2008), Rz13ss et 57ss; MEIER/LUKIC (2011), n.308ss et 322ss ; LANGENEGGER (2011), ad Art. 374 ZGB, n.2ss ; GASSMANN (2011), ad Art. 377 ZGC, n.13ss.

⁵³⁸ AFFOLTER (2006), p.1061 ; MEIER (2008), Rz20; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.1.40.

⁵³⁹ FF 2006 6668. Il existe une disposition spécifique qui limite la surveillance étatique lorsque la curatelle est confiée à un proche (art. 420 nCC). Selon certains auteurs, la représentation par les proches ne devrait pas forcément cesser lorsque l'incapacité de discernement est durable (MEIER/LUKIC (2011), n.312).

2 Des mesures « sur mesure »

i Généralités

Les mesures d'interdiction et de conseil légal, trop rigides,⁵⁴⁰ ne sont pas reprises dans le nouveau droit. Ce dernier ne garde que la curatelle (art. 390ss nCC).⁵⁴¹ Celle-ci plus souple permet de ménager au mieux l'autonomie et l'autodétermination de la personne ayant besoin d'assistance.⁵⁴² Les nouvelles dispositions prévoient néanmoins différentes sortes de curatelle pouvant être combinées entre elles.⁵⁴³

Une mesure de curatelle sera décidée si une personne « est partiellement ou totalement empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse qui affecte sa condition personnelle » (art. 390 al. 1 ch. 1 nCC).⁵⁴⁴ La notion de « faiblesse d'esprit » du droit actuel sera remplacée par celle de « déficience mentale ».⁵⁴⁵ Au lieu de « maladie mentale », le nouveau droit parle de « troubles psychiques ».⁵⁴⁶ La dernière cause (autre état de faiblesse) permet de décider d'une curatelle en cas de graves handicaps physiques ou déficiences liées à l'âge.⁵⁴⁷

⁵⁴⁰ MEIER (2008), Rz19.

⁵⁴¹ MEIER/LUKIC (2011), n.370 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.78.

⁵⁴² MEIER/LUKIC (2011), n.376 ; FF 2006 6650 et 6675s.

⁵⁴³ BIDERBOST (2010), Rz41 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.101. A noter que la curatelle de portée générale qui remplace l'actuelle interdiction ne pourra pas être combinée avec d'autres mesures (MEIER (2008), Rz71).

⁵⁴⁴ Une curatelle peut aussi être décidée si une personne est « en raison d'une incapacité passagère de discernement ou pour cause d'absence, empêchée d'agir elle-même et qu'elle n'a pas désigné de représentant pour des affaires qui doivent être réglées » (art. 390 al. 1 ch. 2 nCC).

⁵⁴⁵ La notion de déficience mentale est de nature quantitative et vise « les déficiences de l'intelligence, congénitales ou acquises, de degrés divers » (FF 2006 6676).

⁵⁴⁶ La notion de troubles psychiques est qualitative et vise « toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie, soit les psychoses et les psychopathies ayant des causes physiques ou non ou encore les démences, notamment la démence sénile » (FF 2006 6676).

⁵⁴⁷ FF 2006 6676.

L'étendue de la curatelle sera déterminée en fonction des besoins de la personne (personnalisation).⁵⁴⁸ Les tâches du curateur pourront concerner l'assistance personnelle,⁵⁴⁹ la gestion du patrimoine⁵⁵⁰ ainsi que les rapports juridiques avec les tiers.⁵⁵¹

L'autorité de protection de l'adulte nommera en principe un curateur, mais elle peut s'il existe des circonstances particulières choisir deux curateurs (art. 400 al. 1 nCC).⁵⁵² Il est ainsi possible « d'attribuer la gestion des affaires personnelles et la gestion de la fortune à deux personnes différentes, notamment en cas de placement dans un home ». ⁵⁵³ Contrairement au mandat pour cause d'incapacité, la curatelle ne peut être confiée qu'à une personne physique.⁵⁵⁴ Il peut s'agir d'un particulier ou d'un professionnel « rattaché à une institution privée ou publique ». ⁵⁵⁵

Lorsqu'une curatelle doit être mise en place, les vœux de l'intéressé (droit de proposition) quant à la personne du curateur doivent être pris en considération et, dans la mesure du possible, respectés.⁵⁵⁶ Ils peuvent découler d'un mandat pour cause d'incapacité, lorsque celui-ci ne peut être mis en œuvre.⁵⁵⁷ Les souhaits des proches entrent également en

⁵⁴⁸ MEIER/LUKIC (2011), n.374 ; ROSCH (2011), ad Art. 391 ZGB, n.1ss ; FF 2006 6677 ; art. 391 nCC.

⁵⁴⁹ Cela consiste à fournir un soutien pour des affaires qui concernent la personne et non ses biens (MEIER/LUKIC (2011), n.421).

⁵⁵⁰ La gestion du patrimoine se réfère à l'administration des biens (MEIER/LUKIC (2011), n.422).

⁵⁵¹ Il peut s'agir de la représentation auprès des autorités ou d'une institution (MEIER/LUKIC (2011), n.423).

⁵⁵² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.111.

⁵⁵³ FF 2006 6683.

⁵⁵⁴ La personne choisie doit avoir les aptitudes et les connaissances nécessaires pour accomplir les tâches qui lui sont confiées. L'article 400 alinéa 1 nCC précise qu'elle doit disposer du temps nécessaire pour accomplir personnellement son mandat. Sur l'importance des qualités requises en la personne du curateur voir AFFOLTER (2006), p.1064.

⁵⁵⁵ MEIER/LUKIC (2011), n.541.

⁵⁵⁶ L'autorité doit aussi tenir compte, dans la mesure du possible, des objections émises par la personne (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.114).

⁵⁵⁷ MEIER/LUKIC (2011), n.546.

considération (art. 401 nCC).⁵⁵⁸ Il n'existe plus de droit de préférence des proches dans le nouveau droit.⁵⁵⁹

Si la curatelle est confiée à un proche (art. 420 nCC), des allègements au niveau des tâches sont prévus par exemple en ce qui concerne la reddition des comptes ou l'établissement des rapports.⁵⁶⁰ Ces facilités ne sont pas automatiques, mais seulement octroyées si l'autorité de protection de l'adulte l'estime adéquat. Cette solution est la bienvenue dans la mesure où « le risque d'abus peut être accru du fait de l'existence d'une relation plus étroite entre le curateur et la personne sous curatelle et du défaut de distance que cette relation peut engendrer ». ⁵⁶¹

La sauvegarde des intérêts de la personne constitue la tâche principale du curateur qui pour ce faire doit au maximum tenir compte de l'avis de celle-ci et respecter sa volonté d'organiser son existence comme elle l'entend ; le mandataire doit aussi s'atteler à établir une relation de confiance avec elle (art. 406 al. 1 nCC).⁵⁶² Il doit également faire en sorte que l'état de faiblesse ne s'aggrave pas, à tout le moins il doit en atténuer au maximum les effets (art. 406 al. 2 nCC).⁵⁶³ Au vu de ces missions, le curateur est particulièrement bien placé pour veiller à ce que la personne qu'il assiste ne soit pas maltraitée ou, cas échéant, pour faire cesser les mauvais traitements.

Dans certains cas, pour assurer la protection de la personne, l'autorité doit pouvoir agir immédiatement. C'est pourquoi les nouvelles dispositions lui donnent la compétence de prendre des mesures provisionnelles avant que la procédure n'arrive à son terme (art. 445

⁵⁵⁸ HÄFELI (2011), ad Art. 401 ZGB, n.2.

⁵⁵⁹ Cela n'empêchera pas l'autorité de protection de l'adulte de chercher un curateur parmi les proches de la personne intéressée (MEIER/LUKIC (2011), n.547).

⁵⁶⁰ FF 2006 6693; MEIER/LUKIC (2011), n.520s

⁵⁶¹ FF 2006 6693 ; MEIER (2008), Rz16.

⁵⁶² HÄFELI (2011), ad Art. 406 ZGB, n.4s.

⁵⁶³ Il est ainsi tenu compte de l'autonomie et de volonté de la personne, une fois la curatelle mise en place (MEIER/LUKIC (2011), n.563).

al. 1 nCC).⁵⁶⁴ Dans les cas de péril en la demeure, des mesures superprovisionnelles peuvent être décidées (art. 445 al. 2 nCC).⁵⁶⁵

ii La curatelle d'accompagnement

La curatelle d'accompagnement,⁵⁶⁶ qui suppose le consentement de l'intéressé⁵⁶⁷ et qui n'a pas d'influence sur l'exercice des droits civils,⁵⁶⁸ constitue la mesure la plus douce (art. 393 nCC).⁵⁶⁹ Elle entre en considération lorsqu'une personne « ayant besoin d'aide » doit « être assistée pour accomplir certains actes ». Le rôle du curateur se limite à l'apport d'une aide et la collaboration de la personne est nécessaire au bon fonctionnement de la mesure.⁵⁷⁰ Cette mesure a été conçue en pensant aux personnes âgées.⁵⁷¹

Le curateur d'accompagnement soutiendra la personne lors de prises de décisions en lui procurant conseils, informations et aide. Il ne dispose d'aucun moyen coercitif pour accomplir ses tâches.⁵⁷² En particulier, il n'est pas doté de pouvoirs représentation.⁵⁷³

⁵⁶⁴ FF 2006 6709. Cela peut consister à nommer un curateur provisoire ou à retirer l'exercice des droits civils de la personne concernée (MEIER/LUKIC (2011), n.105).

⁵⁶⁵ FF 2006 6709s ; MEIER/LUKIC (2011), n.106 ; STECK (2011), ad Art. 446 ZGB, n.9.

⁵⁶⁶ Pour une critique à l'égard de cette mesure, en particulier de son utilité sur le plan pratique, cf. MEIER (2007), p.53ss.

⁵⁶⁷ A cet égard, il faut avoir la capacité de discernement (MEIER/LUKIC (2011), n.448).

⁵⁶⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.89.

⁵⁶⁹ Elle s'approche de l'actuelle curatelle volontaire dans la mesure où le consentement de l'intéressé s'avère nécessaire (AFFOLTER (2006), p.1062). Voir aussi BIDERBOST (2010), Rz29 et ROSCH (2010), p.275ss ; MEIER/LUKIC (2011), n.444.

⁵⁷⁰ Le curateur d'accompagnement n'a ni pouvoir de représentation ni compétences en matière d'administration (AFFOLTER (2006), p.1062s ; ROSCH (2011) ad Art. 393 ZGB, n.5.), ce qui le distingue de l'actuel curateur volontaire.

⁵⁷¹ MEIER/LUKIC (2011), n.445.

⁵⁷² MEIER/LUKIC (2011), n.452 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.88.

⁵⁷³ MEIER/LUKIC (2011), n.454s.

iii La curatelle de représentation

La curatelle de représentation (art. 394 al. 1 nCC) implique un pouvoir de représentation du curateur pour certains actes.⁵⁷⁴ La personne sous curatelle est engagée par les actes effectués par son curateur (art. 394 al. 3 nCC).

Elle peut inclure ou non une limitation de droits civils (art. 394 al. 2 nCC).⁵⁷⁵ Lorsqu'une telle restriction est prévue, la personne sous curatelle ne peut plus effectuer valablement les actes visés par ladite restriction.⁵⁷⁶ Cette tâche revient au curateur.

Si la mesure ne restreint pas l'exercice des droits civils, la personne et son curateur peuvent agir concurremment.⁵⁷⁷

Les tâches du curateur sont déterminées en fonction du besoin de la personne à protéger.⁵⁷⁸ A noter que la personne sous curatelle et capable de discernement continuera à exercer ses droits strictement personnels.⁵⁷⁹

iv La curatelle de coopération

Une curatelle de coopération est instituée « lorsque, pour sauvegarder les intérêts d'une personne qui a besoin d'aide, il est nécessaire de soumettre un certain nombre de ses actes

⁵⁷⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.91; ROSCH (2011), ad Art. 394/395 ZGB, n.2.

⁵⁷⁵ Lorsque l'exercice des droits civils n'est pas touché, cette mesure s'apparente à l'actuelle curatelle de représentation.

⁵⁷⁶ MEIER/LUKIC (2011), n.465.

⁵⁷⁷ MEIER/LUKIC (2011), n.469 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.92.

⁵⁷⁸ Il est prévu une forme spéciale de la curatelle de représentation ; il s'agit de la curatelle de gestion du patrimoine (art. 395 nCC) dont nous ne traiterons pas étant donné qu'elle concerne principalement les aspects patrimoniaux de la personne à protéger (pour des détails, cf. FF 2006 6679s et AFFOLTER (2006), p.1063) ; MEIER (2008), Rz78ss ; MEIER/LUKIC (2011), n.470ss ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.93ss). A noter que la curatelle de gestion du patrimoine s'inspire des actuelles curatelles de gestion et conseil légal gérant.

⁵⁷⁹ FF 2006 6679 ; BIDERBOST (2010), Rz30.

à l'exigence du consentement du curateur » (art. 396 al. 1 nCC).⁵⁸⁰ A défaut de consentement l'acte n'est pas valable.⁵⁸¹

Cette curatelle peut être instituée sans le consentement de l'intéressé. Elle peut donc être volontaire ou imposée par l'autorité.⁵⁸² L'assistance personnelle n'est pas visée par l'article 396 nCC sauf si l'acte pour lequel un consentement est requis la concerne.⁵⁸³

La capacité civile active de la personne à protéger est limitée pour les actes qui nécessitent le consentement du curateur.⁵⁸⁴

v *La curatelle de portée générale*

La curatelle de portée générale (art. 398 nCC) qui engendre de plein droit la privation de l'exercice des droits civils ne sera prononcée que si la personne est durablement incapable de discernement et a un besoin accru de protection et d'aide.⁵⁸⁵ Elle inclut une assistance personnelle, la gestion du patrimoine et un pouvoir de représentation.⁵⁸⁶ Cette mesure, la plus incisive de toutes, ne doit être envisagée qu'en tant qu'*ultima ratio* lorsqu'une personne est empêchée de « comprendre la réalité et de défendre ses propres intérêts, au risque d'être exploitée par autrui ». ⁵⁸⁷

⁵⁸⁰ Cette mesure ressemble sur certains points à l'actuel conseil légal coopérant (AFFOLTER (2006), p.1063s ; BIDERBOST (2010), Rz31).

⁵⁸¹ MEIER/LUKIC (2011), n.488 ; voir aussi HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.99.

⁵⁸² MEIER/LUKIC (2011), n.490.

⁵⁸³ MEIER/LUKIC (2011), n.491.

⁵⁸⁴ MEIER/LUKIC (2011), n.495 ; ROSCH (2011), ad Art. 396 ZGB, n.3.

⁵⁸⁵ MEIER (2008), Rz82; BIDERBOST (2010), Rz32; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.103. Toute personne frappée d'un état d'incapacité de discernement durable ne fera pas forcément l'objet d'une curatelle de portée générale. Une mesure moins incisive est tout à fait envisageable si elle permet de satisfaire le besoin de protection de l'intéressé. MEIER/LUKIC citent l'exemple d'une personne durablement incapable qui n'entretient aucun rapport juridique directement par exemple parce qu'elle séjourne en institution (MEIER/LUKIC (2011), n.510).

⁵⁸⁶ AFFOLTER (2006), p.1064; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.102.

⁵⁸⁷ MEIER (2007), p.61s ; MEIER/LUKIC (2011), n.509.

Le curateur de portée générale est le représentant légal de la personne concernée qui ne peut plus agir valablement seule.⁵⁸⁸ Si cette dernière est capable de discernement, elle peut exercer ses droits strictements personnels.⁵⁸⁹

D Les « mesures » de protection de la personnalité

Après quelques généralités sur la notion de protection de la personnalité (ci-après I), nous traiterons plus spécifiquement des diverses actions défensives (ci-après II) et des mesures pouvant être prises par un juge pour pallier au plus pressé, c'est-à-dire des mesures provisionnelles (ci-après III).

I Généralités

Lorsqu'une personne âgée est victime de maltraitance, elle peut agir en justice pour demander d'empêcher ou de faire cesser une atteinte à la personnalité. Dans les paragraphes qui suivent, nous concentrerons nos propos sur les articles 28 et suivants du Code civil⁵⁹⁰ qui envisagent les mesures qu'un juge peut prendre pour protéger un résident.⁵⁹¹ Ces dispositions, à vocation protectrice, déploient des effets avant tout de nature négative.⁵⁹²

Hormis l'article 28 du Code civil, d'autres dispositions légales ont également pour mission de protéger la personnalité des individus. Par exemple, les nouvelles dispositions du Code civil prévoient que les institutions médico-sociales doivent protéger la personne de leurs résidents (art. 386 nCC).⁵⁹³ Cela consiste entre autres à fournir à ceux-ci un cadre où leur

⁵⁸⁸ MEIER/LUKIC (2011), n.513.

⁵⁸⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (2010), n.2.102; ROSCH (2011), ad Art. 398 ZGB, n.4.

⁵⁹⁰ L'article 28 alinéa 1 CC est la norme topique et prévoit que quiconque « subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe ».

⁵⁹¹ Nous laissons de côté dans notre analyse la question de la protection de la personnalité contre soi-même réglée par l'article 27 CC relatif aux engagements excessifs qu'une personne peut prendre ; cela découle du fait que la maltraitance telle qu'envisagée dans la présente étude est nécessairement le fait d'un tiers.

⁵⁹² JEANDIN (2010), ad art. 28 CC, n.84.

⁵⁹³ Ce devoir de protéger la personnalité des résidents est comparable à celui qu'a l'employeur vis-à-vis de ses employés en vertu de l'article 328 alinéa 1 CO (LEUBA/TRITTEN (2003), p.290 ; MEIER/LUKIC (2011), n.363ss ; FF 2006 6674). Il s'agit-là d'une intention louable du législateur qui constitue un signal important à l'intention des institutions et destiné à faire en sorte que les résidents soient protégés dans leur personnalité et ne soient *a fortiori* pas maltraités. Un auteur estime que l'article 386 alinéa 1 nCC « ist sicherlich gut gemeint, kann aber infolge seiner faktischen Undurchsetzbarkeit nur als programmartikel verstanden werden » (PETERMANN (2007), Rz94).

bien-être peut être assuré et dans lequel ils peuvent s'épanouir.⁵⁹⁴ L'article 386 nCC concerne les contacts avec l'extérieur et le libre choix du médecin. Il dit que lorsqu'un résident est privé de toute assistance extérieure, l'institution doit en aviser l'autorité de protection de l'adulte.

Par personnalité, il faut comprendre « l'ensemble des biens (ou des valeurs) qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence ».⁵⁹⁵ Les aspects qui concernent notre thématique sont l'intégrité corporelle, la vie psychique, l'honneur,⁵⁹⁶ la sphère privée, la liberté sexuelle et de mouvement ainsi que les relations avec les proches.⁵⁹⁷ Le patrimoine en tant que tel n'est pas protégé par l'article 28 du Code civil.⁵⁹⁸ Cela n'exclut pas le fait qu'une atteinte à la personnalité puisse avoir des répercussions sur le patrimoine de la victime.⁵⁹⁹

La loi ne dresse pas de liste des divers biens de la personnalité et il revient au juge de les définir au gré de l'évolution de la société et des valeurs véhiculées par celle-ci.⁶⁰⁰ A ces biens de la personnalité sont rattachés des droits qui protègent le titulaire contre toute atteinte d'une tierce personne.⁶⁰¹ Les droits de la personnalité sont des droits strictement personnels au sens de l'article 19 alinéa 2 CC ;⁶⁰² ils peuvent aussi faire l'objet d'une représentation.

⁵⁹⁴ FF 2006 6674s ; STETTLER (2003), p.383.

⁵⁹⁵ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.515 ; JEANDIN (2010), ad art. 28 CC, n.14 ; voir aussi TERCIER (1984), n.103.

⁵⁹⁶ A noter que la protection civile de l'honneur est plus étendue qu'en droit pénal. Elle englobe la réputation professionnelle et économique d'une personne (TERCIER (1984), n.477).

⁵⁹⁷ BUCHER (2009), n.440ss ; MEILI (2002), ad Art. 28 ZGB, n.17 ; TERCIER (1984), n.353ss.

⁵⁹⁸ ATF 114 II 91, 105, JT 1988 I 310, 315.

⁵⁹⁹ TERCIER (1984), n.329 ; BUCHER (2009), n.481.

⁶⁰⁰ BUCHER (2009), n.436 ; WERRO (1993), p.16 et p.19ss ; TERCIER (1984), n.112 et n.487ss qui mentionne comme exemples possibles d'autres droits de la personnalité, la liberté de décision et le droit d'être informé (spécialement en matière médicale).

⁶⁰¹ WERRO (1993), p.23.

⁶⁰² BUCHER (2009), n.490 ; JEANDIN (2010), ad art. 28 CC, n.16. Cela signifie qu'un interdit capable de discernement peut les exercer de manière autonome.

Le législateur donne ainsi la possibilité à la personne âgée victime de maltraitance, ou à son représentant, d'agir en justice pour sa protection. Pour ce faire, diverses voies lui sont offertes. Nous ne traiterons dans les paragraphes qui suivent que des actions défensives et des mesures provisionnelles en laissant de côté la question de la réparation du dommage ou du tort moral (actions réparatrices) qui sera abordée dans le chapitre consacré aux prétentions du résident maltraité.⁶⁰³

II Les actions défensives en protection de la personnalité

1 *Les parties*

Le résident victime d'une atteinte à sa personnalité a qualité pour agir dans le cadre des actions prévues à l'article 28a CC.⁶⁰⁴ A cet égard, l'interdit (ou celui qui fera l'objet d'une curatelle de portée générale) capable de discernement a la capacité pour agir sans le consentement de son tuteur.⁶⁰⁵ Cela tient à la nature strictement personnelle des droits de la personnalité.⁶⁰⁶ Ainsi le tuteur ne peut agir à la place de la personne âgée sans son consentement.⁶⁰⁷ Par contre, en cas d'incapacité, seul le représentant légal peut ester en justice (sous réserve du consentement de l'autorité tutélaire comme le prévoient l'article 421 ch. 8 CC et l'article 416 al. 1 ch. 9 et al. 2 nCC).⁶⁰⁸ Un représentant privé peut également être légitimé pour agir à la place de la personne âgée pour autant que le mandat ou la procuration le prévoient. Tel est également le cas du curateur au bénéfice de pouvoirs de représentation en la matière.

⁶⁰³ Ci-dessous p.193.

⁶⁰⁴ MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.32; BUCHER (2009), n.544. L'objet de l'action est la protection de droits strictement personnels.

⁶⁰⁵ L'article 67 alinéa 3 lit. a CPC, qui traite de la capacité d'ester en justice, prévoit que celui qui n'a pas l'exercice des droits civils peut exercer ses droits strictement personnels de manière indépendante. Voir aussi ATF non publié du 30 mai 2011, 5A_194/2011.

⁶⁰⁶ TERCIER (1984), n.830ss ; MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.9.

⁶⁰⁷ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.574.

⁶⁰⁸ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.574. Un conseil légal coopérant, dépourvu de pouvoirs de représentation, ne pourra agir en lieu et place de la personne âgée même s'il se trouve dans une hypothèse où son consentement est requis (art. 395 al. 1 ch. 1 CC). Pour un exemple dans le cadre d'un litige concernant une rente d'invalidité, voir ATF 119 V 264, 268ss qui précise que le conseil légal n'est pas habilité à agir seul et que le consentement ou la ratification du pupille est nécessaire.

Selon l'article 28 alinéa 1 CC, l'action est dirigée contre toute personne qui participe à l'atteinte.⁶⁰⁹ Sont visés tous ceux qui par leur collaboration (comportement actif ou passif) ont permis ou favorisé une atteinte à la personnalité.⁶¹⁰ Tel est le cas de l'auteur d'une maltraitance.⁶¹¹ Si des mauvais traitements sont le fait de plusieurs individus chacun pourra être recherché, peu importe que le comportement apparaisse comme principal ou secondaire.⁶¹² Le directeur et le médecin de l'EMS pourraient aussi être inquiétés, pour autant qu'un comportement illicite puisse leur être personnellement imputé.⁶¹³ Même si cela n'est pas décisif en matière de maltraitance,⁶¹⁴ il n'est pas déterminant que la personne contre qui l'action est dirigée se rende compte qu'elle porte atteinte à la personnalité d'un tiers.⁶¹⁵

2 *La notion d'atteinte*

Selon la jurisprudence, l'atteinte « est réalisée par tout comportement humain, tout acte de tiers, qui cause de quelque manière un trouble aux biens de la personnalité d'autrui en violation des droits qui la protègent ».⁶¹⁶ Elle peut être le fait d'une action ou d'une omission.⁶¹⁷ Elle vise autant un acte isolé, que des comportements répétés ou un état.⁶¹⁸

⁶⁰⁹ BUCHER (2009), n.480. Le choix appartient au lésé qui détermine contre qui il va agir (MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.37).

⁶¹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.575; BUCHER (2009), n.550; MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.37; TERCIER (1984), n.842.

⁶¹¹ Au contraire de la responsabilité civile, il n'y a pas, dans le domaine des actions défensives, de responsabilité pour autrui (TERCIER (1984), n.851).

⁶¹² BUCHER (2009), n.550.

⁶¹³ Par exemple parce qu'il a permis, favorisé ou toléré une atteinte (TERCIER (1984), n.851).

⁶¹⁴ Pour mémoire, la définition choisie pour le présent travail n'envisage que les actes intentionnels (y compris ceux effectués par dol éventuel).

⁶¹⁵ TERCIER (1984), n.853.

⁶¹⁶ ATF non publié du 31 mars 2010, 5A_163/2009, cons. 3.1. Voir aussi la définition de TERCIER (1984), n.114 : « tous les comportements (positifs ou négatifs) par lesquels un sujet peut mettre en péril ou léser les biens de la personnalité d'autrui ».

⁶¹⁷ JEANDIN (2010), ad art. 28 CC, n.68 ; MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.40 ; TERCIER (1984), n.557.

⁶¹⁸ MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.40 ; TERCIER (1984), n.560.

Une seule atteinte peut viser plusieurs droits de la personnalité.⁶¹⁹ Sur le plan temporel l'atteinte doit aussi être comprise largement puisqu'elle « englobe la menace d'une violation de la personnalité dans l'avenir, l'atteinte qui a lieu au présent et l'atteinte passée qui laisse subsister un trouble ».⁶²⁰

Pour être prise en considération, l'atteinte doit avoir une certaine intensité et aller au-delà de ce que la société tolère.⁶²¹ Lorsque c'est le cas, la maltraitance permettra de déployer le mécanisme protecteur de l'article 28 CC. Pour déterminer si l'on doit admettre une atteinte à la personnalité dans une situation concrète, il faut se baser sur des critères objectifs sans égard à la sensibilité particulière ou au ressenti de la victime.⁶²²

L'atteinte est, par principe, automatiquement illicite,⁶²³ sauf s'il existe un motif justificatif (art. 28 al. 2 CC). Permettent de justifier une atteinte à la personnalité, le consentement de la victime,⁶²⁴ un intérêt prépondérant (privé ou public) ou une base légale (cantonale ou fédérale⁶²⁵).

⁶¹⁹ BUCHER (2009), n.431.

⁶²⁰ BUCHER (2009), n.554.

⁶²¹ JEANDIN (2010), ad art. 28 CC, n.68. Voir aussi MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.39 qui précise que « das Gesetz bietet Schutz gegen jede **Verletzung der Persönlichkeit**, d.h. gegen jeden mehr als harmlosen Angriff, jede spürbare Störung, jede ernst zu nehmende Bedrohung oder Bestreitung der Persönlichkeitsgüter durch Dritte ».

⁶²² Cette appréciation objective se retrouve en droit pénal (JEANDIN (2010), ad art. 28 CC, n.69 ; MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.42 ; voir aussi ATF 105 II 161, JT 1980 I 197).

⁶²³ BUCHER (2009), n.493 ; JEANDIN (2010), ad art. 28 CC, n.71. Pour un avis critique voir WERRO (1993), p.23ss selon lequel l'approche qui veut que toute atteinte à la personnalité est par principe illicite n'est pas adéquate et qui estime qu'il est « plus exact d'admettre que l'atteinte à un bien de la personnalité ne suffit pas, à elle seule, à fonder l'action de celui qui s'estime lésé » et qu'il faut « que son auteur contrevienne aux règles de comportement édictées ou qu'en l'absence de telles règles ou de règles de protection spéciales, le comportement soit objectivement déraisonnable et donc injustifiable ».

⁶²⁴ Celui-ci peut être exprès, tacite voire, dans des situations exceptionnelles, présumé (MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.48).

⁶²⁵ Il peut par exemple s'agir de l'article 52 CO relatif à la légitime défense et à l'état de nécessité (MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.47) ou des règles du Code civil sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a ss CC).

Dans le cadre de l'article 28 CC, aucune faute n'est exigée pour que les mécanismes de protection entrent en considération ; tel n'est pas le cas pour les actions réparatrices intentées contre l'auteur de la maltraitance, qui requièrent une faute de ce dernier.⁶²⁶

3 *Les diverses actions en protection de la personnalité*

i *Généralités*

L'article 28a alinéa 1 CC énumère de manière générale les mesures qu'une personne faisant l'objet d'une atteinte à la personnalité peut demander au juge de prendre.⁶²⁷ Il peut ainsi être demandé à ce dernier de faire en sorte de prévenir une maltraitance (action en prévention), de la faire cesser (action en cessation) ou d'en constater le caractère illicite (action en constatation).⁶²⁸ Le choix de l'action se fait en fonction d'un critère temporel selon que l'atteinte n'est pas encore réalisée, est en cours ou a déjà eu lieu. Ces trois actions sont imprescriptibles, c'est-à-dire qu'aucun délai n'est imparti au demandeur pour les intenter. En pratique et pour qu'elles soient utiles, une action à bref délai s'imposera dans la majorité des cas de mauvais traitements.⁶²⁹

Les différentes alternatives mentionnées par l'article 28a CC peuvent être combinées.⁶³⁰ Il revient au lésé de prouver l'atteinte à la personnalité.⁶³¹ Cette preuve ne sera pas évidente à

⁶²⁶ MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.55; BUCHER (2009), n.543.

⁶²⁷ L'alinéa 2 précise que dans le cadre de ces actions, le demandeur peut demander « qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié » ; il s'agit d'exemples de conclusions qu'il est possible de prendre (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.597c). L'alinéa 3 réserve la possibilité d'intenter des actions réparatrices.

⁶²⁸ A noter que l'article 28b CC, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2007, prévoit des mesures spécifiques que le juge peut prendre lorsque l'atteinte à la personnalité est le fait de violence, de menaces ou de harcèlement. L'atteinte doit aller au-delà d'un simple comportement socialement incorrect. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, il peut notamment être interdit à l'auteur de l'atteinte d'approcher la victime, de prendre contact avec elle, ou de fréquenter certains endroits. Théoriquement, il n'est pas d'emblée exclu que cet alinéa trouve, à l'avenir, application dans le cadre de notre thématique. Les alinéas 2, 3 et 4 visent l'hypothèse d'un logement commun de la victime et de l'auteur de l'atteinte à la personnalité ; par conséquent, ils ne s'avèrent d'aucune utilité en matière de maltraitance d'un résident par un membre du personnel soignant (voir FF 2005 6451ss) ; pour une analyse de cet article cf. ZINGG (2008), Rz1ss et MEIER/PIOTET (2008), p.309ss.

⁶²⁹ TERCIER (1984), n.933.

⁶³⁰ MEILI (2010), ad Art. 28a ZGB, n.1.

⁶³¹ MEILI (2010), ad Art. 28 ZGB, n.56 qui précise que de simples suppositions ou des soupçons incertains ne suffisent pas.

établir, surtout lorsque la maltraitance ne laisse pas de traces tangibles, comme c'est fréquemment le cas lorsque l'intégrité psychique ou l'honneur est touché.

ii L'action en prévention de l'atteinte

L'action en prévention de l'atteinte a pour but d'empêcher qu'un droit de la personnalité soit lésé ; elle suppose une menace sérieuse et imminente de lésion du bien en question.⁶³² Elle est prévue par le chiffre 1 de l'alinéa 1 de l'article 28a CC qui donne la possibilité de demander au juge « d'interdire une atteinte illicite, si elle est imminente ».

L'imminence, dont il est question ici, implique la menace sérieuse et concrète d'une atteinte à la personnalité ; sans pertinence est la question de savoir s'il s'agit d'une menace d'une nouvelle atteinte ou de celle de la réitération d'une atteinte passée.⁶³³ Il faut par contre que l'on soit en présence d'indices sérieux attestant que l'auteur va porter une atteinte déterminée à la personnalité ;⁶³⁴ cela découle souvent du fait qu'il a déjà eu un tel comportement et qu'il s'apprête à le reproduire. A noter que l'imminence, contrairement au sens habituel attribué au terme, n'implique pas la réalisation d'une atteinte dans un proche avenir ; l'interdiction d'un comportement pouvant survenir dans les prochains mois serait tout à fait envisageable.⁶³⁵

Le but est que le juge saisi interdise à l'auteur de produire l'atteinte qu'il s'apprête à perpétrer.⁶³⁶ Le demandeur devra toutefois indiquer dans ses conclusions la mesure précise qu'il attend⁶³⁷ et veiller à ce qu'elle respecte le principe de la proportionnalité. Le juge ordonnera en principe un comportement spécifique et déterminé,⁶³⁸ actif ou passif, au

⁶³² DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.598; BUCHER (2009), n.555; MEILI (2010), ad Art. 28a ZGB, n.2; JEANDIN (2010), ad art. 28a CC, n.4ss.

⁶³³ TERCIER (1984), n.917.

⁶³⁴ JEANDIN (2010), ad art. 28a, n.4.

⁶³⁵ TERCIER (1984), n.919.

⁶³⁶ TERCIER (1984), n.914.

⁶³⁷ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.600.

⁶³⁸ L'interdiction d'un comportement général n'est pas envisageable car il est trop difficilement exécutable (MEILI (2010), ad Art. 28a ZGB, n.2 ; TERCIER (1984), n.948). Parfois le juge prendra une mesure directe (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.600).

défendeur et ce sous la menace de sanctions pénales (art. 292 CP).⁶³⁹ L'injonction doit être suffisamment précise pour pouvoir être suivie par celui à qui elle s'adresse et pour permettre, si nécessaire, une exécution forcée. A noter que le juge peut condamner un tiers si celui-ci est en lien de subordination avec le défendeur.⁶⁴⁰

Comme son nom l'indique, l'action en prévention de l'atteinte peut être utile lorsque des mauvais traitements risquent très vraisemblablement de se produire. Elle peut être adéquate lorsque les germes d'une situation de maltraitance se sont développés sur le long terme et que l'auteur est sur le point de recommencer ou plutôt de continuer. Reste qu'il est difficile d'apporter les éléments suffisants tendant à prouver⁶⁴¹ la menace d'une atteinte. Si la preuve a pu être faite, le juge pourra par exemple ordonner que le soignant présentant la menace de maltraitance et le résident ne soient pas mis en contact. Il peut interdire un traitement médical qu'un soignant s'apprête à prodiguer alors que la personne âgée l'a refusé dans une directive anticipée.

iii L'action en cessation de l'atteinte

Par l'action en cessation de l'atteinte, la victime peut demander au juge de mettre fin à une situation ou un comportement qui sur le moment atteint sa personnalité.⁶⁴² La finalité est d'amener l'auteur à cesser son comportement.⁶⁴³ Celui-ci ne peut être ponctuel et doit présenter une certaine durabilité. L'action en cessation est régie par le chiffre 2 de l'alinéa 1 de l'article 28a CC aux termes duquel le demandeur peut requérir du juge « de la [l'atteinte] faire cesser, si elle dure encore ». La victime, respectivement son représentant, s'attachera, comme pour l'action préventive, à demander une mesure précise au juge consistant également en l'exigence d'un certain comportement du défendeur ou d'un tiers impliqué, toujours sous la menace de sanctions pénales.⁶⁴⁴

⁶³⁹ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.600 ; MEILI (2002), ad Art. 28a ZGB, n.2. L'article 292 du Code pénal prévoit que « Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende ».

⁶⁴⁰ TERCIER (1984), n.972. Par exemple si l'action est dirigée contre le directeur d'un EMS, on peut imaginer que le juge inclue dans son injonction un membre du personnel soignant.

⁶⁴¹ Une présomption sérieuse est suffisante pour admettre l'action (TERCIER (1984), n.920).

⁶⁴² BUCHER (2009), n.558; MEILI (2002), ad Art. 28a ZGB, n.4 ; JEANDIN (2010), ad art. 28a CC, n.7ss.

⁶⁴³ TERCIER (1984), n.922.

⁶⁴⁴ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.604; MEILI (2002), ad Art. 28a ZGB, n.5. Le juge peut également prendre lui-même une mesure.

L'action en cessation pourra être intentée lorsqu'une maltraitance est avérée. Le juge peut aussi ici interdire les contacts entre le soignant maltraitant et le résident. On peut également imaginer qu'il exige qu'il soit renoncé à attacher une personne toute la journée sur une chaise ou qu'il demande à ce qu'il soit mis fin à une sédation médicamenteuse au profit d'une contention physique lorsqu'une base légale le prévoit.

iv L'action en constatation de droit

L'action en constatation de droit permet de requérir du juge qu'il prenne position sur le caractère illicite d'une atteinte qui s'est déjà produite.⁶⁴⁵ Elle est prévue au chiffre 3 de l'alinéa 1 de l'article 28a CC qui stipule que le juge peut « en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle [l'atteinte] a créé subsiste ». Le but est d'éliminer les conséquences de l'atteinte qui perdurent encore.⁶⁴⁶ Cette action est ouverte lorsqu'une atteinte a pris fin et qu'elle ne menace pas de se reproduire.⁶⁴⁷ Elle est donc subsidiaire par rapport aux actions en prévention et en cessation.

Le trouble dont il est question peut consister en la connaissance qu'ont des tiers de l'atteinte à la personnalité et qui gardent une « impression fausse ou attentatoire à l'honneur de la victime ».⁶⁴⁸ Il peut également viser une situation de doute qui subsiste entre la victime et l'auteur de l'atteinte au sujet de la licéité de celle-ci.⁶⁴⁹ Tel peut être le cas d'une mesure de contention qui a été appliquée puis levée mais dont la nécessité pourrait se poser à nouveau pour l'avenir.

Concrètement cela permet de constater qu'une atteinte qui a été portée à la personnalité d'un résident est illicite et qu'elle constitue une maltraitance.

III Les mesures provisionnelles

Les mesures provisionnelles, appelées aussi provisoires, sont celles que le juge peut prendre rapidement sans avoir au préalable étudié en détail le dossier.⁶⁵⁰ Elles permettent de pallier

⁶⁴⁵ BUCHER (2009), n.563 ; JEANDIN (2010), ad art. 28a CC, n.10ss.

⁶⁴⁶ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.608; MEILI (2002), ad Art. 28a ZGB, n.8; à noter que la gravité du trouble qui subsiste est sans importance quant à la recevabilité de l'action (ATF 127 III 481, JT 2002 I 426, 429).

⁶⁴⁷ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.605 ; MEILI (2010), ad Art. 28a ZGB, n.6.

⁶⁴⁸ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.606.

⁶⁴⁹ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.607.

⁶⁵⁰ TERCIER (1984), n.1097 ; JEANDIN (2010), ad art.28c CC, n.4.

la lenteur du système judiciaire lorsqu'une action à bref délai s'impose.⁶⁵¹ En effet, les actions défensives n'aboutissent bien souvent à un jugement qu'après plusieurs mois ou années.

Afin d'éviter que le moment du jugement venu, le demandeur n'y ait plus d'intérêt, des mesures provisionnelles peuvent être décidées en lien avec l'une des trois actions défensives en protection de la personnalité.⁶⁵² Elles sont dirigées contre les personnes qui participent à l'atteinte à la personnalité de celui qui les requiert.⁶⁵³ Une requête est nécessaire et un juge ne pourrait pas de son propre chef ordonner de telles mesures parce qu'il apprend qu'une personne est menacée dans sa personnalité.⁶⁵⁴

Les mesures provisionnelles sont régies par les articles 261 et suivants du Code de procédure civile suisse. Ces dispositions se sont inspirées des anciens articles 28c à 28f CC.⁶⁵⁵ Elles entrent en considération lorsque le demandeur rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte à la personnalité ou risque de l'être. Le demandeur doit ici se limiter à rendre vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte à la personnalité (une preuve n'est pas exigée)⁶⁵⁶ et que l'atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.⁶⁵⁷ A cet égard, si le demandeur semble digne de foi et que ses allégués sont plausibles, une affirmation de sa part peut suffire.⁶⁵⁸ La notion de préjudice irréparable doit être interprétée largement.⁶⁵⁹ Cela peut être un dommage, un tort moral ou un trouble au sens de l'article

⁶⁵¹ BUCHER (2009), n.604; BUGNON (1993), p.38.

⁶⁵² TERCIER (1984), n.1140.

⁶⁵³ MEILI (2002), ad Art. 28c ZGB, n.2.

⁶⁵⁴ BUGNON (1993), p.46.

⁶⁵⁵ BOHNET (2011), ad art. 261 CPC, n.1.

⁶⁵⁶ BUGNON (1993), p.39 ; TERCIER (1984), n.1118; BOHNET (2011), ad art. 261 CPC, n.4 qui rappelle que « un fait ou un droit est rendu vraisemblable lorsque, au terme d'un examen sommaire, sur la base d'éléments objectifs, ce fait ou ce droit est rendu probable, sans pour autant que la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement ou que la situation juridique se présente différemment soit exclue ». Voir aussi SPRECHER (2010), ad Art. 261 ZPO, n.50ss.

⁶⁵⁷ Le juge ne doit pas être trop exigeant dans l'admission de cette condition (TERCIER (1984), n.1123). Pour une analyse détaillée des conditions voir BOHNET (2011), ad art. 261 CPC, n.3ss et HOHL (2010), n.1751ss.

⁶⁵⁸ BOHNET (2011), ad art. 261 CPC, n.6.

⁶⁵⁹ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.644 ; BOHNET (2011), ad art. 261 CPC, n.13.

28a alinéa 1 ch. 3 CC. Les exigences sont donc moins lourdes que pour les actions défensives.⁶⁶⁰ Lorsque les conditions de l'article 261 CPC sont remplies, le juge doit accorder sa protection immédiate.⁶⁶¹

Toute mesure propre à prévenir ou à faire cesser l'atteinte à la personnalité peut être ordonnée par le tribunal (art. 262 CPC), sous réserve des exigences de précision et de proportionnalité.⁶⁶² Le cadre légal est à cet égard assez large et laisse une grande marge de manœuvre quant aux choix des mesures à prendre.⁶⁶³ Sur cette base, le juge peut notamment ordonner une interdiction ou la cessation d'un état de fait illicite.⁶⁶⁴

A noter que des mesures superprovisionnelles peuvent être décidées immédiatement dans des situations où l'urgence ne permet pas de respecter le droit d'être entendu (art. 265 al. 1 CPC) qui est dû aux parties dans le cadre d'une mesure provisionnelle.⁶⁶⁵

E Conclusion

Les règles du droit civil que nous avons examinées et qui sont applicables en matière de maltraitance sont importantes surtout en matière de prévention. Celles relatives à la représentation et aux mesures tutélaires jouent également un rôle au niveau de la mise en œuvre d'autres dispositions légales à vocation défensive, réparatrice ou punitive.

La possibilité pour un résident de désigner par anticipation ou non un représentant peut constituer un garde-fou contre des actes de maltraitance. Cela lui évite de se retrouver isolé dans l'établissement⁶⁶⁶ et permet de lui procurer aide et assistance en cas de besoin. En effet, le représentant peut être amené à agir pour le résident en matière d'actions défensives, respectivement de mesures provisionnelles. Eu égard à son devoir de diligence, il est également en mesure de signaler aux autorités compétentes (tutélaire, pénale ou

⁶⁶⁰ BUCHER (2009), n.610. De simples suppositions ne sauraient néanmoins suffire : « « Glaubhaft machen » bedeutet zwar weniger als vollen Beweis, aber immerhin noch mehr als blosses Behaupten » (MEILI (2002), ad Art. 28c ZGB, n.2).

⁶⁶¹ BOHNET (2011), ad art. 261 CPC, n.17.

⁶⁶² Voir sur la question BOHNET (2011), ad art. 262 CPC, n.1ss et SPRECHER (2010), ad Art. 262 ZPO, n.2ss.

⁶⁶³ ATF 122 III 353, 356.

⁶⁶⁴ HOHL (2010), n.1743.

⁶⁶⁵ Voir sur ce sujet notamment BOHNET (2011), ad art. 265 CPC, n.1ss et SPRECHER (2010), ad Art. 265 ZPO, n.1ss.

⁶⁶⁶ Le représentant pourra constater des traces de maltraitance chez le résident.

sanitaire) les cas de maltraitance.⁶⁶⁷ Le fait d'avoir un représentant prend toute son importance lorsque la personne n'a plus sa capacité de discernement et n'est plus en mesure de veiller à ses intérêts, mais il peut également permettre à une personne âgée d'éviter de faire elle-même des démarches lourdes sur le plan émotionnel.

Le tuteur, le conseil légal ou le curateur (du droit actuel ou futur) a également un rôle à jouer dans la protection d'un résident maltraité. Comme le représentant privé, il constitue un rempart face aux maltraitements. En effet, le fait pour un soignant de savoir qu'une personne est assistée peut avoir un effet préventif face à d'éventuels mauvais traitements. Le mandataire tutélaire pourra également être amené à agir en justice pour le compte du résident.

Les actions basées sur les articles 28 et suivants CC peuvent, en théorie, être invoquées à l'occasion de maltraitance envers un résident. En pratique, il s'agit d'une voie de droit lourde notamment en ce qui concerne la preuve et qui ne sera pas forcément utilisée par le résident. Un changement d'institution, pour autant qu'il soit possible, devrait être envisagé car il permet de mettre un terme à la situation de maltraitance.

En outre, certaines maltraitements n'atteignent vraisemblablement pas le degré d'intensité requis par l'article 28 CC. En effet, des incivilités (ne pas saluer ou tutoyer à mauvais escient), l'absence de contacts, des violations de la sphère privée (entrer sans frapper dans la chambre), des mots ou gestes dénigrants, le manque de respect ou d'attention ainsi que des privations diverses ne sont pas suffisants pour être considérés comme des atteintes à la personnalité.⁶⁶⁸ Une appréciation subjective de ces dernières qui prendrait en considération la sensibilité particulière de la victime permettrait d'appréhender un plus grand nombre de cas. En effet, la même atteinte n'aura pas les mêmes conséquences selon qu'elle touche une personne jeune et en pleine santé ou un résident âgé et dépendant. De plus, il devrait, selon nous, être tenu compte de la répétition d'actes en soi bénins et qui acquièrent au fil du temps une certaine durabilité.

3 Le droit pénal

Après quelques propos introductifs (ci-après A), nous étudierons les conditions auxquelles certaines infractions du Code pénal peuvent venir sanctionner un acte de maltraitance (ci-après B). Nous nous pencherons également sur quelques dispositions légales émanant du droit cantonal (ci-après C), puis nous concluons brièvement (ci-après D).

⁶⁶⁷ MEIER/LUKIC (2011), n.366.

⁶⁶⁸ Par contre des injures (RVJ 1995 118, 119), des coups et blessures ou une atteinte à l'intégrité sexuelle ou à la liberté de mouvement seront suffisants pour déclencher le mécanisme protecteur de l'article 28 CC.

A Introduction

Selon un principe général, par conséquent également valable en matière de maltraitance, le droit pénal ne devrait, du moins théoriquement, entrer en considération qu'à titre d'*ultima ratio*.⁶⁶⁹ Il y a donc lieu de le considérer comme une solution de dernier recours, lorsqu'un litige n'a pas pu être réglé par d'autres biais tels que des modes amiables de résolution des conflits nés de la commission d'une infraction. Il faut être conscient du fait que le droit pénal n'est mis en oeuvre que si la maltraitance est arrivée à connaissance des autorités, ce qui n'est de loin pas toujours le cas.⁶⁷⁰ Il s'agit également de garder à l'esprit qu'un procès pénal peut constituer une lourde charge émotionnelle pour la personne âgée qui risque de subir une victimisation secondaire.⁶⁷¹ Toutefois, le procès permet de réaffirmer les règles et le fait de l'éviter peut équivaloir à ne pas reconnaître la gravité des actes commis.⁶⁷²

Le soignant maltraitant encourt une sanction pénale en raison de son comportement portant atteinte à des intérêts protégés par l'ordre juridique.⁶⁷³ Le but de la responsabilité pénale est à la fois de punir et d'amener l'auteur à s'amender.⁶⁷⁴ Indirectement, le droit pénal a aussi, en tout cas en théorie, un effet préventif (dissuasif) par la menace de sanctions envers toute personne qui risquerait de mal se comporter.⁶⁷⁵ Il a ainsi un rôle à jouer en matière de protection des personnes âgées maltraitées.⁶⁷⁶

Même si le droit pénal n'incrimine pas de manière particulière la maltraitance des personnes âgées, certaines des dispositions qu'il prévoit peuvent s'y appliquer.⁶⁷⁷ Il ne considère pas les

⁶⁶⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.144.

⁶⁷⁰ POIRIER/POIRIER (1999), p.50ss.

⁶⁷¹ La victimisation secondaire est le fait de revivre le traumatisme de la maltraitance à travers le procès pénal. Celui-ci peut même créer une situation plus grave que celle qui résulte déjà de l'infraction, notamment lorsque la victime dépend de l'auteur et craint des représailles (GARBADE (2004), p.228).

⁶⁷² CASONI DELCÒ (2004), p.58.

⁶⁷³ Nous aurons également l'occasion de mettre en évidence que d'autres personnes, que l'auteur de la maltraitance, peuvent encourir une responsabilité pénale.

⁶⁷⁴ DU PASQUIER (1988), n.26.

⁶⁷⁵ HURTADO POZO (2008), n.27. La réelle portée de cet effet dissuasif n'est pas contestée en doctrine (voir par exemple KUHN (2011), p.193).

⁶⁷⁶ En effet, la connaissance des diverses sanctions pénales peut avoir un effet dissuasif propre à protéger les personnes âgées (VERON (2005), <http://www.jidv.com/VERON-JIDV9.htm>).

⁶⁷⁷ Il en va de même en droit français (CARIO (2003), p.37ss).

individus âgés comme une catégorie particulière de personnes, à laquelle des règles spécifiques seraient applicables.⁶⁷⁸

B Le Code pénal suisse

Après quelques propos introductifs (ci-après I) et avant de passer en revue les diverses infractions pénales qui entrent en considération lors d'une maltraitance (ci-après VII), nous présenterons quelques notions générales de droit pénal. Plus particulièrement, nous examinerons les conditions auxquelles une infraction est punissable (ci-après II). Nous présenterons aussi quelques-unes des classifications des infractions que la doctrine a élaborées (ci-après III). Nous aborderons également des questions relatives à la poursuite des infractions (ci-après IV) et aux sanctions encourues par l'auteur (ci-après V) ainsi qu'au concours d'infraction (ci-après VI). Nous terminerons par un aperçu de la responsabilité pénale du garant (VIII) et des différentes formes de participation à une infraction (ci-après IX).

I Propos introductifs

Les dispositions du Code pénal qui peuvent s'appliquer aux mauvais traitements envers des personnes âgées se caractérisent par leur grande diversité.⁶⁷⁹ En effet, la plupart des infractions qui protègent la vie et l'intégrité corporelle, l'honneur, la liberté ou l'intégrité sexuelle sont susceptibles d'entrer en considération.⁶⁸⁰

Il ne faut pas en déduire que le Code pénal sanctionne toutes les maltraitances. D'une part, seuls les cas les plus graves tombent sous le coup des dispositions pénales.⁶⁸¹ D'autre part, il est parfois difficile de qualifier pénalement certaines maltraitances.⁶⁸² En outre, la

⁶⁷⁸ BADEL POITRAS/POITRAS (1999), p.168 ; ROTH (1992), p.31. Il en va également ainsi en droit français (VERON (2005), <http://www.jidv.com/VERON-JIDV9.htm>).

⁶⁷⁹ LAGRAULA-FABRE (2005b), p.11 et LEFEUVRE-DARNAJOU (2004), p.54 (pour le droit français).

⁶⁸⁰ Même si les infractions qui peuvent entrer en ligne de compte sont nombreuses, cela ne signifie pas que le recours aux sanctions pénales est fréquemment utilisé lorsque la victime est une personne âgée (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE (2001), p.114s).

⁶⁸¹ ROTH (1992), p.32. Cela ne veut pas dire que la maltraitance restera totalement impunie mais que celle-ci tombera sous le coup d'autres règles (juridiques ou non), comme par exemple des sanctions administratives (voir ci-dessous p.184), déontologiques ou professionnelles.

⁶⁸² Il en va ainsi des maltraitances psychiques qui peuvent déclencher l'application de certaines infractions contre l'intégrité corporelle, l'honneur et la liberté, voire d'infractions de mise en danger (voir ci-dessous p.120ss).

traduction d'une maltraitance en une infraction pénale dépend des circonstances entourant celle-ci et de la personnalité de son auteur.

II Les conditions générales de punissabilité

Lorsqu'un acte de maltraitance correspond à la définition d'une infraction du Code pénal, cela ne signifie pas encore qu'une peine est infligée à l'auteur dans tous les cas. Encore faut-il, en plus de cette typicité, que l'acte de l'auteur soit illicite et que ce dernier ait agi de manière coupable. Ainsi, à titre d'exemple, tout comportement d'un soignant qui est constitutif d'une contrainte au sens de l'article 181 CP n'est pas forcément punissable. Cela ne sera le cas que si la contrainte en question n'est pas justifiée et si elle est le reflet d'un acte intentionnel (conscient et volontaire).⁶⁸³

La typicité, l'illicéité et la culpabilité sont les éléments cumulatifs et nécessaires qui permettent d'imputer à l'auteur de mauvais traitements envers une personne âgée une infraction pénale punissable.⁶⁸⁴ S'agissant de conditions générales qui valent pour toutes les infractions du Code pénal, il est utile de les présenter avant de passer en revue les infractions spécifiques qui entrent en ligne de compte à l'occasion d'un cas concret de maltraitance.

1 *La typicité*

La typicité permet « de cerner *in abstracto* les actes incriminés ». ⁶⁸⁵ Pour que le soignant maltraitant soit pénalement punissable, une infraction doit pouvoir lui être reprochée en raison de son comportement portant atteinte à des intérêts protégés par l'ordre juridique. Ce comportement doit remplir les éléments constitutifs d'une disposition spéciale du Code pénal (livre deuxième).

Les éléments constitutifs sont, d'une part donnés par la définition légale de l'infraction considérée.⁶⁸⁶ Ils sont alors qualifiés « d'objectifs ». Ces éléments sont propres à chaque

⁶⁸³ Encore faut-il qu'elle soit commise par une personne pénalement responsable (art. 19 CP) et n'étant pas dans l'erreur (art. 13 et 21 CP). Ces éléments ne sont pas étudiés dans le cadre du présent travail.

⁶⁸⁴ Ces conditions sont à la fois « autonomes et organiquement liées » (GRAVEN (1995), p.15).

⁶⁸⁵ HURTADO POZO (2008), n.453.

⁶⁸⁶ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.201 ; DONATSCH/TAG (2006), p.95. Il s'agit de la description (dans une disposition légale) des comportements que le législateur juge contraires à l'ordre juridique (HURTADO POZO (2008), n.439).

infraction et seront donc abordés à l'occasion de l'examen des dispositions spéciales du Code pénal pouvant s'appliquer à l'auteur d'une maltraitance.⁶⁸⁷

D'autre part, l'infraction doit, pour être réalisée, remplir des éléments constitutifs dits « subjectifs ».⁶⁸⁸ Ces derniers ont trait à ce qui se passe dans la tête de l'auteur (for intérieur), qui doit être « conscient de ce qu'il fait » pour que son acte soit pénalement répréhensible.⁶⁸⁹ Cela implique la « connaissance de tous les éléments constitutifs objectifs qui figurent dans la définition de l'infraction ».⁶⁹⁰ Même si ces éléments subjectifs ne sont, le plus souvent, pas mentionnés dans les énoncés des diverses infractions, il arrive que le texte légal y fasse allusion ou exige un état d'esprit particulier.⁶⁹¹ Tel est le cas de la mise en danger d'autrui (art. 129 CP) qui exige que l'auteur ait agi sans scrupules.

2 *Illicéité et faits justificatifs*

Un acte qui réalise les éléments constitutifs (objectifs et subjectifs) d'une disposition du livre deuxième du Code pénal, n'est punissable que s'il est illicite.⁶⁹² L'illicéité est un élément constitutif non écrit de toutes les infractions.⁶⁹³ En effet, le législateur ne mentionne pas, dans les énoncés de chaque infraction que celle-ci doit être illicite. Certaines dispositions font toutefois allusion au fait que l'auteur doit avoir agi « sans droit ». Tel est le cas de la séquestration (art. 183 CP).⁶⁹⁴

⁶⁸⁷ Voir ci-dessous p.120.

⁶⁸⁸ La question de l'intention de l'auteur sera présentée de manière plus détaillée dans le paragraphe consacré à la culpabilité (ci-dessous p.107). Il n'est pas évident, en théorie, de savoir si les éléments constitutifs subjectifs doivent être appréhendés sous l'angle de la typicité ou de la culpabilité. En pratique, il importe peu de savoir si les conditions générales de punissabilité ne sont pas remplies parce que la typicité ou la culpabilité fait défaut (GRAVEN (1995), p.57). Par exemple un viol (art. 189 CP) ne sera finalement de toute façon pas retenu à l'encontre de celui qui n'a pas agi intentionnellement.

⁶⁸⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.203 ; DONATSCH/TAG (2006), p.107.

⁶⁹⁰ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.204 ; DONATSCH/TAG (2006), p.209.

⁶⁹¹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.206.

⁶⁹² MONNIER (2009), Intro aux art. 14 à 18 CP, n.1.

⁶⁹³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.702.

⁶⁹⁴ Voir ci-dessous p.151.

Lorsqu'il existe un fait (motif) justificatif (légal ou extra-légal), l'acte revêt un caractère licite.⁶⁹⁵ Le Code pénal prévoit ainsi que l'acte autorisé par la loi (art. 14 CP), commis en état de nécessité (17 CP) ou de légitime défense (art. 15 CP) n'est pas illicite. En outre, il n'y a pas non plus d'illicéité si le lésé a consenti à l'acte⁶⁹⁶ ou en cas de sauvegarde d'intérêts légitimes.⁶⁹⁷

Les faits justificatifs sont examinés à l'occasion d'un cas concret.⁶⁹⁸ Ce sont des circonstances exceptionnelles⁶⁹⁹ qui n'entrent que peu en considération lorsqu'il s'agit de juger le comportement d'un soignant maltraitant, raison pour laquelle nous ne les étudions pas en détail ici.⁷⁰⁰ A noter toutefois que des mesures limitatives de liberté⁷⁰¹ auxquelles les professionnels de la santé ont recours en EMS pour assurer la sécurité d'un résident ou pour empêcher la perturbation de la vie communautaire et qui remplissent les éléments constitutifs de la contrainte (art. 181 CP) ou de la séquestration (art. 183 CP) sont souvent justifiées par une base légale.⁷⁰² Il en va de même des traitements médicaux forcés⁷⁰³ qui

⁶⁹⁵ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.702 ; DONATSCH/TAG (2006), p.209.

⁶⁹⁶ A noter que le consentement ne permet pas de légitimer tout acte réalisant les éléments constitutifs d'une infraction (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 14 CP, n.30ss). A titre d'exemple, il ne peut pas porter sur la vie (cf. art. 114 CP : meurtre sur demande de la victime).

⁶⁹⁷ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.726ss ; STRATENWERTH (2011), §10, p.221ss. A titre d'exemple, il peut arriver qu'un résident consente à la mise place de mesures limitatives de liberté.

⁶⁹⁸ HURTADO POZO (2008), n.453 ; DONATSCH/TAG (2006), p.209.

⁶⁹⁹ HURTADO POZO (2008), n.453 ; GRAVEN (1995), p.16. La règle est qu'un comportement remplissant les éléments constitutifs d'une infraction est illicite (présomption d'illicéité). C'est pour cela que le Code pénal ne mentionne pas expressément, que cela soit dans ses dispositions générales ou spéciales, que l'illicéité est un élément constitutif d'une infraction. Pour certaines infractions, la conformité d'un acte à l'énoncé de fait légal et l'absence de faits justificatifs ne suffit pas à conclure à son illicéité. Tel est en particulier le cas de la contrainte (art. 181 CP). Cette question ne sera pas traitée dans le cadre du présent travail (pour des détails voir DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 181 CP, n.20 ; HURTADO POZO (2009), n.2478ss).

⁷⁰⁰ Ils seront développés en lien avec la thématique de la dénonciation des actes de maltraitance par les soignants dans la mesure où ils revêtent ici une importance particulière (ci-dessous p.256).

⁷⁰¹ Sur les mesures limitatives de liberté voir ci-dessus p.34.

⁷⁰² Il en va également ainsi des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a ss CC). Par ailleurs, la loi prive parfois certaines personnes du droit de choisir le lieu où elles souhaitent se trouver et donne ce droit à un tiers. C'est le cas de ceux qui font l'objet d'une tutelle ou d'une curatelle (lorsque les pouvoirs de représentation s'étendent à cette décision-là). Il y a également lieu de mentionner que, dans les limites de l'article 27 alinéa 2 CC, l'intéressé peut avoir confié à un tiers le pouvoir de consentir à un changement de lieu de vie.

peuvent correspondre aux définitions des infractions contre l'intégrité corporelle (art. 122, 123 et 126 CP).

3 *Culpabilité*⁷⁰⁴

i La notion

Lorsque le comportement de l'auteur d'une maltraitance réalise les éléments constitutifs d'une infraction et qu'il n'existe pas de fait justificatif, encore faut-il qu'une faute puisse lui être reprochée (culpabilité) pour qu'il soit punissable.⁷⁰⁵ Celle-ci est une condition non écrite de la punissabilité de toutes les infractions.⁷⁰⁶ Il s'agit de l'élément moral de l'infraction qui se rapporte au for intérieur de l'auteur.⁷⁰⁷ Lorsqu'il n'y a pas de faute, il n'y a pas de culpabilité et les actes de l'auteur ne sont pas punissables.⁷⁰⁸

Selon l'article 12 alinéa 1 du Code pénal, l'auteur d'une infraction est punissable s'il agit intentionnellement.⁷⁰⁹ S'il enfreint la loi pénale par négligence, il ne l'est que si celle-ci le prévoit. Les diverses dispositions trouvant application dans le cadre de la maltraitance des personnes âgées en institution étant des infractions intentionnelles, nous excluons la négligence de nos propos.

L'intention est définie à l'article 12 alinéa 2 du Code pénal.⁷¹⁰ Ce dernier dit que « agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté ».⁷¹¹

⁷⁰³ Sur la notion de traitements médicaux forcés voir ci-dessus p.36.

⁷⁰⁴ Nous ne traitons pas, dans le cadre du présent travail, pas de l'erreur et de l'irresponsabilité (sur ces questions voir par exemple KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.306ss et n. 911ss).

⁷⁰⁵ DONATSCH/TAG (2006), p.258.

⁷⁰⁶ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.304.

⁷⁰⁷ GRAVEN (1995), p.163.

⁷⁰⁸ GRAVEN (1995), p.167.

⁷⁰⁹ L'énoncé de certaines infractions rappelle parfois cet élément (art. 122 et 123 CP).

⁷¹⁰ Pour plus de détails sur la notion d'intention, cf. HURTADO POZO (2008), n.556ss ; JENNY (2007), ad Art. 12 StGB, n.18ss ; CORBOZ (2009), ad art. 12 CP, n.24ss. L'intention, qui se réfère au for intérieur de l'auteur d'une infraction, peut se révéler difficile à prouver.

⁷¹¹ Cela implique que l'auteur a la capacité de comprendre et de vouloir (GRAVEN (1995), p.164). Il s'agit ici d'une faculté cognitive et d'une faculté volitive qui n'est pas sans rappeler la capacité de discernement du Code civil (voir ci-dessus p.46)

Il y a donc intention lorsque l'auteur « choisit de violer la loi pénale » ou en termes profanes « opte pour le comportement blâmable, alors qu'il a connaissance des faits qui rendent celui-ci répréhensible ». ⁷¹²

L'auteur doit avoir conscience de tous les éléments constitutifs objectifs de l'infraction. ⁷¹³ Il n'est pas nécessaire qu'il « soit conscient de leur qualification juridique, mais il suffit que son appréciation corresponde à celle communément admise par des non-juristes ». ⁷¹⁴ En ce qui concerne la volonté, « l'auteur doit être fermement déterminé à agir conformément à la description de l'énoncé de fait légal ». ⁷¹⁵

ii Les divers degrés

L'intention peut se manifester à des degrés divers (dessein, dol simple, dol éventuel). Lorsque l'auteur agit par dessein, il « prévoit les conséquences de son acte et cherche précisément à les produire ». ⁷¹⁶ L'intention est également réalisée lorsque « l'auteur ne s'est pas fixé pour but de commettre l'infraction et considère le résultat comme indifférent ou indésirable, mais s'en accommode car il s'agit du moyen de parvenir au but recherché » (dol simple). ⁷¹⁷

Le dol éventuel est défini à l'article 12 alinéa 2 du Code pénal qui prévoit que l'auteur « agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait ». ⁷¹⁸ Il implique « l'indifférence de l'auteur quant à la réalisation de l'infraction, de telle sorte qu'il doit dans son for intérieur approuver celle-ci ou

⁷¹² CORBOZ (2009), ad art. 12 CP, n.26.

⁷¹³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.305.

⁷¹⁴ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 12 CP, n.5.

⁷¹⁵ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 12 CP, n.7.

⁷¹⁶ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 12 CP, n.11.

⁷¹⁷ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 12 CP, n.4.

⁷¹⁸ Pour des précisions théoriques relatives au dol éventuel, cf. HURTADO POZO (2008), n.579ss ; JENNY (2007), ad Art. 12 StGB, n.18ss ; CORBOZ (2009), ad art. 12 CP, n.62ss.

y consentir ». ⁷¹⁹ Cela signifie que l’auteur accepte l’éventualité de commettre une infraction même s’il ne le souhaite pas. ⁷²⁰

La maltraitance peut être le reflet des divers degrés de l’intention. Des cas dans lesquels l’auteur de mauvais traitements agit par dessein ou par dol simple sont envisageables et dénotent d’une intention particulièrement malveillante. Plus souvent, le professionnel de la santé agira par dol éventuel en s’accommodant à l’idée qu’une infraction puisse être commise. Par exemple en matière de maltraitance revêtant la forme de négligences, ⁷²¹ il arrive que, pour des raisons diverses, des soignants reportent ou omettent certains soins (par exemple traitement d’escarres) tout en étant conscients et en acceptant le fait que cela puisse causer des lésions corporelles aux résidents. ⁷²²

III Classifications des infractions

1 *Introduction*

Il existe différentes classifications des infractions élaborées par la doctrine. Toutes ne sont pas pertinentes pour nous. Nos propos se focaliseront donc sur celles qui ont une importance lorsqu’il s’agit d’examiner les dispositions de la partie spéciale du Code pénal qui entrent en ligne de compte lors d’une maltraitance. ⁷²³

2 *Crimes, délits, contraventions*

Le Code pénal distingue trois types d’infractions selon la gravité de la peine qu’elles prévoient. Ainsi, les crimes sont passibles d’une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 10 al. 2 CP) et les délits d’une peine privative de liberté n’excédant pas trois ans ou d’une peine pécuniaire (art. 10 al. 3 CP). ⁷²⁴ C’est la durée de la peine privative de liberté

⁷¹⁹ FF 1999 1810.

⁷²⁰ ATF 135 IV 152, 156 ; ATF 134 IV 26, 29, SJ 2008 I 289, 291 ; ATF 133 IV 2, 3 ; ATF 131 IV 1, 4, JT 2006 IV 187, 189.

⁷²¹ Les négligences en question se réfèrent à une forme typique et reconnue de maltraitance (voir ci-dessus p.30) et en aucun cas à la notion de négligence utilisée en droit pénal (art. 12 al. 3 CP).

⁷²² Selon les circonstances du cas d’espèce, il pourrait aussi s’agir ici lésions corporelles commises par omission (sur la notion de commission par omission, voir ci-après p.170ss)

⁷²³ A noter que la distinction opérée selon le comportement actif ou passif de l’auteur (délits de commission et d’omission) sera traitée pour elle-même au vu de l’importance qu’elle peut revêtir en matière de maltraitance (voir ci-dessous p.169).

⁷²⁴ Sur les notions de peine privative de liberté et de peine pécuniaire voir ci-après p.117.

envisagée par l'infraction (et non la peine prononcée dans un cas d'espèce)⁷²⁵ qui permet de dire s'il s'agit d'un crime ou d'un délit. Il en découle que chaque fois que la peine maximale prévue excède trois ans, l'infraction est un crime.⁷²⁶ Quant aux contraventions, elles sont passibles d'une amende (art. 103 CP).⁷²⁷ Il ne peut pas y avoir de complicité de contravention, sauf disposition contraire expresse (art. 105 al. 2 CP).⁷²⁸ Un soignant ne peut donc pas être puni à titre de complicité de voies de fait (art. 126 CP).⁷²⁹

3 *Délits de lésion et délits de mise en danger*

La distinction entre délits de lésion et de mise en danger s'opère selon l'atteinte au bien juridiquement protégé. Les délits de lésion ne sont punissables que lorsque le bien juridique protégé a été réellement lésé.⁷³⁰ Ce dernier doit subir une atteinte effective.⁷³¹ Cette dernière ne doit pas être considérée comme un résultat sous peine de vider de son objet la distinction entre les délits matériels et formels.⁷³²

Les délits de mise en danger, « répriment la création de certains risques, ceci indépendamment de la question de savoir si quelqu'un en a pâti ou non ».⁷³³ Ils permettent de protéger des biens juridiques avant qu'ils ne soient lésés ; leur but est d'empêcher que ceux-ci soient mis en péril.⁷³⁴ Ce qui est primordial dans cette catégorie d'infraction, c'est le comportement dangereux adopté par l'auteur.⁷³⁵ La mise en danger du bien juridique est

⁷²⁵ A noter que les délais de prescription de l'action pénale diffèrent selon la durée de la privation de liberté prévue par l'infraction (art. 97 CP).

⁷²⁶ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.211.

⁷²⁷ Sur la notion d'amende voir ci-dessous p.117.

⁷²⁸ GRAVEN (1995), p.73.

⁷²⁹ Sur la complicité voir ci-dessous p.179.

⁷³⁰ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.214 ; DONATSCH/TAG (2006), p.101.

⁷³¹ GRAVEN (1995), p.85 ; STRATENWERTH/JENNY (2003), §4, n.56 ; HURTADO POZO (2009), n.639.

⁷³² GRAVEN (1995), p.84. (voir ci-dessous p.111)

⁷³³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.215.

⁷³⁴ HURTADO POZO (2009), n.571.

⁷³⁵ ATF 124 IV 53, 57.

concrète si un danger réel est avéré ; elle est abstraite en présence de la création d'un danger hypothétique.⁷³⁶

Certains biens juridiques comme la vie et l'intégrité corporelle sont protégés non seulement par des délits de lésion mais aussi des délits de mise en danger.⁷³⁷ Leur protection se voit donc renforcée par l'incrimination de la création d'un danger sans qu'il soit nécessaire qu'une lésion effective existe.⁷³⁸

4 *Délits matériels et délits formels*

Les délits matériels ne sont punissables que si le résultat pénalisé s'est produit.⁷³⁹ Ils supposent la survenance d'un résultat tangible, extérieur.⁷⁴⁰ Il peut s'agir par exemple d'une lésion corporelle ou d'une mise en danger concrète de la vie ou de la santé.

Le rapport (lien) de causalité entre le comportement de l'auteur et le résultat exigé par l'énoncé de l'infraction est un élément constitutif non écrit de tous les délits matériels.⁷⁴¹ Cela ressort toutefois parfois du texte légal qui utilise des termes suggérant la causalité.⁷⁴²

Les délits formels sont punissables dès que l'auteur a commis l'acte réprimé, ceci indépendamment du fait de savoir si un résultat ultérieur est survenu ou non.⁷⁴³ Il suffit que le comportement visé par l'infraction soit réalisé.⁷⁴⁴

⁷³⁶ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), Remarques préliminaires aux articles 127 à 136 CP, n.3.

⁷³⁷ Voir ci-dessous p.120ss.

⁷³⁸ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), Remarques préliminaires aux articles 127 à 136 CP, n.2.

⁷³⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.217 ; DONATSCH/TAG (2006), p.97.

⁷⁴⁰ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 10 CP, n.11.

⁷⁴¹ GRAVEN (1995), p.90 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.401 ; DONATSCH/TAG (2006), p.99ss. Le lien de causalité présente des particularités pour les délits d'omission improprement dits. Il en sera question plus bas (ci-dessous p.175).

⁷⁴² Voir par exemple l'article 122 CP qui s'applique à celui qui « a causé » une incapacité de travail.

⁷⁴³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.217 ; DONATSCH/TAG (2006), p.97.

⁷⁴⁴ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 10 CP, n.12.

IV La poursuite

1 *La poursuite d'office*

Lorsqu'une infraction est poursuivie d'office, ce qui constitue la règle en vertu du principe de la légalité des poursuites,⁷⁴⁵ l'ouverture de l'action pénale n'est pas subordonnée à la volonté de la personne âgée. Il suffit que les autorités aient connaissance du cas pour que des poursuites soient déclenchées.⁷⁴⁶ Ainsi, un tiers, tel qu'un proche ou un membre de la famille d'un résident, peut dénoncer aux autorités la maltraitance dont ce dernier fait l'objet. Le lésé lui-même peut signaler les actes dont il est victime. Il s'agit d'un droit général de porter à connaissance des autorités de poursuite pénale des faits pouvant constituer une infraction (art. 301 CPP).⁷⁴⁷

Ainsi, la poursuite pénale de la plupart des infractions entrant en considération en matière de maltraitance en EMS est automatique. Il n'est pas nécessaire que le résident maltraité fasse des démarches pour saisir la justice.

2 *La poursuite sur plainte*

La poursuite sur plainte constitue une exception au principe de la légalité des poursuites.⁷⁴⁸ Elle est notamment prévue pour des infractions pénales « pour lesquelles l'intérêt public à les voir réprimées est plutôt faible par rapport à l'intérêt privé ». ⁷⁴⁹

L'article 30 alinéa 1 du Code pénal prévoit que « si une infraction n'est punie que sur plainte, toute personne lésée peut porter plainte contre l'auteur ». ⁷⁵⁰ La plainte est une « déclaration de volonté inconditionnelle par laquelle le lésé demande l'introduction d'une poursuite pénale ». ⁷⁵¹ Le lésé au sens de cette disposition est celui dont le bien juridique est

⁷⁴⁵ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.832.

⁷⁴⁶ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.832 ; RIEDO (2007), Vor Art. 30 StGB, n.1.

⁷⁴⁷ MAÎTRE (2011), ad art. 301 CPP, n.1.

⁷⁴⁸ RIEDO (2007), Vor Art. 30 StGB, n.2.

⁷⁴⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.832. C'est le cas lorsque l'infraction « porte atteinte à des intérêts essentiellement privés en ne causant qu'un trouble social minime » (PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.416).

⁷⁵⁰ La notion d'auteur de l'infraction englobe ici celle de complice, d'instigateur et de co-auteur.

⁷⁵¹ ATF 128 IV 81, 83. L'article 304 alinéa 1 du Code de procédure pénale suisse règle la forme de la plainte (orale ou écrite) et désigne les autorités auprès desquelles elle est déposée (police, Ministère public ou autorité pénale compétente en matière de contravention).

directement atteint par l'infraction.⁷⁵² Pour nous, il s'agit du résident maltraité. Ceux qui sont indirectement touchés par la commission d'une infraction, comme peuvent l'être les proches d'un résident maltraité ne sont pas des lésés et ne peuvent pas porter plainte, sauf s'ils agissent comme représentant de celui-ci.

L'ouverture de l'action pénale est donc totalement subordonnée à la volonté du lésé,⁷⁵³ ce qui peut poser problème. En effet, lorsque celui-ci est dépendant de l'auteur, comme c'est le cas pour la plupart des résidents maltraités par un soignant d'EMS, il peut être amené à ne pas porter plainte (ou à retirer sa plainte) à cause d'éventuelles pressions (de l'auteur, de la famille, de la direction de l'établissement, etc.), de peur de subir des représailles, ainsi que par honte ou sentiment de culpabilité.⁷⁵⁴ De plus, pour être valable, la plainte doit décrire de manière suffisamment précise le déroulement des faits,⁷⁵⁵ ce qui n'est pas forcément aisé à faire en pratique.

Certaines infractions pénales qui entrent en considération lorsqu'une personne âgée est maltraitée, ne sont poursuivies que sur plainte. Il s'agit des lésions corporelles simples (cas non aggravés : art. 123 al. 1 CP) des voies de fait non réitérées (cas non aggravés : art. 126 al. 1 CP), de l'injure (art. 177 CP) et des menaces (art. 180 CP).

⁷⁵² ATF 128 IV 81, 84.

⁷⁵³ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.417.

⁷⁵⁴ TERRASSON DE FOUGÈRES (2003), p.180 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.347 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.837. Voir aussi en matière de violence conjugale FF 2003 1753.

⁷⁵⁵ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 30 CP, n.4 . Il ne revient pas au lésé de qualifier juridiquement le comportement de l'auteur (STOLL (2009), ad art. 30 CP, n.10).

i *Qualité pour porter plainte*

Le résident maltraité, lésé par la commission d'une infraction peut porter plainte contre l'auteur de celle-là (art. 30 al. 1 CP). Lorsqu'il est capable de discernement,⁷⁵⁶ peu importe qu'il soit interdit⁷⁵⁷ ou fasse l'objet d'une mesure de protection de l'adulte, le Code pénal lui confère un droit en la matière. S'agissant d'un droit strictement personnel relatif, il peut faire l'objet d'une représentation.⁷⁵⁸ Ainsi, la personne âgée qui ne souhaite pas agir elle-même peut déléguer l'exercice de son droit de porter plainte à un représentant, par exemple un proche.⁷⁵⁹ Ce dernier doit être au bénéfice d'une procuration spéciale « donnée expressément ou tacitement en vue du cas concret » lorsque des biens strictement personnels comme la vie, l'intégrité corporelle, l'honneur ou la liberté personnelle sont en jeu,⁷⁶⁰ ce qui est le cas en matière de maltraitance. A noter qu'une ratification par le lésé peut intervenir, lorsque la plainte a été déposée par un représentant ne disposant pas du pouvoir nécessaire pour le faire.⁷⁶¹

Lorsque le résident lésé n'a pas l'exercice des droits civils parce qu'il est incapable de discernement et/ou interdit, le droit de porter plainte appartient à son représentant légal. En outre, lorsqu'une tutelle a été mise en place, l'autorité tutélaire a aussi le droit de déposer une plainte (art. 30 al. 2 CP).⁷⁶² A notre sens, un représentant privé désigné de

⁷⁵⁶ La notion de discernement est celle retenue par le Code civil (voir ci-dessus p.46).

⁷⁵⁷ L'article 30 alinéa 3 CP confère le droit de porter plainte à l'interdit capable de discernement. Il s'agit d'un droit indépendant de celui de son représentant légal et de l'autorité tutélaire, ce qui signifie que la plainte de l'interdit reste valable même si son représentant décide de ne pas porter plainte (RIEDO (2007), ad Art. 30 StGB, n.31 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 30 CP, n.16 ; STOLL (2009), ad art. 30 CP, n.37 et n.39; ATF 127 IV 193). Le Code pénal consacre ici la primauté de l'autodétermination (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 30 CP, n.16 ; FF 1999 1822).

⁷⁵⁸ ATF non publié du 7 août 2003, 6P.44/2003, 6S.118/2003.

⁷⁵⁹ STOLL (2009), ad art. 30 CP, n.34.

⁷⁶⁰ STOLL (2009), ad art. 30 CP, n.35 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 30 CP, n.13. Pour un exemple voir ATF 122 IV 207, JT 1998 IV 76, 77s.

⁷⁶¹ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 30 CP, n.13. Le délai de 3 mois de l'article 31 CP doit alors être respecté.

⁷⁶² Les droits de plainte du lésé, du représentant et de l'autorité tutélaire sont indépendants (ATF non publié du 22 août 2001, 6P.70/2001). Les alinéas 2 et 3 de l'article 31 CP subiront des modifications terminologiques pour tenir compte des nouvelles dispositions du Code civil (²... Si l'ayant droit est sous tutelle ou sous curatelle de portée générale, le droit de porter plainte appartient également à l'autorité de protection de l'adulte. ³Le lésé mineur ou placé sous curatelle de portée générale a le droit de porter plainte s'il est capable de discernement.).

manière anticipée peut aussi déposer plainte pour le compte de l'incapable de discernement, pour autant qu'il soit au bénéfice d'une procuration appropriée. Cela se justifie notamment par le fait que l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte est subsidiaire par rapport aux mesures volontaires.⁷⁶³ L'on ne peut donc qu'encourager les personnes âgées à établir de telles procurations lorsqu'elles choisissent d'être représentées dans l'hypothèse d'une future incapacité de discernement. Le représentant dûment légitimé pour porter plainte pourra ainsi assurer le lien entre le résident et les autorités de poursuite pénale. Cela peut d'ailleurs aussi être intéressant pour le résident qui a l'exercice des droits civils mais qui ne peut (par exemple en raison de son état de santé physique) ou ne veut sortir de l'institution afin de porter plainte auprès de l'autorité compétente.

ii Délai

L'article 31 du Code pénal, prévoit que « le droit de porter plainte se prescrit par trois mois ».⁷⁶⁴ Le délai court du jour où l'ayant droit a connu non seulement l'infraction mais aussi l'auteur.⁷⁶⁵ La détermination du *dies a quo* doit tenir compte de l'ensemble des circonstances. Il y a lieu notamment de prendre en considération les facultés intellectuelles du lésé.⁷⁶⁶

Ce délai relativement court peut avoir pour conséquence qu'une action pénale ne puisse plus être ouverte malgré la volonté du résident maltraité. Il pose également problème lorsque ce dernier est incapable de discernement et n'a pas de représentant ou de représentant nanti des pouvoirs suffisants pour porter plainte.⁷⁶⁷ Une personne incapable de

⁷⁶³ Voir ci-avant p.68s.

⁷⁶⁴ S'agissant d'un délai de péremption, il ne peut être interrompu (KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.834).

⁷⁶⁵ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 31 CP, n.4.

⁷⁶⁶ RJN 1998 131, 132 ; BJP 2000 n° 743. Cette jurisprudence relate le cas d'un homme grave handicapé mental qui demande, en automne 1995, à être mis sous curatelle faisant valoir que jusque-là sa sœur s'était occupée de lui. Le curateur constate lors de l'inventaire des biens que la fortune de son pupille a diminué régulièrement et anormalement depuis plusieurs années. Un curateur *ad hoc* est nommé pour éclaircir cette question. Il rend un rapport en janvier 1996, dans lequel il est constaté que l'homme a prélevé des sommes d'argent au profit de sa sœur. En mars 1996, l'homme dépose plainte contre sa sœur qui fait valoir la tardiveté de celle-ci. Le tribunal a jugé que l'homme avait des soupçons relatifs au comportement de sa sœur mais qu'ils n'étaient pas suffisants pour faire partir le *dies a quo* du délai pour porter plainte. Le tribunal a estimé que l'homme, en raison de son handicap mental et de facultés de compréhension très faibles, n'avait pu avoir connaissance de manière certaine de l'infraction et de son auteur que à partir du mois de janvier 1996, date du rapport du curateur *ad hoc*, qui mettait en évidence des infractions au patrimoine commises par la sœur. La plainte n'a ainsi pas été considérée comme tardive.

⁷⁶⁷ Tel est le cas d'un représentant au bénéfice d'une procuration générale.

discernement ne pouvant porter plainte, un représentant doit être nommé par l'autorité tutélaire pour le représenter. Ces démarches peuvent prendre un certain temps.

V Les sanctions⁷⁶⁸

1 *Généralités*

La peine pécuniaire, le travail d'intérêt général, la peine privative de liberté et l'amende sont les diverses sanctions prévues dans le Code pénal.⁷⁶⁹ Les trois premières sont prononcées avec sursis lorsque les conditions de l'article 42 du Code pénal sont remplies.⁷⁷⁰ Elles peuvent également l'être avec sursis partiel (art. 43 CP).⁷⁷¹ Par contre, la dernière (amende) ne peut être assortie du sursis ou du sursis partiel.

Le système des sanctions s'articule autour de la peine pécuniaire ; la peine privative de liberté n'entre en ligne de compte que lorsqu'aucune autre sanction n'est envisageable.⁷⁷² En ce qui concerne les crimes et les délits, le Code pénal traite ainsi successivement de la peine pécuniaire, du travail d'intérêt général et de la peine privative de liberté.⁷⁷³ La systématique est similaire pour les contraventions. Le juge doit donc, en premier lieu, toujours déterminer si une peine pécuniaire peut être prononcée.⁷⁷⁴

⁷⁶⁸ Dans les lignes qui suivent nous nous bornons à présenter les peines principales c'est-à-dire celles qui sont initialement prononcées par le juge et excluons de notre analyse les peines de substitution (art. 36, 39 et 106 al. 3 CP) qui peuvent être décidées ultérieurement (sur ces questions voir par exemple DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 36, 39 et 106 CP).

⁷⁶⁹ Sur cette question voir par exemple ROTH/THALMANN (2009), ad Intro aux art. 34 à 46 CP, n.6ss. Il est à noter que, parallèlement à la peine, le juge peut décider d'une mesure, notamment l'interdiction d'exercer une profession au sens de l'article 67 CP (sur cette question BICHOVSKY (2009), ad art. 67 CP ; aussi FF 1999 1912s). Cette mesure pourrait être décidée s'il existe un risque que l'auteur de l'infraction récidive dans le cadre de son activité professionnelle (FF 1999 1914).

⁷⁷⁰ Voir pour plus de détail KUHN (2009), ad art. 42 CP, n.1ss et SCHNEIDER/GARRÉ (2007), ad Art. 42 StGB, n.1ss.

⁷⁷¹ A ce sujet cf. KUHN (2009), ad art. 43 CP, n.1ss et SCHNEIDER/GARRÉ (2007), ad Art. 43 StGB, n.1ss.

⁷⁷² KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1305.

⁷⁷³ A noter que cet ordre traduit une hiérarchie des peines (ROTH/THALMANN (2009), Intro aux art. 34 à 46 CP, n.8.

⁷⁷⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1308.

Pour fixer la peine, le juge doit tout d'abord déterminer le cadre légal à la peine applicable au cas d'espèce. Cela est déterminé par la définition de l'infraction en cause.⁷⁷⁵ Ensuite, il examine s'il existe des circonstances atténuantes ou aggravantes,⁷⁷⁶ ce qui permet de déterminer le cadre légal concret dans lequel il doit fixer la peine. Cette dernière est alors fixée selon la culpabilité de l'auteur (art. 47 CP)⁷⁷⁷ et selon des éléments personnels (antécédents, situation personnelle, effets de la peine sur l'avenir du condamné). Ces critères n'ont une influence qu'à l'intérieur du cadre légal concret.⁷⁷⁸ Ils permettent d'individualiser la peine dans un cas d'espèce.

La situation professionnelle de l'auteur est ainsi prise en considération à titre d'élément personnel.⁷⁷⁹ A cet égard, le comportement d'un soignant maltraitant doit être considéré comme particulièrement répréhensible.

2 *Les diverses sanctions*

i *La peine pécuniaire*

La peine pécuniaire engendre une diminution du niveau de vie du condamné en obligeant ce dernier « à renoncer à la satisfaction de tous ses besoins ». ⁷⁸⁰ Elle est fixée en jours-amende dont le nombre dépend de la culpabilité (art. 34 al. 1 CP),⁷⁸¹ alors que le montant se détermine selon la situation financière de l'auteur (art. 34 al. 2 CP).⁷⁸² Ne pouvant excéder

⁷⁷⁵ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1209. A noter que le Code pénal prévoit parfois alternativement deux types de peine pour une infraction. C'est par exemple le cas des lésions corporelles simples (art. 123 CP) qui sont passibles d'une peine privative de liberté de 3 ans maximum ou d'une peine pécuniaire.

⁷⁷⁶ Pour ces éléments qui ne sont pas repris en détail dans le cadre du présent travail, voir KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.175ss. Seules les questions de l'atténuation de la peine en cas de lésions corporelles simples au sens de l'article 123 ch. 1 CP (ci-dessous p.124) et du concours d'infractions (ci-dessous p.118) seront évoquées.

⁷⁷⁷ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1210 ; WIPRÄCHTIGER (2007), ad Art. 47 StGB, n.10.

⁷⁷⁸ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1211.

⁷⁷⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1215.

⁷⁸⁰ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 34 CP, n.3.

⁷⁸¹ Pour ce faire, le juge se réfère aux articles 47 à 51 CP (JEANNERET (2009), ad art. 34 CP, n.6.

⁷⁸² SEELMANN (2009), p.185.

360 jours-amende, la peine pécuniaire ne peut remplacer des peines privatives de liberté de plus d'un an.⁷⁸³

ii Le travail d'intérêt général

Le travail d'intérêt général est un travail accompli par l'auteur de l'infraction au profit de la collectivité publique.⁷⁸⁴ Il peut être ordonné, à certaines conditions, par le juge à la place d'une privative de liberté, d'une peine pécuniaire ou d'une amende (art. 37 al. 1 et 107 CP).⁷⁸⁵ Sa durée est de maximum 720 heures de travail s'il « remplace » une peine privative de liberté ou pécuniaire. Elle est de 360 heures s'il s'agit d'une amende.

iii La peine privative de liberté

La peine privative de liberté est une peine d'enfermement.⁷⁸⁶ Sa durée est en règle générale de 6 mois minimum à 20 ans maximum (art. 40 CP).⁷⁸⁷ Les dispositions spéciales relatives aux diverses infractions pénales apportent des précisions relatives à la durée de la privation de liberté, à son maximum et minimum.⁷⁸⁸ Par exemple en matière de lésions corporelles graves, l'article 122 CP prévoit que la peine privative de liberté maximale est de dix ans. La séquestration dans sa forme aggravée (art. 184 CP) est passible d'une peine privative de liberté d'un an au moins. La peine prévue pour un viol (art. 190 CP) est de un à dix ans de privation de liberté.

iv L'amende

L'amende entre en considération lorsqu'une contravention est commise (art. 103 CP). Comme la peine pécuniaire, elle engendre un sacrifice financier pour l'auteur de l'infraction.

⁷⁸³ FF 1999 1787, 1824.

⁷⁸⁴ VIREDAZ (2009), ad art. 37 CP, n.4.

⁷⁸⁵ A noter que l'article 37 alinéa 1 CP contient une erreur lorsqu'il dit qu'à la place d'une peine privative de liberté de moins de six mois, le juge peut ordonner du travail d'intérêt général. En effet, l'article 41 CP prévoit que la peine privative de liberté de moins de six mois n'est envisageable que si le travail d'intérêt général ne peut être prononcé (KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1135, note 60).

⁷⁸⁶ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), Remarques préliminaires au Titre trois du CP (art. 34 à 41), n.3.

⁷⁸⁷ Il existe des exceptions à cette règle (KUHN (2009), ad art. 40 CP, n.8ss ; SEELMANN (2009), p.187), mais elles ne nous concernent pas. A noter également que l'article 41 CP permet au juge dans des circonstances particulières de prononcer une peine privative de liberté ferme de moins de 6 mois (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad. art. 41 CP, n.1ss).

⁷⁸⁸ Nous y reviendrons lors de l'examen des dispositions entrant en considération suite à une maltraitance.

Elle peut s'élever à 10'000 francs au maximum (art. 106 al. 1 CP). A titre d'exemple, les voies de fait (art. 126 CP) sont passibles d'une amende.

VI Le concours d'infractions

1 *La notion*

Il arrive que certaines infractions puissent être retenues simultanément à l'encontre d'un même prévenu. Dans de telles hypothèses, on parle de concours.

Le concours est dit parfait lorsqu'un délinquant est punissable en vertu de plusieurs dispositions légales.⁷⁸⁹ Il y a lieu de distinguer ici la situation dans laquelle plusieurs infractions ont été commises (pluralité d'actes punissables) et celle où un seul acte enfreint plusieurs dispositions pénales (pluralité de lois pénales).

Lorsque l'auteur encourt plusieurs peines pour avoir commis plusieurs actes distincts qui sont constitutifs de diverses infractions ou de la même infraction à plusieurs reprises, il s'agit d'un concours réel.⁷⁹⁰ Tel est le cas d'un soignant qui a causé des lésions corporelles (art. 122 à 126 CP) et qui s'est rendu coupable de contrainte (art. 181 CP) envers un ou plusieurs résidents.⁷⁹¹ Nous pouvons également citer l'exemple d'une personne âgée qui a subi de nombreux mauvais traitements remplissant chacun les éléments constitutifs d'une même infraction.

Le concours est idéal lorsqu'un seul acte est simultanément constitutif de plusieurs infractions ou de plusieurs fois la même infraction.⁷⁹² Cela peut se présenter avec une

⁷⁸⁹ Nous ne traitons pas dans les lignes qui suivent du concours imparfait qui vise les cas dans lesquels plusieurs dispositions semblent s'appliquer à un état de fait, alors qu'en définitive une disposition prime et exclut l'application des autres (pour plus de détails, cf. KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1111ss ; DONATSCH/TAG (2006), p.392s).

⁷⁹⁰ ATF 133 IV 297, 300 ; STOLL (2009), ad art. 49 CP, n.7 ; DONATSCH/TAG (2006), p.396. Le concours réel peut être simultané ou rétrospectif. Pour un développement de ces notions, cf. KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1104ss. A noter que depuis l'abandon de la figure du délit successif, le fait de commettre des infractions identiques ou semblables, même s'il s'agit de la même personne qui est lésée, constitue un concours réel (HURTADO POZO (2008), n.1471ss).

⁷⁹¹ Voir aussi ATF 111 IV 124 pour un exemple de concours réel entre l'article 123 CP et 128 CP (lorsque l'auteur de blessures intentionnelles plus que bénignes laisse sans soin la victime qui a besoin d'aide, il se rend coupable de lésions corporelles simples et d'abandon d'un blessé).

⁷⁹² KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.1109 ; DONATSCH/TAG (2006), p.400, STOLL (2009), ad art. 49 CP, n.22.

séquestration (art. 183 CP) et une contrainte (art. 181 CP).⁷⁹³ Une même injure proférée à l'encontre d'un couple de résidents peut aussi remplir deux fois les conditions de l'article 177 CP puisque l'honneur de chacun d'eux est atteint.⁷⁹⁴ C'est le cas également lorsqu'une maltraitance porte atteinte à différents aspects de la personnalité.⁷⁹⁵

2 *Les conséquences*

Les conséquences du concours sont multiples et nous n'entrerons pas dans le détail. Nous nous bornons à rappeler que, lorsque les infractions retenues sont punissables du même genre de peine, le juge fixe cette dernière selon l'article 49 CP.⁷⁹⁶ Il s'agit d'une circonstance qui oblige celui-là à aggraver la peine.⁷⁹⁷ Cela peut notamment être le cas lorsqu'un viol (art. 190 CP) et une contrainte sexuelle (art. 189 CP) sont retenus⁷⁹⁸ sans qu'une des dispositions y relatives prime sur l'autre.⁷⁹⁹

Lorsque les peines ne sont pas du même genre, elles sont cumulées.⁸⁰⁰ Ainsi, une peine privative de liberté peut être prononcée à côté d'une peine pécuniaire en cas lésions corporelles graves (art. 122 CP) et d'une injure (art. 177 CP). En présence de voies de faits (art. 126 CP) et de menaces (art. 180 CP), l'auteur pourra être puni par une amende et une peine privative de liberté.

⁷⁹³ ATF 104 IV 170, JT 1979 IV 144. Dans cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a admis que l'auteur qui, durant deux heures et demie au moins, retient sa victime par la force, pour lui interdire toute tentative de fuite, et qui la menace sérieusement, dans l'intention de la détourner de se défendre contre des atteintes physiques, aussi bien que d'appeler au secours, est punissable pour contrainte et séquestration.

⁷⁹⁴ La doctrine parle ici de concours idéal homogène (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 49 CP, n.6 ; STOLL (2009), ad art. 49 CP, n.22).

⁷⁹⁵ Voir ci-dessus p.28.

⁷⁹⁶ Pour plus de détails voir par exemple STOLL (2009), ad art. 49 CP, n.1ss et ACKERMANN (2007), ad Art. 49 StGB, n.1ss.

⁷⁹⁷ STOLL (2009), ad art. 49 CP, n.79. ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 49 CP, n.14.

⁷⁹⁸ ATF non publié du 15 novembre 2010, 6B_716/2010.

⁷⁹⁹ Dans un tel cas, nous serions en présence d'un concours imparfait.

⁸⁰⁰ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 49 CP, n.17a.

VII Les infractions punissables

1 *Introduction*

En nous basant sur la systématique du Code pénal qui présente ses dispositions spéciales selon le bien juridique protégé (vie et intégrité corporelle, honneur, liberté, intégrité sexuelle), nous examinons dans les lignes qui suivent les infractions intentionnelles qui peuvent entrer en ligne de compte dans une situation de maltraitance.

2 *Les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle*

i *Introduction*

Lorsque, en raison d'une maltraitance, la vie ou l'intégrité corporelle d'un résident a été lésée ou mise en danger, différents articles du Code pénal entrent en considération. Ceux-ci figurent dans le titre premier du livre deuxième du Code pénal (art. 111ss CP).⁸⁰¹ Nous présentons ci-dessous, tout d'abord les infractions de lésions (art. 122, 123 et 126 CP) et ensuite celles de mise en danger des biens juridiques précités (art. 127, 128 et 129 CP).

ii *Les lésions corporelles*

Les articles 122, 123 et 126 CP (infractions de résultat) incriminent le fait de causer des lésions corporelles à autrui.⁸⁰² L'application d'une disposition au détriment d'une autre se fait en fonction de la gravité de l'atteinte causée. Dans un ordre décroissant, nous examinerons les lésions corporelles graves (art. 122 CP), les lésions corporelles simples (art. 123 CP) et les voies de fait (art. 126 CP).

En réprimant les lésions du corps humain, telles que des atteintes résultant de blessures, les articles 122ss du Code pénal tendent à assurer la protection de l'intégrité corporelle.⁸⁰³ Ils ne se limitent toutefois pas à ce seul aspect. En effet, la protection vise aussi la santé, tant physique que psychique (mentale), des êtres humains.⁸⁰⁴ Ainsi le fait de provoquer une

⁸⁰¹ Dans les paragraphes qui suivent, nous ne traiterons pas des diverses formes d'homicide (art. 111ss CP). Les raisons ayant guidé notre choix sont que ces situations gravissimes sont moins caractéristiques de la maltraitance dont les personnes âgées peuvent être victimes en institution.

⁸⁰² L'article 125 CP ne sera pas abordé dans le cadre du présent travail car il entre en considération uniquement lorsque l'auteur a agi par négligence.

⁸⁰³ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), Remarques préliminaires aux articles 122 à 126 CP, n.4. Il s'agit notamment de toute « action directe sur le corps humain, sous l'effet d'un choc ou de l'emploi d'un objet, qui a pour conséquence d'en dégrader l'état, que la lésion soit interne ou externe » (CORBOZ (2010a), p.134, n.7).

⁸⁰⁴ CORBOZ (2010a), p.123, n.6 ; HURTADO POZO (2009), n.430.

maladie, d'aggraver un état malade ou de retarder la guérison doit être considéré comme étant une lésion corporelle.⁸⁰⁵ Il est admis en doctrine que des menaces verbales peuvent provoquer des lésions corporelles si la santé mentale d'une personne s'en trouve atteinte.⁸⁰⁶ Tel est le cas de celui qui provoque chez autrui une dépression.⁸⁰⁷

La notion de lésion corporelle est essentiellement objective, c'est-à-dire que le sentiment subjectif du lésé n'est pas, à lui seul, déterminant lorsqu'il s'agit de qualifier juridiquement l'acte dont il a fait l'objet. Toutefois, l'impact de l'atteinte ne sera pas nécessairement le même suivant l'âge de la personne, son état de santé ou le cadre social dans lequel elle vit et il en sera tenu compte.⁸⁰⁸

a Les lésions corporelles graves

1 Généralités

Dans les cas les plus sévères de maltraitance, en particulier de maltraitance physique, le crime de lésions corporelles graves (art. 122 CP) pourra être retenu contre : « celui qui, intentionnellement, aura blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger, celui qui intentionnellement, aura mutilé le corps d'une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé à une personne une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanentes, celui qui intentionnellement, aura fait subir à une personne toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins ».

2 Des lésions corporelles graves

L'article 122 CP cite quelques exemples de lésions corporelles graves. Cette énumération n'est pas exhaustive.⁸⁰⁹ En effet, « toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou la santé physique ou mentale » est réservée.⁸¹⁰

⁸⁰⁵ ATF 119 IV 25, 26 ; voir aussi ROTH/BERKEMEIER (2007), Vor Art. 122 StGB, n.17.

⁸⁰⁶ HURTADO POZO (2009), n.439.

⁸⁰⁷ CORBOZ (2010a), p.136, n.14.

⁸⁰⁸ ATF 134 IV 189, 192.

⁸⁰⁹ Dans notre analyse, nous laissons de côté l'hypothèse de l'incapacité de travail permanente. Celle-ci n'entre pas en ligne de compte en matière de maltraitance de personnes âgées résidant en institution, qui ne sont plus actives sur le marché du travail.

Premièrement, la lésion corporelle est grave lorsque la blessure⁸¹¹ causée est de nature à entraîner un danger de mort pour un individu.⁸¹² Le critère décisif est le fait qu'une issue fatale s'avère concrète et sérieusement probable ; il n'est pas nécessaire que celle-ci doive être envisagée à brève échéance, même si cela est souvent le cas.⁸¹³ Un danger de mort latent suffit.⁸¹⁴ L'élément décisif est qu'il doit exister une forte probabilité que les lésions infligées engendrent le décès.⁸¹⁵ Le fait d'étrangler une personne et de lui couper ainsi la respiration pendant un certain temps⁸¹⁶ ou de transmettre une maladie mortelle comme le VIH⁸¹⁷ ont été considérés par le Tribunal fédéral comme des blessures propres à mettre la vie en danger.

Deuxièmement, il y a lésion corporelle grave, en cas de mutilation du corps, d'un membre ou d'un organe importants d'une personne. Sont visés ici les cas où il y a « ablation, sévère dégradation ou mise hors d'état de fonctionner d'une partie importante du corps humain ».⁸¹⁸ Par conséquent la mutilation d'un doigt ou d'une oreille ne rentre pas dans cette dernière hypothèse.⁸¹⁹ Par contre la main, le pied ou le genou sont considérés comme

⁸¹⁰ Il s'agit d'une clause générale qui permet d'appréhender des cas de lésions corporelles graves qui ne peuvent être rattachés aux exemples mentionnés par les alinéas 1 et 2 (ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 122 StGB, n.19ss). La jurisprudence a, par exemple, estimé qu'il y avait lésions corporelles graves en cas de commotion cérébrale avec fracture du crâne, cicatrices au visage, troubles de l'ouïe ayant nécessité une hospitalisation de plusieurs semaines (ATF 101 IV 382, JT 1976 IV 152).

⁸¹¹ La notion de blessure englobe également les atteintes à la santé (ATF 91 IV 194, JT 1966 IV 34, 35).

⁸¹² ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 122 StGB, n.5. Si la mise en danger de la vie ne découle pas directement de la blessure on ne se trouve pas dans le cadre de l'article 122 CP mais de l'article 129 CP (ATF 124 IV 53). A ce sujet, voir ci-dessous p.138.

⁸¹³ CORBOZ (2010a), p.123s, n.8; ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 122 StGB, n.5.

⁸¹⁴ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad. art. 122 CP, n.9.

⁸¹⁵ ATF 131 IV 1,3, JT 2006 IV 187, 188.

⁸¹⁶ ATF 91 IV 193, JT 1966 IV 34.

⁸¹⁷ ATF 131 IV 1, 3, JT 2006 IV 187, 188; ATF 125 IV 242, 248, JT 2002 IV 38, 42s.

⁸¹⁸ CORBOZ (2010a), p.124, n.9; voir aussi ATF 129 IV 1, 3, JT 2006 IV 2, 4.

⁸¹⁹ ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 122 StGB, n.11.

« importants ». ⁸²⁰ La mutilation pourrait ainsi être admise dans certains cas d'interventions chirurgicales non consenties par le patient. ⁸²¹

Hormis la mutilation, le Code pénal retient d'autres atteintes permanentes qui doivent être qualifiées de lésions corporelles graves. ⁸²² Il s'agit tout d'abord de l'infirmité permanente, par quoi il faut entendre une paralysie ou une grave restriction d'une fonction du corps humain (vue, ouïe, motricité, etc.). ⁸²³ L'élément de permanence implique que la lésion soit durable c'est-à-dire non limitée dans le temps mais pas forcément incurable. ⁸²⁴ Ensuite, l'article 122 CP mentionne le fait de causer une maladie mentale permanente. Finalement, l'hypothèse d'une personne gravement défigurée est également prévue. Bien que le terme « défigurer » concerne en principe le visage, certains auteurs proposent de l'étendre à d'autres parties du corps (jambes, etc.). ⁸²⁵ Cette dernière hypothèse se rapporte à un préjudice d'ordre esthétique. ⁸²⁶

Des maltraitements ayant l'ampleur de lésions corporelles graves sont envisageables. Le fait de donner fréquemment et pendant plus d'un mois des coups violents à mains nues, avec une spatule, un bâton, une ceinture ou un cordon électrique utilisé à la manière d'un fouet a été considéré par le Tribunal fédéral comme étant constitutif des lésions corporelles graves. ⁸²⁷ Tel peut aussi être le cas d'un résident qui est hospitalisé pendant plusieurs mois

⁸²⁰ CORBOZ (2010a), p.124, n.9.

⁸²¹ ATF 124 IV 258, 261, JT 2001 IV 2, 4 ; ATF non publié du 19 mars 2002, 4P.9/2002 (le TF a ici considéré que l'ablation d'un ovaire accompagné d'une appendicectomie constituait une lésion corporelle simple ; il a toutefois laissé entendre que ces actes auraient pu être qualifiés de lésions corporelles graves).

⁸²² ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 122 StGB, n.15s.

⁸²³ CORBOZ (2010a), p.125, n.10. A noter que dans son message le Conseil fédéral a opté pour une notion large de l'infirmité incluant toutes les maladies et autres préjudices durables portés à la santé, tels que les empoisonnements ou la toxicomanie (FF 1985 1040).

⁸²⁴ HURTADO POZO (2009), n.532.

⁸²⁵ SCHUBARTH (1982), ad art. 122, n. 22. D'autres auteurs estiment que cette interprétation n'est pas conforme à l'article 1 CP et font tomber cette hypothèse dans la clause générale (ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 122 StGB, n.18).

⁸²⁶ CORBOZ (2010a), p.125s, n.11.

⁸²⁷ Il s'agissait en l'espèce de mauvais traitements infligés par une mère à ses deux enfants âgés de 5 et 8 ans (ATF non publié du 13 juin 2003, 6S.144/2003).

en raison de graves fractures (col du fémur) avec des séquelles permanentes et la mise en place d'une prothèse.⁸²⁸

b Les lésions corporelles simples

1 Généralités

Les lésions corporelles simples constituent l'infraction intermédiaire entre les lésions corporelles graves et les voies de fait. Elles permettent de sanctionner l'auteur d'une maltraitance dont les conséquences n'atteignent pas l'intensité exigée par l'article 122 CP mais sont plus graves que celles requises par l'article 126 CP.⁸²⁹

Le délit de lésions corporelles simples figure à l'article 123 du Code pénal selon lequel « 1. Celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne une autre atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans les cas de peu de gravité, le juge pourra atténuer librement la peine (art. 48a). 2. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire et la poursuite aura lieu d'office, si le délinquant a fait usage du poison, d'une arme ou d'un objet dangereux, s'il s'en est pris à une personne hors d'état de se défendre ou à une personne, notamment à un enfant, dont il avait la garde ou sur laquelle il avait le devoir de veiller [...] ». ⁸³⁰

2 Des lésions corporelles simples

Les lésions corporelles doivent être qualifiées de simples lorsqu'elles ne sont pas graves au sens de l'article 122 CP ;⁸³¹ l'infraction de l'article 123 CP est donc subsidiaire.⁸³²

⁸²⁸ Dans un ATF 105 IV 179, 180, le Tribunal fédéral a jugé que des lésions ayant nécessité le remplacement de l'articulation fémorale par une prothèse et une hospitalisation de sept mois étaient graves au sens de l'article 122 CP.

⁸²⁹ ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 123 StGB, n.3.

⁸³⁰ Cette disposition prévoit en outre que la poursuite aura lieu d'office également lorsque l'auteur est le conjoint ou le partenaire de la victime. Elle pourrait s'appliquer lors de violence conjugale chez un couple de résidents. Toutefois, l'article 55a CP permet ici à l'autorité chargée de l'administration de la justice pénale de suspendre provisoirement la procédure à certaines conditions. Cela permet de corriger les incidences négatives que peut avoir sur la victime l'exécution de la procédure pénale. Il appartient ainsi à l'autorité de déterminer dans un cas d'espèce si l'intérêt public à poursuivre une infraction ne doit pas céder le pas à l'intérêt privé qu'a la victime à voir la procédure suspendue. A l'issue de la suspension, la procédure peut être classée ou reprise (pour plus de détails, cf. DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 55a CP, n.1ss).

⁸³¹ ATF 134 IV 189, 191.

Sont des lésions corporelles simples notamment les meurtrissures, écorchures, griffures, marques de coups pour autant qu'il en résulte une lésion du corps humain ou un trouble important et non passager au sentiment de bien-être.⁸³³ Il en va de même de nombreux coups de poing et de pied au visage provoquant des marques dans la région de l'œil et une meurtrissure de la lèvre.⁸³⁴

Ainsi, bon nombre de mauvais traitements atteignant l'intégrité physique d'un résident comme des coups de poing ou de pied et des gifles tomberont sous le coup de l'article 123 CP. A titre d'exemple, une étude menée au Québec, a mis en évidence le cas d'un infirmier qui, alors qu'il changeait la couche d'un résident incontinent, a frappé le sexe en érection de ce dernier à « coup de chaussure » de manière à lui causer des hématomes.⁸³⁵ Elle mentionne aussi un infirmier irascible qui a cassé le nez à force de coups de pied dans le visage d'une vieille dame démente qui était tombée.⁸³⁶

L'infraction prévue par l'article 123 chiffre 1 du Code pénal se poursuit sur plainte. En ce qui concerne la peine, le juge a la possibilité de l'atténuer librement (art. 48a CP) dans les cas de peu de gravité.⁸³⁷ Cela permet au juge d'observer « une gradation permettant de traiter à satisfaction les cas limites ».⁸³⁸

3 Les cas aggravés de lésions corporelles simples

Le chiffre 2 de l'article 123 CP décrit différents cas aggravés de lésions corporelles simples dont les particularités se situent au niveau de la mise en œuvre qui intervient alors d'office et non sur plainte comme cela est prévu pour les cas non aggravés (art. 123 ch. 1 CP).

⁸³² Cela se déduit du texte même de l'article 123 CP qui prévoit que « celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne une autre atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé [...] ».

⁸³³ ATF 119 IV 25, 26s.

⁸³⁴ ATF 134 IV 189, 191.

⁸³⁵ GINESTE/MARESCOTTI (2000), <http://cec-formation.net.pagesperso-orange.fr/violencecccp.html>.

⁸³⁶ A notre sens et selon la jurisprudence actuelle, une telle atteinte est plutôt constitutive de lésions corporelles simples que graves. Le TF a, en effet, confirmé un jugement cantonal qui retenait des lésions corporelles simples lorsque le lésé avait souffert d'un traumatisme cranio-cérébral sévère avec fracture et contusions temporales et fracture du nez, ainsi que de problèmes d'audition (ATF non publié du 20 mai 2010, 6B_88/2010).

⁸³⁷ Voir sur cette question, ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 123 StGB, n.7ss.

⁸³⁸ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 123 CP, n.13.

En ce qui nous concerne, il y a lieu de mentionner brièvement l'usage de poison, d'une arme ou d'un objet dangereux.⁸³⁹ Plus intéressantes sont les hypothèses du résident hors d'état de se défendre et de l'auteur ayant un devoir de protection envers lui.

Elles ont été élaborées dans le but de protéger les enfants, comme cela ressort du texte de la disposition, mais aussi d'autres catégories de personnes se trouvant dans des circonstances particulières. Il peut en aller ainsi des résidents d'établissements spécialisés pour personnes âgées.⁸⁴⁰

Une personne est hors d'état de se défendre si elle ne peut se défendre avec quelque chance de succès contre son agresseur et contre le dommage dont il la menace.⁸⁴¹ C'est ici la situation dans laquelle elle se trouve qui justifie la poursuite d'office, l'acte de l'auteur apparaissant à cet égard comme particulièrement répréhensible.⁸⁴² Les raisons pour lesquelles un individu est hors d'état de se défendre peuvent être de nature physique ou psychique (faiblesse corporelle, graves troubles psychiques, infirmité, très grand âge).⁸⁴³ En institution, sont particulièrement visés les résidents atteints d'une démence à un stade avancé, qui font l'objet de mesures limitatives de liberté, sont endormis ou dont la mobilité est fortement réduite.⁸⁴⁴

Celui qui a la garde d'une personne ou est tenu de veiller sur elle, a un devoir de protection, qui peut découler de la loi, d'un devoir de fonction, d'un acte juridique,⁸⁴⁵ ainsi que d'une

⁸³⁹ Nous ne nous attarderons pas sur cette hypothèse ne présentant pas d'intérêt particulier dans le cadre de notre thématique. A noter toutefois que l'utilisation subreptice et sans ordonnance de certains médicaments comme des antidépresseurs ou des tranquillisants doit être considérée comme un usage de poison (RSJ 1987 p.245; BJP 1990 n°702).

⁸⁴⁰ FF 1985 1042 ; ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 123 StGB, n.25 et 28.

⁸⁴¹ ATF 85 IV 125, 129.

⁸⁴² ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 122 StGB, n.24. Cette circonstance aggravante peut intervenir lorsqu'il n'est pas clair de savoir si l'auteur, malgré le fait qu'il travaille au sein de l'institution, est soumis à un devoir de veiller sur la personne lésée par la commission de l'infraction au sens de l'hypothèse examinée ci-après (personnel de cuisine, technicien de surface, etc.).

⁸⁴³ HURTADO POZO (2009), n.509; ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 123 StGB, n.25.

⁸⁴⁴ REHBERG (2008), p.50.

⁸⁴⁵ CORBOZ (2010a), p.139, n.29. Il n'est pas nécessaire que la personne soit hors d'état de se protéger au sens de l'article 127 CP ou hors d'état de se défendre au sens de la 2^{ème} phrase du chiffre 2 de l'article 123 CP (ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 123 StGB, n.26).

situation de fait.⁸⁴⁶ L'auteur de la maltraitance doit donc avoir une position de garant (art. 11 CP),⁸⁴⁷ laquelle pourra découler du contrat de soins ou d'assistance ainsi que de l'obligation légale de protéger la personnalité des résidents (art. 386 nCC). Au vu de son devoir de protection, l'acte de l'auteur apparaît donc comme particulièrement blâmable et justifie, de ce fait, la poursuite d'office.

c Les voies de fait

1 Généralités

Les voies de fait constituent la limite inférieure des infractions contre l'intégrité corporelle et la santé.⁸⁴⁸ Elles sont réalisées lorsqu'une atteinte à l'intégrité corporelle qui n'a pas de conséquence dommageable existe.⁸⁴⁹ L'article 126 CP « incrimine l'adoption d'un comportement dénotant un certain degré d'agressivité et de violence, qui induit une atteinte à l'intégrité physique de faible intensité ».⁸⁵⁰

L'article 126 CP (contravention) prévoit que « ¹ Celui qui se sera livré sur une personne à des voies de fait qui n'auront causé ni lésion corporelle ni atteinte à la santé sera, sur plainte, puni d'une amende. ² La poursuite aura lieu d'office si l'auteur a agi à répétition : a. contre une personne, notamment un enfant, dont il avait la garde ou sur laquelle il avait le devoir de veiller ; [...] ».⁸⁵¹

⁸⁴⁶ ROTH/BERKEMEIER (2007), ad art. 123 StBG, n.29 précisent qu'une prise en charge de fait est suffisante (« Das Obhutsverhältnis kann auch rein faktisch begründet sein »). Dans le même sens voir DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 123, n.21 qui admettent un fondement factuel au devoir de protection et HURTADO POZO (2009), n.511 qui dit que cette circonstance aggravante « assure la protection de toute personne qui se trouve sous la garde d'un tiers ou sous son assistance effective, assistance qui ne se fonde pas nécessairement sur le droit de la famille ».

⁸⁴⁷ Sur la notion de garant voir ci-dessous p.171.

⁸⁴⁸ CORBOZ (2010a), p.155, n.2 ; ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 126 StGB, n.2. La distinction entre voies de fait et lésions corporelles simples peut s'avérer délicate tant la limite entre les deux infractions est ténue (ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 126 StGB, n.5).

⁸⁴⁹ REHBERG (2008), p.34.

⁸⁵⁰ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 126 CP, n.3.

⁸⁵¹ A noter également que, comme en matière de lésions corporelles simples, la poursuite a lieu d'office lorsque l'on se trouve dans le cadre de violences conjugales. L'article 55a CP est également applicable (voir ci-dessus p.124)

2 Des voies de fait

La jurisprudence définit les voies de fait comme les atteintes physiques qui, même si elles ne causent aucune douleur, excèdent ce qu'il est admis de supporter selon l'usage courant et les habitudes sociales et qui n'entraînent ni lésions corporelles, ni atteinte à la santé.⁸⁵² Comme exemple de voies de fait on peut citer : gifle, coup de poing ou de pied, fortes bourrades avec les mains ou les coudes, projections d'objets durs d'un certain poids, arrosage d'une personne au moyen d'un liquide, le fait de soumettre celle-ci à des gaz provoquant toux et éternuements.⁸⁵³ Une voie de fait peut aussi consister en un désagrément psychique.⁸⁵⁴

Des maltraitances telles que des bousculades ou des rudolements constitueront des voies de fait.⁸⁵⁵ A notre sens, le fait de soulever un résident grabataire sans ménagement, d'effectuer des manutentions très brusques rentrent également dans le champ d'application de l'article 126 CP. A noter que les voies de fait ne sont poursuivies que sur plainte, ce qui peut constituer un obstacle à la répression des actes de leur auteur.

3 Les cas aggravés de voies de fait

A l'instar de ce qui est prévu en matière de lésions corporelles simples, le législateur a envisagé des cas aggravés de voies de fait. Ainsi, et en ce qui nous concerne, l'auteur sera poursuivi d'office s'il a agi à réitérées reprises à l'encontre d'une personne dont il avait la garde ou sur laquelle il devait veiller.⁸⁵⁶ Tel peut être le cas des soignants envers les résidents d'EMS lorsqu'ils ont un devoir de garant.⁸⁵⁷

⁸⁵² ATF 134 IV 189, 191 ; RJN 1995 92, 94 ; ATF 119 IV 25, 26 ; ATF 117 IV 14, JT 1993 IV 37, 38ss ; ATF non publié du 8 octobre 2001, 6P.99/2001, 6S.436/2001. Certains auteurs estiment, à juste titre, qu'il se justifie de prendre en compte l'âge et les circonstances dans lesquelles interviennent les voies de fait (CORBOZ (2010a), p.156, n.8).

⁸⁵³ ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 126 StBG, n.3s ; ATF non publié du 8 octobre 2001, 6P.99/2001, 6S.436/2001.

⁸⁵⁴ ATF non publié du 8 octobre 2001, 6P.99/2001, 6S.436/2001.

⁸⁵⁵ En France en 1999, le directeur d'une maison de retraite a été inculpé pour avoir eu des attitudes brutales envers les pensionnaires (LACAN (2002), p.47).

⁸⁵⁶ Les notions de garde et de devoir de veiller sont les mêmes que dans le cadre de l'article 123 CP, de sorte que nous pouvons nous borner à renvoyer aux lignes consacrées à la question (ci-dessus p.126) ; tel est le cas d'un médecin vis-à-vis de ses patients (DUMOULIN (2009), p.502).

⁸⁵⁷ ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 126 StGB, n.8. Sur la notion de garant voir ci-dessous p.171.

Il est admis que l'auteur a agi à réitérées reprises, lorsqu'au moins deux épisodes de voies de fait indépendants l'un de l'autre sont avérés.⁸⁵⁸ Les actes en question doivent dénoter d'une certaine habitude, d'une certaine systématique.⁸⁵⁹

d Appréciation personnelle

Bon nombre de cas de mauvais traitements peuvent, en théorie, engendrer l'application des dispositions pénales incriminant les lésions corporelles. Ces dernières permettent de sanctionner le soignant ayant non seulement causé une atteinte à l'intégrité corporelle d'un résident,⁸⁶⁰ mais aussi à sa santé physique ou mentale.⁸⁶¹ Des maltraitements non seulement physiques mais aussi psychiques peuvent entrer en considération lorsqu'il s'agit d'examiner si les éléments constitutifs des articles 122, 123 et 126 CP sont réalisés.

Eu égard aux situations gravissimes envisagées par les lésions corporelles graves, l'article 122 CP n'entrera pas fréquemment en considération. Il n'est toutefois pas impossible que certaines maltraitements soient constitutives de cette infraction.⁸⁶² Sa mise en œuvre ne nécessitant pas le dépôt d'une plainte, devrait faciliter la condamnation de l'auteur.

La maltraitance tombera plus souvent sous le coup des lésions corporelles simples et des voies de fait (art. 123 et 126 CP),⁸⁶³ qui permettent de punir les actes ayant lésé l'intégrité corporelle ou la santé d'une personne âgée mais qui n'atteignent pas un degré de gravité suffisant pour être qualifiés de lésions corporelles graves. Etant donné que la poursuite de ces infractions ne se fait pas d'office, certains cas resteront impunis. Il arrivera, en effet, que le résident ne souhaite ou ne puisse pas déposer plainte dans le délai de 3 mois de l'article 31 CP.

⁸⁵⁸ ROTH/BERKEMEIER (2007), ad Art. 126 StGB, n.9 ; CORBOZ (2010a), p.158s, n.22. Pour un exemple voir ATF 129 IV 216.

⁸⁵⁹ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 126 CP, n.13

⁸⁶⁰ Par exemple des coups.

⁸⁶¹ Par exemple lorsque des menaces verbales ont causé une atteinte à la santé mentale.

⁸⁶² Même s'ils sont relativement rares, des cas d'abus majeurs existent (GINESTE/MARESCOTTI (2000), <http://cec-formation.net.pagesperso-orange.fr/violenceccfp.html>).

⁸⁶³ La distinction entre lésions corporelles simples et voies de fait est délicate en particulier lorsque l'atteinte s'est limitée à des meurtrissures, des écorchures, des griffures ou des contusions. Dans ces cas limite, il convient de prendre en considération l'importance de la douleur provoquée (ATF 134 IV 189, 191).

Par la poursuite d'office des cas aggravés de lésions corporelles et de voies de fait, le législateur permet de tenir compte adéquatement de la vulnérabilité et de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent fréquemment les résidents d'EMS maltraités. Il marque plus fortement sa réprobation envers les actes commis par ceux qui ont un devoir de protection (garant) vis-à-vis d'autrui ou qui s'en prennent à des individus dans l'incapacité de se défendre.

iii La mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui

a Introduction

Parmi les infractions réprimant la mise en danger de la vie et de la santé d'autrui, les articles 127, 128 et 129 CP méritent, en ce qui nous concerne, d'être présentés.

Ces dispositions décrivent tantôt des infractions de mise en danger concrète et matérielle (art. 127 et 129 CP)⁸⁶⁴, tantôt de mise en danger abstraite et formelle (art. 128 CP).⁸⁶⁵

b L'exposition

1 Généralités

L'exposition est un crime qui consiste à exposer une personne à un danger concernant sa vie ou sa santé (physique ou psychique), ainsi qu'à abandonner celle-là dans une telle situation.

L'article 127 du Code pénal prévoit que « celui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, ou l'aura abandonnée en un tel danger sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

Cette infraction vise deux types de comportements, que la loi traite de la même manière. Premièrement, elle permet de sanctionner le fait de mettre en danger un résident et, secondement, celui de ne rien entreprendre alors que la vie ou la santé de ce dernier est en péril.

2 L'exposition à un danger

L'exposition à un danger ou la création de celui-ci doit émaner de l'auteur de l'infraction lui-même.⁸⁶⁶ Ce dernier est à la base de la situation dangereuse.

⁸⁶⁴ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 127 CP, n.10, ad art. 129 CP, n.1.

⁸⁶⁵ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 128 CP, n.6, 10 et 14.

Le fait d'exposer une personne à un danger peut consister à ouvrir la fenêtre de la chambre d'un malade alors que la température extérieure est très basse.⁸⁶⁷ Tel peut aussi être le cas d'un résident à moitié nu assis sur un fauteuil en plein courant d'air devant la fenêtre de sa chambre ouverte, mouillé de la nuit et attendant que l'on fasse sa toilette du matin.⁸⁶⁸

Cela peut également être réalisé lorsque l'auteur crée un danger pour une personne par sa passivité.⁸⁶⁹ Il peut en aller ainsi d'une infirmière qui ne ferme pas une barrière d'accès à un escalier et qui n'empêche pas un résident en chaise roulante de s'en approcher.

3 L'abandon dans une situation de danger

L'abandon, quant à lui, est réalisé lorsque l'auteur ne fait rien pour apporter de l'aide à une personne qui se trouve dans une situation de danger dont il n'est pas à la base.⁸⁷⁰ Selon le Tribunal fédéral, « remplit donc les conditions objectives de l'abandon non seulement celui qui délaisse sa victime ou ne fait rien pour la tirer d'affaire, mais aussi celui qui, tout en lui donnant certains soins, ne prend toutefois pas les dispositions nécessaires pour la soustraire réellement au danger qui la menace ».⁸⁷¹

Le médecin d'un EMS qui est informé par un infirmier qu'un résident alité en raison d'une fracture du col du fémur non consolidée développe une gangrène gazeuse et qui, malgré l'urgence, reporte son intervention se rend coupable d'abandon dans une situation de danger.⁸⁷² On peut également envisager la situation dans laquelle le directeur de l'EMS ou un soignant constate qu'un résident malade est exposé aux courants d'air provenant de la fenêtre de sa chambre ouverte et ne fait rien pour y remédier.

⁸⁶⁶ CORBOZ (2010a), p.164, n.9.

⁸⁶⁷ Exemple cité par HURTADO POZO (2009), n.631.

⁸⁶⁸ Il s'agit d'un cas réel qui a eu lieu dans une maison de retraite française (ESCRIBANO (2007), p.11).

⁸⁶⁹ HURTADO POZO (2009), n.632; CORBOZ (2010a), p.165, n.12 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.15 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 127 CP, n.8.

⁸⁷⁰ HURTADO POZO (2009), n.633; CORBOZ (2010a), p.164, n.9 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.15.

⁸⁷¹ ATF 73 IV 167, JT 1948 IV 49, 51 ; voir plus récemment l'ATF non publié du 24 juin 2000, 6S.167/2000.

⁸⁷² Il s'agit d'un cas réel où le résident est décédé avant l'intervention du médecin (ESCRIBANO (2007), p.47ss).

4 La notion de danger

Le danger dans lequel la personne doit se trouver peut concerner sa santé ou sa vie.⁸⁷³ S'il se rapporte à la santé, il doit être grave et imminent. Cela signifie que, si le danger devait se réaliser, il doit vraisemblablement engendrer des lésions corporelles graves au sens de l'article 122 CP.⁸⁷⁴ Sa réalisation potentielle doit en outre paraître très proche sur le plan temporel.⁸⁷⁵ Lorsque la vie est en cause (danger de mort), aucune intensité particulière en termes de gravité et de réalisation temporelle n'est requise.⁸⁷⁶

Dans tous les cas, il doit s'agir d'un danger concret. On entend par là qu'il doit exister, d'après le cours ordinaire des choses, un certain degré de probabilité que la santé ou la vie soit lésée, sans toutefois qu'un degré supérieur à 50% ne soit exigé.⁸⁷⁷

5 Le devoir de garde ou de veille de l'auteur

Pour être punissable au sens de l'article 127 CP, il faut que l'auteur ait eu, au moment des faits, l'obligation de veiller sur le résident maltraité ou qu'il en ait eu la garde.⁸⁷⁸ Ces devoirs de protection doivent avoir pris naissance avant le danger encouru par celui-ci.⁸⁷⁹ La loi les

⁸⁷³ CORBOZ (2010a), p.165, n. 11.

⁸⁷⁴ CORBOZ (2010a), p.165, n. 11 ; HURTADO POZO (2009), n.632; AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.11.

⁸⁷⁵ Selon les termes du Tribunal fédéral, la notion d'imminence implique « outre la probabilité sérieuse de la réalisation du danger concret, un élément d'immédiateté qui est défini moins par l'enchaînement chronologique des circonstances que par le lien de connexité directe unissant le danger et le comportement de l'auteur » (ATF 121 IV 67, 70).

⁸⁷⁶ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 127 CP, n.11.

⁸⁷⁷ CORBOZ (2010a), p.165, n.11 ; HURTADO POZO (2009), n.629 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.12; ATF non publié du 12 octobre 2005, 6S.287/2005 ; ATF non publié du 24 juin 2000, 6S.167/2000 ; ATF non publié du 7 mars 2000, 6S.769/1999.

⁸⁷⁸ Sur les notions détaillées de garde et de veille voir ATF non publié du 7 mars 2000, 6S.769/1999 et Logoz (1955), ad art. 127 CP, n.4.

⁸⁷⁹ SJ 2000 I 358; ATF non publié du 15 avril 2002, 6S.70/2002.

traite de la même manière.⁸⁸⁰ Ce qui importe c'est que l'auteur se soit trouvé en position de garant par rapport à la personne lésée par la commission de l'infraction.⁸⁸¹

Le devoir de veiller peut résulter de la loi⁸⁸² ou d'un contrat. Pour les résidents, il peut découler de l'article 386 nCC (obligation de protéger les incapables de discernement séjournant en institution), tout comme du contrat d'assistance ou du contrat de soins.

Le devoir de garde est une notion plus large qui peut résulter d'une simple situation de fait.⁸⁸³ La jurisprudence le définit ainsi : « assume de fait une position de garant celui qui a accepté tacitement de garder ou de surveiller autrui ». ⁸⁸⁴ Un tel rapport de garde peut exister entre deux ou plusieurs personnes, dans le cadre d'une activité, dont l'une semble plus forte et plus expérimentée que l'autre.⁸⁸⁵

La position de garant implique que pour se rendre coupable de l'infraction prévue à l'article 127 CP, il faut nécessairement être dans un rapport spécifique avec le lésé. Un soignant, un médecin,⁸⁸⁶ voire le directeur de l'EMS peuvent être, à l'occasion d'un cas concret, qualifiés de garants vis-à-vis du résident maltraité.⁸⁸⁷

⁸⁸⁰ CORBOZ (2010a), p.164, n.3.

⁸⁸¹ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 127 CP, n.5. La notion de garant sera détaillée plus loin (ci-dessous p.171).

⁸⁸² Articles 273ss CC (autorité parentale), articles 367ss CC (tuteur envers son pupille).

⁸⁸³ HURTADO POZO (2009), n.636.

⁸⁸⁴ ATF non publié du 15 avril 2002, 6S.70/2002 ; ATF non publié du 24 juin 2000, 6S.167/2000. Par contre, la prise en charge temporaire, par un tiers qui ne contribue aucunement à accroître le danger dans lequel se trouve la victime (par exemple le tiers qui aide temporairement une personne prise de boisson) ne fonde pas un devoir de garant (AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.7).

⁸⁸⁵ Dans l'ATF non publié du 7 mars 2000, 6S.769/1999, le Tribunal fédéral a admis qu'il n'était pas exclu qu'il existe un rapport de garde entre le directeur d'un laboratoire préparant des produits sanguins et les hémophiles auxquels ceux-ci étaient distribués.

⁸⁸⁶ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 127 CP, n.5 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.8.

⁸⁸⁷ A noter que le fait d'avoir blessé une personne ne fonde pas un devoir de garant au sens de l'article 127 CP, comme cela découle de l'existence de l'infraction prévue à l'article 128 CP (AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.7).

6 Une personne hors d'état de se protéger

Le résident doit, en outre, être dans l'impossibilité de se protéger lui-même.⁸⁸⁸ Il en va ainsi de celui qui dans une situation concrète n'est pas en mesure de sauvegarder ou de retrouver son intégrité corporelle ou sa santé.⁸⁸⁹ La doctrine cite comme exemple les malades et les enfants mais aussi les personnes âgées.⁸⁹⁰ En outre, on considère qu'un individu qui est en principe capable de se protéger tout seul, peut perdre ses moyens de défense du fait de la situation de danger dans laquelle il se trouve.⁸⁹¹ Des résidents d'EMS, amoindris physiquement et/ou psychiquement, pourront donc assez fréquemment se trouver dans une position dans laquelle ils ne sont pas en mesure d'écarter eux-même les dangers auxquels ils sont exposés lorsqu'ils font l'objet de maltraitance.

c L'omission de prêter secours

1 Généralités

Le délit de l'article 128 CP (omission de prêter secours) sanctionne d'une part, celui qui n'a pas apporté son aide à une personne dont la vie ou la santé était menacée et d'autre part, l'individu qui empêche que cette aide soit procurée.

Il prévoit que « celui qui n'aura pas prêté secours à une personne qu'il a blessée ou à une personne en danger de mort imminent, alors que l'on pouvait raisonnablement l'exiger de lui, étant donné les circonstances, celui qui aura empêché un tiers de prêter secours ou l'aura entravé dans l'accomplissement de ce devoir, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

2 L'abandon d'une personne que l'auteur a blessée

L'article 128 CP vise en premier lieu l'individu qui en a blessé un autre⁸⁹² et ne lui porte pas secours (soit en restant passif, soit en faisant quelque chose d'absurde ou de manifestement inutile⁸⁹³). Cela consiste souvent à s'éloigner du lieu où se situe le blessé.⁸⁹⁴

⁸⁸⁸ AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.9s.

⁸⁸⁹ ATF non publié du 24 juin 2000, 6S.167/2000 ; ATF non publié du 7 mars 2000, 6S.769/1999.

⁸⁹⁰ HURTADO POZO (2009), n.638 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.10.

⁸⁹¹ HURTADO POZO (2009), n.638.

⁸⁹² L'auteur ne peut être ici que celui qui est à l'origine de la blessure (ATF non publié du 2 décembre 2002, 6P.141/2002, 6S.417/2002 ; JEANNERET (2002), p.371). Il suffit qu'une relation de cause à effet entre le comportement de l'auteur et la blessure soit avérée (ATF non publié du 20 mars 2007, 6S.489/2006) ; voir aussi par exemple AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.9.

Cette hypothèse vise les cas dans lesquels l'auteur de blessures pourrait aider le blessé mais ne le fait pas alors même qu'il est en mesure de le faire et que cela peut être exigé de lui.⁸⁹⁵ Par personne blessée, il faut comprendre une personne affectée de lésions corporelles ; des lésions corporelles simples suffisent.⁸⁹⁶ L'auteur doit avoir causé une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé.⁸⁹⁷ Il peut s'agir d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique.⁸⁹⁸ Il ne suffirait pas qu'un individu ait été bousculé ou effrayé.⁸⁹⁹

L'aide que l'on peut attendre de celui qui a causé des lésions corporelles à autrui, doit être appréciée au regard des circonstances du cas d'espèce. Etant donné qu'il est responsable des blessures, on peut raisonnablement exiger plus de lui que si ce n'était pas le cas.⁹⁰⁰ L'étendue de l'assistance souhaitée se détermine par une pesée des intérêts en présence, soit entre les besoins du blessé et les aptitudes et possibilités de l'auteur.⁹⁰¹

On peut ainsi attendre d'un membre du personnel de cuisine qui bouscule et fait tomber un résident âgé et physiquement dépendant qu'il fasse immédiatement appel à un soignant et s'assure que dans l'intervalle personne d'autre ne peut malencontreusement blesser celui

⁸⁹³ CORBOZ (2010a), p.172, n.12.

⁸⁹⁴ HURTADO POZO (2009), n.653.

⁸⁹⁵ DONATSCH (2008), p.55s. Il n'est pas nécessaire qu'une position de garant existe. Voir par exemple ATF 134 IV 149. Si l'auteur, pour d'autres raisons, doit être considéré comme garant et que des lésions corporelles par omission peuvent être retenues, seule la disposition relatives à celles-ci est applicable (AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.11).

⁸⁹⁶ AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.9 et 12; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 128 CP, n.5. Pour CORBOZ, « la notion de blessure semble viser une lésion du corps humain, et non une maladie ». Toutefois, pour cet auteur, « il n'est pas certain qu'une perturbation psychique, par exemple un état de choc, puisse être considérée comme une blessure, bien que suivant les cas, l'assimilation serait conforme à la *ratio legis* » (CORBOZ (2010a), p.165, n.5). A notre sens, étant donné que l'article 128 CP vise les mises en danger de la santé et que la notion de blessure s'interprète par référence aux lésions corporelles qui peuvent constituer en la création ou la prolongation d'un état pathologique, une maladie ne doit pas être exclue d'emblée du champ d'application de l'omission de prêter secours.

⁸⁹⁷ AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.9.

⁸⁹⁸ JEANNERET (2002), p.374.

⁸⁹⁹ CORBOZ (2010a), p.171, n.5.

⁹⁰⁰ AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.16.

⁹⁰¹ AEBERSOLD (2003), ad Art. 128 StGB, n.16s; voir aussi par exemple ATF 121 IV 18, 20.

qui est à terre. Le soignant qui blesse malencontreusement un résident à l'occasion d'une toilette et qui, en le rasant, lui cause des coupures saignant abondamment sera tenu de faire le nécessaire afin de stopper l'hémorragie.⁹⁰²

3 L'omission de prêter secours en cas de danger de mort imminent

Le deuxième comportement réprimé à l'article 128 CP est le fait de ne pas porter secours à une personne en danger de mort imminent. Soit l'auteur ne fait rien, soit il fait quelque chose d'absurde ou de manifestement inutile.⁹⁰³

Une telle omission de porter secours peut être reprochée à toute personne et pas seulement à celle qui est à l'origine de la mise en danger.⁹⁰⁴ Le Code pénal consacre ici l'idée qu'il existe une obligation générale de porter secours à autrui en cas d'urgence.⁹⁰⁵

La notion de danger de mort imminent, que l'on retrouve à l'article 129 CP suppose « un risque concret de lésion, c'est-à-dire un état de fait dans lequel existe, d'après le cours ordinaire des choses, la probabilité ou un certain degré de possibilité que le bien juridique protégé soit lésé » et un certain élément d'immédiateté (comme à l'article 127 CP pour ce qui est du danger menaçant la santé).⁹⁰⁶

Comme en matière d'abandon de blessé, l'étendue du secours se limite aux actes raisonnablement exigibles de la personne en mesure de procurer du secours.⁹⁰⁷

Ainsi, toute personne (autre résident, visiteur, etc.) qui constate qu'un résident désorienté tente de sortir de sa chambre par la fenêtre et risque de faire une chute mortelle est tenue, dans la mesure de ses possibilités, d'intervenir. Par contre, il est difficilement envisageable de retenir une omission de prêter secours à une personne en danger de mort imminent à l'encontre d'un soignant qui n'apporte pas d'aide à un résident qui est l'objet de lésions

⁹⁰² Il est à noter qu'un concours est ici possible avec des lésions corporelles par négligence (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 128 CP, n.20).

⁹⁰³ CORBOZ (2010a), p.176, n.29.

⁹⁰⁴ HURTADO POZO (2009), n.655; AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.21.

⁹⁰⁵ ATF 121 IV 18, 20 ; ATF 116 IV 19, 22. Cela ne crée toutefois pas une position de garant (CORBOZ (2010a), p.176, n.32).

⁹⁰⁶ ATF non publié du 15 octobre 2001, 6P.96/2001, 6S.413/2001.

⁹⁰⁷ CORBOZ (2010a), p.176, n.33 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.26.

corporelles graves (art. 122 CP) infligées par un tiers. Il sera punissable en vertu de l'article 127 CP (abandon d'une personne à un danger grave et imminent pour la santé).

4 L'entrave au secours

Le troisième et dernier comportement incriminé par l'article 128 CP consiste à empêcher ou rendre difficile les manœuvres de secours employées envers la personne blessée ou en danger de mort imminent.⁹⁰⁸ L'entrave au secours peut être le fait de toute personne y compris celle qui a une obligation de prêter secours pour avoir blessé quelqu'un.⁹⁰⁹

L'entrave ne doit pas être totale, il suffit que celui qui porte secours soit gêné dans son action; elle peut être physique ou verbale (pression psychique dans le but de dissuader le tiers d'intervenir par exemple).⁹¹⁰ Il n'y a par contre pas entrave lorsque la personne reçoit déjà de l'aide.⁹¹¹

Le comportement d'un soignant consistant à empêcher ou à dissuader un collègue de soigner un résident blessé par ce dernier est représentatif d'une entrave au secours.

d La mise en danger de la vie d'autrui

Le crime de l'article 129 CP réprime le comportement de celui qui aura mis en péril la vie d'une tierce personne.

Il prévoit que « celui qui, sans scrupules, aura mis autrui en danger de mort imminent sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

Cet article s'applique à l'individu qui par son comportement aura mis une personne en danger de mort imminent.⁹¹² La mise en danger de la vie ne doit pas découler directement d'une blessure, auquel cas l'article 122 CP est applicable.⁹¹³

⁹⁰⁸ Selon la doctrine, l'entrave au secours envers une personne souffrant d'une blessure insignifiante ne tombe pas sous le coup de l'article 128 CP (CORBOZ (2010a), p.179, n.47).

⁹⁰⁹ HURTADO POZO (2009), n.658 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.32; JEANNERET (2002), p.378.

⁹¹⁰ CORBOZ (2010a), p.178, n.43.

⁹¹¹ CORBOZ (2010a), p.179, n.47.

⁹¹² La notion de danger de mort imminent a déjà été traitée dans le cadre de l'article 128 CP, nous n'y reviendrons donc pas. Une mise en danger de la santé ne suffit pas (ATF 133 IV 1, 8 ; voir aussi AEBERSOLD (2007), ad Art. 129 StGB, n.10).

La mise en danger de la vie d'autrui est une infraction intentionnelle pour laquelle le dol éventuel ne suffit pas.⁹¹⁴ Le texte de l'article prévoit que l'auteur doit avoir agi sans scrupules. Selon le Tribunal fédéral, un acte est commis sans scrupules lorsque « compte tenu des moyens utilisés, des mobiles et de l'état de l'auteur ainsi que des autres circonstances, il apparaît comme contraire aux principes généralement admis des bonnes mœurs et de la morale », « l'absence de scrupules caractérise toute mise en danger dont les motifs doivent être moralement désapprouvés ; plus le danger connu de l'auteur est grand et moins ses mobiles méritent attention, plus l'absence de scrupules apparaît comme évidente ».⁹¹⁵

Le fait d'étrangler une personne en la privant momentanément de sa respiration est une mise en danger de la vie d'autrui.⁹¹⁶ Cela peut également être le cas de celui qui, excédé par un résident dément et délirant, l'étouffe avec un coussin.

e Appréciation personnelle

Certains cas de maltraitance peuvent, en théorie, engendrer l'application des dispositions pénales incriminant la mise en danger de la vie ou de la santé (physique ou psychique). Ces dernières sont toutefois subsidiaires par rapport aux infractions de lésion qui protègent les mêmes biens juridiques et qui souvent les absorbent.⁹¹⁷ En pratique, elles entreront en considération moins fréquemment que celles-ci. De plus, les articles 127, 128 et 129 CP décrivent des cas graves de mises en danger et, par la référence à l'imminence de la

⁹¹³ ATF 124 IV 53, 57.

⁹¹⁴ ATF 133 IV 1, 8 ; ATF non publié du 16 mars 2006, 6S.3/2006, 6P.10/2006.

⁹¹⁵ ATF non publié du 13 août 2003, 6S.128/2003 ; ATF non publié du 22 août 2001, 6P.70/2001, 6S.316/2001 ; voir aussi ATF 133 IV 1, 8 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 129 StGB, n.32ss.

⁹¹⁶ ATF 124 IV 53. Il est toutefois nécessaire que l'intention de l'auteur n'ait pas été de tuer, auquel cas il s'agirait d'une tentative de meurtre (DUPUIS/GELLER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 129 CP, n.3).

⁹¹⁷ CORBOZ (2010a), p.166, n.18. Par exemple, les lésions corporelles (art. 122 CP) priment sur l'exposition (art. 127 CP) ou sur la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) lorsque la lésion crée un danger pour la vie (DUPUIS/GELLER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 122 CP, n.22). A noter qu'un concours entre l'article 123 CP et 127 CP est possible (HURTADO POZO (2009), n.644 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 127 StGB, n.21). Le Tribunal fédéral (ATF 111 IV 124, 125) admet un concours entre l'omission de prêter secours (art. 128 CP) et les lésions corporelles simples (art. 123 CP) ou graves (art. 122 CP). La doctrine est controversée sur le sujet (CORBOZ (2010a), p.182, n.61 ; HURTADO POZO (2009), n.666 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.40 ; JEANNERET (2002), p.385). La mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) peut entrer en concours avec les articles 122 et 123 hormis l'hypothèse de l'article 122 alinéa 1 CP qui réprime le fait de blesser une personne de façon à mettre sa vie en danger (CORBOZ (2010a), p.196, n.36 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 129 StGB, n.44).

réalisation de ce dernier, se réfèrent à des situations d'urgence.⁹¹⁸ Ainsi, toute mise en danger de la santé d'un résident ne sera pas un acte pénalement répréhensible.

Parmi les articles 127, 128 et 129 CP, c'est l'exposition (art. 127 CP) qui est susceptible d'entrer en considération le plus souvent pour sanctionner le comportement d'un soignant maltraitant. D'une part, la disposition y relative prime sur les articles 128 et 129 CP.⁹¹⁹ D'autre part, elle permet de tenir compte fait qu'un résident est bien souvent dans l'incapacité de se défendre lui-même contre des actes de maltraitance et que le soignant, auteur de mauvais traitements, peut se trouver dans une position de garant.⁹²⁰ Les éléments décrits dans l'énoncé de l'article 127 CP se retrouvent dans les EMS à travers la relation qui existe entre les personnes âgées, souvent très dépendantes, qui y vivent et les soignants qui les prennent en charge.

L'article 127 du Code pénal pourra être invoqué pour certaines maltraitances commises sous forme de négligences⁹²¹ et permettra, par exemple, de sanctionner le soignant qui en ne répondant pas aux besoins d'un résident aura compromis gravement sa sécurité ou sa santé.⁹²² Lorsqu'il s'agit d'apprécier si les éléments consitutifs de l'article 127 CP sont remplis, il y a lieu de tenir compte du fait que l'exposition à un danger d'une personne âgée déjà en mauvaise santé peut avoir de lourdes conséquences pour elle.

L'article 128 CP, qui comporte une sanction plus légère que celle prévue pour l'exposition, incrimine des comportements qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 127 CP et qui ne doivent pas être le fait d'une personne ayant un devoir de protection particulier (garant) envers un résident vulnérable. L'omission de prêter secours qui est subsidiaire par

⁹¹⁸ L'article 127 CP fait référence à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, soit une situation dans laquelle une personne risque de subir des lésions corporelles graves au sens de l'article 122 CP. L'application de l'article 128 CP exige qu'un individu souffre de lésions corporelles (art. 122 ou 123 CP) ou soit en danger de mort imminent. L'article 129 CP entre en considération lorsque quelqu'un a été en danger de mort imminent.

⁹¹⁹ CORBOZ (2010a), p.166, n.17 et p.197, n.37 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 129 StGB, n.44 ; AEBERSOLD (2007), ad Art. 128 StGB, n.40.

⁹²⁰ Contrairement aux cas aggravés de lésions corporelles simples (art. 123 ch. 2 CP) qui exigent une personne hors d'état de se défendre ou dont l'auteur avait la garde ou un devoir de veiller (conditions alternatives), l'exposition est réalisée lorsque l'auteur a la garde d'une personne qui est hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle (conditions cumulatives).

⁹²¹ Les négligences en question se réfèrent à une forme typique et reconnue de maltraitance (voir ci-dessus p.30) et en aucun cas à la notion de négligence utilisée en droit pénal (art. 12 al. 3 CP).

⁹²² A ce sujet voir les exemples cités ci-avant p.131 et p.132.

rapport à l'exposition ne sera pas fréquemment invocable à l'encontre d'un soignant maltraitant. Elle pourra néanmoins entrer en considération lorsque ce dernier a blessé un résident. Par contre, mais cela sort du cadre de notre étude, peuvent être condamnés pour une omission de prêter secours, le personnel de nettoyage de l'EMS ou des visiteurs externes qui constatent qu'un résident court un danger de mort imminent en raison par exemple d'une crise cardiaque ou d'une grave chute.

Eu égard à la primauté de l'article 127 CP, la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) ne s'appliquera que rarement à l'auteur d'une maltraitance, lorsque celui-ci est un soignant d'EMS ayant un devoir de garde ou de veille sur le résident. Le fait pour celui-là de mettre en danger la vie de celui-ci sera considéré comme une exposition à un danger de mort. L'article 129 CP pourra entrer en considération lorsque le résident n'est pas incapable de se protéger et que l'intention du soignant est particulièrement malveillante et dénote son absence de scrupules.

Les actes des membres du personnel d'un EMS, ayant un devoir de veiller sur un résident, qui consistent à ne fournir aucune aide à ce dernier alors que son intégrité corporelle ou sa santé est menacée de voies de fait (art. 126 CP) ou de lésions corporelles simples (art. 123 CP) en raison des agissements d'un tiers, par exemple d'un autre soignant, ne sont pas soumis aux articles 127ss CP. Ces derniers laissent donc sans sanction une partie des négligences dans les soins et des pratiques d'abandon envers une personne qui a besoin d'aide et dont l'auteur a la charge.⁹²³

3 *Les infractions contre l'honneur*

i *Introduction*

L'honneur est « le droit de chacun à ne pas être considéré comme une personne méprisable » ou « un droit au respect qui est lésé par toute allégation de fait propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'homme ». ⁹²⁴ Plus brièvement, il s'agit du droit d'être respecté et de ne pas être méprisé. ⁹²⁵

Toute personne indépendamment de son âge ou d'une éventuelle incapacité de discernement est protégée dans son honneur. ⁹²⁶ Il n'est pas nécessaire qu'elle ait conscience

⁹²³ Sous réserve des cas de lésions corporelles simples (123 CP) et de voies de fait (art. 126 CP) commises par omission (voir ci-dessous p.169ss).

⁹²⁴ ATF 117 IV 27, 29; ATF non publié du 6 décembre 2000, 6S. 752/2000.

⁹²⁵ C'est la réputation d'homme respectable et honnête qui est protégée (CORBOZ (2010a), p.621, n.3; ATF 117 IV 27, 28s ; 105 IV 194, 195 ; 105 IV 111, 112 ; 103 IV 157, 158).

⁹²⁶ HURTADO POZO (2009), n.1982ss ; CORBOZ (2010a), p.585 n.21 ; RIKLIN (2007), Vor Art. 173 StGB n.29.

de son honneur et du fait que celui-ci a été touché.⁹²⁷ Pour apprécier si ce dernier a été atteint, il faut procéder à une interprétation objective, selon le sens que le destinataire, non prévenu, devait dans les circonstances d'espèce attribuer au comportement en cause.⁹²⁸ Les mêmes termes n'ont donc pas nécessairement la même portée suivant le contexte dans lequel ils sont employés.

Des différentes infractions contre l'honneur, c'est l'injure (art. 177 CP) qui trouve une application privilégiée dans le domaine de la maltraitance. D'une part, elle est la seule à prendre en considération le comportement de celui qui s'adresse directement au résident. D'autre part, elle incrimine les jugements de valeurs offensants. La diffamation (art. 173 CP) et la calomnie (art. 174 CP) visent uniquement le comportement de celui qui s'adresse à un tiers.⁹²⁹

ii L'injure

a Généralités

L'injure est un délit qui sanctionne, sur plainte, l'individu qui a porté une atteinte à l'honneur d'une autre personne.

L'article 177 CP prévoit que « ¹ celui qui, de toute autre manière, aura par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par des voies de fait, attaqué autrui dans son honneur sera, sur plainte, puni d'une peine pécuniaire de 90 jours-amende au plus. ² (...) ³ (...) ».

Il s'agit d'une infraction de mise en danger abstraite,⁹³⁰ c'est-à-dire qu'elle réprime un comportement, sans que l'honneur ne soit concrètement mis en danger. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire que le lésé ait été blessé dans son honneur. L'injure est un délit formel.

b Une atteinte à l'honneur

Pour admettre l'existence d'une injure, l'atteinte doit être d'une gravité qui excède ce qui est socialement acceptable, afin d'éviter un élargissement de la notion d'honneur protégée

⁹²⁷ CORBOZ (2010a), p.585, n.21.

⁹²⁸ ATF 118 IV 248, 251.

⁹²⁹ Ces deux infractions ne seront pas examinées ci-dessous, dans la mesure où nous avons conçu la maltraitance comme un comportement de l'auteur portant atteinte à une personne dans un contexte spécifique de dépendance et parce qu'elles n'envisagent pas les jugements de valeur péjoratifs. A noter toutefois que leur application est envisageable, si l'auteur communique à un tiers un fait attentatoire à l'honneur d'un résident (RIKLIN (2007), ad Art. 177 StGB n. 1 ; HURTADO POZO (2009), n.2122s).

⁹³⁰ RIKLIN (2007), Vor Art. 173 StGB n. 39s ; HURTADO POZO (2009), n.1985.

par le droit pénal.⁹³¹ Ainsi, le fait d’être simplement impoli ou de faire preuve d’incivilité ne suffit pas pour être considéré comme une atteinte à l’honneur tombant sous le coup de l’article 177 CP.

L’injure peut être perpétrée par la parole, l’écriture, l’image, le geste⁹³² ou par des voies de fait au sens de l’article 126 CP.⁹³³ Elle peut prendre la forme d’un jugement de valeur offensant, consister en un fait attentatoire à l’honneur ou en une injure formelle. Ces diverses hypothèses sont traitées de la même manière dans le cadre de l’article 177 CP.

1 Un jugement de valeur offensant

Un jugement de valeur offensant existe lorsque l’auteur manifeste du mépris ou du dédain sans que cela ne soit fondé sur des faits reconnaissables et aptes à être prouvés.⁹³⁴ Cela traduit la mauvaise opinion qu’il a du lésé⁹³⁵ et doit « être propre à mettre en doute l’honnêteté, la loyauté ou la moralité d’une personne de manière à la rendre méprisable ». ⁹³⁶ A noter que le sens à attribuer à un même terme peut varier selon les circonstances.⁹³⁷ Insulter une personne âgée, l’outrager par des mots grossiers ou des invectives suffisent pour porter atteinte à son honneur.⁹³⁸ Il en va de même pour le soignant qui hurle à une résidente démente « Vous avez fini de m’emmerder ! Connasse ! Taisez-vous ! ». ⁹³⁹

⁹³¹ CORBOZ (2010a), p.623, n.18.

⁹³² Par exemple exhiber son postérieur ou cracher par terre pour exprimer son mépris. Voir ATF 103 IV 167, 172.

⁹³³ On parle ici d’injure réelle (HURTADO POZO (2009), n.2126). Pour déterminer si l’on applique l’article 126 CP ou 177 CP, il faut se référer à la volonté de l’auteur ; si celui-ci a voulu manifester du mépris et humilier, les voies de fait tombent sous le coup de l’injure.

⁹³⁴ RIKLIN (2007), Vor Art. 173 StGB n. 34, ad Art. 177 StGB n. 3.

⁹³⁵ HURTADO POZO (2009), n.2010.

⁹³⁶ CORBOZ (2010a), p.622, n.12.

⁹³⁷ ATF 118 IV 248, 251.

⁹³⁸ HURTADO POZO (2009), n.2128.

⁹³⁹ Exemple réel tiré de ESCRIBANO (2007), p.32.

Lorsque l'auteur s'adresse au lésé en évoquant « une conduite contraire à l'honneur ou un autre fait propre à porter atteinte à la considération », il existe un fait attentatoire à l'honneur.⁹⁴⁰ Il affirme qu'une personne s'est comportée d'une certaine manière ou qu'elle se trouve dans une situation de fait déterminée ; de ces allégations, une conclusion attentatoire à l'honneur est déduite.⁹⁴¹ Une accusation ou un soupçon de conduite contraire à l'honneur ou d'un autre fait propre à entamer la considération de la personne visée doit exister.⁹⁴²

Des allégations relatives à l'état de santé ne sont pas des atteintes à l'honneur lorsque l'intéressé n'est en aucune façon rendu responsable d'un comportement méprisable en lien avec la survenance ou les effets de la maladie.⁹⁴³ Ainsi, utiliser le terme « dément » en s'adressant à un résident atteint de la maladie d'Alzheimer ne suffirait pas. Selon les circonstances, cela pourrait malgré tout être constitutif d'une injure, lorsque l'évocation de la maladie est détournée de sa signification propre dans le seul but de mépriser la personne visée.⁹⁴⁴ On peut aussi considérer que traiter un résident lourdement dépendant de « vieux débris inutile » est une injure. Et si l'allégation relative à la santé sous-entend un comportement méprisable que la personne pouvait maîtriser, l'honneur est atteint.⁹⁴⁵ Nous pouvons penser à l'accusation d'avoir commis une infraction (voler les affaires d'autres résidents) ou d'avoir eu un comportement dégradant (faire exprès d'uriner au lit).

Il y a injure formelle lorsque l'auteur exprime son mépris envers le lésé, sans que l'on puisse clairement distinguer entre une allégation de fait ou un jugement de valeur.⁹⁴⁶ Il s'agit de jugements de valeurs fondés sur des faits.⁹⁴⁷ A cet égard, il y a lieu de rapporter le cas d'un

⁹⁴⁰ CORBOZ (2010a), p.624, n.20.

⁹⁴¹ HURTADO POZO (2009), n.2009.

⁹⁴² CORBOZ (2010a), p.624, n.21.

⁹⁴³ CORBOZ (2010a), p.584, n.13.

⁹⁴⁴ ATF 98 IV 91, 93.

⁹⁴⁵ ATF 93 IV 20, 22.

⁹⁴⁶ CORBOZ (2010a), p.623, n.14 ; RIKLIN (2007), ad Art. 177 StGB, n.3.

⁹⁴⁷ HURTADO POZO (2009), n.2129.

employé d'une maison de retraite, qui laisse un pensionnaire manger seul, son plateau sur le ventre, les mains pleines, souillées parce qu'il ne cesse de tirer sur sa couche et d'y glisser les mains et qui se moque en disant « il est en train de se faire une tartine de chocolat ».⁹⁴⁸

iii Appréciation personnelle

L'injure n'incrimine pas d'une manière différente les actes de maltraitance que les autres atteintes à l'honneur. Elle ne sanctionne pas plus sévèrement l'auteur qui s'en est pris à une personne âgée dépendante et vulnérable dont il a la charge et ne prévoit pas une poursuite d'office dans ce cas. Plusieurs comportements injurieux typiques de maltraitance psychique, tels que le fait de ne pas saluer un résident ou de ne pas lui adresser la parole,⁹⁴⁹ de le tutoyer ou d'adopter une attitude infantilissante, d'ouvrir la porte de sa chambre sans frapper ne sont pas inclus dans le champ d'application des dispositions pénales protégeant l'honneur, faute de gravité suffisante.⁹⁵⁰ Le fait que des conséquences psychiques négatives puissent être engendrées ne suffit pas.⁹⁵¹

Par contre, un bras ou un doigt d'honneur en réponse à une demande du résident, lui montrer ses fesses pour exprimer son mépris ou lui mettre le nez dans ses selles⁹⁵² pourront tomber sous le coup de l'article 177 CP.

Plus délicate est la question de savoir si le fait de mettre à longueur de journée des couches-culottes à un résident, tout à fait capable de se rendre aux toilettes lorsqu'il est accompagné d'un soignant ou d'effectuer sa toilette intime à la vue de tous remplissent également les exigences de l'article 177 CP. Si l'auteur par ce comportement utilise l'état de santé de la personne pour exprimer par là son mépris envers elle, une injure devrait selon nous être admise.

⁹⁴⁸ ESCRIBANO (2007), p.57.

⁹⁴⁹ HURTADO POZO (2009), n.2128.

⁹⁵⁰ Il en va de même dans d'autres ordres juridiques comme en France (LAGRAULA-FABRE (2005a), p.337). Il est à noter que certains de ces comportements ont parfois par le passé été ressentis comme inévitables (manque de personnel pour accompagner le résident aux toilettes ou pour l'inviter à se nourrir, etc.), voire socialement tolérables.

⁹⁵¹ BADEL POITRAS/POITRAS (1999), p.171.

⁹⁵² Voir ci-dessus p.12.

4 *Les crimes ou délits contre la liberté*

i Introduction

Lorsqu'une maltraitance a porté atteinte à la liberté d'un résident, les articles 180 CP (menaces), 181 CP (contrainte), 183 CP et 184 CP (séquestration) peuvent entrer en ligne de compte pour sanctionner le soignant auquel le comportement est imputable.

Ces infractions protègent, d'une part, la liberté de décision et, d'autre part, la liberté d'action. La première a trait à la possibilité de former une volonté et la seconde à celle d'agir conformément à celle-là.⁹⁵³

ii Les menaces

a Généralités

La menace est un délit qui permet de sanctionner le comportement de celui qui a causé un état de peur ou de frayeur chez autrui.⁹⁵⁴ Une mise en danger concrète de la liberté suffit ; il n'est pas nécessaire que celle-ci soit atteinte.⁹⁵⁵ L'infraction n'est toutefois consommée que si la menace grave éveille frayeur ou alarme chez une personne.⁹⁵⁶ Il s'agit donc d'une infraction matérielle.⁹⁵⁷

L'article 180 CP prévoit que « ¹ celui qui, par une menace grave, aura alarmé ou effrayé une personne, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. ² (...) ».

La poursuite a lieu sur plainte.⁹⁵⁸ Contrairement aux articles 123 alinéa 2 CP (cas aggravés de lésions corporelles simples) et 126 alinéa 2 CP (cas aggravés de voies de fait), il n'y a pas de

⁹⁵³ HURTADO POZO (2009), n.2370 ; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 180 StGB, n. 5ss; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n. 7.

⁹⁵⁴ Elle protège le droit de chaque personne à un libre épanouissement psychique (sentiment de sécurité). Voir à ce sujet DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 180 StGB, n. 32, n. 5.

⁹⁵⁵ ATF 81 IV 101, 106, JT 1956 IV 53, 56 ; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 180 StGB, n. 32, n. 11 ; CORBOZ (2010a), p.693, n.1.

⁹⁵⁶ CORBOZ (2010a), p.693, n.1.

⁹⁵⁷ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 180 CP, n.5.

⁹⁵⁸ Il est à noter que lorsque la menace a eu lieu dans un contexte de violence conjugale, la poursuite a lieu d'office. L'article 55a CP est alors applicable (voir ci-dessus p.124).

poursuite d'office lorsque l'auteur avait la garde d'une personne ou devait veiller sur elle (position de garant).

b Les caractéristiques de la menace

Par la menace (geste ou allusion⁹⁵⁹), une personne fait croire à une autre qu'un préjudice va se produire.⁹⁶⁰ Elle doit faire apparaître à cette dernière que la survenance de cet événement est subordonné à sa propre volonté. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'auteur puisse véritablement influencer la réalisation du préjudice, ni que l'acte puisse effectivement avoir lieu ; il suffit à cet égard qu'il en ait donné l'impression au résident.⁹⁶¹ Le dommage annoncé peut toucher le résident lui-même ou un de ses proches.⁹⁶²

Une menace au sens de l'article 180 CP doit être d'une certaine gravité. C'est le cas si elle est objectivement propre à alarmer ou effrayer le lésé;⁹⁶³ celui-ci doit être violemment ébranlé dans son psychisme (*heftige Erschütterung des Gemüts*) et éprouver de la crainte.⁹⁶⁴ Pour déterminer si cet élément est réalisé, il faut tenir compte de l'importance des intérêts menacés, ce qui exige une certaine individualisation dans l'appréciation. Il ne s'agit toutefois pas de se baser sur la sensibilité particulière d'un résident (*individuelle Empfindlichkeit*).⁹⁶⁵ Néanmoins, une prise en considération de la situation particulière de certains groupes de personnes nécessitant un besoin de protection accru, ce qui peut être le cas des personnes âgées, peut intervenir.⁹⁶⁶ Des menaces de lésions corporelles graves ou des menaces de mort sont considérées comme des menaces graves.⁹⁶⁷ Ici, le préjudice annoncé est en lui-même illicite. Lorsque tel n'est pas le cas, il faut se fonder sur les circonstances du cas

⁹⁵⁹ ATF 99 IV 212, 215.

⁹⁶⁰ ATF 122 IV 97, 100.

⁹⁶¹ ATF 106 IV 125, JT 1981 IV 106, 107.

⁹⁶² CORBOZ (2010a), p.694, n.7.

⁹⁶³ ATF 81 IV 101, 105s. ; ATF 99 IV 215s.

⁹⁶⁴ DONATSCH (2008), p.402.

⁹⁶⁵ CORBOZ (2010a), p.694, n.6.

⁹⁶⁶ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 180 StGB, n. 20; HURTADO POZO (2009), n.2395.

⁹⁶⁷ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 180 CP, n.13 ; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 180 StGB, n. 25.

d'espèce, en appréciant la gravité et les effets de la menace.⁹⁶⁸ Ainsi, l'auteur qui effraye le destinataire de manière infondée ou disproportionnée, pourra être puni sur la base de l'article 180 CP.⁹⁶⁹

En tous les cas, le lésé doit avoir effectivement été effrayé ou alarmé.⁹⁷⁰ Il doit avoir été entravé dans la liberté de former sa volonté et de s'y tenir.⁹⁷¹ Un chantage affectif exercé par un proche ou un soignant ne suffit pas.⁹⁷² Il en va différemment si une infirmière menace un résident diabétique de le priver de son insuline, dans le seul but de l'effrayer.

iii La contrainte

a Généralités

Le délit relatif à la contrainte permet de sanctionner le soignant qui, notamment par l'usage de violence ou de menaces, aura obtenu un comportement déterminé d'un résident. Il s'agit d'une infraction de lésion et d'un délit matériel qui nécessite que ce dernier se conforme aux exigences de l'auteur.⁹⁷³

L'article 181 CP prévoit que « celui qui, usant de la violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ». ⁹⁷⁴

⁹⁶⁸ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 180 StGB, n. 26.

⁹⁶⁹ CORBOZ (2010a), p.695, n.11 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 180 CP, n.15.

⁹⁷⁰ CORBOZ (2010a), p.695, n.12.

⁹⁷¹ ATF 106 IV 125, JT 1981 IV 106, 107.

⁹⁷² Cela peut par contre être une menace sérieuse destinée à contraindre la victime, au sens de l'article 181 CP.

⁹⁷³ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 181 CP, n.7 ; CORBOZ (2010a), p.709, n.34 ; RJN 1998 143, 146; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n.46.

⁹⁷⁴ Lorsque la contrainte a lieu dans un contexte de violence conjugale, l'article 55a CP est applicable (voir ci-dessus p.124).

b Les différents moyens de contrainte

L'article 181 CP envisage trois types de moyens de contrainte soit l'usage de la violence, la menace d'un dommage sérieux et les entraves à la liberté d'action. La loi les traite de la même manière.

1 La violence

La violence n'est pas uniformément définie par la doctrine.⁹⁷⁵ Il s'agit pour certains, de toute action physique d'une certaine gravité que l'auteur exerce sur une personne.⁹⁷⁶ Pour d'autres, la notion est plus large et inclut les actes portés sur le corps humain par des moyens physiques ou chimiques.⁹⁷⁷ D'autres incluent même la violence exercée sur des choses.⁹⁷⁸ L'auteur a ici souvent recours à la commission d'une infraction pour obtenir un comportement déterminé d'un individu.⁹⁷⁹

L'usage de la violence sera pris en considération s'il est d'une certaine gravité et est apte à entraver la liberté d'agir du lésé.⁹⁸⁰ A cet égard certains auteurs soutiennent, à juste titre, une approche subjective de ce moyen de contrainte, qui tienne compte des particularités du lésé comme son âge ou sa santé.⁹⁸¹ Par exemple une contrainte physique d'une certaine intensité n'affectera pas l'autodétermination d'une personne jeune et robuste alors qu'elle sera suffisante pour influencer le comportement d'un résident âgé fragile.⁹⁸² Selon la

⁹⁷⁵ Ces controverses n'ont toutefois pas d'importance pratique dans la mesure où l'article 181 CP envisage aussi d'autres actes qui entravent la liberté d'action et de décision de la victime (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 181 CP, n.8).

⁹⁷⁶ Une action à distance, comme par exemple l'excès de bruit ou une lumière aveuglante, est également possible (CORBOZ (2010a), p.702, n.3s).

⁹⁷⁷ Des voies de fait et l'utilisation de gaz lacrymogène sont des exemples (DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n.20).

⁹⁷⁸ Les exemples peuvent être le fait de retirer des prothèses ou une chaise roulante indispensable à la personne pour se déplacer, l'endommagement de portes et fenêtres d'un locataire, etc. (TRECHSEL (2005), ad Art. 181 StGB, n.2) ; *contra* DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n.21).

⁹⁷⁹ HURTADO POZO (2009), n.2483.

⁹⁸⁰ HURTADO POZO (2009), n.2443.

⁹⁸¹ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n.24 et n.32. L'auteur doit toutefois avoir pris en compte la situation particulière du lésé (CORBOZ (2010a), p.702, n.4).

⁹⁸² Sur la question de cette approche basée sur la portée effective de la violence sur la volonté de la personne, voir DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 181 CP, n.10.

jurisprudence, le fait de forcer quelqu'un à se déplacer à l'endroit voulu par l'auteur est une contrainte.⁹⁸³ Ainsi, lorsqu'un membre du personnel d'un EMS, empoigne contre son gré un résident qui déambule sans risque au sein de l'établissement, et le ramène par commodité dans sa chambre, il y a contrainte. Nous pouvons aussi envisager les cas dans lesquels on pince le nez de la personne ou qu'on la pique avec sa fourchette pour qu'elle ouvre la bouche et que l'on puisse l'alimenter de force.⁹⁸⁴

2 La menace d'un dommage sérieux

La notion de menace est la même qu'à l'article 180 CP.⁹⁸⁵ Elle ne doit toutefois pas être grave au sens de cette dernière disposition.⁹⁸⁶ La menace est un moyen de pression psychologique qui doit apparaître objectivement sérieuse pour une personne placée dans la situation de la victime.⁹⁸⁷ Il y a donc nécessairement une certaine individualisation ou prise en considération d'éléments propres à cette dernière.⁹⁸⁸ Certains auteurs proposent, avec justesse, de tenir compte des groupes de personnes nécessitant une protection accrue.⁹⁸⁹

Selon la jurisprudence, il y a menace d'un dommage sérieux lorsque la perspective de l'inconvénient est de nature à entraver le destinataire dans sa liberté de décision.⁹⁹⁰ La menace d'un petit inconvénient peut être considérée comme sérieuse si l'auteur utilise sciemment une faiblesse particulière d'une personne, par exemple une phobie.⁹⁹¹ Un chantage affectif envers un résident qui souffre de son isolement ou la menace de ne pas laisser ses proches entrer dans l'EMS lors de leur prochaine visite est à notre sens suffisant.

⁹⁸³ ATF 101 IV 42, JT 1976 IV 108.

⁹⁸⁴ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.27.

⁹⁸⁵ CORBOZ (2010a), p.703, n.6.

⁹⁸⁶ Il n'est pas nécessaire que la menace soit grave au sens de l'article 180 CP (DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n.26).

⁹⁸⁷ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 181 CP, n.12.

⁹⁸⁸ TRECHSEL (2005), ad Art. 181 StGB, n.5.

⁹⁸⁹ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n. 32.

⁹⁹⁰ ATF 120 IV 17, 19.

⁹⁹¹ TRECHSEL (2005), ad Art. 181 StGB, n.5.

3 Les autres moyens de contrainte

L'article 181 CP vise « tout autre acte entravant la personne dans sa liberté d'action ». N'importe quelle entrave à la liberté d'action ne suffit pas; il faut que celle-ci ait une certaine gravité. La jurisprudence qui prône une interprétation restrictive veut que ce moyen de contrainte « exerce sur la personne une pression comparable à la violence ou à la menace d'un dommage sérieux ». ⁹⁹²

Comme exemples, on peut citer les cas où l'auteur met un individu sous l'effet de la drogue, d'une narcose, d'une hypnose ou d'un produit toxique ou encore s'il le prive de ses vêtements ou de ses médicaments. ⁹⁹³ Tel peut être le cas d'utilisation massive de sédatifs sans indication médicale objective afin qu'un résident puisse se déplacer moins facilement et rapidement et ainsi d'assurer la tranquillité du soignant. ⁹⁹⁴

c L'adoption d'un comportement déterminé

Pour que l'infraction de contrainte soit réalisée, le lésé doit commencer à adopter le comportement voulu par l'auteur, comportement qu'il n'aurait pas choisi s'il avait eu toute sa liberté de décision. ⁹⁹⁵ La conduite en question peut consister, selon l'article 181 CP, à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte.

Une personne inconsciente ne pourra donc pas faire l'objet de contrainte. Par contre une personne incapable de discernement pourra, dans le cadre de ses possibilités, bénéficier de la protection de sa liberté d'action et de décision. ⁹⁹⁶

⁹⁹² ATF 117 IV 113, JT 1982 IV 138, 139; RJN 1998 143 s; voir aussi ATF 129 IV 6, JT 2005 IV 215, 217s et ATF 129 IV 262, JT 2005 IV 207, 208s. Selon le Tribunal fédéral, par « entraver de quelque autre manière dans la liberté d'action », il faut comprendre tout moyen de contrainte qui est semblable, par son intensité et ses effets, à celui que le texte légal mentionne expressément en parlant d'usage de la violence et qui, d'après l'interprétation de la notion de violence, peut y être assimilé » (ATF 129 IV 262, JT 2005 IV 207, 209).

⁹⁹³ CORBOZ (2010a), p.706, n.16; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n.42.

⁹⁹⁴ ESCRIBANO (2007), p.22.

⁹⁹⁵ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n. 7; ATF 129 IV 6, JT 2005 IV 215, 217; ATF 120 IV 17, 19; ATF 108 IV 165, JT 1983 IV 142. Dans l'ATF 129 IV 262, JT 2005 IV 207, le Tribunal fédéral a admis que des actes de harcèlement (stalking) qui s'étendent et se répètent sur une période d'un certaine durée réalisent les éléments constitutifs de la contrainte. En l'espèce, il s'agissait d'un ancien employé qui harcelait le directeur et un chef de l'entreprise afin d'être réembauché. A cette fin, il a, durant plusieurs mois et à de multiples reprises attendu, suivi et menacé ces personnes qui, de ce fait on été contraintes de changer leurs habitudes de travail afin de l'éviter.

⁹⁹⁶ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n.16. TRECHSEL exprime la même idée en disant que « Das Opfer muss die Zwangssituation wahrnehmen » (TRECHSEL (2005), ad Art. 181 StGB, n.1).

iv La séquestration

a Généralités

Le crime de séquestration (art. 183s CP) sanctionne le comportement de celui qui a porté atteinte à la liberté de mouvement d'une personne en retenant celle-ci à l'endroit où elle se trouve.⁹⁹⁷ Il s'agit d'un cas spécial de contrainte (art. 181 CP) qui protège spécifiquement la liberté de mouvement.⁹⁹⁸ C'est une infraction matérielle et de lésion.⁹⁹⁹

L'article 183 alinéa 1 CP prévoit que « celui qui, sans droit, aura arrêté une personne, l'aura retenue prisonnière, ou l'aura, de toute autre manière, privée de sa liberté, [...] sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

b Une personne privée de liberté

Le lésé doit avoir été empêché de s'en aller, selon son propre choix, du lieu où il se trouve.¹⁰⁰⁰ Pour que l'on puisse admettre une séquestration encore faut-il qu'il soit en mesure de choisir l'endroit où il souhaite être.¹⁰⁰¹ Il doit donc être en mesure de former la volonté de se déplacer.¹⁰⁰² S'agissant d'une capacité élémentaire (capacité naturelle), cette liberté sera reconnue à un résident souffrant de troubles psychiques mais pas à un malade mental profond ou à celui qui est inconscient.¹⁰⁰³

Par ailleurs, la liberté de la personne est protégée, même si celle-ci dépend d'un tiers ou d'accessoires techniques (béquilles, cadre, chaise roulante) pour se déplacer.¹⁰⁰⁴ Ainsi un

⁹⁹⁷ Nous ne traiterons pas dans les lignes qui suivent de l'enlèvement, difficilement réalisable dans le cadre d'une institution pour personnes âgées et peu représentatif d'un acte de maltraitance infligé à un résident par un soignant. En effet, par enlèvement, il faut comprendre le fait d'emmener une personne contre sa volonté dans un autre lieu (CORBOZ (2010a), p.726, n.2).

⁹⁹⁸ CORBOZ (2010a), p.727, n.5; ATF 129 IV 61, 63.

⁹⁹⁹ CORBOZ (2010a), p.732, n.29.

¹⁰⁰⁰ CORBOZ (2010a), p.727, n.4; ATF 101 IV 154, 160; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 183 StGB, n.6. Le fait d'interdire l'entrée d'un local ou d'obliger une personne à sortir d'une pièce n'est pas une séquestration mais une contrainte au sens de l'article 181 CP (DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 183 StGB, n. 6).

¹⁰⁰¹ CORBOZ (2010a), p.728, n.10.

¹⁰⁰² ATF 101 IV 154, 160.

¹⁰⁰³ CORBOZ (2010a), p.728, n.10.

¹⁰⁰⁴ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 183 StGB, n. 15; HURTADO POZO (2009), n.2541.

résident physiquement amoindri peut faire l'objet d'une séquestration dès qu'il est privé des aides (accessoires ou personnes) dont il a besoin pour se mouvoir.¹⁰⁰⁵

Une séquestration est déjà réalisée lorsqu'un individu a été privé de liberté pendant seulement quelques minutes.¹⁰⁰⁶

c Les moyens employés

Une séquestration peut être réalisée par tout comportement qui a pour conséquence de priver un individu de sa liberté de mouvement. Le moyen utilisé importe peu.¹⁰⁰⁷

La personne doit avoir été contrainte de rester dans un certain lieu et privée de la liberté d'aller et venir comme elle l'entend.¹⁰⁰⁸ Tel peut être le cas lorsque l'auteur fait usage de la force (attachement,¹⁰⁰⁹ ligotage, enfermement, etc.), l'hypnose, la menace, etc.¹⁰¹⁰ Il en va de même lorsqu'il retire à un individu les moyens de s'en aller, par exemple en lui enlevant sa chaise roulante.¹⁰¹¹ Il n'est pas nécessaire que l'empêchement soit réel, il suffit par exemple de laisser croire que la porte de sortie est fermée.¹⁰¹²

L'article 183 CP donne toutefois deux exemples de séquestration. Il s'agit tout d'abord du fait d'arrêter une personne et ensuite de retenir un individu prisonnier. La première hypothèse consiste à obliger quelqu'un à rester à l'endroit où il se trouve.¹⁰¹³ La seconde vise, les cas où une mesure privative de liberté, conforme aux conditions légales au départ,

¹⁰⁰⁵ HURTADO POZO (2009), n.2541.

¹⁰⁰⁶ ATF non publié 6S.506/2002 du 11 mars 2003.

¹⁰⁰⁷ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 183 CP, n.15.

¹⁰⁰⁸ ATF 101 IV 154, JT 1976 IV 72, 75.

¹⁰⁰⁹ Le directeur d'un pensionnat pour enfants a été reconnu coupable de séquestrations pour avoir attaché ces derniers à leur lit à titre punitif (ATF non publié du 18 août 2006, 6P.106/2006 et 6S.222/2006).

¹⁰¹⁰ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 183 StGB, n.21.

¹⁰¹¹ TRECHSEL (2005), ad Art. 183 StGB, n.6.

¹⁰¹² CORBOZ (2010a), p.730, n.15.

¹⁰¹³ CORBOZ (2010a), p.731, n.22.

est maintenue bien qu'étant devenue illicite ultérieurement.¹⁰¹⁴ Elle peut aussi être réalisée lorsque l'auteur retient celui qui est venu de son plein gré.¹⁰¹⁵

Le fait d'attacher un résident durant plusieurs heures sur une chaise ou un fauteuil par commodité ou comme punition tombe sous le coup de l'article 183 CP. Tel est le cas, rapporté par Yves Gineste et Rosette Marescotti, d'un vieux monsieur ligoté du matin au soir sur une chaise en bois, assis sur ses escarres. Cela était justifié ainsi par une soignante : « quand on le lâche, il piétine et salit le sol toute la journée ». ¹⁰¹⁶ Nous pouvons aussi penser au fait d'enfermer une personne âgée dans sa chambre sans raison valable. Dans un ATF 134 I 209, le Tribunal fédéral a estimé que le fait de placer un patient toxicomane dans une chambre fermée, ¹⁰¹⁷ à son retour d'une fugue à titre disciplinaire ou punitif, était illicite et ne respectait pas les conditions de la législation sanitaire en matière de mesures de contrainte. A notre sens, les faits visés par cette affaire, qui n'a pas été jugée sous l'angle du droit pénal, auraient pu être constitutifs d'une séquestration au sens de l'article 183 CP.

d La séquestration aggravée

Le Code pénal prévoit à son article 184 CP l'infraction de séquestration aggravée. Les circonstances aggravantes se répercutent sur la quotité de la peine qui est alors d'un an de privation de liberté au moins.

Tel sera le cas, en ce qui nous concerne, ¹⁰¹⁸ lorsque l'auteur aura fait preuve de cruauté, aura mis sérieusement en danger la santé de la personne séquestrée et lorsque la privation de liberté aura duré plus de dix jours.

La jurisprudence ¹⁰¹⁹ a précisé que la cruauté implique des souffrances autres que celles qui découlent du fait que la personne est privée de sa liberté indépendamment du fait de savoir si elles sont constitutives d'une autre infraction. La cruauté doit être admise « dans les cas où l'auteur inflige à la victime des souffrances particulières en raison de leur importance, de

¹⁰¹⁴ CORBOZ (2010a), p.731, n.23.

¹⁰¹⁵ ATF 104 IV 170, 174.

¹⁰¹⁶ GINESTE/MARESCOTTI (2000), <http://cec-formation.net.pagesperso-orange.fr/violenceccfp.html>.

¹⁰¹⁷ Il s'agissait d'une chambre sécurisée, vidée de ses meubles dans laquelle le patient était privé de ses habits, de son téléphone portable de son tourne-disque et de toute lecture à l'exception de la Bible.

¹⁰¹⁸ Nous laissons de côté l'hypothèse de la rançon qui n'est pas dans un lien suffisant avec notre thématique.

¹⁰¹⁹ ATF 106 IV 363, 366.

leur durée ou de leur répétition, manifestant ainsi une mentalité dénuée de sentiments et de pitié ». Ces souffrances peuvent porter atteinte tant à l'intégrité physique que psychique.¹⁰²⁰

Il y a mise en danger sérieuse de la santé lorsque, entre autres, l'auteur omet de donner les soins nécessaires à une personne souffrant d'une maladie aiguë ou chronique (diabète, problèmes cardiaques).¹⁰²¹

En ce qui concerne la privation de liberté pendant plus de dix jours, le délai court dès que l'auteur a conscience et volonté de priver la personne de sa liberté pendant plus de dix jours ; il ne coïncide pas forcément avec le début de la séquestration.¹⁰²²

v Appréciation personnelle

Tous les mauvais traitements lésant l'autodétermination et l'autonomie d'une personne âgée ne seront pas pris en compte par le Code pénal à titre de crimes ou délits contre la liberté. En outre, des faits justificatifs pourront entrer en considération pour légitimer certaines mesures limitatives de la liberté d'un résident.

Les menaces (art. 180 CP) interviendront lorsqu'un résident aura été alarmé ou effrayé par les propos d'un soignant. Nous soutenons ici la possibilité évoquée par quelques auteurs de tenir compte des particularités de certains groupes de personnes particulièrement vulnérables. Il est indéniable qu'une même menace n'aura pas le même effet sur un résident dépendant que sur une personne plus jeune et pleinement autonome. Malgré tout, des maltraitements psychiques comme menacer de priver le résident de visites ou de contacts avec ses proches ne seront pas toujours suffisantes pour tomber sous le coup de l'article 181 CP. Les menaces ne se poursuivant que sur plainte, certains mauvais traitements resteront impunis. A cela s'ajoutent des difficultés de preuves liées au fait que la maltraitance psychique n'est pas facilement décelable chez les résidents.¹⁰²³

¹⁰²⁰ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 184 StGB, n.15.

¹⁰²¹ DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 184 StGB, n.22. En cas de danger de mort, c'est l'article 129 CP (mise en danger de la vie d'autrui) qui est applicable en concours avec l'article 183 CP (CORBOZ (2010a), p.744, n.96; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 184 StGB, n.24).

¹⁰²² CORBOZ (2010a), p.743, n.91s.

¹⁰²³ Voir si-dessus p.29.

La contrainte (art. 181 CP) sera retenue dans des situations que le législateur a estimées plus graves car ayant engendré un comportement spécifique de la personne âgée.¹⁰²⁴ Comme en matière de menaces, il est justifié de tenir compte du besoin accru de protection de certains individus comme les résidents d'EMS. Une soignante qui frappe les yeux d'un résident agressif avec un gant savonné pour qu'il se les frotte et ne se débâte pas pendant la toilette¹⁰²⁵ commet un acte de contrainte punissable pénalement. En outre, la répétition d'actes de maltraitance, qui individuellement ne rempliraient pas les conditions de l'article 181 CP, peuvent être assimilés à une contrainte dans le cadre d'une appréciation globale de la situation.¹⁰²⁶ Tel peut être le cas d'une alimentation forcée qui passe systématiquement par des pincements de nez dans le but de faire gagner du temps à la personne chargée d'aider le résident à prendre ses repas.

Dans les cas où il existe une privation de liberté de mouvement, les articles 183 et 184 CP pourront s'appliquer.¹⁰²⁷ Tel sera par exemple le cas lorsque l'on remonte par commodité les barrières de lit d'un résident afin qu'il ne puisse en sortir. Nous pouvons aussi imaginer des cas dans lesquels une personne âgée paraplégique est privée de son fauteuil roulant. L'article 184 CP entrera en considération plus rarement lorsque les actes de l'auteur seront particulièrement répréhensibles.

¹⁰²⁴ Lorsque l'auteur utilise la menace comme moyen de contrainte, seul l'article 181 CP est applicable ; l'article 180 CP est absorbé par l'article 181 CP (CORBOZ (2010a), p.697s, n.21 ; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB n. 59). Si le moyen de contrainte consiste à user de la violence, les voies de fait sont englobées dans la contrainte (art. 181 CP) et l'article 126 CP ne s'applique pas (CORBOZ (2010a), p.711, n.43 ; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n. 60s). L'article 181 CP peut entrer en concours avec les articles relatifs aux lésions corporelles (art. 122 et 123 CP) (DONATSCH (2008), p.415). Toutefois les articles 122, 123 et 126 CP priment sur l'article 181 CP lorsque la contrainte n'est qu'un simple préalable à la commission d'une lésion corporelle ou de voies de fait (CORBOZ (2010a), p.711, n.43 ; DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 181 StGB, n. 61). La doctrine admet un concours de l'article 129 CP (mise en danger de la vie d'autrui) avec les articles 180 et 181 CP (AEBERSOLD (2007), ad Art. 129 StGB, n. 44).

¹⁰²⁵ Il s'agit d'un exemple réel ayant eu lieu au Québec (GINESTE/MARESCOTTI (2000), <http://cec-formation.net.pagesperso-orange.fr/violenceccfp.html>).

¹⁰²⁶ En effet, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'était pas exclu que l'entrave à la liberté d'action « soit le résultat de la somme d'actes isolés » (ATF 129 IV 262, JT 2005 IV 207, 211).

¹⁰²⁷ Les infractions qui supposent dans leurs éléments constitutifs le recours à la contrainte absorbent l'article 183 CP pour autant que la privation de liberté n'excède pas celle relative à la commission de l'infraction ; sont visés ici les articles 189 et 190 CP (DONATSCH (2008), p.429). La séquestration peut entrer en concours avec les infractions contre l'intégrité corporelle si la privation de liberté excède ce qui est nécessaire à la commission des infractions précitées (DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 183 StGB, n. 55). L'article 183 CP absorbe la contrainte (art. 181 CP) et les menaces (art. 180 CP) pour autant que celles-ci n'excèdent pas ce qui est nécessaire à la commission de la séquestration (DELNON/RÜDY (2007), ad Art. 183 StGB, n. 54).

5 *Les infractions contre l'intégrité sexuelle*

i Introduction

En fonction de la gravité de l'atteinte et de la situation du résident, diverses infractions permettent de sanctionner celui qui commet des abus sexuels en EMS. Il s'agit des articles 189 à 193 du Code pénal qui envisagent des atteintes à la liberté de se déterminer dans le domaine sexuel.¹⁰²⁸ Ces infractions nécessitent une lésion du bien juridiquement protégé sans toutefois exiger de résultat (délits formels).¹⁰²⁹

Comme nous le verrons, certaines infractions (art. 191, 192 et 193 CP) permettent d'incriminer spécifiquement le comportement de celui qui profite d'une situation de dépendance ou d'incapacité. Nous nous pencherons donc plus spécifiquement sur ces dispositions en abordant toutefois brièvement les infractions plus générales (art. 189 et 190 CP). En effet, les cas de viol et de contrainte sexuelle en EMS, même s'ils sont rares ne sont pas impossibles. La presse fait parfois état de telles agressions.¹⁰³⁰

ii Les actes d'ordre sexuel

L'acte d'ordre sexuel est « un acte sur le corps humain qui tend à l'excitation ou à la satisfaction de l'instinct sexuel de l'un des participants au moins ».¹⁰³¹ Cette notion comprend non seulement l'acte sexuel proprement dit mais aussi les actes analogues.¹⁰³² Pour le Tribunal fédéral, les actes d'ordre sexuel sont « des actes clairement connotés sexuellement du point de vue d'un observateur extérieur ».¹⁰³³ L'acte doit avoir objectivement et indiscutablement un caractère sexuel et il doit revêtir une certaine

¹⁰²⁸ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), Remarques préliminaires aux art. 187 à 200 CP, n.4 ; MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.1 ; ATF 131 IV 167, JT 2007 IV 101, 103.

¹⁰²⁹ HURTADO POZO (2009), n.2936, n.3036, n.3061 ; ATF 101 IV 1, JT 1976 IV 98 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 191 CP, n.3.

¹⁰³⁰ Pour un exemple voir : http://www.afpap.org/viol_maison_de_retraite_boulogne.htm. Voir aussi TSCHAN (2003), p.93ss.

¹⁰³¹ CORBOZ (2010a), p.811, n.3.

¹⁰³² CORBOZ (2010a), p.812, n.8 ; MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.31ss.

¹⁰³³ SJ 1999 I 439, 443.

gravité.¹⁰³⁴ Il peut s'agir de frottements des parties génitales, de déshabiller une personne pour apercevoir celles-ci ou d'attouchements des seins.¹⁰³⁵

iii La contrainte sexuelle

a Généralités

Le crime relatif à la contrainte sexuelle entre en considération lorsqu'une personne impose à une autre un acte de nature sexuelle sans avoir tenu compte du refus de celle-ci.¹⁰³⁶

L'article 189 CP prévoit, à son alinéa premier, que « celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».¹⁰³⁷

Si l'article 189 CP est interprété purement littéralement, on arrive à la conclusion qu'il ne punit que le fait de contraindre quelqu'un à subir un acte d'ordre sexuel. Le Tribunal fédéral a jugé cette vision trop restrictive et a estimé que la disposition s'applique également aux cas dans lesquels une personne est contrainte de commettre un acte d'ordre sexuel.¹⁰³⁸ Il a estimé qu'il était « conforme au principe de la légalité fondé sur l'art. 1 CP que la jurisprudence précise l'interprétation de l'art. 189 al. 1 CP au-delà de sa lettre, en ce sens que cette disposition réprime, conformément au sens et au but de la loi et à la volonté du législateur, la contrainte non seulement à subir mais également à commettre des actes d'ordre sexuel. Une application littérale de cette disposition, dont le libellé résulte d'une inadvertance flagrante du législateur, conduirait à des résultats inadéquats et manifestement choquants ».¹⁰³⁹

¹⁰³⁴ ATF 125 IV 58, 62s, SJ 1999 I 439, 443s.

¹⁰³⁵ HURTADO POZO (2009), n.2914.

¹⁰³⁶ Voir par exemple, ATF 133 IV 49, 52s, JT 2009 IV 17, 20s.

¹⁰³⁷ Le Tribunal fédéral a jugé que la peine réprimant un comportement consistant à contraindre à subir un acte analogue à l'acte sexuel ne peut pas être considérablement inférieure à celle que le juge aurait fixée pour un viol commis dans des circonstances comparables (ATF 132 IV 120).

¹⁰³⁸ Par exemple une fellation (ATF 127 IV 198, SJ 2002 I 107).

¹⁰³⁹ ATF 127 IV 198, SJ 2002 I 107, 110s.

L'acte d'ordre sexuel peut donc être accompli par l'auteur, par la victime ou par les deux à la fois ; de même, il peut avoir lieu sur le corps de l'auteur, sur celui de la victime ou sur les deux.¹⁰⁴⁰

b Une contrainte

Une contrainte¹⁰⁴¹ de l'auteur doit être à l'origine de l'acte d'ordre sexuel. Celui-là doit avoir créé une telle situation ; il ne suffit pas qu'il se borne à exploiter des rapports de pouvoir qui existent déjà.¹⁰⁴² Le Code pénal cite à titre d'exemples les menaces, la violence, les pressions d'ordre psychique et la mise hors d'état de résister. La loi confère la même importance à ces différents moyens de contrainte.¹⁰⁴³

Lorsque l'auteur use de la menace, il fait volontairement redouter à une personne la survenance d'un préjudice sérieux si elle ne cède pas à ses avances.¹⁰⁴⁴ Il doit la placer dans une situation de peur ou d'effroi dans laquelle sa faculté de décision est influencée.¹⁰⁴⁵

La violence se réfère à l'emploi volontaire de la force physique sur une personne toujours dans le but de la faire céder.¹⁰⁴⁶ Une certaine influence sur le corps de celle-ci est nécessaire.¹⁰⁴⁷

Par pressions d'ordre psychique, il faut entendre « un comportement de l'auteur qui provoque intentionnellement chez la victime des effets d'ordre psychiques propres à la faire céder ».¹⁰⁴⁸ Il peut s'agir d'une situation d'infériorité physique, de dépendance sociale ou

¹⁰⁴⁰ CORBOZ (2010a), p.811s, n.3.

¹⁰⁴¹ La contrainte suppose d'une part, que la personne n'est pas consentante et que d'autre part, l'auteur passe outre ce refus en profitant de la situation ou en employant des moyens efficaces (ATF 122 IV 97, 100).

¹⁰⁴² ATF 131 IV 107, 110s.

¹⁰⁴³ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 189 CP, n.12.

¹⁰⁴⁴ ATF 122 IV 97, 100.

¹⁰⁴⁵ MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.15s.

¹⁰⁴⁶ ATF 122 IV 97, 100; voir aussi ATF non publié du 3 août 2003, 6S.64/2003, 6S.65/2003 pour des exemples de violence.

¹⁰⁴⁷ MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.13.

¹⁰⁴⁸ CORBOZ (2010a), p.815s, n.18 ; voir aussi MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.18 ; voir aussi ATF 131 IV 167, JT 2007 IV 101, 103.

émotionnelle.¹⁰⁴⁹ On peut encore citer la frayeur ou l'effet de surprise.¹⁰⁵⁰ Les pressions en question doivent atteindre une intensité certaine.¹⁰⁵¹ Ainsi, le fait d'exploiter un lien de dépendance ou un rapport thérapeutique ne suffit en principe pas.¹⁰⁵² Dans une jurisprudence relative aux actes d'ordre sexuel sur des enfants, le Tribunal fédéral a estimé que la personnalité comme l'âge ou les aptitudes psychiques devaient être prises en considération lors de l'appréciation des circonstances ayant amené un individu à céder aux pressions de l'auteur. Il a admis qu'en présence d'actes d'ordre sexuel « commis en exploitant la relation adulte-enfant, il faut être moins exigeant à propos de l'intensité et de l'importance des moyens de contrainte qu'en matière d'actes d'ordre sexuel commis au préjudice d'adultes ». ¹⁰⁵³ Toutefois pour qu'une pression psychique soit admise, il faut que la soumission soit compréhensible. A notre sens, ces éléments devraient aussi être pris en considération lorsqu'il s'agit d'adultes se trouvant dans des situations comparables à celles relatées par cette jurisprudence.

Finalement la mise hors d'état de résister permet de prendre en compte les cas où l'auteur rend une personne inconsciente en lui administrant des somnifères, des drogues ou en l'hypnotisant.¹⁰⁵⁴

Dans tous les cas, puisque la liste des moyens de contrainte mentionnés par l'article 189 CP n'est pas exhaustive, il faudra admettre l'existence d'une contrainte lorsque « selon les circonstances concrètes, la soumission de la victime est compréhensible ». ¹⁰⁵⁵

¹⁰⁴⁹ CORBOZ (2010a), p.815s, n.18 ; ATF non publié du 23 avril 2009, 6B_646/2008.

¹⁰⁵⁰ ATF 128 IV 106, 111.

¹⁰⁵¹ MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.21 ; ATF 131 IV 167, JT 2007 IV 101, 103s.

¹⁰⁵² ATF non publié du 23 avril 2009, 6B_646/2008; ATF 128 IV 97, 101, JT 2004 IV 123, 127 ; ATF 131 IV 107, 109. Une telle situation pourra toutefois être prise en compte dans le cadre des articles 191ss CP.

¹⁰⁵³ ATF 128 IV 97, 99s, JT 2004 IV 123, 124ss. Le Tribunal fédéral a rappelé que pour déterminer si la situation de fait réalisait les éléments constitutifs d'un moyen de contrainte, une appréciation globale des éléments concrets était nécessaire. Il explique que selon les circonstances et ses relations avec l'auteur, « un enfant peut être plus ou moins livré à ses exigences en raison de son infériorité cognitive et de sa dépendance émotionnelle et sociale » et que « l'infériorité cognitive et la dépendance émotionnelle et sociale peuvent exercer sur les enfants une pression psychique extraordinaire et provoquer, dès lors, une infériorité comparable qui les empêche de se défendre contre des agressions sexuelles ». Le tribunal mentionne encore que lorsque les abus sont commis par le détenteur de l'autorité dans le ménage de la victime, « la différence de corpulence d'un adulte par rapport à un enfant ou la simple domination physique peuvent déjà être des éléments propres à manifester une agression physique et à remplir ainsi le critère de la violence physique ou, au moins, structurelle ».

¹⁰⁵⁴ ATF 122 IV 97, 100 ; voir aussi MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.24.

c Cas aggravé

Le législateur a décidé de punir plus gravement l'auteur de contrainte sexuelle lorsque celui-ci agit avec cruauté notamment en cas d'utilisation d'une arme ou d'un objet dangereux (art. 189 al. 2 CP). Dans une telle hypothèse, l'auteur inflige des souffrances particulières en plus de celles qui résultent déjà de la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction de base.¹⁰⁵⁶ Dans de tels cas, l'auteur encourt une peine privative de liberté de trois ans au moins.

iv Le viol

a Généralités

Le viol est un crime qui est retenu lorsqu'un homme fait subir à une femme l'acte sexuel en utilisant un moyen de contrainte.¹⁰⁵⁷

L'article 190 CP punit « ¹celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans. ²(...) ³ Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins ». ¹⁰⁵⁸

b Distinction par rapport à la contrainte

Le viol est une *lex specialis* par rapport à la contrainte sexuelle (art. 189 CP) dont il constitue une forme aggravée.¹⁰⁵⁹ Il ne se distingue de celle-là que sur deux points. Premièrement seule une femme peut faire l'objet d'un viol¹⁰⁶⁰ et seul un homme peut en être l'auteur.¹⁰⁶¹ Deuxièmement l'acte commis est l'acte sexuel proprement dit.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁵ RJN 1999 118, 121. A noter que lorsque les éléments constitutifs d'une infraction prévoient qu'elle peut être perpétrée par l'emploi d'un moyen de contrainte (art. 189 et 190 CP), l'application de l'article 181 CP est exclue (CORBOZ (2010a), p.710, n.42).

¹⁰⁵⁶ RJJ 1996 177, 181s ; ATF 119 IV 49, JT 1995 IV 39, 40; voir aussi MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.46.

¹⁰⁵⁷ Les moyens de contrainte utilisés par l'auteur sont les mêmes qu'à l'article 189 CP ; nous n'y reviendrons donc pas.

¹⁰⁵⁸ Le cas aggravé est le même qu'à l'article 189 CP ; nous ne le développerons donc pas.

¹⁰⁵⁹ CORBOZ (2010a), p.826, n.1 ; MAIER (2007), ad Art. 190 StGB, n.1.

¹⁰⁶⁰ MAIER (2007), ad Art. 190 StGB, n.3.

v *Les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance*

a Généralités

L'article 191 CP est un crime qui sanctionne le comportement de celui qui, conscient de l'incapacité de discernement ou de résistance d'un individu, lui fait subir un acte d'ordre sexuel. Le sens de la loi n'est toutefois pas de réprimer tout acte sexuel avec une personne incapable de résister ou passagèrement incapable de discernement, mais de réprimer les agissements de celui qui profite de cette situation pour commettre un acte d'ordre sexuel.¹⁰⁶³

Il prévoit que « celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

b Une personne incapable de discernement ou de résistance

L'article 191 CP protège les personnes qui sont physiquement ou psychiquement dans l'incapacité de se défendre contre des actes d'ordre sexuel.¹⁰⁶⁴ Cela peut être le cas de certains résidents d'EMS qui sont particulièrement vulnérables.

La personne incapable de discernement au sens de cet article est soit incapable de comprendre le sens et la portée d'un acte d'ordre sexuel,¹⁰⁶⁵ soit dans l'impossibilité de former librement sa décision et de la manifester^{1066 1067}. Il s'agit de la même notion de

¹⁰⁶¹ La jurisprudence a admis qu'une femme puisse se rendre coupable d'un viol en tant que co-auteur (ATF 125 IV 134, 135s.).

¹⁰⁶² Il faut comprendre ici l'introduction du pénis dans le vagin (CORBOZ (2010a), p.827, n.4 ; MAIER (2007), ad Art. 190 StGB, n.9).

¹⁰⁶³ ATF non publié du 3 avril 2003, 6S.217/2002; MAIER (2007), ad Art. 191 StGB, n.2.

¹⁰⁶⁴ FF 1985 1093 ; MAIER (2007), ad Art. 191 StGB, n.1 ; ATF non publié du 3 avril 2003, 6S.217/2002 ; ATF 120 IV 194, 197. Cette incapacité n'est pas due à une contrainte de l'auteur comme en cas de viol (art. 190 CP) et de contrainte sexuelle (art. 189 CP) mais à d'autres causes (MAIER (2007), ad Art. 191 StGB, n.1 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 191 CP, n.2 ; ATF non publié du 2 septembre 2003, 6S.237/2003).

¹⁰⁶⁵ Dans ce cas l'élément intellectuel du discernement fait défaut.

¹⁰⁶⁶ Ici l'élément volontaire de la capacité de discernement manque.

discernement que dans le code civil (art. 16 CC),¹⁰⁶⁸ qui est donc relative et doit s'apprécier selon les circonstances du cas d'espèce.¹⁰⁶⁹ Pour les handicapés mentaux, une incapacité totale de discernement ne doit être acceptée qu'avec retenue.¹⁰⁷⁰ Il est important « de juger correctement leur réelle capacité d'appréciation et le cas échéant, d'admettre l'éventualité d'un consentement valable à un acte d'ordre sexuel ».¹⁰⁷¹

Pour que la personne soit considérée comme incapable de résistance, au sens de l'article 191 CP, elle doit se trouver dans une situation dans laquelle elle est, concrètement, dans l'impossibilité physique totale¹⁰⁷² de s'opposer à des actes d'ordre sexuel.¹⁰⁷³ Cette incapacité peut être durable ou momentanée, chronique ou due aux circonstances.¹⁰⁷⁴ Tel est le cas d'une personne impotente, attachée,¹⁰⁷⁵ ou sous l'effet de médicaments ou

¹⁰⁶⁷ MAIER (2007), ad Art. 191 StGB, n.5 ; CORBOZ (2010a), p.834, n.2; ATF non publié du 2 septembre 2003, 6S.237/2003; ATF 120 IV 194, 198.

¹⁰⁶⁸ FF 1985 1093 ; CORBOZ (2010a), p.833, n.2 ; voir ci-dessus p.46.

¹⁰⁶⁹ ATF non publié du 7 août 2003, 6S.359/2002.

¹⁰⁷⁰ ATF non publié du 7 août 2003, 6S.359/2002 ; MAIER (2007), ad Art. 191 StGB, n. 5.

¹⁰⁷¹ HURTADO POZO (2009), n.3002.

¹⁰⁷² ATF 119 IV 230, 232 ; ATF non publié du décembre 2008, 6B_527/2008 ; ATF non publié du 3 avril 2003, 6S.217/2002 (dans cet arrêt, le Tribunal fédéral précise bien que : « Erforderlich ist allerdings, dass die Widerstandsfähigkeit gänzlich aufgehoben ist. Eine blosse Beeinträchtigung oder Einschränkung derselben genügt nicht. Wird ein Rest von Widerstand überwunden, liegt mithin eine Tat nach Art. 189 f StGB vor »).

¹⁰⁷³ Voir par exemple ATF non publié du décembre 2008, 6B_527/2008 ; MAIER (2007), ad Art. 191 StGB, n.6. Le TF a jugé qu'une patiente est incapable de résistance lorsqu'en raison de la position particulière de son corps elle se trouve dans l'incapacité de discerner l'atteinte du thérapeute à son intégrité sexuelle et que, par surprise, il abuse sexuellement d'elle (ATF 133 IV 49 ; voir aussi ATF non publié du 21 juillet 2009, 6B_206/2009).

¹⁰⁷⁴ MAIER (2007), ad Art. 191 StGB, n.6 ; ATF 119 IV 230, JT 1995 IV 111; voir aussi l'ATF non publié du 17 avril 2003, 6S.82/2003 ; ATF 133 IV 49, 56 ; ATF non publié du décembre 2008, 6B_527/2008.

¹⁰⁷⁵ ATF 119 IV 230, 232; ATF 133 IV 49, 56; ATF non publié du décembre 2008, 6B_527/2008 ; CORBOZ (2010a), p.834, n.5; MAIER (2007), ad Art. 192 StGB, n.6.

d'alcool.¹⁰⁷⁶ L'incapacité de résistance peut aussi se déduire d'un cumul de plusieurs facteurs.¹⁰⁷⁷

Au Canada, la presse a relaté le cas d'un soignant ayant violé une dame âgée de plus de 80 ans et souffrant de la maladie d'Alzheimer à un stade terminal. Elle n'était plus sortie de son lit depuis une année et était couchée en position fœtale au moment des actes.¹⁰⁷⁸

vi *Les actes d'ordre sexuel avec une personne hospitalisée*

a Généralités

Le délit de l'article 192 CP réprime le comportement d'une personne qui, usant d'un rapport particulier (dépendance) le liant à une autre, aura convaincu (consentement) cette dernière à commettre ou à subir des actes à connotation sexuelle.¹⁰⁷⁹

Il incrimine « ¹ celui qui, profitant d'un rapport de dépendance, aura déterminé une personne hospitalisée, internée, détenue, arrêtée ou prévenue, à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. ² (...) ». ¹⁰⁸⁰

b Un rapport de dépendance dans le cadre d'une hospitalisation

Une personne hospitalisée au sens de cet article est celle qui se trouve pour un traitement ou pour des soins dans une institution privée ou publique comme un hôpital ou un établissement pour personnes âgées, médicalisé ou non.¹⁰⁸¹ Peu importe qu'elle y séjourne

¹⁰⁷⁶ ATF non publié du 3 avril 2003, 6S.217/2002 ; ATF 133 IV 49, 56 ; ATF non publié du décembre 2008, 6B_527/2008.

¹⁰⁷⁷ ATF non publié du 2 septembre 2003, 6S.237/2003: dans cette affaire le Tribunal fédéral a jugé qu'une personne hospitalisée, installée dans un lit à barrières, entravée physiquement par une série d'appareils médicaux, ayant une attelle plâtrée à un bras, une perfusion, un brassard de pression et des électrodes au thorax et somnolant à cause des médicaments était incapable de résistance.

¹⁰⁷⁸ *Le journal de Montréal*, 3 février 2008 (<http://www.canoe.com/cgi-bin/imprimer.cgi?id=342734>).

¹⁰⁷⁹ FF 1985 1094.

¹⁰⁸⁰ Ci-dessous nous n'examinons que l'hypothèse d'une personne « hospitalisée » pour laisser de côté les cas d'internement, de détention, d'arrestation et de prévention qui ne sont pas directement liés à notre problématique.

¹⁰⁸¹ MAIER (2007), ad Art. 192 StGB, n.4; CORBOZ (2010a), p.840, n.3.

volontairement ou suite à une mesure de privation de liberté à des fins d'assistance.¹⁰⁸² Il faut qu'elle ne puisse pas facilement se soustraire à la volonté de ceux qui détiennent l'autorité au sein de l'institution dans laquelle l'hospitalisation a lieu.¹⁰⁸³

Il faut admettre un rapport de dépendance lorsque l'auteur a un pouvoir d'autorité sur un individu, notamment en ce qui concerne les soins médicaux, la sortie, les avantages à lui accorder.¹⁰⁸⁴ Par ailleurs, cet élément doit également être admis lorsque celui-ci dépend des services de l'auteur.¹⁰⁸⁵ Cela peut être le cas du directeur de l'institution, mais également d'un membre du personnel soignant,¹⁰⁸⁶ du personnel de cuisine ou de l'équipe d'animation. L'auteur occupe une position dominante par rapport à une personne empêchant cette dernière de se soustraire facilement à son influence.¹⁰⁸⁷ Par contre ceux qui travaillent dans l'EMS mais qui ne sont pas en rapport direct avec les résidents ne sont pas visés puisqu'ils n'ont pas la possibilité d'exercer une influence sur ceux-ci.¹⁰⁸⁸ Tel peut être le cas du personnel d'une entreprise de nettoyage ou d'un thérapeute externe.

L'auteur profite de la relation de dépendance résultant du rapport particulier (hospitalisation) qu'il a avec une personne pour déterminer cette dernière à commettre ou subir un acte d'ordre sexuel.¹⁰⁸⁹ La dépendance est utilisée comme moyen de pression.¹⁰⁹⁰

L'infirmier d'un EMS qui profite de ses pouvoirs en matière de soins pour amener une résidente à accepter des attouchements sexuels commet l'infraction visée par l'article 192

¹⁰⁸² MAIER (2007), ad Art. 192 StGB, n.4.

¹⁰⁸³ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 192 CP, n.5.

¹⁰⁸⁴ ATF 102 IV 250, JT 1978 IV 19 ; MAIER (2007), ad Art. 192 StGB, n.7.

¹⁰⁸⁵ MAIER (2007), ad Art. 192 StGB, n.7.

¹⁰⁸⁶ MAIER (2007), ad Art. 192 StGB, n.2.

¹⁰⁸⁷ CORBOZ (2010a), p.841, n.8ss.

¹⁰⁸⁸ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 192 CP, n.8.

¹⁰⁸⁹ A noter que l'article 191 CP ne punit pas celui qui entraîne une personne à commettre un acte d'ordre sexuel avec un tiers (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 192 CP, n13), et est donc, sur ce point, plus restrictif que l'article 192 CP.

¹⁰⁹⁰ CORBOZ (2010a), p.841, n.11 ; MAIER (2007), ad Art. 192 StGB, n.9.

CP. Nous pouvons aussi penser au médecin qui doit se prononcer sur la sortie d'un résident en convalescence dans une institution pour personnes âgées.

vii L'abus de la détresse

a Généralités

Le délit de l'article 193 CP sanctionne celui qui profite de la détresse ou d'un lien de dépendance l'unissant avec une personne et qui aura convaincu cette dernière à commettre ou subir un acte d'ordre sexuel.

Il sanctionne les actes de « celui qui, profitant de la détresse où se trouve la victime ou d'un lien de dépendance fondé sur des rapports de travail ou d'un lien de dépendance de tout autre nature, aura déterminé celle-ci à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel ». La peine prévue est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

b Une situation de détresse ou de dépendance

Une personne doit se trouver dans une situation de détresse ou de dépendance par rapport à l'auteur et, de ce fait ne plus être au bénéfice de sa pleine capacité décisionnelle en matière sexuelle (libre arbitre).¹⁰⁹¹

La notion de détresse ne suppose pas, au contraire de la dépendance, une relation spécifique entre l'auteur et sa victime (rapport de force, lien de confiance) ; la détresse est un état, dans lequel cette dernière se trouve, et dont l'auteur abuse.¹⁰⁹² Tel est le cas de celui qui est dans le dénuement le plus total.¹⁰⁹³ La détresse peut donc être matérielle ou morale.¹⁰⁹⁴ La personne doit se sentir en proie à un grave accablement peu importe qu'en réalité tel ne soit pas le cas.¹⁰⁹⁵ Il s'agit d'une notion subjective qui doit s'apprécier selon sa sensibilité personnelle.

Au contraire de la détresse, la dépendance doit être d'une certaine durée.¹⁰⁹⁶ La capacité de détermination de la personne doit être limitée d'une manière notable.¹⁰⁹⁷ Le Tribunal

¹⁰⁹¹ ATF 131 IV 114, JT 2007 IV 151, 153.

¹⁰⁹² ATF non publié du 7 août 2003, 6S.190/2003 ; MAIER (2007), ad Art. 193 StGB, n.7.

¹⁰⁹³ CORBOZ (2010a), p.845, n.3.

¹⁰⁹⁴ CORBOZ (2010a), p.845, n.3.

¹⁰⁹⁵ RJN 2000 163, 164 ; ATF 99 IV 161, JT 1974 IV 77, 79.

¹⁰⁹⁶ DONATSCH (2008), p.494.

fédéral a admis le lien de dépendance entre un patient et son psychothérapeute en se basant sur la relation de confiance qui les unit et qui pousse le premier à dévoiler des aspects intimes de sa personnalité au second.¹⁰⁹⁸ Un tel lien pourra aussi fréquemment exister avec un physiothérapeute ou un chiropraticien. D'une manière générale, « à la base d'un lien de dépendance, il y a en règle générale un rapport de confiance particulier et toujours une forte emprise de l'auteur sur la victime ».¹⁰⁹⁹ L'article 193 CP vise tous les liens de dépendance et non un lien particulier comme à l'article 192 CP.¹¹⁰⁰

c La détermination à un acte d'ordre sexuel

Outre l'existence d'une situation de particulière vulnérabilité (détresse ou dépendance), l'auteur doit avoir déterminé un individu à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel. Il faut qu'il ait « utilisé consciemment cette diminution de la capacité de décider et de se défendre de la victime et la docilité de celle-ci pour l'amener à faire preuve de complaisance en matière sexuelle ».¹¹⁰¹ En d'autres termes, il faut que la dépendance ou la détresse ait rendu la personne consentante (lien de causalité).

Le psychothérapeute de longue date d'une personne âgée qui continue de la suivre en EMS pourrait se rendre coupable d'abus de détresse.

viii *Appréciation personnelle*

Lorsqu'un résident est victime de maltraitance sexuelle, les articles 189 et suivants du Code pénal entrent en considération. Globalement, ces infractions appréhendent à satisfaction les sévices qui peuvent survenir en institution.

Le viol (art. 190 CP) et la contrainte sexuelle (189 CP), en incriminant des actes contraints, répriment les cas les plus graves de sévices sexuels au détriment d'une personne non consentante. Ils ne sanctionnent pas la maltraitance des personnes âgées différemment d'une autre atteinte à l'intégrité sexuelle et ne prévoient pas de circonstances aggravantes relatives à la vulnérabilité ou à un rapport de dépendance. L'article 190 CP, en tant que *lex*

¹⁰⁹⁷ ATF 133 IV 49, 53.

¹⁰⁹⁸ ATF 124 IV 13, JT 1999 IV 73, 77 ; voir aussi ATF 128 IV 106 et ATF 133 IV 49, 53s. Ce lien de dépendance n'existe toutefois pas automatiquement dans toute relation thérapeutique entre un psychiatre et son patient (ATF 131 IV 114, JT 2007 IV 151, 153s).

¹⁰⁹⁹ ATF 131 IV 114, JT 2007 IV 151, 153.

¹¹⁰⁰ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 192 CP, n.17.

¹¹⁰¹ ATF 131 IV 114, JT 2007 IV 151, 154.

specialis, exclut en principe l'application de l'article 189 CP.¹¹⁰² Néanmoins un concours réel entre ces deux infractions est concevable si l'acte sexuel et les autres actes d'ordre sexuel sont indépendants les uns des autres.¹¹⁰³

Les articles 189 et 190 CP priment sur les articles 191, 192 et 193 CP qui répriment des cas moins graves d'atteintes à l'intégrité sexuelle d'un résident. En effet, lors d'actes d'ordre sexuel sur des incapables de discernement ou de résistance, ou sur ceux qui sont hospitalisés, l'énoncé des dispositions légales y relatives n'exige pas que l'auteur ait agi contre le gré d'une personne.¹¹⁰⁴ Ces infractions qui incriminent spécifiquement le comportement de celui qui profite de la vulnérabilité ou de la dépendance entrent en ligne de compte dans des cas où il y a un consentement vicié (art. 192 et 193 CP)¹¹⁰⁵ et où il ne peut pas y avoir de consentement pris en compte par notre ordre juridique (art. 191 CP). A cet égard, la loi répond adéquatement aux traits caractéristiques de certaines situations de maltraitance sexuelle en institution. La doctrine ne retient pas de concours entre les trois articles précités ; elle indique toutefois que l'article 191 CP prime sur les articles 192 et 193 CP et que l'article 193 est subsidiaire à l'article 192 CP.¹¹⁰⁶

Pratiquement, cela signifie que les actes de maltraitance tomberont, en premier lieu, sous le coup de l'article 191 CP pour autant que les conditions d'application soient réalisées.¹¹⁰⁷ Cet article tient compte de la situation de faiblesse (physique et/ou psychique due à l'âge) dans laquelle se trouvent certains résidents. En deuxième lieu, notamment lorsque la personne âgée maltraitée est capable de discernement et de résister, l'auteur sera punissable en vertu de l'article 192 CP s'il met à profit le lien de dépendance particulier résultant du séjour en

¹¹⁰² Les articles 189 et 190 CP absorbent les articles 123 CP et 126 CP de sorte que si l'acte de maltraitance a au surplus causé quelque lésion de l'intégrité corporelle, seuls les premiers trouvent application. En revanche, si l'atteinte à l'intégrité corporelle est grave, l'article 122 CP peut s'appliquer en concours avec les articles 189 et 190 CP (CORBOZ (2010a), p.822s, n.50 ; MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.54).

¹¹⁰³ CORBOZ (2010a), p.823, n.51 ; MAIER (2007), ad Art. 189 StGB, n.56.

¹¹⁰⁴ CORBOZ (2010a), p.823, n.52.

¹¹⁰⁵ ATF non publié du 7 août 2003, 6S.190/2003. Dans cette hypothèse le consentement n'est pas librement donné.

¹¹⁰⁶ CORBOZ (2010a), p.848, n.16 ; MAIER (2007), ad Art. 192 StGB, n.16.

¹¹⁰⁷ Cette disposition pose des difficultés en matière de preuve, lorsqu'il s'agit de déterminer si au moment des faits la victime était au bénéfice ou non de sa capacité de discernement. Bien souvent, dans le cas d'affections évolutives comme les démences de type Alzheimer, lors de l'enquête et du jugement (intervenant passablement plus tard), la victime n'aura plus sa capacité de discernement, sa santé s'étant détériorée dans l'intervalle.

EMS. Lorsqu'il s'agit d'un autre lien de dépendance par exemple avec un thérapeute externe, l'article 193 CP entrera en considération.

VIII La responsabilité pénale du garant

1 *Introduction*

Le plus souvent, les mauvais traitements en EMS sont le fait d'un comportement actif de l'auteur. Un soignant frappe un résident, l'insulte, l'attache ou lui fait subir des attouchements sexuels. Les infractions pénales qui entrent alors en considération sont dites de commission.¹¹⁰⁸

Une maltraitance peut également être réalisée par un comportement passif, une abstention de l'auteur. Tel est le cas du médecin qui ne se rend pas au chevet d'une personne âgée alors que son intervention à bref délai s'imposerait pour préserver la santé de celle-ci. D'autres situations dans lesquels des soins ne sont pas administrés aux résidents sont le reflet d'omissions de la part des soignants. Il s'agit également des privations d'aliments, d'aide dans les actes de la vie quotidienne ou de contacts avec d'autres personnes.¹¹⁰⁹ Les infractions pénales qui sanctionnent de tels agissements sont dites d'omission.¹¹¹⁰

Parfois, l'abstention fait directement partie des éléments constitutifs de l'infraction comme en matière d'exposition lorsque l'auteur abandonne une personne dans une situation de danger (art. 127 CP) ou d'omission de prêter secours dans l'hypothèse de l'abandon d'une personne blessée par l'auteur et dans celle de l'omission de prêter secours en cas de danger de mort imminent (art. 128 CP).¹¹¹¹ On parle ici de délits d'omission proprement dits.¹¹¹²

2 *La commission par omission*

Le Code pénal (art. 11 CP) prévoit également que les infractions qui supposent normalement un comportement actif de leur auteur puissent être, à certaines conditions bien

¹¹⁰⁸ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.222. Elles entrent en considération lorsque des interdictions d'agir sont violées (FLAHAULT-RUSCONI (1987), p.149).

¹¹⁰⁹ Ces omissions sont typiques de la maltraitance sous forme de négligences (voir ci-dessus p.30).

¹¹¹⁰ Contrairement aux comportements actifs, les omissions sont plus rarement réprimées en droit pénal (HURTADO POZO (2008), n.1282 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.222).

¹¹¹¹ Voir ci-dessus p.131 et p.135.

¹¹¹² CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.1 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.222 ; HURTADO POZO (2008), n.1283 ; SEELMANN (2007), ad Art. 11 StGB, n.1. Ils entrent en ligne de compte lorsque des obligations d'agir n'ont pas été suivies (FLAHAULT-RUSCONI (1987), p.149).

particulières, perpétrées par omission.¹¹¹³ Il réprime alors le fait de ne pas empêcher la réalisation d'une infraction.¹¹¹⁴ On parle ici de délits de commission par omission ou de délits d'omission improprement dits.¹¹¹⁵ S'agissant d'une disposition de la partie générale du Code pénal, l'article 11 CP vise les diverses infractions de la partie spéciale. Il s'applique également aux contraventions.¹¹¹⁶

La plupart des infractions qui entrent en ligne de compte lors d'une maltraitance et qui supposent en principe un comportement actif de leur auteur peuvent également être le fait d'une omission.¹¹¹⁷ L'extension de la punissabilité aux comportements passifs qui entraînent la survenance d'un résultat interdit par le droit pénal permet d'élargir le cercle des personnes auxquelles une maltraitance est imputable. Les soignants qui laissent une personne âgée se faire maltraiter sont ici visés.¹¹¹⁸ La responsabilité pénale des membres dirigeants de l'EMS peut également être envisagée.

Ainsi et à titre d'exemple, la prise en considération des omissions dans le cadre des lésions corporelles (art. 122, 123 et 126 CP), permet de faire tomber sous le coup du Code pénal, des cas d'absence de soins ou de mesures de protection ayant engendré une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé d'un résident.¹¹¹⁹ Tel est le cas de l'infirmière qui, en connaissance de cause et alors que cela lui incombe, n'effectue pas les soins qui permettent

¹¹¹³ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.2 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.223 ; HURTADO POZO (2008), n.1283 ; SEELMANN (2007), ad Art. 11 StGB, n.1. Pour un exemple voir ATF 117 IV 130.

¹¹¹⁴ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.3.

¹¹¹⁵ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.222.

¹¹¹⁶ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.3.

¹¹¹⁷ En ce qui concerne la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), la doctrine répond plutôt par la négative à la question de savoir si un comportement passif peut être constitutif de cette infraction (pour un aperçu des positions de la doctrine et de la jurisprudence en la matière, voir DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 129 CP, n. 6).

¹¹¹⁸ Pour une étude détaillée de l'infraction par omission, voir MOREILLON (1993). Selon cet auteur, le parent inactif qui laisse son conjoint maltraiter leur enfant peut être reconnu coupable de lésions corporelles ou d'exposition par omission (MOREILLON (1993), n.388).

¹¹¹⁹ A notre sens des voies de fait (art. 126 CP) peuvent résulter d'une omission (*contra* CORBOZ (2010a), p.155, n.2). Cela est important pour nous dans la mesure où certaines formes typiques de maltraitance consistant en des abstentions peuvent être constitutives tantôt de lésions corporelles simples (art. 123 CP), qui peuvent résulter d'un comportement passif, que de voies de fait (art. 126 CP). En n'admettant pas la punissabilité des voies de fait par omission et en faisant fi de la difficulté de les distinguer des lésions corporelles simples, un certain nombre de mauvais traitements resteraient impunis.

de prévenir des escarres chez une personne âgée durablement alitée. Nous pouvons aussi penser à celui qui, malgré le fait qu'il y est tenu, ne change pas les couches souillées qu'un résident a portées pendant la nuit et qu'il en résulte des désagréments cutanés.¹¹²⁰

3 *Les conditions de punissabilité*

i Un comportement passif

Les délits d'omission improprement dits supposent une inaction, une abstention, la passivité de l'auteur. L'omission peut se définir comme le « fait de laisser se développer des événements en n'usant pas de la possibilité d'intervenir pour y remédier ».¹¹²¹

La distinction entre un comportement actif et passif n'est pas toujours aisée.¹¹²² C'est pourquoi, la doctrine et la jurisprudence retiennent que l'infraction commise par omission est subsidiaire et cède le pas si un comportement actif peut être mis en évidence.¹¹²³ Cela implique que si l'on peut reprocher une action à l'auteur, seule une infraction de commission entre en considération.¹¹²⁴

ii Une position de garant

a La notion

La réalisation d'une infraction de commission par omission suppose que l'auteur soit soumis à une obligation juridique d'agir.¹¹²⁵ En d'autres termes, ce dernier doit se trouver dans une

¹¹²⁰ A noter que si son intention était principalement de porter atteinte à l'honneur et de mépriser, il y aura une injure (art. 177 CP).

¹¹²¹ HURTADO POZO (2008), n.1286.

¹¹²² SEELMANN (2007), ad Art. 11 StGB, n.16. La limite est en effet tenue notamment en matière de soins entre le fait de décider de s'abstenir d'un acte thérapeutique et d'interrompre ou de ne pas poursuivre ce dernier (voir par exemple SEELMANN (2007), ad Art. 11 StGB, n.19).

¹¹²³ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.9 ; HURTADO POZO (2008), n.1291 ; SEELMANN (2007), ad Art. 11 StGB, n.17 ; ATF 121 IV 109, 120; ATF 129 IV 119, 122.

¹¹²⁴ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.9; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.5.

¹¹²⁵ L'article 11 CP parle d'une « obligation d'agir ». A cet égard, une obligation morale ne saurait suffire (FF 1999 1809).

position de garant. Une simple obligation générale ne suffit pas à créer une telle position. Il doit s'agir d'une obligation particulière (qualifiée).¹¹²⁶

La position de garant permet « de déterminer, parmi les personnes qui peuvent écarter par un acte positif la réalisation du résultat, celle qui a le devoir d'intervenir pour assurer que celui-ci ne se produise pas ». ¹¹²⁷ Se trouve dans une telle position celui qui reste passif et qui n'empêche pas la commission d'une infraction, alors qu'une obligation spéciale d'agir lui incombe (art. 11 al. 2 CP). ¹¹²⁸ Il n'existe pas, de manière générale, un devoir de garant pour celui qui apprend qu'une infraction sera commise par un tiers. ¹¹²⁹ Toutefois la prise en charge par un EMS et son personnel entraîne pour les personnes concernées et dans les limites de leurs compétences une position de garant qui les oblige à intervenir pour éviter que les résidents ne fassent l'objet d'atteintes à leurs biens juridiquement protégés. ¹¹³⁰ A cet égard, les exigences ne seront pas les mêmes pour une aide-soignante peu qualifiée que pour un médecin expérimenté.

Ces devoirs spéciaux d'agir relèvent notamment de la protection d'autrui. ¹¹³¹ Il s'agit d'obligations juridiques « particulières inhérentes au statut spécifique de l'auteur ». ¹¹³²

b La loi et le contrat comme sources de la position de garant

Le Code pénal énumère (art. 11 al. 2 CP) plusieurs sources pouvant fonder une position de garant. En ce qui nous concerne, il y a lieu de mentionner la loi et le contrat. ¹¹³³

¹¹²⁶ ATF 134 IV 255, 259s. Selon CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.25, « le véritable enjeu des délits par omission improprement dits n'est pas de savoir si la loi ou le contrat instaure une obligation d'agir, mais si celle-ci est une obligation **qualifiée** de protection ou de surveillance ».

¹¹²⁷ HURTADO POZO (2008), n.1318.

¹¹²⁸ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.21.

¹¹²⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.621.

¹¹³⁰ FLAHAULT-RUSCONI (1987), p.151.

¹¹³¹ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.22.

¹¹³² FF 1999 1809.

¹¹³³ Article 11 alinéa 2 lit. a et b CP. Les lettres c et d relatives à la communauté de risques et à la création d'un risque ne sont pas pertinentes en matière de maltraitance.

Une obligation légale d'agir (loi) ne crée pas toujours une position de garant.¹¹³⁴ Il s'agit de déterminer dans une situation concrète le type de rapport qui existe entre celui qui semble assumer une position de garant et le bien juridique en danger.¹¹³⁵ Comme exemple, nous pouvons citer l'employeur qui doit « exercer sur ses employés le contrôle qui lui incombe au regard des dispositions du Code des obligations (CO 101 et 55) »¹¹³⁶ et qui doit veiller à ce que ses employés ne commettent pas de dommage ou ne fassent pas l'objet d'atteinte à la personnalité (art. 328 CO).¹¹³⁷ Tel peut aussi être le cas, en ce qui nous concerne, de l'article 386 nCC qui prévoit l'obligation pour l'institution de protéger la personnalité des incapables de discernement qui y séjournent.¹¹³⁸ Une appréciation de la relation qui existe entre celui qui paraît devoir protéger la personnalité d'un résident et le bien juridique touché par la maltraitance s'avère nécessaire pour déterminer s'il y a, dans un cas d'espèce, un devoir de garant.

Lors de la conclusion d'un contrat, un des partenaires contractuels peut s'engager à assumer un devoir de sauvegarde en faveur de son partenaire. Encore faut-il que le contrat porte essentiellement sur cette mission pour que l'on puisse en déduire une position de garant.¹¹³⁹ En d'autres termes, l'obligation contractuelle doit impliquer « une position d'autorité ou de confiance dont découle un devoir particulier de protection ou d'assistance ou de surveillance ».¹¹⁴⁰ Tel peut être le cas du médecin et du personnel soignant.¹¹⁴¹ En effet, la mission de soins qui leur incombe implique de faire tout ce qui est indispensable pour écarter les atteintes à la vie ou à la santé du patient.¹¹⁴²

¹¹³⁴ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.9; CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.30.

¹¹³⁵ HURTADO POZO (2008), n.1324.

¹¹³⁶ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.29.

¹¹³⁷ ATF 117 IV 130, 133.

¹¹³⁸ Voir ci-dessus p.90.

¹¹³⁹ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.11.

¹¹⁴⁰ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.34.

¹¹⁴¹ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.11.

¹¹⁴² HURTADO POZO (2008), n.1328 ; CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.37.

Selon nous le contrat d'assistance peut également fonder une position de garant. Il a en effet pour objet les soins à une personne âgée qui du fait de l'invalidité, d'une dépendance physique importante ou d'une maladie mentale ou faiblesse d'esprit a besoin de l'accompagnement et de l'aide d'un tiers.¹¹⁴³

Le devoir de garant peut être à la charge de celui qui prend l'engagement contractuel envers le résident, comme le directeur d'une institution. Mais il peut aussi découler du contrat par lequel la personne à laquelle incombe le devoir de protection en confie l'exécution à un tiers, par exemple un médecin, une infirmière-chef ou une aide soignante de l'EMS.¹¹⁴⁴

iii Une omission équivalente à une action

Toute omission d'agir du fait d'une personne assumant un devoir de garant n'est pas punissable. En effet, selon l'article 11 alinéa 3 CP, elle doit apparaître comme comparable au fait de provoquer le résultat par un comportement actif (critère d'équivalence).¹¹⁴⁵ En d'autres termes, le devoir d'agir doit sembler évident « au point que l'omission apparaisse comparable au fait de provoquer le résultat par un comportement actif ». ¹¹⁴⁶ En pratique et en raison de son manque de clarté, il n'est pas évident d'appliquer ce critère.¹¹⁴⁷

Le fait pour un soignant de causer des lésions corporelles à un résident en omettant certains soins est-il équivalent à celui de les lui causer en prodiguant ceux-ci ? Il s'agit d'une délicate question d'appréciation à laquelle il ne peut être répondu qu'en analysant la situation concrète.

iv Une possibilité d'agir

Pour qu'un comportement passif puisse lui être reproché, il faut que la personne en position de garant ait effectivement eu la possibilité d'agir de manière efficace pour éviter le résultat intervenu.¹¹⁴⁸ Il n'est en effet pas question de reprocher à l'auteur de ne pas avoir « adopté

¹¹⁴³ Voir par exemple le contrat-type d'accueil de la FEGEMS qui décrit de manière détaillée la prise en charge ([http://www.fegems.ch/extranet/attachmentsExt/1060/Contrat Accueil et annexes - 240507.pdf](http://www.fegems.ch/extranet/attachmentsExt/1060/Contrat%20Accueil%20et%20annexes%20-%20240507.pdf)).

¹¹⁴⁴ DONATSCH/TAG (2006), p.304s.

¹¹⁴⁵ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.17.

¹¹⁴⁶ FF 1999 1808 ; SEELMANN (2007), ad Art. 11 StGB, n.80ss ; CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.13.

¹¹⁴⁷ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.17.

¹¹⁴⁸ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.18.

un comportement actif qu'il était physiquement ou psychiquement incapable d'adopter ». ¹¹⁴⁹

Si l'action qui aurait permis d'éviter la réalisation d'une infraction consiste en une intervention médicale de la compétence d'un médecin, il ne pourra être reproché à une aide-soignante de ne pas l'avoir accomplie.

v *La causalité*

Pour qu'une infraction d'omission improprement dite soit réalisée, il s'agit de déterminer si l'accomplissement de l'acte omis aurait, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, évité la survenance du résultat préjudiciable. ¹¹⁵⁰ Une relation de cause à effet entre l'omission et la réalisation de l'infraction doit exister. En outre, elle ne doit être admise que « s'il est hautement vraisemblable qu'en ne restant par inactif l'auteur aurait évité que le résultat dommageable ne se produise ». ¹¹⁵¹

Ainsi, si l'intervention d'un soignant n'aurait de toute façon pas permis d'éviter le résultat dommageable pour le résident, la causalité doit être niée.

vi *La culpabilité*

L'auteur doit avoir connu et voulu les faits réalisant l'infraction (intention). ¹¹⁵² Il doit connaître le danger qui menace le bien juridique protégé, les possibilités d'intervenir pour éviter sa concrétisation, ainsi que sa propre situation de garant, en étant conscient du fait que son omission viole son obligation d'intervenir. ¹¹⁵³ En outre, il doit avoir eu l'intention de ne pas agir et par conséquent accepter le résultat comme une conséquence de sa passivité. ¹¹⁵⁴

¹¹⁴⁹ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.56.

¹¹⁵⁰ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.19; ATF 117 IV 130, 133. Par résultat préjudiciable ou dommageable, il faut comprendre la réalisation d'une infraction (CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.18).

¹¹⁵¹ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.19.

¹¹⁵² DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.21.

¹¹⁵³ CASSANI (2009), ad art. 11 CP, n.61.

¹¹⁵⁴ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 11 CP, n.21.

En d'autres termes, un comportement fautif doit pouvoir être reproché au garant qui par son omission a permis la réalisation d'une infraction au détriment d'un résident.

4 *L'atténuation de la peine*

L'article 11 alinéa 4 CP donne la possibilité au juge d'atténuer la peine lorsque l'auteur a commis une infraction par omission (impropre). Cela se justifie par le fait que, en principe, la volonté criminelle est de moindre intensité que lors d'une commission par un acte positif.¹¹⁵⁵

5 *Appréciation personnelle*

Le fait qu'un individu se trouvant dans une position de garant encoure une responsabilité pénale permet notamment de sanctionner celui qui n'ayant pas directement perpétré les actes de maltraitance les a néanmoins tolérés. Il en résulte un élargissement potentiel du cercle des personnes auxquelles une infraction peut être imputée. Cela peut concerner des collègues du soignant maltraitant, voire la direction de l'EMS. En effet, lorsque ces derniers n'interviennent pas pour empêcher une maltraitance (constitutive d'une infraction pénale) de se produire, ils en « autorisent » sa réalisation, voire son renouvellement.¹¹⁵⁶

On ne peut toutefois affirmer de manière générale que tous les soignants sont des garants et que tous les actes dont ils se sont abstenus et qui auraient pu éviter que des mauvais traitements se produisent sont punissables.¹¹⁵⁷ Dans chaque cas d'espèce, il y a lieu de procéder à l'analyse des conditions de punissabilité d'une infraction par omission. Ces conditions sont strictes et réduisent la portée pratique de l'importance des infractions de commission par omission en matière de maltraitance de résidents d'EMS.

En outre, il ne sera pas toujours facile de prouver la réalisation d'une infraction de commission par omission. En effet, apporter la preuve de l'absence d'une action (abstention) c'est-à-dire d'un comportement qui ne s'est pas matérialisé et qui n'est pas forcément visible, n'est pas évident.

¹¹⁵⁵ SEELMANN (2007), ad Art. 11 StGB, n.13 et 84ss.

¹¹⁵⁶ En effet, quand les agissements d'un ou de plusieurs membres du personnel de l'institution engendrent un péril et mettent en danger un ou plusieurs usagers, la passivité des autres permet aux actes comme aux victimes de se multiplier (LAGRAULA-FABRE (2005a), p.403) .

¹¹⁵⁷ FLAHAULT-RUSCONI (1987), p.150.

IX La participation à l'infraction

1 *Généralités*

Une situation de maltraitance peut entraîner en plus de la responsabilité de son auteur, respectivement de ses auteurs principaux (participants principaux), celle d'une ou de plusieurs autres individus qui y ont joué un rôle de moindre importance (participants secondaires). Lorsqu'une infraction est commise, il y aura toujours au minimum un auteur et parfois un (des) instigateur(s) et/ou un (des) complice(s).

Ainsi, à côté d'un ou de plusieurs soignants maltraitants, d'autres professionnels œuvrant en EMS peuvent être condamnés pour avoir participé à des mauvais traitements constitutifs d'infractions.

2 *Les participants principaux*

i *Généralités*

Les participants principaux sont notamment l'auteur et le coauteur.¹¹⁵⁸ Le Code pénal ne les définit pas.¹¹⁵⁹ Pour déterminer si une personne est auteur, respectivement coauteur d'une infraction, il y a lieu de se référer à la maîtrise qu'elle a sur les événements.¹¹⁶⁰

ii *L'auteur*

L'auteur ne doit pas nécessairement avoir personnellement réalisé tous les éléments constitutifs de l'infraction et il est tout à fait possible qu'il n'ait pas agi personnellement.¹¹⁶¹ Il doit toutefois apporter une contribution qui apparaît comme essentielle à la commission de l'infraction.¹¹⁶² La doctrine parle à cet égard de la théorie de la « maîtrise de fait » ou de la « maîtrise des opérations » qui se réfère à l'emprise sur la décision et la commission de l'infraction.¹¹⁶³

¹¹⁵⁸ Nous ne traiterons pas dans les lignes qui suivent du cas de l'auteur médiateur (KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.605ss). L'auteur médiateur est celui qui utilise une autre personne afin que celle-ci commette l'infraction (STRÄULI (2009), ad Intro aux art. 24 à 27 CP, n.32). En effet, cette forme de participation, bien que possible en théorie, se conçoit difficilement dans l'hypothèse d'une maltraitance.

¹¹⁵⁹ DONATSCH/TAG (2006), p.166.

¹¹⁶⁰ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.602 ; DONATSCH/TAG (2006), p.168.

¹¹⁶¹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.602.

¹¹⁶² STRÄULI (2009), ad Intro aux art. 24 à 27 CP, n.25.

¹¹⁶³ HURTADO POZO (2008), n.1080; STRÄULI (2009), ad Intro aux art. 24 à 27 CP, n.25.

La maltraitance telle que nous la concevons, est le plus souvent révélatrice d'un acte individuel. Un soignant blesse, insulte, agresse ou fait chanter un résident. L'auteur est alors celui qui, seul, réalise lui-même tous les éléments constitutifs d'une infraction.

iii Le coauteur

Il n'est pas impossible mais cela est assez rare, que les mauvais traitements soient perpétrés par des professionnels de la santé qui agissent ensemble ou à plusieurs. La coactivité est donc aussi envisageable en matière de maltraitance.

Est un coauteur celui qui « collabore, intentionnellement et de manière déterminante, avec d'autres personnes à la décision de commettre une infraction, à son organisation ou à son exécution, au point d'apparaître comme l'un des participants principaux ».¹¹⁶⁴ Sa contribution doit, au regard des circonstances du cas d'espèce, apparaître comme essentielle à l'exécution de l'infraction. Les coauteurs ont un but qui leur est commun et sont situés sur un plan d'égalité.¹¹⁶⁵ Ils encourent la même peine que l'auteur.¹¹⁶⁶

Il n'est pas nécessaire que le coauteur ait effectivement participé à l'exécution de l'acte.¹¹⁶⁷ La doctrine parle alors de coauteur intellectuel ou moral.¹¹⁶⁸ Par contre, selon la jurisprudence, la coactivité est exclue pour celui qui s'est borné à approuver l'acte délictueux.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁴ ATF 135 IV 152, 155 ; ATF 133 IV 76, 82 ; ATF 126 IV 84, 88 ; ATF 125 IV 134, 136; ATF 120 IV 136, 141; RJN 1999 132, 133.

¹¹⁶⁵ STRÄULI (2009), ad Intro aux art. 24 à 27 CP, n.81.

¹¹⁶⁶ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), Remarques préliminaires aux art. 24 à 27 CP, n.11. La coactivité par négligence n'est pas admise (ATF 126 IV 84, 88), par contre une coactivité par omission est envisageable (STRÄULI (2009), ad Intro aux art. 24 à 27 CP, n.113). Sont coauteurs par omission les personnes qui décident ensemble de ne pas agir alors qu'elles en seraient tenues du fait de leur position de garant (GRAVEN (1995), n.223).

¹¹⁶⁷ FORSTER (2007), Vor Art. 24 StGB, n.8.

¹¹⁶⁸ GRAVEN (1995), n.221.

¹¹⁶⁹ ATF 120 IV 136, 141.

3 Les participants secondaires

i Généralités

Les participants secondaires sont l'instigateur et le complice ; ils n'apparaissent qu'à titre subsidiaire lors de la commission d'une infraction et en relation avec un participant principal.

ii Le complice

L'article 25 CP définit le complice comme celui qui a « intentionnellement prêté assistance pour commettre un crime ou un délit ».¹¹⁷⁰ Sa peine est atténuée par rapport à celle de l'auteur et des coauteurs.¹¹⁷¹

Le complice aide à commettre une infraction.¹¹⁷² Selon la jurisprudence, il « apporte à l'auteur principal une contribution causale à la réalisation de l'infraction, de telle sorte que les événements ne se seraient pas déroulés de la même manière sans cet acte de favorisation; il n'est toutefois pas nécessaire que l'assistance du complice soit une condition *sine qua non* de la réalisation de l'infraction ».¹¹⁷³ Peu importe la manière dont le complice apporte son aide ; celle-ci peut être physique ou psychique.¹¹⁷⁴ Il peut ainsi s'agir d'un soutien matériel apporté à l'auteur ou d'une aide intellectuelle (conseils, renseignements), voire d'une assistance morale (encourager l'auteur, le conforter dans sa décision).¹¹⁷⁵

Une aide-infirmière qui fournit des sédatifs ou procure des moyens de contention utiles à l'auteur d'une maltraitance pourra ainsi être considérée comme complice de celui-ci. Il

¹¹⁷⁰ Pour la distinction entre coauteur et complice voir FORSTER (2007), Vor Art. 24 StGB, n.38ss.

¹¹⁷¹ Il s'agit d'une atténuation obligatoire de la peine (FF 1999 1819).

¹¹⁷² FORSTER (2007), ad Art. 25 StGB, n.3 ; STRÄULI (2009), ad art. 25 CP, n.2. Est complice par omission celui qui en dépit d'une position de garant n'empêche pas le résultat dommageable de se produire (STRÄULI (2009), ad art. 25 CP, n.47 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.621). Tel pourrait être le cas du directeur d'un EMS qui n'empêche pas que des résidents soient victimes d'abus sexuels. La passivité du parent face à des actes de violence contre son enfant est punissable (complicité du père qui laisse la mère tuer leur enfant commun (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 25 CP, n.9)).

¹¹⁷³ RJJ 1997 172, 174; voir aussi ATF non publié du 22 octobre 2003, 6S.217/2003 ; ATF 132 IV 49, 52. A noter que la complicité peut s'appliquer aux différentes formes de participation (STRÄULI (2009), ad art. 25 CP, n.38ss). Un individu peut ainsi être le complice d'un instigateur.

¹¹⁷⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.619; FORSTER (2007), ad Art. 25 StGB, n.9; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 25 CP, n.6 et n.8.

¹¹⁷⁵ FORSTER (2007), ad Art. 25 StGB, n.9 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.619; STRÄULI (2009), ad art. 25 CP, n.11ss.

pourrait en aller de même si, consciente de la maltraitance que subit un résident, elle n'agissait pas pour l'empêcher de se (re)produire.¹¹⁷⁶

iii L'instigateur

L'article 24 alinéa 1 CP définit l'instigateur comme la personne qui a « intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit »¹¹⁷⁷ ou encore une contravention (art. 104 CP).¹¹⁷⁸ La peine encourue est la même peine que pour l'auteur principal.¹¹⁷⁹ Le législateur estime que son comportement est tout aussi punissable que celui de ce dernier.¹¹⁸⁰ Tant l'instigation à un comportement actif que passif (omission) est possible.¹¹⁸¹ Tel n'est pas le cas de l'instigation par omission.¹¹⁸²

L'instigateur est celui qui, intentionnellement,¹¹⁸³ par son comportement (par exemple des pressions psychiques), motive et amène l'instigué à commettre une infraction.¹¹⁸⁴ Selon les termes du Tribunal fédéral, « l'instigation consiste à exercer une influence décisive sur la volonté d'autrui, afin que celui-ci commette une infraction ».¹¹⁸⁵ L'instigateur est un participant secondaire à l'infraction car il « ne contrôle pas le déroulement des

¹¹⁷⁶ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.442.

¹¹⁷⁷ Pour la distinction entre coauteur et instigateur voir FORSTER (2007), Vor Art. 24 StGB, n.36.

¹¹⁷⁸ STRÄULI (2009), ad art. 24 CP, n.1.

¹¹⁷⁹ Il n'y a pas d'atténuation (STRÄULI (2009), ad art. 24 CP, n.63).

¹¹⁸⁰ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.613.

¹¹⁸¹ STRÄULI (2009), ad art. 24 CP, n.56; HURTADO POZO (2008), n.1146; SEELMANN (2007), ad Art. 11 StGB, n.68.

¹¹⁸² STRÄULI (2009), ad art. 24 CP, n.57.

¹¹⁸³ FORSTER (2007), ad Art. 24 StGB, n.3 ; STRÄULI (2009), ad art. 24 CP, n.31.

¹¹⁸⁴ STRÄULI (2009), ad art. 24 CP, n.2 ; FORSTER (2007), Vor Art. 24 StGB, n.16 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.614; HURTADO POZO (2008), n.1149.

¹¹⁸⁵ SJ 2001 I 601, 602; ATF 128 IV 11, 14.

opérations ». ¹¹⁸⁶ Peu importe qu'il détermine une personne à participer à une infraction en tant qu'auteur, coauteur, complice ou même instigateur. ¹¹⁸⁷

En France, la directrice d'une institution pour personnes âgées a été condamnée pour avoir ordonné de forcer les résidents à s'alimenter. ¹¹⁸⁸ Des actes d'instigation pourraient également être retenus lorsqu'une politique de contention systématique est prônée et encouragée par la direction d'un EMS ou lorsqu'il est suggéré à un soignant de laisser mourir un résident de faim.

C Dans les législations sanitaires cantonales

I Introduction

Le titre premier du livre troisième du Code pénal traite des relations entre le Code pénal et les lois fédérales et cantonales. L'article 335 CP prévoit que « ¹Les cantons conservent le pouvoir de légiférer sur les contraventions de police qui ne sont pas de l'objet de la législation fédérale. ²Ils peuvent édicter des sanctions pour les infractions au droit administratif et au droit de procédure cantonaux ».

En vertu de l'article 335 alinéa 2 CP, les cantons sont compétents pour sanctionner le non-respect de prescriptions cantonales de droit administratif, notamment. Ils ne sont alors pas tenus d'appliquer la partie générale du Code pénal, même s'ils y renvoient souvent. ¹¹⁸⁹ Contrairement à l'article 335 alinéa 1 CP qui ne vise que des contraventions, les cantons peuvent ici créer des délits et fixer des peines plus sévères que l'amende, telles que des peines privatives de liberté. ¹¹⁹⁰ Ils peuvent également prévoir des amendes dont le montant va au-delà des 10'000 francs prévus par le Code pénal (art. 106 CP).

¹¹⁸⁶ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.614 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 24 CP, n.1.

¹¹⁸⁷ Le plus souvent, l'instigateur s'adresse à un individu pour lui faire tenir le rôle d'auteur principal (STRÄULI (2009), ad art. 24 CP, n.3 et 41).

¹¹⁸⁸ LAGRAULA-FABRE (2005a), p.457. A notre sens et en droit suisse, il aurait été aussi envisageable de considérer cette directrice comme auteur (coauteur intellectuel ou moral).

¹¹⁸⁹ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 335 CP, n.1 et n.3, ad. art. 333 CP, n.3.

¹¹⁹⁰ FF 1999 1965ss. Ils doivent toutefois respecter le droit constitutionnel et veiller en particulier à la proportionnalité de la sanction (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 335 CP, n.3).

Les législations sanitaires de tous les cantons examinés, qui relèvent du droit administratif, prévoient ainsi des sanctions pénales à l'encontre des institutions et/ou des professionnels qui contreviennent à leurs dispositions.¹¹⁹¹ Ces sanctions sont bien évidemment aussi applicables en cas de maltraitance lorsqu'il en résulte une violation des lois en question.

II Aperçu des diverses sanctions

Tous les cantons examinés prévoient des amendes.¹¹⁹² Le canton du **Valais** prévoit en outre de la privation de liberté (peine privative de liberté).¹¹⁹³ Parfois d'autres mesures telles que la publication du jugement aux frais du condamné sont prévues.¹¹⁹⁴

Les autorités compétentes pour prononcer ces sanctions sont souvent des autorités pénales mais aussi parfois administratives.¹¹⁹⁵ Par exemple en **Valais**, l'autorité diffère selon la gravité de l'infraction commise et la peine encourue par son auteur.¹¹⁹⁶ Pour les infractions

¹¹⁹¹ Dans le but de ne pas être rébarbatifs, nous n'allons pas analyser dans les détails chaque législation cantonale ; nous nous bornerons à donner un aperçu global des sanctions pénales cantonales ressortissant aux législations sanitaires.

¹¹⁹² Loi **vaudoise** sur la santé publique (art. 184) ; loi sanitaire **jurassienne** (art. 70) ; loi **valaisanne** sur la santé (art. 136) ; loi **neuchâteloise** de santé (art. 122) ; loi **fribourgeoise** sur la santé (art. 128) ; loi **genevoise** sur la santé (art. 134).

¹¹⁹³ Loi **valaisanne** sur la santé (art. 136). Cet article prévoit, alternativement à une amende, une peine privative de liberté de 3 mois au maximum à l'encontre de celui qui aura contrevenu aux dispositions de la loi. A noter que, selon nous, la durée de la peine privative de liberté n'est pas contraire à l'article 40 CP qui ne prévoit que des peines privative de liberté d'une durée de 6 mois minimum. En effet, l'article 59 de la loi **valaisanne** d'application du Code pénal dit que les dispositions du livre premier du CP s'appliquent à la répression des infractions de droit cantonal sous réserve des prescriptions particulières de la législation cantonale. Or, il nous apparaît que l'article 136 de la loi sur la santé doit être considérée comme une telle prescription.

¹¹⁹⁴ Loi **vaudoise** sur la santé publique (art. 188).

¹¹⁹⁵ La loi **fribourgeoise** sur la santé (art. 128) renvoie à sa loi cantonale sur la justice qui concrétise le CPP. L'article 2 de cette loi prévoit que le CPP s'applique en matière de droit pénal cantonal. La loi **genevoise** sur la santé (art. 134) renvoie directement au CPP qui prévoit que les infractions prévues par la législation genevoise sont poursuivies et jugées selon le CPP (art. 8 loi d'application du Code pénal et d'autres lois fédérales en matière pénale). La loi **vaudoise** sur la santé publique (art. 190) renvoie aux dispositions de sa loi sur les contraventions et sa loi d'introduction du Code de procédure pénale prévoit une application analogique des dispositions du CPP. Il n'y a pas de dispositions spécifiques dans la loi **neuchâteloise** sur la santé et dans la loi **sanitaire** jurassienne. La loi jurassienne d'introduction du Code de procédure pénale prévoit que les dispositions du CPP régissent aussi les procédures relevant du droit pénal cantonal (art. 3). Il en va de même de l'article 2 de la loi neuchâteloise d'introduction du Code de procédure pénale.

¹¹⁹⁶ Loi **valaisanne** sur la santé (art. 137). Il s'agit d'une disposition spécifique. En effet, selon la loi d'introduction du Code pénal (art. 2 al. 1), les dispositions du CPP s'appliquent par analogie aux contraventions de droit cantonal, sauf disposition contraire.

peu graves le département en charge de la santé est compétent et pour celles plus graves, il s'agit d'une autorité pénale.

A noter que le CPP ne règle que la poursuite et le jugement des infractions prévues par le droit fédéral. Il revient aux cantons qui le souhaitent de renvoyer aux dispositions du Code de procédure pénale, sous réserve de dispositions cantonales spéciales.¹¹⁹⁷

D Conclusion

Il n'existe pas en droit suisse de disposition topique érigeant spécifiquement la maltraitance en infraction pénale. Le fait qu'une personne soit âgée et dépendante, n'est pas expressément et généralement pris en compte par le droit pénal. Le législateur tient néanmoins compte de situations de dépendance et de vulnérabilité qui peuvent toucher les individus sans distinction de leur âge.

Lorsqu'une maltraitance a engendré une atteinte, respectivement une mise en danger, à des biens protégés par le Code pénal, les infractions y relatives pourront être invoquées. Le juge pourra prononcer une peine visant l'auteur de la maltraitance, un participant à celle-ci ou une personne qui aurait pu empêcher l'infraction et qui n'a rien fait malgré sa position de garant. L'effet du droit pénal est donc essentiellement punitif même s'il peut avoir un effet préventif (dissuasif) par la connaissance des sanctions encourues.

Le droit pénal ne sanctionne pas différemment les mauvais traitements d'autres actes pénalement répréhensibles. Ainsi, une maltraitance qui aura causé une grave atteinte à l'intégrité physique d'un résident, sera poursuivie à titre de lésion corporelle grave (art. 122 CP). Les abus sexuels non consentis tomberont sous le coup des articles 189 et 190 CP relatifs au viol et à la contrainte sexuelle. L'omission de prêter secours (art. 128 CP) et la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) ne présentent pas de particularités lorsque le lésé est un résident d'EMS. Il en va de même de l'injure (art. 177 CP), des menaces (art 180 CP), de la contrainte (art. 181 CP) et de la séquestration (art. 183s CP).

Ces infractions ne prennent pas spécifiquement en considération le fait que la maltraitance intervient dans un contexte particulier de dépendance. Le fait que l'auteur puisse être un professionnel de la santé bénéficiant d'une certaine autorité sur les résidents d'EMS est sans incidence lorsqu'il s'agit de déterminer si les éléments constitutifs d'une infraction sont réalisés. Il devrait toutefois être tenu compte, lors de cette appréciation, du besoin de protection accru de certaines catégories d'individus comme les personnes âgées.

Toutefois, le juge aura la possibilité de prendre ces éléments en considération lors de son appréciation et de la fixation de la peine (art. 47 CP).¹¹⁹⁸ Ainsi, il ne pourra faire abstraction

¹¹⁹⁷ ARN/STEINER (2011), ad art. 1 CPP, n.39.

du fait que l’auteur avait un devoir de protection et une mission de soins envers une personne âgée et dépendante.

Plusieurs infractions permettent toutefois de tenir compte de certaines particularités des mauvais traitements envers les résidents d’EMS, notamment du contexte spécifique de dépendance et de vulnérabilité dans lequel ils ont lieu.¹¹⁹⁹ Tel est le cas des lésions corporelles qui, si elles sont commises sur une personne hors d’état de se défendre ou pour laquelle l’auteur avait un devoir de protection (art. 123 al. 2 CP), ne nécessitent pas le dépôt d’une plainte. Il en va de même des voies de fait lorsqu’elles sont perpétrées à plusieurs reprises par un garant (art. 126 al. 2 CP). Se rend coupable d’exposition (art. 127 CP), celui qui a un tel devoir envers une personne âgée et qui l’expose ou l’abandonne à une situation dangereuse. En matière de maltraitements sexuelles, les articles 191, 192 et 193 du Code pénal concernent ceux qui se trouvent dans des situations particulières de faiblesse les empêchant de refuser des actes d’ordre sexuel.

Certains mauvais traitements sont mieux couverts par le Code pénal que d’autres. Lorsque la maltraitance n’a pas causé une atteinte au corps du résident mais à son psychisme (honneur, autodétermination, etc.),¹²⁰⁰ la protection est lacunaire. En effet, l’atteinte n’est souvent pas suffisamment grave pour entrer dans la définition des infractions entrant en considération. En outre, celles-ci, soit en particulier l’injure (art. 177 CP), la menace (art. 180 CP) et la contrainte (art. 181 CP), ne prévoient aucune circonstance aggravante ou prise en considération de la particulière vulnérabilité ou du lien de dépendance.¹²⁰¹ De plus, l’application des articles 177 et 180 CP est subordonnée au dépôt d’une plainte.¹²⁰²

4 Les mesures administratives

Après divers propos introductifs (ci-après A), nous examinerons quelques-unes des mesures administratives prévues par les cantons (romands) dans leurs législations sanitaires et qui peuvent s’appliquer dans une situation de maltraitance (ci-après B). Nous terminerons par une brève synthèse (ci-après C).

¹¹⁹⁸ KUHN (2006), p.237ss

¹¹⁹⁹ En France, la peine est aussi parfois aggravée en raison de la vulnérabilité de la victime (CARIO (2003), p.37ss).

¹²⁰⁰ Il s’agit principalement de la maltraitance psychique (ci-dessus p.29).

¹²⁰¹ Il en va de même en droit français (LAGRAULA-FABRE (2005a), p.338).

¹²⁰² Comme nous l’avons déjà mentionné à plusieurs reprises, les menaces sont poursuivies d’office lorsqu’elles interviennent dans une situation de violence conjugale mais le juge a, en vertu de l’article 55a CP la possibilité de suspendre provisoirement la procédure (voir ci-dessus p.124).

A Introduction

Les autorités (sanitaires) administratives peuvent prononcer (d'office¹²⁰³) diverses sanctions à l'égard des personnes dont la profession est soumise à leur surveillance et qui ont eu un comportement répréhensible.¹²⁰⁴ Les professionnels de la santé œuvrant dans les établissements médico-sociaux peuvent donc être sanctionnés sur le plan administratif.¹²⁰⁵ Il en va également ainsi des EMS eux-mêmes.

Un acte de maltraitance est susceptible de donner lieu à des mesures administratives¹²⁰⁶ pouvant toucher l'institution et/ou la personne ayant eu le comportement répréhensible.¹²⁰⁷ La finalité de cette responsabilité disciplinaire ou administrative est de protéger les futurs résidents et d'éviter que ces derniers ne subissent de mauvais traitements. Nous nous situons, en d'autres termes, dans le domaine des sanctions professionnelles.¹²⁰⁸

L'idée de prévention est particulièrement présente dans cette matière et tend à éviter, autant que faire se peut, des comportements maltraitants au sein des institutions. Le Tribunal fédéral a rappelé que « les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier chef, à punir ceux qui en font l'objet, mais visent à les amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci ». ¹²⁰⁹ Il précise néanmoins qu'elles « ont aussi pour fonction, certes à titre secondaire, de réprimer les violations des devoirs professionnels ». ¹²¹⁰ Le but des sanctions disciplinaires est de « garantir la dignité du comportement de leurs membres, empêcher les

¹²⁰³ Souvent les autorités sont mises au courant d'un comportement professionnel incorrect par une dénonciation d'un particulier ou d'une autre autorité (BOINAY (1998), p.70 ; voir ci-dessous p.249).

¹²⁰⁴ Sur les mesures administratives en général, cf MOOR (2002), p.115ss.

¹²⁰⁵ Sur cette question MARTI/PETRY (2007), p.227ss.

¹²⁰⁶ Cela ne préjuge en rien d'une condamnation pénale en parallèle (MOOR (2002), p.125 ; BOINAY (1998), n.43) ; souvent la sanction disciplinaire ne sera prise qu'à droit connu au pénal (BOINAY (1998), p.81).

¹²⁰⁷ DUMOULIN (2009), p.503.

¹²⁰⁸ Voir sur ce sujet, MOOR (2002), p.124ss ; aussi BOINAY (1998), p.1ss.

¹²⁰⁹ Voir aussi en matière d'abus sexuels commis par des professionnels de la santé, TSCHAN (2003), p.93. Selon cet auteur, « les praticiens qui ne respectent pas les devoirs élémentaires et les règles de base de leur profession doivent être interdits de pratique, au moins temporairement, afin d'éviter qu'ils fassent d'autres victimes, et soumis à un programme spécial de réhabilitation ».

¹²¹⁰ ATF non publié du 7 décembre 2005, 2P.105/2005 ; aussi BOINAY (1998), p.54s.

incorections dans l'exercice de leur activité professionnelle et veiller à la sauvegarde de l'intérêt public au bon accomplissement du rôle qui leur est dévolu ». ¹²¹¹ Il sanctionne des obligations au contenu assez large et relativement indéterminé, comme par exemple le comportement professionnel incorrect, dont la maltraitance fait logiquement partie, d'un membre d'une profession de la santé. ¹²¹²

Cette responsabilité administrative tend à être invoquée de plus en plus fréquemment en raison de la facilité qu'il y a de saisir les autorités et du principe de la gratuité de procédure. ¹²¹³ Il ne sera pas toujours aisé pour celles-ci de faire face à une situation de maltraitance en raison notamment d'une mauvaise connaissance du phénomène ainsi que des mesures efficaces à prendre. ¹²¹⁴

Nous nous limiterons dans les lignes qui suivent à présenter les mesures administratives qui concernent le professionnel de la santé maltraitant. ¹²¹⁵ Nous avons, en effet, dans la partie introductive, déjà abordé la question de la surveillance des institutions et celle des sanctions découlant d'un manquement aux conditions posées à l'exploitation. ¹²¹⁶

B Quelques exemples

Après quelques généralités (ci-après I), nous examinerons la situation dans les cantons romands (ci-après II).

¹²¹¹ ATF non publié du 8 février 2005, 1P.652/2003; BOINAY (1998), p.54s.

¹²¹² MOOR (2002), p.124s. La loi ne peut prévoir tous les comportements susceptibles de donner lieu à une sanction, ce qui implique que l'autorité doit pouvoir intervenir dès qu'un acte incompatible avec l'exercice d'une profession a été commis (BOINAY (1998), n.32). La notion de comportement professionnel incorrect vise « l'inobservation de l'obligation de l'obligation faite à tout praticien d'une profession de la santé, formé et autorisé à pratiquer conformément au droit en vigueur, d'adopter un comportement professionnel consciencieux, en l'état du développement actuel de la science » (MARTIN-ACHARD (2009), p.321).

¹²¹³ MARTIN-ACHARD (2009), p.319.

¹²¹⁴ TSCHAN (2003), p.94.

¹²¹⁵ Même si nous n'en traiterons pas, il faut garder à l'esprit que d'autres sanctions prévues par les règles professionnelles ou déontologiques peuvent s'appliquer en parallèle.

¹²¹⁶ Voir ci-dessus p.38.

I Généralités

Les mesures administratives sont éparpillées dans diverses lois tant fédérales que cantonales. Elles relèvent toutefois principalement de la compétence des cantons.¹²¹⁷ Nous concentrerons nos propos sur celles qui découlent des législations sanitaires des cantons romands et laisserons de côté les sanctions qui découlent des lois cantonales sur les fonctionnaires et les employés de l'Etat, même s'il arrive qu'un professionnel de la santé soit sanctionné également sur cette base-là.¹²¹⁸

Comme nous pourrions le constater, la plupart des cantons prévoient une voie de droit spéciale qui permet à la victime de faire valoir ses droits. Il s'agit, en règle générale, d'une autorité bénéficiant d'un pouvoir d'instruction et de préavis quant aux éventuelles sanctions administratives envisageables dans un cas d'espèce.¹²¹⁹ Elle bénéficie parfois aussi d'un pouvoir de conciliation. Le dossier est ensuite transmis au service de l'administration compétent qui prendra la décision adéquate.¹²²⁰ En outre, la plupart des cantons examinés ont institué un médiateur, qui intervient en principe avant la voie de droit spéciale mentionnée ci-dessus.¹²²¹

Avant d'examiner la situation spécifique de chaque canton, il y a lieu de préciser qu'au niveau fédéral, la loi sur les professions médicales, qui concerne notamment les médecins qui exercent à titre indépendant, prévoit des mesures disciplinaires (art. 43 LPMéd) lorsque le professionnel concerné viole ses devoirs professionnels (avertissement, blâme, amende, interdiction de pratique).¹²²² Cette disposition pourrait s'appliquer lorsqu'un résident a gardé son médecin-traitant habituel et que celui-ci assure le suivi en institution. Dans une

¹²¹⁷ MARTI/PETRY (2007), p.227ss.

¹²¹⁸ Dans un cas genevois une aide-hospitalière d'un établissement cantonal s'est vu infliger un blâme puis une suspension en raison de divers manquements, notamment un comportement verbal agressif envers les patients (voir arrêt du Tribunal administratif genevois du 10 octobre 2000, ATA/621/2000).

¹²¹⁹ Le choix de la sanction sera toutefois limité par l'application du principe de proportionnalité (BOINAY (1998), 34ss).

¹²²⁰ Un recours contre cette décision est ensuite possible afin de contrôler la légitimité de la sanction prise à l'encontre du professionnel maltraitant.

¹²²¹ Sur cette question voir GAGNEBIN (2008), p.53ss. Les *Ombudstelle* et les *unabhängige Beschwerdestelle für das Alter* des cantons alémaniques (voir ci-avant p.12) ne sont pas comparables en tous points aux médiateurs mis en place par les législations sanitaires romandes. En effet, contrairement à ceux-ci, ils ne sont pas liés à l'administration.

¹²²² Voir sur cette question AYER/KIESER/POLEDNA/SPRUMONT (2009).

telle hypothèse et si le contrat d'hébergement est partiel, le médecin n'est pas lié de quelque manière que ce soit avec l'institution.¹²²³

II La situation dans les cantons romands

1 *Neuchâtel*

Lorsqu'une maltraitance est également constitutive d'une violation de la loi de santé, une plainte peut être adressée par la victime à l'autorité de conciliation¹²²⁴ prévue par l'article 27 de ladite loi.¹²²⁵ Celle-ci instruit l'affaire et tente de concilier les parties. En cas d'échec, elle transmet le dossier, avec son préavis, au département en charge de la santé.

Il faut encore préciser que, au sein du département précité, c'est le médecin cantonal qui est l'organe chargé de la surveillance et du contrôle des professionnels de la santé.¹²²⁶ Il incombe également à celui-ci de veiller au respect des droits des patients.¹²²⁷ Le médecin cantonal prend donc les sanctions à l'encontre d'un professionnel de la santé maltraitant.¹²²⁸

Les articles 123 et suivants prévoient les mesures administratives et disciplinaires pouvant être prises afin de faire cesser « un état de fait contraire au droit ».¹²²⁹ Il s'agit notamment de l'avertissement, du blâme et de l'amende.¹²³⁰ Une interdiction et une limitation de l'autorisation de pratique peuvent également être décidées. Les différentes mesures disciplinaires peuvent être assorties de l'injonction de suivre une formation complémentaire.

¹²²³ La LPMéd règle l'exercice à titre indépendant des professions médicales (art. 1 al. 3 lit. e et art. 34ss). Les dispositions sur l'exercice à titre dépendant de ces professions se trouvent dans les législations sanitaires cantonales (FF 2005 160).

¹²²⁴ Il s'agit d'une voie spéciale de procédure.

¹²²⁵ Les détails relatifs à la composition de cette autorité et à la procédure sont réglés par les articles 3s du règlement provisoire d'exécution de la loi de santé ; voir aussi l'article 14 du règlement sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions.

¹²²⁶ Sur cette question voir les articles 10 et 72 de la loi de santé.

¹²²⁷ Article 10 de la loi de santé.

¹²²⁸ Article 72 de la loi de santé.

¹²²⁹ Il est par exemple possible de retirer temporairement une autorisation de pratique jusqu'à droit connu au plan pénal (ATF non publié du 7 décembre 2005, 2P 105/2005; il s'agissait d'un médecin accusé d'avoir pratiqué des attouchements de nature sexuelle sur plusieurs de ses patientes).

¹²³⁰ Article 123a de la loi de santé.

2 Valais

Il existe un médiateur qui peut être saisi par le patient qui estime que ses droits n'ont pas été respectés par un professionnel de la santé, et dont la tâche est de tenter de concilier les parties.¹²³¹ En cas d'échec, le dossier est transmis à la Commission de surveillance des professions de la santé.¹²³²

Cette commission est chargée d'instruire les procédures disciplinaires à l'encontre des professionnels de la santé.¹²³³ Elle traite entre autres des plaintes se rapportant à un comportement professionnel incorrect et à celles relatives à la violation des droits des patients.¹²³⁴ Lorsqu'une affaire parvient à cette commission et que celle-ci estime qu'une médiation est opportune, elle propose au plaignant de s'adresser au médiateur.¹²³⁵

Le département peut prononcer diverses sanctions allant de l'avertissement jusqu'à l'interdiction, respectivement le retrait, de pratiquer en passant par le blâme et l'amende ; il peut en particulier assortir sa sanction administrative de l'injonction de suivre une formation complémentaire.¹²³⁶ En cas d'agissement professionnel incorrect, le département se prononce sur le préavis de la commission de surveillance des professionnels de la santé.

3 Vaud

Le Conseil de santé est chargé de proposer au chef du département compétent, les sanctions administratives à envisager à l'encontre d'un professionnel de la santé qui s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit ou qui a fait preuve de négligence dans l'exercice de sa profession.¹²³⁷ Outre l'avertissement et le blâme, une amende,¹²³⁸ la fermeture de locaux,

¹²³¹ Article 60 loi sur la santé et articles 42ss ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance ; le médiateur est saisi par une lettre rédigée par le résident ou ses proches (art. 45) ; l'article 46 alinéa 3 précise que le résident peut être assisté par ses proches lors de la médiation.

¹²³² Article 47 alinéa 2 de l'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance.

¹²³³ Articles 28 et 29 de l'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance et 36 alinéa 3 de l'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance.

¹²³⁴ Article 29 de l'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance.

¹²³⁵ Article 36 ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance.

¹²³⁶ Articles 133 loi sur la santé.

¹²³⁷ Articles 13 alinéa 2, 79, 191 et 191a loi sur la santé publique. Pour un exemple voir arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 15 octobre 2003 (GE.2002.0095) au sujet d'une amende infligée à l'infirmière-chef d'un EMS en raison de plusieurs négligences dans l'exercice de sa fonction ayant conduit au décès d'une résidente ; voir aussi ATF non publié du 6 avril 2009, 2C_871/2008.

l'interdiction d'exercer sa profession, le retrait de l'autorisation de pratiquer peuvent être prononcés. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un blâme, la décision du département peut faire l'objet d'une publication.¹²³⁹ Celui-ci peut également prendre en tout temps des mesures provisionnelles telles qu'une suspension ou un retrait de l'autorisation de pratiquer une profession de la santé.¹²⁴⁰

Le canton de Vaud a créé un bureau de la médiation qui est compétent pour traiter les plaintes en relation avec la violation des droits des patients et des résidents conférés par la loi sur la santé publique ou relatives à la prise en charge par un professionnel de la santé.¹²⁴¹ En cas d'échec, le médiateur informe le plaignant sur la possibilité de saisir la Commission d'examen des plaintes compétente en matière d'établissements pour personnes âgées.¹²⁴² Si celle-ci est saisie sans intervention préalable du médiateur, « la Commission informe le plaignant qu'il a le droit de tenter une conciliation avec le médiateur ».¹²⁴³ Cette commission donne son préavis au département sur les mesures à prendre.¹²⁴⁴

¹²³⁸ Le Tribunal fédéral a confirmé l'amende de 1'500. – infligée à un professionnel de la santé qui avait passé outre le refus d'une patiente (mineure capable de discernement) à un traitement (ATF 134 II 235).

¹²³⁹ Voir sur cette question : BOINAY (1998), p.66.

¹²⁴⁰ Art. 191a loi sur la santé publique.

¹²⁴¹ Article 15a loi sur la santé publique et article 11 alinéa 1 règlement sur le Bureau cantonal de la médiation et les Commissions d'examen des plaintes des patients et des résidents. Le bureau de médiation peut être saisi par toute personne qui a un motif de se plaindre d'une violation d'un droit reconnu par la loi sur la santé publique (art. 15b loi sur la santé publique). La demande de médiation (orale ou écrite) peut être formulée au nom d'un résident par son représentant légal, son accompagnant, un de ses proches ou une personne de confiance (art. 13 al. 1 et 2 règlement sur le Bureau cantonal de la médiation et les Commissions d'examen des plaintes des patients et des résidents). Lors de la médiation, le résident peut se faire accompagner par la personne de confiance de son choix (art. 15c loi sur la santé publique). Voir aussi THOUVEREZ (2008), p.33ss et GAGNEBIN (2008), p.56ss.

¹²⁴² Article 15a alinéa 5 de la loi sur la santé publique et article 15 du règlement sur le Bureau cantonal de la médiation et les Commissions d'examen des plaintes des patients et des résidents.

¹²⁴³ Article 15c alinéa 2 de la loi sur la santé publique et 19 du règlement sur le Bureau cantonal de la médiation et les Commissions d'examen des plaintes des patients et des résidents.

¹²⁴⁴ Article 15d loi sur la santé publique.

4 *Fribourg*

Il existe également dans le canton de Fribourg, une Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients.¹²⁴⁵ Celle-ci désigne en son sein un médiateur chargé de tâches de conciliation.¹²⁴⁶ Si une affaire est directement soumise à la commission, celle-ci informe le plaignant des possibilités de recourir au médiateur.¹²⁴⁷ En cas de plainte, elle préavise le Département quant aux mesures à prendre.¹²⁴⁸ Celui-ci peut prendre diverses mesures et sanctions administratives, en particulier un avertissement ou une limitation ou un retrait de l'autorisation de pratique.¹²⁴⁹ La sanction peut être assortie de l'obligation de suivre une formation complémentaire.¹²⁵⁰

5 *Genève*

A Genève, il existe une commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients¹²⁵¹ ainsi qu'une instance de médiation.¹²⁵² Il y a ensuite toute une série de mesures et sanctions administratives (blâme, amende, interdiction de pratique) qui sont prévues.¹²⁵³ La commission « instruit en vue d'un préavis ou d'une décision les cas de violation des dispositions de la loi sur la santé ou de la loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance concernant les professionnels de la santé et les institutions de santé, ainsi que les cas de violation des droits des patients ». ¹²⁵⁴ On essaie au maximum de tenter en premier

¹²⁴⁵ Article 17 et 127a ss loi sur la santé et art. 22 ordonnance sur les fournisseurs de soins. La commission peut agir à la demande de la Direction (de la santé et des affaires sociales), d'office ainsi que sur plainte ou dénonciation écrites.

¹²⁴⁶ Article 17 alinéa 3 et 127d de la loi sur la santé.

¹²⁴⁷ Article 127d de la loi sur la santé.

¹²⁴⁸ Article 127f de la loi sur la santé.

¹²⁴⁹ Articles 124s de la loi sur la santé.

¹²⁵⁰ Article 125 alinéa 2 de la loi sur la santé.

¹²⁵¹ Article 10 et 41 de la loi sur la santé. Cette commission peut être saisie sur plainte (du résident ou de son représentant thérapeutique ou légal ; cf. art. 8 al. 1 loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients) ou dénonciation d'un tiers qui n'est pas victime (voir sur la question BLANCHARD (2009), p.230ss).

¹²⁵² Article 11 loi sur la santé.

¹²⁵³ Articles 126ss loi sur la santé.

¹²⁵⁴ Article 7 alinéa 1 let. a loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients.

lieu une conciliation devant le médiateur : « à moins qu'un intérêt public prépondérant ne justifie l'instruction de l'affaire par la commission de surveillance, le bureau peut proposer aux parties de résoudre à l'amiable leur litige grâce au concours d'un médiateur ».¹²⁵⁵

En vertu de l'article 127 alinéa 4 de la loi de santé, les sanctions administratives peuvent être assorties de l'injonction de suivre une formation complémentaire.

6 Jura

Comme dans les autres cantons, il existe dans le Jura une instance de médiation et une commission de surveillance. En effet, la loi sanitaire institue d'une part, une commission de surveillance des droits des patients et, d'autre part, un médiateur.¹²⁵⁶ Tant le résident, que son représentant (légal ou thérapeutique) ou ses proches ont qualité pour s'adresser au médiateur et à la commission de surveillance.¹²⁵⁷

Diverses mesures administratives sont prévues ainsi que le retrait de l'autorisation de pratiquer.¹²⁵⁸

C Conclusion

Les cantons examinés prévoient tout un panel de mesures et sanctions administratives pouvant sanctionner un soignant maltraitant. Celles-ci sont intéressantes car elles sont prises par l'autorité sans que la victime ne doive forcément dénoncer les agissements dont elle fait l'objet.

Nous saluons la possibilité d'assortir à la sanction proprement dite l'obligation de suivre une formation complémentaire qui est expressément prévue dans les législations sanitaires des cantons de Neuchâtel (art. 123 al. 6), Valais (art. 133 al. 4), Fribourg (art. 125 al. 2) et Genève (art. 127 al. 6).¹²⁵⁹ Il est tout à fait envisageable que celle-ci concerne spécialement la

¹²⁵⁵ Article 16 alinéa 1 loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients.

¹²⁵⁶ Articles 24a, 28c, 28d et 64 alinéa 12 de la loi sanitaire ; ces dispositions sont précisées dans l'ordonnance concernant les droits des patients. Voir aussi l'article 47 alinéa 2 de la loi sur les hôpitaux.

¹²⁵⁷ Article 28d de la loi sanitaire.

¹²⁵⁸ Articles 52 et 71 loi sanitaire.

¹²⁵⁹ Au Canada, un professionnel ayant contrevenu aux règles professionnelles ou déontologiques, peut être obligé de faire un stage ou de suivre un cours de perfectionnement. Son droit d'exercer ses activités professionnelles sera limité ou suspendu pendant la durée du stage ou du cours (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p. 112).

maltraitance. Il s'agirait alors d'un pas important pour une meilleure connaissance et prévention du phénomène.

Le fait que tous les cantons prévoient la possibilité d'une conciliation ou d'une médiation préalable, nous paraît également intéressant. En effet, si elle est utilisée, elle permet d'associer les différentes parties en conflit afin de trouver des solutions qui ne sont pas imposées et qui s'avèrent plus constructives que la seule sanction.¹²⁶⁰ En outre, la médiation permet certainement d'aborder largement les mauvais traitements y compris ceux qui ne tombent pas sous le coup du droit, comme des soins effectués hâtivement, le fait de ne pas saluer un résident ou d'entrer dans sa chambre sans frapper. Elle doit donc être favorisée.

5 Les prétentions du résident maltraité

Après divers propos introductifs (ci-après A), nous étudierons quelques aspects de la responsabilité civile (ci-après B) puis de la responsabilité des collectivités publiques (ci-après C).¹²⁶¹ Nous terminerons par des propos conclusifs (ci-après D).

A Introduction

Après quelques généralités (ci-après I), nous traiterons d'importantes distinctions soit de la responsabilité de droit privé et de droit public (ci-après II), de la responsabilité contractuelle et délictuelle (ci après III), de la responsabilité pour son propre fait et pour le fait d'autrui (ci-après IV) et de la responsabilité objective et pour faute (ci-après V). Après cela, nous nous intéresserons aux conditions générales d'une action en responsabilité (ci-après VI).

I Généralités

Le résident maltraité qui subit un préjudice, bénéficie de diverses prétentions à faire valoir en justice pour obtenir une compensation pécuniaire.

La problématique de l'indemnisation du tort moral nous semble particulièrement intéressante puisqu'elle permet à un juge d'allouer une somme d'argent à une personne âgée pour les souffrances résultant des mauvais traitements infligés. La réparation du dommage que subit un résident est bien évidemment aussi possible.

¹²⁶⁰ La médiation comme remède à la maltraitance est régulièrement évoquée dans différentes études. Voir par exemple ONU (2002), p.13 ; CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.190. En outre le *Plan d'action gouvernemental 2010-2015 du Québec pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées* y fait également allusion (http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/Plan_action_maltraitance.pdf). ALMA utilise aussi la médiation lorsqu'elle doit traiter de cas de maltraitance (<http://www.alma-france.org/Ethique-d-ALMA.html>).

¹²⁶¹ Nous avons choisi de traiter cette matière en fonction du lieu dans lequel la maltraitance a lieu et distinguons les EMS pour lesquels les règles relatives à la responsabilité sont de droit privé et ceux pour lesquels elles relèvent du droit public.

Toutefois, il y a lieu de garder à l'esprit qu'une somme d'argent ne pourra jamais compenser de manière satisfaisante les conséquences d'une maltraitance en particulier lorsqu'elles consistent en un tort moral.¹²⁶² En outre, les montants alloués à ce titre sont actuellement peu élevés en Suisse.¹²⁶³ Il semble que cela soit aussi parfois le cas en France où la Cour de cassation a confirmé un jugement qui condamnait un aide-soignant qui avait giflé une résidente au visage, à payer 1 euro symbolique au fils de celle-ci, décédée entre temps.¹²⁶⁴

Centrées sur les conséquences que la maltraitance a sur un résident, les actions en responsabilité n'interviennent que sur demande de celui-ci ou de son représentant.¹²⁶⁵

Qu'elles appartiennent au droit privé ou public, qu'elles soient basées sur un contrat ou un acte illicite, qu'elles sanctionnent le propre comportement de celui qui a maltraité ou celui de l'individu endossant une responsabilité pour le fait d'un tiers, ces actions tendent toutes au versement d'une somme d'argent par la personne responsable.¹²⁶⁶ A côté de leur but principalement compensatoire,¹²⁶⁷ les actions en responsabilité peuvent avoir des effets préventifs en incitant tout un chacun à ne pas se conduire de manière à causer préjudice à autrui.¹²⁶⁸ Par contre, il ne faut pas y voir de but punitif envers l'auteur ; cette prérogative appartient au droit pénal.¹²⁶⁹

¹²⁶² GUYAZ (2003), p.2ss.

¹²⁶³ HIRSCH (2009), p.260.

¹²⁶⁴ L'arrêt révèle aussi que l'aide-soignant a été également condamné pénalement à une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis et a été interdit d'exercer sa profession auprès de personnes âgées pendant trois ans (<http://france.globe24h.com/lex/judiciaire/001/019/01965/0019659953.shtml>).

¹²⁶⁵ Contrairement aux actions défensives de l'article 28 CC, elles ne corrigent pas directement l'atteinte mais les effets de celle-ci ; on se base donc sur une situation qui appartient au passé (TERCIER (1984), n.1764). L'idée est de tenter de replacer la victime dans les circonstances qui seraient les siennes si elle n'avait pas été maltraitée. Cela se fait par l'octroi d'une somme d'argent (TERCIER (1984), n.1762).

¹²⁶⁶ TERCIER (1984), n.1786ss.

¹²⁶⁷ Nous traiterons ultérieurement et dans une autre partie de ce travail des possibilités d'indemnisation découlant de la LAVI, qui ne sont pas de réelles prétentions civiles envers l'Etat et qui sont subsidiaires (voir ci-dessous p.224).

¹²⁶⁸ WERRO (2011), n.6; REY (2008), n.14s.

¹²⁶⁹ WERRO (2011), n.7 ; REY (2008), n.17.

II La responsabilité de droit privé et la responsabilité de droit public

L'obligation de réparer un préjudice trouve ses sources tant dans des règles de droit privé que de droit public. Dans la première hypothèse, nous parlons de responsabilité civile (de droit privé)¹²⁷⁰ et dans la seconde de responsabilité étatique (de droit public).

Un acte de maltraitance peut donner lieu à une action en responsabilité relevant de l'un ou l'autre des régimes précités en fonction notamment du cadre dans lequel il a eu lieu.

En effet, les établissements accueillant des personnes âgées peuvent se constituer sous des formes juridiques relevant tant du droit privé que du droit public.¹²⁷¹ On ne peut toutefois déduire de la seule forme juridique (privée ou publique) l'application du régime de responsabilité public ou privé.¹²⁷² Il n'est pas toujours aisé de déterminer si une institution doit être soumise au régime public ou privé de responsabilité, en particulier quand elle a une structure de droit privé mais est subventionnée par les pouvoirs publics qui, en contrepartie, exigent le respect de certaines règles.¹²⁷³

La nature des rapports juridiques entre l'auteur du dommage et la collectivité n'est pas non plus déterminante à elle seule pour savoir si c'est le régime privé ou public qui doit être invoqué ;¹²⁷⁴ le contenu (de ces rapports) est un élément à prendre en considération.¹²⁷⁵ Des critères comme le but de l'établissement, la sélection ou non des résidents, la relation entre l'Etat et l'institution (planification sanitaire, subventionnement), le mode de financement de celle-ci, la négociabilité du contrat sont à prendre en compte dans la détermination du régime applicable à un cas de responsabilité.¹²⁷⁶ En définitive, il s'agit de procéder de

¹²⁷⁰ Par souci de lisibilité et dans les lignes qui suivent lorsque nous parlons de responsabilité civile, nous visons les actions délictuelles et contractuelles de droit privé.

¹²⁷¹ Voir ci-dessus p.37.

¹²⁷² GUILLOD/VAN GESSEL (2001), p.420.

¹²⁷³ Voir ci-dessus p.39.

¹²⁷⁴ Un rapport de droit privé (par exemple un contrat entre un médecin et une institution de droit public), n'exclut pas l'application d'un régime de responsabilité public (MOOR (2002), p.704).

¹²⁷⁵ Il doit exister à cet égard un rapport de subordination entre l'auteur du dommage et l'Etat (MOOR (2002), p.703s) ; ce dernier doit avoir un pouvoir d'instruction et de surveillance sur le premier.

¹²⁷⁶ MARTIN-ACHARD/THÉVENOZ (1987), p.229s ; GUILLOD/VAN GESSEL (2001), p.425ss.

manière pragmatique en fonction de ces différents indices.¹²⁷⁷ A noter que, parfois, le législateur précise d'emblée quel est le régime applicable.¹²⁷⁸

La distinction entre ces deux régimes de responsabilité est importante dans la mesure où les délais pour intenter l'action ainsi que les autorités compétentes auxquelles la victime doit s'adresser diffèrent.¹²⁷⁹ La responsabilité de droit public se distingue aussi et surtout de celle de droit privé par le fait qu'il s'agit d'une responsabilité exclusive de la collectivité ou de l'établissement publique.

Par contre les conditions d'application matérielles sont analogues dans la responsabilité civile de droit privé et dans la responsabilité de droit public de l'Etat.¹²⁸⁰ Il est nécessaire qu'un résident subisse un préjudice causé (lien de causalité) par le comportement inopportun (maltraitance) d'un soignant.¹²⁸¹

III La responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle

1 *Généralités*

Le comportement à la base du préjudice peut trouver sa source soit dans la réalisation d'un acte illicite (responsabilité délictuelle),¹²⁸² soit dans la violation d'une obligation contractuelle (responsabilité contractuelle).¹²⁸³ Ces critères peuvent être réalisés conjointement. Il arrive en effet qu'une maltraitance puisse donner lieu à ces deux types de

¹²⁷⁷ RVJ 1995 63.

¹²⁷⁸ MARTIN-ACHARD/THÉVENOZ (1987), p.232 ; voir par exemple pour le canton de Genève l'article 5 loi sur les établissements publics médicaux qui prévoit que les établissements publics médicaux sont « responsables des actes commis par leurs employés dans l'exercice de leur activité, même s'il s'agit d'un membre du personnel nommé ou employé par l'Etat de Genève. La loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes, du 24 février 1989, s'applique ».

¹²⁷⁹ Voir par exemple GUILLOD (2012a), p.234 qui relève les différences existant en matière de règles de prescription ou de péremption.

¹²⁸⁰ GUILLOD (1989), p.58.

¹²⁸¹ PROBST (2007), p.16.

¹²⁸² TERCIER (2009), n.1870 ; HONSELL (2005), p.29s.

¹²⁸³ TERCIER (2009), n.1186 ; HONSELL (2005), p.29s.

responsabilité parce qu'elle constitue tant une atteinte illicite que le fait d'avoir enfreint un contrat.¹²⁸⁴

2 *L'acte illicite*

Une personne qui a causé un préjudice à autrui est tenue de le réparer si elle a agi de manière illicite.

L'acte illicite se définit comme « la violation d'une norme protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs ».¹²⁸⁵ Il s'agit de la transgression objective¹²⁸⁶ d'une défense de nuire, qui peut être le fait tant d'une action que d'une omission.¹²⁸⁷ Cette dernière est prise en considération lorsque l'auteur du préjudice a un devoir d'agir découlant d'une position de garant.¹²⁸⁸ Par exemple, le conseil légal qui laisse la personne assistée dilapider sa fortune sans intervenir alors que sa position le lui commandait, commet une omission illicite.¹²⁸⁹

Un acte est notamment illicite s'il provient d'une atteinte à un droit absolu du lésé, comme par exemple un droit de la personnalité au sens de l'article 28 CC.¹²⁹⁰ C'est à la victime d'apporter la preuve de l'illicéité.¹²⁹¹

¹²⁸⁴ En matière médicale, le médecin qui administre un traitement à un patient contrairement aux règles de l'art, commet une atteinte illicite à l'intégrité corporelle de son patient en même temps qu'une violation de son devoir de diligence résultant du contrat de soins (THÉVENOZ (2003), Intro. art. 97-109 CO, n.13 ; GUILLOD (1989), p.59).

¹²⁸⁵ WERRO (2011), n.297 ; TERCIER (1984), n.587 ; voir aussi ATF non publié du 28 janvier 2000, 4C.296/1999 et 4C.280/1999, SJ 2000 I 549ss. L'ordre juridique qui contient la règle protectrice violée est le droit écrit ou le droit non écrit, le droit fédéral ou le droit cantonal (ATF 101 Ib 252, 255).

¹²⁸⁶ SCHNYDER (2007), ad Art. 41 OR, n.31. L'acte illicite a tendance à se confondre avec la faute qui, traditionnellement, est une notion subjective (WERRO (2011), n.255).

¹²⁸⁷ WERRO (2011), n.302 ; SCHNYDER (2007), ad Art. 41 OR, n.37s.

¹²⁸⁸ WERRO (2011), n.302 ; SCHNYDER (2007), ad Art. 41 OR, n.37.

¹²⁸⁹ ATF 136 III 113, JT 2010 422.

¹²⁹⁰ DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.583 ; DESCHENAUX/TERCIER (1982), p.71, n.21 ; HONSELL (2005), p.48ss ; WERRO (2003), ad art. 41 CO, n.55.

¹²⁹¹ DESCHENAUX/TERCIER (1982), p.208, n.15 ; WERRO (2003), ad art. 41 CO, n.58.

L'illicéité peut être levée, si l'auteur du préjudice peut se prévaloir d'un motif justificatif tel que le consentement du lésé, la légitime défense ou un état de nécessité (art. 52 CO).¹²⁹² Le soignant qui, pour calmer un résident dément et agressif, le saisit par le bras et lui cause des contusions ou une foulure pourra faire valoir qu'il a agi en état de légitime défense afin d'exclure l'illicéité de son acte. Une mesure de contrainte pourra être justifiée si la personne âgée consent à sa mise en place.¹²⁹³

Tout acte réprimé pénalement est interdit et l'infraction constitue un délit civil lorsque la peine prévue tend à la protection des sujets de droit et non exclusivement de l'Etat.¹²⁹⁴ Ainsi, les diverses infractions qui peuvent s'appliquer à l'occasion de maltraitance et qui ont été précédemment examinées doivent aussi être considérées comme des actes illicites.¹²⁹⁵

3 *La violation contractuelle*

La réparation du préjudice peut découler d'une violation du contrat unissant le maltraitant et le résident.¹²⁹⁶ Une obligation préexistante découlant du contrat d'assistance¹²⁹⁷ ou d'un contrat de soins, doit ne pas avoir été respectée.¹²⁹⁸ En effet, si le contrat conclu avec l'institution n'inclut pas les prestations médicales, il existe en parallèle un contrat entre le résident et son médecin.¹²⁹⁹ C'est ici que la distinction entre les contrats globaux et partiels prend toute son importance. Il ne sera pas toujours évident pour un résident de savoir contre qui il doit diriger son action en responsabilité. De plus, la preuve de la violation contractuelle lui incombe, chose qui n'est pas aisée à faire.

¹²⁹² REY (2008), n.757ss ; WERRO (2003), ad art. 41 CO, n.70 ; SCHNYDER (2007), ad Art. 41 OR, n.39. En matière d'atteintes à la personnalité (art. 28 CC), voir ci-avant p.94.

¹²⁹³ Elle devra en outre respecter le principe de la proportionnalité.

¹²⁹⁴ ATF 101 Ib 252, 255s.

¹²⁹⁵ Voir ci-avant p.120.

¹²⁹⁶ THÉVENOZ (2003), ad art. 97 CO, n.50.

¹²⁹⁷ Voir ci-avant p.40.

¹²⁹⁸ THÉVENOZ (2003), ad art. 97 CO, n.4ss.

¹²⁹⁹ Voir ci-avant p.140.

Si un médecin ne se conforme pas à son obligation de diligence¹³⁰⁰ résultant du contrat avec un résident et qu'il en résulte un dommage pour ce dernier, une responsabilité contractuelle est envisageable. Il en va de même du soignant d'un EMS qui ne se comporte pas de manière à préserver la dignité d'une personne âgée alors que le contrat d'assistance le prévoit.¹³⁰¹ A notre sens, un acte de maltraitance est représentatif d'une violation du devoir de diligence et de protection dû aux résidents. Encore faut-il qu'il existe un préjudice pour qu'une action puisse être intentée. Or, toute violation contractuelle comme des propos désobligeants ou des brusqueries dans les soins et la toilette, n'a pas de conséquences sur le résident ou son patrimoine, qui peuvent être juridiquement pertinentes.

IV La responsabilité pour son propre fait et responsabilité pour le fait d'un tiers

Celui qui a maltraité une personne n'est pas toujours le seul à devoir réparer le préjudice découlant de ses actes. L'ordre juridique prévoit que, dans certaines situations, un tiers doit indemniser un résident victime de mauvais traitements même s'il n'en est pas l'auteur.

La responsabilité pour son propre fait est basée « sur le comportement de la personne qui a causé le préjudice ».¹³⁰² Dans le cadre de notre étude, cela concerne la personne ayant eu le comportement maltraitant c'est-à-dire un membre du personnel soignant y compris le médecin. Il s'agit en d'autres termes de la responsabilité encourue par l'auteur des mauvais traitements.

La responsabilité pour le fait d'un tiers a été élaborée dans un but de meilleure protection des victimes et ne repose pas « sur le manquement personnel de l'individu recherché, mais sur le lien qu'il peut y avoir entre ce dernier et un auxiliaire ».¹³⁰³ Ainsi, une personne autre que l'auteur de la maltraitance pourra être amenée à indemniser la victime.¹³⁰⁴ Tel peut être le cas de l'institution ou de son directeur pour les actes commis par un membre du

¹³⁰⁰ En vertu de cette obligation, le médecin s'engage à fournir, avec soin, les prestations convenues dans l'intérêt du patient et selon sa volonté (BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), p.1403).

¹³⁰¹ Les modèles de contrats prévoient généralement que le résident a droit à une prise en charge de qualité dans le respect de sa dignité (http://www.anempa.ch/edit/contrat_hebergement.php; http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dsas/sash/fichiers_pdf/C.hebergmt.fevrier_2010.pdf; http://www.fegems.ch/extranet/attachmentsExt/1060/Contrat_Accueil_et_annexes_-_240507.pdf). L'article 386 nCC prévoit également que l'institution doit protéger la personnalité de ses résidents.

¹³⁰² WERRO (2011), n.23.

¹³⁰³ WERRO (2011), n.26. Voir aussi HONSELL (2005), p.130.

¹³⁰⁴ En droit pénal, une personne autre que l'auteur de la maltraitance peut aussi être punie (voir ci-dessus p.169).

personnel soignant. Une responsabilité du médecin pour des mauvais traitements commis par une infirmière est aussi envisageable.

V La responsabilité pour faute et la responsabilité objective

En général, une personne ne peut endosser une responsabilité que si elle est fautive.¹³⁰⁵ L'obligation de réparer est alors subordonnée à une faute qui doit pouvoir être personnellement reprochée à celui qui est attaqué en responsabilité.¹³⁰⁶

La faute constitue un manquement « de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique »¹³⁰⁷ ou « à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre ». ¹³⁰⁸ Pour conclure ou non à son existence, il faut comparer le comportement de l'auteur à celui qu'aurait eu une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances.¹³⁰⁹ Un manquement objectif à la diligence due doit pouvoir être mis en évidence.¹³¹⁰ Pour ce faire, le juge peut se référer à des normes émanant d'organismes professionnels.¹³¹¹ Les directives de l'ASSM relatives à la prise en charge des personnes âgées dépendantes en sont un exemple. D'une manière générale, il y a lieu de retenir que pour les professionnels de la santé, la faute consiste en un manquement à l'obligation de prodiguer des soins adéquats et consciencieux.¹³¹²

La faute comprend également un aspect subjectif qui consiste dans le fait « de ne pas mettre en œuvre sa capacité de compréhension et sa volonté pour obéir au devoir de diligence qui lui incombe ». ¹³¹³ Elle peut se manifester sous un aspect intentionnel¹³¹⁴ ou négligent.¹³¹⁵ Le

¹³⁰⁵ HONSELL (2005), p.3.

¹³⁰⁶ On parle volontiers à cet égard de responsabilité aquilienne (TERCIER (1984), n.1870).

¹³⁰⁷ TERCIER (1984), n.1879; voir aussi THÉVENOZ (2003), ad art. 97 CO, n.51.

¹³⁰⁸ WERRO (2011), n.259.

¹³⁰⁹ WERRO (2011), n.261.

¹³¹⁰ Cet aspect objectif a pour conséquence de rendre difficile la distinction entre faute et acte illicite (THÉVENOZ (2003), ad art. 97 CO, n.52 ; WERRO (2011), n.255s).

¹³¹¹ WERRO (2011), n.263.

¹³¹² MANAÏ (1999), p.107.

¹³¹³ WERRO (2011), n.269.

médecin qui est alerté d'une probable gangrène gazeuse chez un résident et qui décide de ne pas intervenir de suite alors que les circonstances le lui commandaient, commet une faute.

Dans d'autres situations,¹³¹⁶ l'obligation de réparer le préjudice n'est pas subordonnée à l'exigence d'une faute. On parle alors de responsabilité objective ou causale.¹³¹⁷

Il s'agit notamment des responsabilités pour le fait d'autrui (art. 55 et 101 CO) qui découlent de la seule violation d'un devoir de diligence.¹³¹⁸ Un médecin peut ainsi, et à certaines conditions, être tenu responsable des actes de maltraitance commis par ses auxiliaires.

Les régimes de responsabilité applicables aux collectivités publiques sont également souvent objectifs ou causals. De la sorte, un canton peut être amené à répondre des dommages causés à un résident maltraité.

VI Les conditions générales d'une action en responsabilité

1 *Propos introductifs*

Une personne âgée peut demander la réparation de son préjudice en justice si celui-ci est la conséquence des mauvais traitements. Un dommage, respectivement un tort moral, qui se trouve dans un lien de causalité avec la maltraitance doit être mis en évidence.¹³¹⁹

Le préjudice et le lien de causalité entrent en considération tant pour la responsabilité civile (de l'auteur d'une maltraitance et d'un tiers) que pour la responsabilité étatique des cantons et autres collectivités publiques.

¹³¹⁴ A cet égard, il suffit que l'auteur ait pris en considération et accepté qu'un préjudice se réalise (SCHNYDER (2007), ad Art. 41 OR).

¹³¹⁵ Il y a négligence lorsque l'auteur n'a pas voulu causer un préjudice à la victime (WERRO (2011), n.295). Il n'y a pas lieu de s'attarder sur cette question dans la mesure où, selon nous, la maltraitance est caractéristique d'un acte intentionnel (dol éventuel compris) de l'auteur. Par contre aucune faute ne peut être retenue à l'encontre de celui qui se trouve à bon droit dans une situation d'ignorance (TERCIER (1984), n.1883).

¹³¹⁶ Il s'agit d'exceptions au principe de la responsabilité pour faute (HONSELL (2005), p.4).

¹³¹⁷ TERCIER (2009), n.1900 ; TERCIER (1984), n.1870 ; DESCHENAUX/TERCIER (1982), p.42s.

¹³¹⁸ TERCIER (2009), n.1894.

¹³¹⁹ Dans certaines actions en responsabilité particulières, d'autres conditions peuvent venir s'ajouter ; on parle à cet égard de conditions spécifiques.

2 *Le préjudice*

i Généralités

Le préjudice peut prendre la forme d'un dommage et/ou d'un tort moral ; il se définit comme la diminution involontaire des biens juridiquement protégés d'une personne.¹³²⁰ Il se détermine par une comparaison de la situation de la victime d'une maltraitance à celle qui prévaudrait si celle-ci n'avait pas eu lieu. Il revient au lésé de prouver le préjudice.¹³²¹

ii Le dommage

Le dommage se définit comme « la diminution du patrimoine d'une personne qui se produit sans la volonté de celle-ci »¹³²² ou comme « la diminution involontaire de la fortune nette ».¹³²³ Il s'apprécie en comparant l'état du patrimoine (ensemble des biens d'une personne ayant ou pouvant avoir une valeur économique) avant et après l'atteinte.¹³²⁴ Il comprend tant une perte effective qu'un gain manqué.¹³²⁵

C'est la maltraitance financière¹³²⁶ qui sera en premier lieu constitutive de dommages pour la personne âgée qui en est victime. Des pertes patrimoniales résultant de mauvais traitements touchant l'intégrité physique, sexuelle ou psychique sont aussi possibles.¹³²⁷ Il en va ainsi des frais médicaux qui ne seraient pas pris en charge par une assurance. Les frais d'avocat ou ceux engagés dans une procédure peuvent aussi être mentionnés.¹³²⁸

¹³²⁰ WERRO (2003), ad art. 41 CO, n.9.

¹³²¹ Article 42 CO ; DESCHENAUX/TERCIER (1982), p.208, n.15 ; GROSS (2001), p.370.

¹³²² TERCIER (1984), n.1849; voir aussi BAUER (2005), p.21 ; HONSELL (2005), p.7.

¹³²³ ATF 133 III 462, 471.

¹³²⁴ Il s'agit de la perte patrimoniale découlant cette atteinte (WERRO (2011), n.61; TERCIER (1984 ; PETITPIERRE (2005), p.65), n.1849. Pour plus de détails sur le calcul du montant du dommage, cf. WERRO (2011), n.976ss.

¹³²⁵ WERRO (2011), n.42.

¹³²⁶ Voir ci-avant p.1ss.

¹³²⁷ On parle alors de dommage corporel (WERRO (2011), n.63.

¹³²⁸ Voir par exemple ATF 133 II 361.

iii Le tort moral

Le tort moral se réfère à la diminution involontaire du bien-être d'une personne (souffrances physiques et/ou psychiques) en raison d'une atteinte à la personnalité.¹³²⁹ Il doit atteindre un certain niveau de gravité pour être juridiquement pris en considération et ouvrir la porte à une indemnisation.¹³³⁰ L'appréciation de la gravité concerne l'atteinte et la diminution du bien-être.¹³³¹

Il existe une disposition spéciale (art. 47 CO) qui vise les cas de décès et de lésions corporelles.¹³³² Il est ainsi prévu que le juge peut allouer à la victime de lésions corporelles une indemnité équitable à titre de réparation morale. Pour ce faire, il doit exister des circonstances particulières, par quoi il faut comprendre que la lésion en question et les souffrances qui en résultent doivent avoir une certaine gravité.¹³³³ Partant, une lésion corporelle ne peut justifier à elle seule une indemnisation. Il y a lieu de tenir compte de l'intensité et de la durée de l'atteinte, de troubles psychiques de la victime,¹³³⁴ du fardeau psychique que le procès représente ainsi que du lien entre le lésé et l'auteur.¹³³⁵ En présence d'une victime qui ne ressent pas de souffrance parce qu'elle est inconsciente,¹³³⁶ il ne devrait pas y avoir d'indemnisation du tort moral.

¹³²⁹ WERRO (2011), n.144; TERCIER (1984), n.2029; BAUER (2005), p.23; TERCIER (1984), n.1954; PETITPIERRE (2005), p.69. Le tort moral a donc un aspect subjectif (souffrances, ressenti) et objectif (atteinte).

¹³³⁰ WERRO (2011), n.150 ; BREHM (2002), n.649.

¹³³¹ WERRO (2011), n.150.

¹³³² Dans une affaire concernant de graves violences physiques infligées pendant plus d'un mois par une mère à ses enfants, une indemnité pour tort moral de 20'000 francs pour chaque victime a été accordée (ATF non publié du 13 juin 2003, 6S.144/2003).

¹³³³ WERRO (2011), n.152.

¹³³⁴ Dans un arrêt du 28 juillet 2007 (CC.2004.32), la Cour de cassation civile neuchâteloise a confirmé l'octroi d'une indemnité pour tort moral de 2'000 francs à une personne victime d'une agression (lésions corporelles), qui du fait de celle-ci subissait un état de stress post-traumatique conduisant à un changement durable de la personnalité.

¹³³⁵ WERRO (2011), n.153.

¹³³⁶ Le Tribunal fédéral a néanmoins octroyé une indemnité pour tort moral à une personne totalement et définitivement privée de toute conscience (ATF 108 II 422, 430 ; JT 1984 I 111). Pour une appréciation critique de cette jurisprudence voir, GUYAZ (2003), p.5s et WERRO (2011), n.154.

Le Code des obligations, à son article 49, traite du tort moral en cas d'atteinte à la personnalité. L'alinéa 1 dit que « celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement ». Les biens de la personnalité protégés par cette disposition sont notamment la liberté, l'intégrité sexuelle, l'honneur et la sphère personnelle.¹³³⁷ L'atteinte doit être d'une certaine gravité objective et subjective¹³³⁸ pour ouvrir le droit à une indemnisation du tort moral. En outre, il n'y a pas de droit à la réparation du tort moral lorsque la victime a obtenu satisfaction d'une autre manière.¹³³⁹ Il y a également l'idée d'une reconnaissance des souffrances vécues.

Certaines conséquences de mauvais traitements telles que des graves douleurs, un choc nerveux, un état de stress post-traumatique ou dépressif avec des sentiments de honte et de culpabilité¹³⁴⁰ peuvent, à notre sens et si les conditions en sont remplies, conduire à l'allocation d'une indemnité pour tort moral.

3 *Le lien de causalité*

Un lien de causalité entre la maltraitance et le préjudice doit exister pour que la personne lésée puisse prétendre à une réparation.¹³⁴¹ Il faut donc que le comportement¹³⁴² du professionnel soit une condition *sine qua non* du préjudice subi par le résident (causalité naturelle).¹³⁴³ En d'autres termes, « il existe un lien de causalité naturelle entre deux

¹³³⁷ WERRO (2011), n.162. L'article 49 CO ne concerne pas les atteintes à l'intégrité corporelle qui sont déjà prises en compte par l'article 47 CO.

¹³³⁸ La victime doit ressentir de la souffrance (WERRO (2011), n.164).

¹³³⁹ Cela marque l'idée que la réparation morale doit, selon les conceptions actuelles, rester exceptionnelle (WERRO (2011), n.167).

¹³⁴⁰ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.35.

¹³⁴¹ TERCIER (1984), n.1857.

¹³⁴² Celui-ci peut consister tant en une action qu'une omission ; dans cette dernière hypothèse, une analyse en deux temps s'impose qui doit, premièrement, déterminer si une obligation juridique d'agir ayant permis d'éviter la survenance du préjudice peut être mise en évidence et, deuxièmement, arriver à la conclusion que l'acte en question aurait empêché la survenance de celui-là (WERRO (2011), n.207).

¹³⁴³ WERRO (2011), n.191 ; PROBST (2007), p.17 ; HONSELL (2005), p.33 ; ATF 133 III 462, 470.

événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit ; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat ». ¹³⁴⁴

Pour limiter l'octroi d'une indemnisation, la causalité doit être adéquate. ¹³⁴⁵ Constitue la cause adéquate d'un préjudice « tout fait qui, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, en sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question ». ¹³⁴⁶ Pour déterminer si la causalité est adéquate, le juge effectue un « pronostic rétrospectif objectif » c'est-à-dire qu'il doit se demander si « le résultat constaté peut rétrospectivement être considéré comme l'effet objectivement prévisible de la cause envisagée ». ¹³⁴⁷

Le fardeau de la preuve du lien de causalité incombe également à la victime. ¹³⁴⁸

B La responsabilité civile

Après avoir examiné la responsabilité de l'auteur de la maltraitance (ci-après I), nous mettons en évidence que d'autres personnes peuvent être amenées à indemniser le résident pour le préjudice subi (ci-après II). Nous traiterons ensuite de la mise en œuvre des actions en responsabilité (ci-après III) et des concours (ci-après IV).

I La responsabilité de l'auteur de la maltraitance

1 Introduction

D'une manière générale, la personne dont le comportement a directement eu pour conséquence de léser autrui, est tenue de répondre de ses actes envers ce dernier. L'ordre juridique suisse prévoit que le médecin ou un soignant ¹³⁴⁹ d'une institution pour personnes

¹³⁴⁴ ATF 133 III 462, 470 et les références citées.

¹³⁴⁵ PROBST (2007), p.28 ; HONSELL (2005), p.34ss. En droit pénal, on retrouve également cette notion de causalité adéquate (voir ci-avant p.111).

¹³⁴⁶ TERCIER (1984), n.1858.

¹³⁴⁷ Des considérations sur la prévisibilité subjective, c'est-à-dire sur le fait que l'auteur aie dû ou pu prévoir l'effet en question, ne sont pas déterminantes (WERRO (2011), n.234).

¹³⁴⁸ WERRO (2011), n.229 et 234 ; REY (2008), n.655. La personne recherchée en responsabilité peut faire valoir que le lien de causalité a été interrompu suite à un cas de force majeure ou une faute grave de la victime ou d'un tiers (WERRO (2011), n.241ss). Ces questions ne concernent pas directement notre thématique et ne seront pas développées plus en avant.

¹³⁴⁹ GUILLOD (1989), p.85.

âgées puisse être amené à répondre financièrement des mauvais traitements perpétrés. Par exemple, il a été jugé qu'il incombait à une infirmière de veiller à la sécurité et au confort des patients. Une responsabilité pour ne pas avoir pris toutes les mesures nécessaires afin d'éviter la chute d'une personne âgée désorientée a été reconnue.¹³⁵⁰

L'action en responsabilité qui tend à la réparation du dommage et/ou à l'indemnisation du tort moral est intentée par le résident ou son représentant contre l'auteur des mauvais traitements.

2 *Les différentes actions en responsabilité*

i Points communs

Le soignant maltraitant peut être recherché en responsabilité tant sur la base d'un acte illicite que d'une violation contractuelle. Dans la mesure où il n'est pas soumis à un régime spécial de responsabilité, ce sont les dispositions du Code des obligations qui s'appliquent.¹³⁵¹ Il s'agit en particulier des articles 41 et suivants et 97 et suivants du Code des obligations.

En plus des conditions générales de la responsabilité (préjudice et lien de causalité), l'auteur des mauvais traitements doit avoir agi de manière fautive.¹³⁵² S'il peut être établi que la maltraitance est le reflet d'une violation de la diligence due par un soignant qui doit prodiguer des soins à un résident dépendant et vulnérable, une faute lui sera imputée. A notre sens, il s'agit là d'un élément caractéristique de la maltraitance des personnes âgées en institution.

ii Les spécificités de l'action délictuelle

L'article 41 alinéa 1 CO prévoit que celui « qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence est tenu de le réparer ». Il permet d'intenter une action en responsabilité en dehors de toute relation contractuelle entre la victime et l'auteur de la maltraitance.¹³⁵³

¹³⁵⁰ SPRUMONT/BORCARD (1996), p.36; JAB 1996 127ss.

¹³⁵¹ GUILLOD (1989), p.59.

¹³⁵² La notion de faute est la même en matière délictuelle et contractuelle (THÉVENOZ (2003), ad art. 97 CO, n.51). En matière délictuelle, il revient à la victime d'apporter la preuve de la faute (WERRO (2011), n.1566), ce qui n'est pas aisé à faire en pratique dans la mesure où il en va du for intérieur de l'auteur, alors que dans le domaine contractuel le fardeau de la preuve est inversé et il revient à la personne qui est attaquée en responsabilité de prouver qu'elle n'a pas commis de faute.

¹³⁵³ Voir par exemple, HONSELL (1994), p.45.

Pour obtenir réparation, un acte illicite doit pouvoir être reproché à celui qui a maltraité une personne âgée.¹³⁵⁴ Cet élément doit être prouvé par la victime.¹³⁵⁵ Lorsque la maltraitance est constitutive d'une atteinte à la personnalité, l'illégitimité est présumée¹³⁵⁶ et un éventuel motif justificatif doit être prouvé par l'auteur de l'atteinte.¹³⁵⁷

Il revient donc au soignant qui attache un résident très dépendant sur une chaise de justifier son acte par des motifs de sécurité.¹³⁵⁸ En aucun cas, des raisons de commodité ou de tranquillité du personnel ne pourront entrer en considération pour en lever l'illicéité.

L'infirmier qui donne des coups de pieds violents à un résident qui est tombé sur le sol et lui cause de graves blessures physiques sera tenu de réparer le préjudice résultant de ses actes. L'illégitimité sera donnée en présence d'une atteinte illicite à l'intégrité physique et/ou de lésions corporelles pénalement répréhensibles.

iii Les spécificités de l'action contractuelle

Lorsque l'acte de maltraitance constitue aussi une violation du contrat qui lie le résident et le soignant, une action en responsabilité basée sur l'article 97 CO est possible. L'alinéa 1 de cette disposition prévoit que « lorsque le créancier [le maltraité] ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur [le maltraitant] est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ».¹³⁵⁹

Il doit exister, pour que cette forme de responsabilité entre en considération, une relation contractuelle entre le résident et le professionnel maltraitant. Ainsi un médecin pourra voir

¹³⁵⁴ WERRO (2003), ad art. 41 CO, n.9ss; SCHNYDER (2007), ad Art. 41 OR, n.30ss.

¹³⁵⁵ DESCHENAUX/TERCIER (1982), p.208s, n.17.

¹³⁵⁶ RIEMER/RIEMER-KAFKA (1988), p.9 ; SCHNYDER (2007), ad Art. 41 OR, n.33.

¹³⁵⁷ WERRO (2011), n.348.

¹³⁵⁸ L'intérêt prépondérant du résident est un motif justificatif qui supprime l'illicéité d'une atteinte à la personnalité (DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.589ss).

¹³⁵⁹ L'application de l'article 398 CO est également envisageable.

sa responsabilité contractuelle engagée pour les actes de maltraitance dont il est l'auteur. Tel sera le cas dans un contrat d'assistance splitté.¹³⁶⁰

II La responsabilité civile d'une personne qui n'est pas l'auteur

1 *Introduction*

L'existence d'une responsabilité pour le fait d'un tiers est favorable aux victimes.¹³⁶¹ En effet, cela permet d'intenter une action contre une autre personne que l'auteur de la maltraitance. Les perspectives d'obtenir une réparation du préjudice peuvent être meilleures, notamment sur le plan de la solvabilité de celui qui indemniserait.¹³⁶² Il peut en effet être avantageux pour le résident d'agir contre l'EMS ou le médecin plutôt que contre l'infirmier ou l'aide-soignant maltraitant.

2 *Quelques exemples d'actions en responsabilité pour le fait d'un tiers*

i *Introduction*

Le milieu médico-social est caractérisé par l'intervention de divers professionnels de la santé et des soins (médecin, infirmier, aides-soignants, etc.). En fonction de leurs qualifications professionnelles, ils bénéficient de plus ou moins d'autonomie dans l'accomplissement de leur travail.

Dans les lignes qui suivent nous allons examiner quelques situations dans lesquelles un individu est tenu de répondre des actes des personnes auxquelles il confie certaines tâches (auxiliaires). De telles responsabilités (objectives) existent en matière contractuelle et délictuelle.¹³⁶³ Celui qui fait appel à des auxiliaires peut ainsi être tenu de réparer un préjudice causé par eux, même s'il n'a pas personnellement commis de faute.¹³⁶⁴

¹³⁶⁰ Par contre dans un contrat global, il n'existe en principe pas de rapports contractuels entre le médecin et le résident (GUILLON (1989), p.82 ; HONSELL (1994), p.49). Dans ce type de contrat, les soignants (y compris le médecin) sont considérés comme des auxiliaires de l'EMS.

¹³⁶¹ WERRO (2011), n.26.

¹³⁶² Une victime aura par exemple plus de chance d'obtenir une compensation financière si elle s'adresse à l'employeur du maltraitant plutôt qu'à ce dernier (WERRO (2003), ad art. 55 CO, n.2).

¹³⁶³ WERRO (2011), n.453; ENGEL (1997), p.533; WERRO (2003), ad art. 55 CO, n.1. Il n'est au surplus pas nécessaire que l'auxiliaire soit fautif même si tel est souvent le cas (TERCIER (1984), n.1899 ; THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.2).

¹³⁶⁴ THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.2 ; ENGEL (1997), p.743; DESCHENAUX/TERCIER (1982), p.97, n.6; SCHNYDER (2007), ad Art. 55 OR, n.1.

Nous mettrons en évidence les spécificités des responsabilités délictuelle et contractuelle pour le fait d'un auxiliaire. A noter que celles-ci n'entrent en considération que lorsque, par un acte illicite ou une violation contractuelle, un auxiliaire cause un préjudice.¹³⁶⁵

ii La responsabilité délictuelle de l'employeur

a Les conditions spécifiques

Selon l'article 55 alinéa 1 CO, « l'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ».¹³⁶⁶

L'employeur, peut être une personne physique ou une personne morale, qui charge un subordonné, appelé auxiliaire,¹³⁶⁷ d'accomplir une tâche.¹³⁶⁸ Il existe donc un rapport de subordination entre le premier et le second ; un contrat de travail n'est néanmoins pas nécessaire.¹³⁶⁹ Il faut simplement que dans les faits un tel rapport soit avéré.¹³⁷⁰ La qualification d'employeur est liée au fait pour ce dernier de donner des instructions et de surveiller son auxiliaire.¹³⁷¹ Ainsi une institution pour personnes âgées ou son directeur peut être considéré comme un employeur au sens de l'article 55 CO. Tel peut également être le cas du médecin traitant externe qui confie l'exécution de certaines tâches aux membres du personnel soignant d'un EMS.¹³⁷²

¹³⁶⁵ WERRO (2003), ad art. 55 CO, n.5; TERCIER (2009), n.1240.

¹³⁶⁶ Selon l'article 55 alinéa 2 CO, l'employeur dispose néanmoins d'un recours contre la personne qui a causé le préjudice si cette dernière est responsable du dommage (WERRO (2003), ad art. 55 CO, n.43 ; SCHNYDER (2007), ad Art. 55 OR, n.24).

¹³⁶⁷ Dans les lignes qui suivent, lorsque nous employons la notion d'auxiliaire nous incluons celle de travailleur.

¹³⁶⁸ WERRO (2011), n.461; ENGEL (1997), p.534. A noter que les collectivités publiques (Etat, commune, corporation ou établissement public) qui peuvent également être considérées comme des employeurs répondent, sauf exception, en vertu des règles de droit public sur la responsabilité de l'Etat et de leurs agents (voir ci-dessous p.218).

¹³⁶⁹ WERRO (2011), n.464.

¹³⁷⁰ WERRO (2011), n.464; ENGEL (1997), p.534.

¹³⁷¹ WERRO (2003), ad art. 55 CO, n.8.

¹³⁷² Voir sur ce sujet dans le cadre des cliniques privées : BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), p.1407.

L'auxiliaire est une personne chargée par l'employeur d'accomplir une tâche. En raison de la nécessité d'un lien de subordination, une personne agissant à titre indépendant ne rentre pas dans le cadre de cette définition de l'auxiliaire.¹³⁷³ Par exemple le médecin traitant auquel le résident continue de s'adresser¹³⁷⁴ malgré son entrée en institution sera considéré comme indépendant et non comme auxiliaire de celle-ci. Il en va différemment s'il s'agit du médecin attitré d'une institution, engagé par celle-ci, et que le contrat d'hébergement est global.¹³⁷⁵ Une appréciation en fonction du cas d'espèce est indispensable afin de déterminer si le médecin doit ou non être considéré comme un auxiliaire.

Pour que l'employeur puisse être recherché en responsabilité pour l'acte illicite de son auxiliaire, encore faut-il que ce dernier ait agi dans l'accomplissement de son travail et non uniquement à l'occasion de son travail.¹³⁷⁶ Il serait en effet hors de propos de condamner l'employeur pour des actes que l'auxiliaire effectue pour son propre compte, en dehors de ses obligations professionnelles.¹³⁷⁷ Cette distinction n'est pas forcément aisée à faire dans une situation particulière.

Si les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies, l'EMS, respectivement sa direction ainsi qu'un médecin pourront devoir réparer le préjudice subi par un résident pour le comportement maltraitant d'un auxiliaire. Il revient à la victime d'apporter la preuve de l'acte illicite de l'auxiliaire.¹³⁷⁸

b Les preuves libératoires

Si les conditions de la responsabilité sont remplies, l'employeur peut tenter de se disculper en invoquant une preuve libératoire. Il doit être à même de prouver qu'il a pris toutes les mesures nécessaires afin d'éviter qu'un dommage du genre de celui qui s'est produit ne survienne.¹³⁷⁹ L'appréciation de ce devoir de diligence se fait par rapport à trois critères

¹³⁷³ TERCIER (1984), n.1893.

¹³⁷⁴ En vertu du principe du libre choix du médecin consacré dans la plupart des législations sanitaires cantonales.

¹³⁷⁵ MÜLLER (2008), n.12.

¹³⁷⁶ WERRO (2011), n.473; SCHNYDER (2007), ad Art. 55 OR, n.12.

¹³⁷⁷ TERCIER (1984), n.1895.

¹³⁷⁸ WERRO (2003), ad art. 55 CO, n.13.

¹³⁷⁹ TERCIER (1984), n.1901.

ayant trait au choix de l'employé (*cura in eligendo*), à l'instruction qui lui a été donnée (*cura in instruendo*) et au contrôle de son travail (*cura in custodiendo*).¹³⁸⁰

Le premier critère se réfère, entre autres, à la formation de l'employé, son expérience et son comportement antérieur.¹³⁸¹ A cet égard, nous ne pouvons que rappeler l'intérêt d'avoir un personnel spécialement formé aux rudiments de la gérontologie et sensibilisé à la thématique de la maltraitance. Ainsi un EMS qui, en connaissance de cause, fait appel à un médecin qui a eu des antécédents en matière de maltraitance, ne pourrait se disculper en invoquant avoir fait un choix judicieux. Il en va de même, selon nous, si une institution fait systématiquement appel à du personnel sous-qualifié.

Le deuxième critère exige que l'employeur ait donné les instructions adéquates à l'accomplissement du travail dont il charge l'employé.¹³⁸² Plus la tâche est délicate, plus le niveau d'exigence quant aux instructions sera élevé. L'employeur sera également particulièrement attentif avec les personnes engagées récemment.¹³⁸³ En la matière des instructions précises sur la mise en place de mesures limitatives de liberté ou des chartes de qualité relatives aux prestations offertes aux résidents, peuvent être utiles à l'employeur.

Le troisième aspect a trait à l'obligation qu'à l'employeur de surveiller ses employés. Ici aussi le niveau de surveillance sera d'autant plus haut que la tâche est complexe et l'employé nouvellement engagé.¹³⁸⁴

Ainsi, si l'employeur parvient à apporter la preuve de sa diligence, il ne sera pas tenu de verser une compensation financière à la victime pour le dommage et/ou le tort moral subi.¹³⁸⁵

¹³⁸⁰ TERCIER (1984), n.1902; SCHNYDER (2007), ad Art. 55 OR, n.18ss.

¹³⁸¹ WERRO (2003), ad art. 55 CO, n.20.

¹³⁸² WERRO (2011), n.487.

¹³⁸³ WERRO (2011), n.487.

¹³⁸⁴ WERRO (2011), n.490.

¹³⁸⁵ Le résident garde toujours la possibilité d'agir directement contre l'auteur de la maltraitance.

iii La responsabilité contractuelle pour le fait d'un auxiliaire

a Généralités

Cette seconde forme de responsabilité pour le fait d'autrui est réglée par l'article 101 alinéa 1 CO, aux termes duquel « celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail ».

Selon cette disposition, le maître (c'est-à-dire celui qui délègue) répond du préjudice comme s'il avait lui-même exécuté l'obligation et est jugé sur la diligence dont il aurait lui-même dû faire preuve s'il n'avait pas fait appel à un auxiliaire.¹³⁸⁶ Cette responsabilité entre en considération lorsqu'il existe un rapport contractuel entre le maître (médecin ou établissement lui-même) et la victime de maltraitance.

b Les conditions spécifiques

L'auxiliaire est celui qui « du consentement du débiteur, exécute ou concourt à l'exécution d'une obligation de ce dernier ». ¹³⁸⁷ Il s'agit d'une personne qui se fait attribuer des tâches en relation avec l'exécution d'un contrat. ¹³⁸⁸ Un rapport de subordination n'est pas exigé par l'article 101 CO. ¹³⁸⁹ L'auxiliaire n'est donc pas nécessairement soumis aux instructions et à la surveillance du maître. ¹³⁹⁰

Dans le cadre d'un contrat d'assistance global, les médecins et soignants tels qu'un infirmier ou un aide soignant ¹³⁹¹ sont considérés comme des auxiliaires, de sorte que l'établissement est tenu de répondre de leurs actes selon le régime de l'article 101 CO. ¹³⁹² Si le contrat est

¹³⁸⁶ GUILLOD/RAPIN (2003), p.379s; THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.1; WIEGAND (2007), ad Art.101 OR, n.2.

¹³⁸⁷ THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.5.

¹³⁸⁸ Contrat d'hébergement ou mandat de soins.

¹³⁸⁹ THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.7.

¹³⁹⁰ GUILLOD (1989), p.84.

¹³⁹¹ GUILLOD/RAPIN (2003), p.380.

¹³⁹² BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), p.1406 ; THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.8 ; ATF 92 II 15, 19s, JT 1966 I 634. Il n'est pas exclu que, en fonction des circonstances, on puisse admettre qu'il y a une relation contractuelle entre un résident et un médecin employé par l'institution. Sur cette question en matière d'hospitalisation voir GUILLOD (1989), p.82.

splitté, le résident intentera son action soit contre le médecin,¹³⁹³ soit contre l'institution,¹³⁹⁴ selon que l'auteur de la maltraitance sera l'auxiliaire de l'un ou l'autre.¹³⁹⁵

Pour que le maître soit tenu de réparer le préjudice¹³⁹⁶ causé par son auxiliaire, encore faut-il que celui-là ait été causé non pas à l'occasion du travail mais lors de l'accomplissement de celui-ci.¹³⁹⁷

c L' *hypothetische Vorwerfbarkeit* : preuve libératoire

Selon la lettre de l'article 101 CO, il n'existe pas de preuve libératoire.¹³⁹⁸ Toutefois, doctrine et jurisprudence admettent que le maître peut se disculper s'il prouve que s'il avait agi personnellement comme l'a fait l'auxiliaire, on ne pourrait lui reprocher aucune faute.¹³⁹⁹ En pratique cette preuve est très difficile à apporter et n'entre vraisemblablement pas en ligne de compte dans le cas d'une maltraitance.

III La mise en œuvre des actions

1 *Généralités*

Dans la pratique, celui qui subit un préjudice du fait d'une maltraitance tentera dans un premier temps de s'adresser au responsable afin d'obtenir une réparation en dehors de

¹³⁹³ Tel sera le cas lorsque la maltraitance aura été commise par un de ses auxiliaires. Si ce dernier fait partie du personnel de l'institution, celle-ci engage également sa responsabilité solidairement avec celle du médecin (MÜLLER (2008), n.13 ; FELLMANN (2003), p.51).

¹³⁹⁴ Dans un contrat splitté où les prestations médicales font l'objet d'un contrat distinct, la responsabilité de l'établissement pour les actes du médecin ne peut être engagée. On trouve néanmoins dans la doctrine, la proposition de canaliser la responsabilité sur l'institution (GUILLOD/RAPIN (2003), p.380).

¹³⁹⁵ BONNARD/CIOLA-DUTOIT/SCHORNO (2010), p.1406.

¹³⁹⁶ Sur la notion de préjudice, voir ci-dessus p.201. Le préjudice doit découler du comportement de l'auxiliaire (violation des obligations contractuelles) ; sur la notion de causalité, voir ci-dessus p.204.

¹³⁹⁷ THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.21.

¹³⁹⁸ ENGEL (1997), p.743.

¹³⁹⁹ THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.26 ; ENGEL (1997), p.744 ; WIEGAND (2007), ad Art. 101 OR, n.11ss.

toute procédure judiciaire.¹⁴⁰⁰ A défaut d'accord, une action en réparation pourra dans un second temps être intentée.¹⁴⁰¹

2 *Les parties*

Pour intenter une action réparatrice, la victime doit avoir l'exercice des droits civils.¹⁴⁰² Le résident maltraité doit donc être au bénéfice de la capacité de discernement et ne pas être interdit.

L'interdit capable de discernement ne peut agir qu'avec l'accord de son représentant légal (tuteur).¹⁴⁰³ Il en va de même de la personne qui sera sous curatelle de portée générale. Le droit d'intenter une action pécuniaire n'est en effet pas strictement personnel, même s'il se rapporte à un droit de la personnalité.¹⁴⁰⁴ Le tuteur, respectivement le curateur de portée générale, peut aussi agir seul au nom de son pupille sous réserve du consentement de l'autorité tutélaire (art. 421 ch. 8 CC ; art. 416 al. 1 ch. 9 nCC).¹⁴⁰⁵ Dans cette hypothèse, il convient néanmoins de consulter l'interdit. Eu égard à son caractère éminemment personnel, l'action en réparation du tort moral peut être intentée par un interdit capable de discernement sans le consentement de son représentant légal.¹⁴⁰⁶ Le tuteur ne peut ici agir seul sans le consentement de l'interdit capable de discernement. Ces principes devraient être valables également pour la personne sous curatelle de portée générale.

¹⁴⁰⁰ WERRO (2011), n.1410.

¹⁴⁰¹ WERRO (2011), n.1414.

¹⁴⁰² WERRO (2011), n.1435.

¹⁴⁰³ Article 19 alinéa 1 CC et 19 alinéa 1 nCC. Les conditions sont donc plus strictes que pour les actions défensives en protection de la personnalité qui peuvent être intentées par l'interdit capable de discernement sans le consentement du tuteur (voir ci-dessus p.92).

¹⁴⁰⁴ TERCIER (1984), n.1838; DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.222. Pour la notion de droits strictement personnels, voir ci-dessus p.52.

¹⁴⁰⁵ Les nouvelles dispositions du Code civil prévoient que « le consentement de l'autorité de protection de l'adulte n'est pas nécessaire si la personne concernée est capable de discernement, que l'exercice des droits civils n'est pas restreint par la curatelle et qu'elle donne son accord ».

¹⁴⁰⁶ TERCIER (1984), n.1996; DESCHENAUX/STEINAUER (2001), n.228a.

En cas d'incapacité de discernement, c'est le représentant légal qui agira, non sans avoir préalablement sollicité le consentement de l'autorité tutélaire.¹⁴⁰⁷

Pour autant que cela rentre dans les tâches qui lui ont été confiées, le représentant privé d'une personne âgée maltraitée, est à même d'intenter une action en dommages-intérêts et/ou en réparation du tort moral. Un curateur au bénéfice de pouvoirs de représentation en la matière pourra également agir au nom et pour le compte de la victime.

L'action en réparation est dirigée contre le sujet de la responsabilité, c'est-à-dire soit contre l'auteur de la maltraitance soit contre celui qui est tenu pour responsable en vertu d'une responsabilité pour autrui.¹⁴⁰⁸

3 Les délais

i En matière de responsabilité délictuelle

La question des délais dans lesquels il faut agir est réglée à l'article 60 du Code des obligations. L'action, selon l'alinéa 1 de cette disposition, « se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit ». ¹⁴⁰⁹

Le moment de la connaissance du dommage est celui à partir duquel la victime « connaît les circonstances (existence, nature et éléments) propres à fonder et à motiver une demande en justice ». ¹⁴¹⁰ Cela n'est pas toujours aisé à déterminer en particulier dans des situations qui évoluent (comme en matière d'atteinte à la santé ou à l'honneur) avant que l'on puisse fixer précisément le dommage. Dans de tels cas, « la prescription ne court pas avant le terme de l'évolution, c'est-à-dire avant que le dernier élément du dommage ne soit survenu ». ¹⁴¹¹

¹⁴⁰⁷ Article 421 ch. 8 CC et article 416 alinéa 1 ch. 9 nCC.

¹⁴⁰⁸ WERRO (2011), n.1438.

¹⁴⁰⁹ Des propositions tendant à modifier le délai de prescription sont à l'étude. Un rapport et un avant-projet ont été mis en consultation par le Conseil fédéral. Celle-ci s'est terminée le 30 novembre 2011. L'avant-projet prévoit l'abrogation de l'article 60 CO ainsi que la modification des articles 127 et suivants CO. L'idée est d'allonger les délais de prescription en matière de responsabilité civile et procéder à une uniformisation (http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2011/ref_2011-08-31.html).

¹⁴¹⁰ WERRO (2011), n.1522.

¹⁴¹¹ WERRO (2011), n.1532.

La connaissance de la personne responsable est avérée lorsque le lésé « a suffisamment d'informations pour pouvoir agir en justice » contre elle.¹⁴¹² Cela signifie que la victime doit soit connaître l'auteur direct soit la personne tenue d'une responsabilité pour le fait d'autrui.¹⁴¹³ Dans tous les cas, elle bénéficie d'un délai de dix ans au maximum dès le jour de la survenance du dommage pour intenter une action en responsabilité. Lorsqu'il existe une certaine durabilité, le moment déterminant est le jour du dernier acte illicite ou le jour où ce dernier cesse.¹⁴¹⁴

Si l'acte illicite constitue aussi une infraction pénale, le délai plus long de l'action pénale est applicable à l'action civile (art. 60 al. 2 CO).¹⁴¹⁵ Cet éventuel délai plus long n'entre pas en ligne de compte, si l'action en responsabilité est basée sur l'article 55 CO (responsabilité de l'employeur pour le fait de son employé).¹⁴¹⁶

ii En matière de responsabilité contractuelle

La responsabilité du débiteur d'une obligation contractuelle est soumise à la prescription de l'article 127 CO.¹⁴¹⁷ La victime bénéficie d'un délai de 10 ans à compter de l'acte dommageable pour faire valoir ses prétentions à l'encontre du maltraitant.¹⁴¹⁸ Le délai d'un an dès la connaissance de l'auteur et du dommage n'a pas à être respecté. Cette réglementation s'avère favorable au résident.

IV Les concours

1 *Le concours de responsabilités*

Il y a concours de responsabilité, lorsqu'un « même état de fait remplit les conditions de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle ». ¹⁴¹⁹

¹⁴¹² WERRO (2011), n.1534.

¹⁴¹³ Cf. WERRO (2011), n.1534 qui critique à raison le libellé trop restrictif de l'article 60 CO.

¹⁴¹⁴ WERRO (2011), n.1537.

¹⁴¹⁵ Pour plus de détails, cf. WERRO (2011), n.1543ss.

¹⁴¹⁶ WERRO (2011) n.1557.

¹⁴¹⁷ THÉVENOZ (2003), ad Intro. art. 97-109 CO, n.24.

¹⁴¹⁸ WERRO (2011), n.1570.

¹⁴¹⁹ WERRO (2011), n.1572.

C'est le cas lorsque des mauvais traitements sont constitutifs à la fois d'un acte illicite et d'une violation contractuelle, ce qui est fréquent.¹⁴²⁰ Une seule personne est responsable mais peut être recherchée en responsabilité sur différentes bases.¹⁴²¹ Un médecin maltraitant pourra devoir répondre de ses manquements personnels tant sur la base de l'article 41 CO que des articles 97 et 398 CO. Un résident pourra actionner l'EMS pour les agissements d'un auxiliaire tant en vertu des règles de la responsabilité délictuelle (art. 55 CO) que contractuelle (art. 101 CO).¹⁴²²

Le concours de responsabilités signifie pour la victime le choix entre l'action délictuelle et l'action contractuelle.¹⁴²³ Elle peut ainsi intenter celle qui lui est le plus favorable, soit l'action contractuelle.¹⁴²⁴

2 *Le concours d'actions*

Il se peut également, même si c'est plus rare, que diverses personnes soient à l'origine d'une même situation de maltraitance (pluralité de responsables).¹⁴²⁵ Cette situation peut découler d'une faute commune de celles-ci. Tel est le cas lorsqu'elles ont ensemble causé un dommage.¹⁴²⁶ Il arrive aussi que chaque personne ait individuellement adopté un comportement causant le même dommage.¹⁴²⁷ Dans cette hypothèse, peuvent coexister une responsabilité délictuelle et une responsabilité contractuelle.¹⁴²⁸ Ainsi, une

¹⁴²⁰ WERRO (2003), ad art. 41 CO, n.3 ; THÉVENOZ (2003), Intro. art. 97-109 CO, n.13; ENGEL (1997), p.756.

¹⁴²¹ C'est le cas du médecin qui en administrant un traitement contraire aux règles de l'art commet une atteinte illicite à la personnalité du patient et une violation de l'obligation de diligence découlant du contrat de soins (THÉVENOZ (2003), Intro. ad art. 97-109 CO, n.13).

¹⁴²² THÉVENOZ (2003), ad art. 101 CO, n.25; WERRO (2011), n.507.

¹⁴²³ WERRO (2011), n.1572; THÉVENOZ (2003), Intro. ad art. 97-109 CO, n.13.

¹⁴²⁴ Le régime contractuel est plus favorable au lésé en raison notamment des délais et de la présomption de faute.

¹⁴²⁵ On parle de pluralité de responsables lorsque plusieurs personnes doivent répondre d'un même dommage (WERRO (2009), p.15) ; voir aussi ENGEL (1997), p.559.

¹⁴²⁶ WERRO (2009), p.15 ; il s'agit de la solidarité parfaite (art. 50 CO en matière de responsabilité délictuelle) ; Pour plus de détails voir par exemple MÜLLER (2009), p.31ss et ENGEL (1997), p.559s.

¹⁴²⁷ WERRO (2009), p.15 et 28s ; on parle également de solidarité parfaite lorsque la loi prévoit cette solidarité et de solidarité imparfaite (art. 51 CO en matière de responsabilité délictuelle) là où la loi ne la prévoit pas. Pour plus de détails sur la solidarité imparfaite, voir par exemple PROBST (2009).

¹⁴²⁸ ENGEL (1997), p.560.

responsabilité contractuelle de l'institution pour les actes d'un soignant peut coexister avec une responsabilité délictuelle personnelle de ce dernier.

En cas de pluralité de responsables, la victime peut choisir d'agir contre qui elle veut agir ; elle a un concours d'actions.¹⁴²⁹ Elle peut demander la réparation de l'entier ou d'une partie du préjudice, à un ou à tous les auteurs.¹⁴³⁰ Il faut toutefois préciser que le résident n'aura droit qu'une seule fois à la réparation du préjudice.¹⁴³¹ Cela signifie, en d'autres termes, que chaque responsable répond envers le lésé de tout le dommage.¹⁴³²

Le système du concours d'action, est avantageux pour la victime qui a le choix de se retourner contre la personne la plus solvable parmi les responsables.¹⁴³³

C La responsabilité des collectivités publiques

Après quelques propos introductifs (ci-après I), nous examinerons à quelles conditions la responsabilité de droit public peut être engagée (ci-après II). Pour terminer nous traiterons brièvement de la mise en œuvre des actions y relatives (ci-après III).

I Introduction

Nous avons précédemment évoqué le fait qu'une maltraitance pouvait avoir lieu dans un établissement pour lequel le régime de responsabilité relève du droit public.¹⁴³⁴ Dans un tel cas, la victime pourra se faire indemniser sur la base des lois (cantonales) sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents.

¹⁴²⁹ MÜLLER (2009), p.31; WERRO (2003), Intro. Art. 50-51 CO, n.1.

¹⁴³⁰ WERRO (2009), p.16 ; MÜLLER (2009), p.41 ; WERRO (2003), Intro. Art. 50-51 CO, n.1.

¹⁴³¹ MÜLLER (2009), p.31 ; WERRO (2011), n.1599. Si la victime a agi contre un des responsables pour la totalité du dommage, celui qui a dédommagé la victime peut se retourner contre les autres responsables (WERRO (2009), p.16 ; WERRO (2011), n.1647ss). Nous n'examinerons pas plus en détails cette question de la répartition de la réparation entre les différents auteurs (rapports internes). En effet, l'élément qui nous intéresse en priorité est le fait que la victime d'une maltraitance puisse être dédommagée.

¹⁴³² ENGEL (1997), p.561.

¹⁴³³ MÜLLER (2009), p.40 ; WERRO (2003), ad Intro. Art. 50-51 CO, n.1.

¹⁴³⁴ Voir ci-avant p.195s.

Dans les lignes qui suivent, nous laisserons de côté la question de la responsabilité de l'Etat fédéral, dans la mesure où le système médico-social suisse relève essentiellement de la compétence des cantons, voire des communes.¹⁴³⁵

Nous concentrerons nos propos sur les réglementations cantonales relatives à la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents. Celles-ci contiennent bon nombre de points communs que nous abordons ci-dessous. Elles prévoient « un régime de responsabilité causale, primaire et exclusif de l'Etat (ou de l'établissement autonome) pour les actes des agents publics, combiné avec un recours de l'Etat (ou de l'établissement) contre l'agent qui a agi de manière intentionnelle ou par négligence grave ».¹⁴³⁶ Ainsi le professionnel de la santé d'un EMS soumis au droit public n'engage pas, personnellement, sa responsabilité civile lorsqu'il cause un préjudice à un résident dans l'exercice de ses fonctions.

Tout comme en matière de responsabilité civile de droit privé, les conditions générales du préjudice (dommage ou tort moral¹⁴³⁷) et du lien de causalité adéquate doivent être

¹⁴³⁵ GUILLOD/RAPIN (2003), p.389.

¹⁴³⁶ GUILLOD (2012a), p.238. S'agissant d'une responsabilité causale, la faute n'est pas une condition de la responsabilité, sauf à **Genève**. Dans ce canton, la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes, s'applique lorsque le fonctionnaire ou l'agent a commis une faute (voir sur ce sujet : ATF non publié du 25 octobre 2011, 4A_315/2011).

¹⁴³⁷ La loi **neuchâteloise** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents prévoit qu'une indemnité équitable peut être versée à titre de réparation du tort moral pour autant que l'agent ait commis une faute (art. 6) ; la loi **vaudoise** sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents règle la question de la réparation morale à son article 6 ; la loi **fribourgeoise** sur la responsabilité civile des collectivités publiques prévoit aussi une réparation morale (art. 7) ; dans la loi **valaisanne** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents les articles 6 et 7 prévoient l'octroi d'une indemnité équitable en réparation du tort moral ; la loi **jurassienne** sur le personnel de l'Etat et la loi **genevoise** sur la responsabilité de l'Etat et des communes n'ont pas de disposition spécifique sur ce point. Toutefois et dans la mesure où ces deux cantons font un renvoi aux règles du CO, l'indemnisation du tort moral y est aussi possible (GUILLOD (2012a), p.241s). Pour une analyse de ces dispositions voir GUILLOD (2012a), p.267ss.

remplies.¹⁴³⁸ Un acte illicite est en outre nécessaire.¹⁴³⁹ Pour les questions de preuve, la situation est similaire à celle prévalant en droit privé.¹⁴⁴⁰

II Les spécificités

1 *Une responsabilité exclusive*

Avant d'examiner quelles sont les entités visées par les lois cantonales romandes et qui peuvent endosser une responsabilité, il convient de préciser que ces dernières instaurent un système de responsabilité exclusive.¹⁴⁴¹ Cela signifie que le lésé doit faire valoir ses prétentions en réparation contre cette entité et qu'il ne dispose pas d'une action contre l'auteur de la maltraitance.¹⁴⁴²

Comme nous l'avons évoqué, les collectivités publiques pouvant principalement être amenées à indemniser une victime de maltraitance sont les cantons et les communes.¹⁴⁴³ Il peut s'agir également d'autres entités. Ainsi la loi **neuchâteloise** inclut les autres collectivités de droit public cantonal, communal ou intercommunal (art. 1 al. 2). A **Genève** (art. 9) et à **Fribourg** (art. 2), la loi s'applique aussi aux autres corporations et établissements de droit

¹⁴³⁸ PIQUEREZ (1987), p.15 ; MOOR (2002), p.717 ; MARTIN-ACHARD/THÉVENOZ (1987), p.235 ; GUILLOD (1989), p.58 ; pour le droit vaudois, cf. par exemple, ATF non publié du 24 août 2004, 6P.92/2004 ; ATF 133 III 462, 470; pour le droit neuchâtelois, cf. BAUER (2005), n.2.2.1.2 et RJN 2003 219, 221.

¹⁴³⁹ GUILLOD/RAPIN (2003), p.393 ; GROSS (2001), p.163ss. Voir aussi pour un cas d'application fribourgeois l'ATF 133 III 462, 467s. Dans un ATF 130 I 337, JT 2005 I 95,104s, une responsabilité a été admise dans le cas d'une chute mortelle d'un patient hospitalisé se trouvant dans un état confusionnel suite à une opération.

¹⁴⁴⁰ GROSS (2001), p.370.

¹⁴⁴¹ GROSS (2001), p.4 ; GROSS (2003), p.39ss ; GUILLOD (2012a), p.235. Article 9 de la loi **neuchâteloise** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents ; articles 4s de la loi **vaudoise** sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents ; article 2 alinéa 2 de la loi **genevoise** sur la responsabilité de l'Etat et des communes ; article 6 alinéa 1 et 2 de la loi **fribourgeoise** sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents ; articles 4s de la loi **valaisanne** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents ; article 63 alinéa 2 de la loi **jurassienne** sur le personnel de l'Etat.

¹⁴⁴² WERRO (2005), n.31 ; GROSS (2003), p.37 ; BAUER (2005), n.1.3.3 et n.2.2.1.1; ATF non publié du 24 août 2004, 6P.92/2004. A certaines conditions, l'entité qui assume la responsabilité peut néanmoins se retourner contre l'auteur de la maltraitance grâce à une action récursoire (GUILLOD/RAPIN (2003), p.391; BAUER (2005), n.2.1.1).

¹⁴⁴³ La notion de commune doit se comprendre largement. En effet, la loi **vaudoise** mentionne les corporations communales qui sont les communes, les fractions de communes, les associations de communes, les fédérations de communes et les agglomérations (art. 2); voir aussi article 2 de la loi **fribourgeoise** qui cite les associations de communes et l'article 1 alinéa 1 lit. a de la loi **valaisanne** qui mentionne les collectivités communales c'est-à-dire les communes municipales, bourgeoisiales et ecclésiastiques et les associations de communes (art.2).

public dotés de la personnalité. Dans la mesure où un établissement pour personnes âgées peut être constitué sous une de ces dernières formes, il peut être tenu de réparer le préjudice en vertu des règles de responsabilité publiques.

2 *Un agent public dans l'exercice de ses fonctions*

L'acte préjudiciable doit avoir été commis par un agent public¹⁴⁴⁴ dans l'exercice de ses fonctions.¹⁴⁴⁵

La notion d'agent public doit être interprétée largement sans égard à la nature du rapport juridique entre celui-ci et l'entité dans laquelle il exerce ses fonctions. L'agent public est celui qui « occupe une fonction étatique » et dont l'acte « a été accompli dans le cadre de cette fonction ».¹⁴⁴⁶ Il est nécessaire qu'une activité soit exercée pour le compte de l'Etat et selon les instructions de celui-ci.¹⁴⁴⁷ Par conséquent, des personnes privées chargées de tâches publiques, par exemple des employés et auxiliaires d'une personne à qui une tâche publique a été déléguée, pourront être qualifiés d'agents publics.

L'agent public doit au surplus avoir agi dans l'exercice de ses fonctions. Cela signifie que l'acte doit « avoir l'apparence d'un acte commandé par une tâche publique et avoir été accompli au cours et à l'occasion du service, mais il n'est pas nécessaire qu'il corresponde au cahier des charges de l'agent ».¹⁴⁴⁸ Il faut donc un rapport fonctionnel entre l'activité par laquelle le dommage s'est produit et la tâche exercée, que par son objet ou sa nature l'acte

¹⁴⁴⁴ Dans la loi **neuchâteloise** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents, l'agent est la personne chargée de l'accomplissement d'une tâche de droit public (art. 1 al. 3) ; l'article 3 de la loi **vaudoise** sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents dresse une liste des agents publics soumis à ses dispositions ; la loi **genevoise** sur la responsabilité de l'Etat et des communes vise les agents publics et les fonctionnaires sans préciser plus en détail qui sont les personnes visées (art. 2 al. 1) ; l'article 3 de la loi **fribourgeoise** sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents définit la notion d'agent public ; la loi **valaisanne** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents précise à son article 3 la notion d'agents ; la loi **jurassienne** sur le personnel de l'Etat vise les employés de l'Etat (art. 63 al. 1).

¹⁴⁴⁵ Article 63 alinéa 1 de la loi **jurassienne** sur le personnel de l'Etat ; Article 1 alinéa 1 de la loi **valaisanne** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents ; article 1 alinéa 1 lit. a de la loi **fribourgeoise** sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents ; article 1 alinéa 1 lit. a de la loi **neuchâteloise** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents ; article 2 alinéa 1 de la loi **genevoise** sur la responsabilité de l'Etat et des communes ; article 1 alinéa 1 de la loi **vaudoise** sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents.

¹⁴⁴⁶ MOOR (2002), p.70. Si ces conditions ne sont pas remplies, une responsabilité civile de l'auteur de la maltraitance est à envisager.

¹⁴⁴⁷ MOOR (2002), p.703.

¹⁴⁴⁸ KNAPP (1988) n.2427.

en cause entre normalement dans le cadre de la fonction et serve à la réalisation des buts que l'employeur poursuit en engageant l'auxiliaire.¹⁴⁴⁹ La notion est comparable à ce qu'exige l'article 55 CO.¹⁴⁵⁰

Il y a lieu de ne pas être trop exigeant pour admettre ce rapport fonctionnel ; il serait en effet injustifié que l'Etat échappe à toute responsabilité lorsqu'un fonctionnaire cause un dommage en outrepassant ses compétences. Inversement lorsqu'un fonctionnaire commet, même pendant les heures de travail, un acte qui n'a rien à voir avec ses fonctions et qui n'a en rien été rendu possible par l'existence desdites fonctions, une responsabilité de l'Etat s'avérerait injuste.

S'agissant d'un régime de responsabilité causale, la soumission au droit public d'un nombre croissant de litiges a pour conséquence une compensation plus aisée des victimes (extension de la responsabilité en faveur des résidents).¹⁴⁵¹ Ce système est également intéressant pour la victime qui se trouve face à un débiteur solvable.

III La mise en œuvre

Dans le canton de **Genève**, la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes ne contient pas de dispositions spécifiques mais renvoie expressément aux règles du Code civil dont le Code des obligations constitue le cinquième livre.¹⁴⁵² Cela inclut une éventuelle prescription pénale plus longue (art. 60 CO).¹⁴⁵³

Le **Valais** prévoit que le lésé bénéficie d'un délai (prescription) d'une année à compter de la connaissance « du dommage et de la collectivité qui en est responsable » pour intenter son action. Il se réfère également à la prescription pénale plus longue¹⁴⁵⁴ En cela, il reprend le texte de l'article 60 CO.

¹⁴⁴⁹ MOOR (2002), p.704; la Cour suprême du canton de Schaffhouse a nié l'existence d'un lien fonctionnel pour un administrateur d'EMS ayant commis des abus de confiance (art. 138 CP) à l'encontre des résidents, partant la responsabilité de la commune concernée n'a pas été engagée (RDAF 2007, p.565ss).

¹⁴⁵⁰ MOOR (2002), p.704.

¹⁴⁵¹ GUILLOD (1989), p.71s.

¹⁴⁵² Article 6 de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes.

¹⁴⁵³ GUILLOD (2012a), p.266. Sur la prescription pénale plus longue voir ci-avant p.215.

¹⁴⁵⁴ Article 8 de la loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents.

Les cantons du **Jura**¹⁴⁵⁵ et de **Vaud**¹⁴⁵⁶ prévoient un délai de prescription d'un an dès la connaissance du dommage ou de dix ans dès l'acte dommageable. Le délai plus long de l'action pénale n'entre pas en considération.¹⁴⁵⁷

Dans les cantons de **Neuchâtel** et de **Fribourg**, le lésé bénéficie d'un délai d'une année à compter de la connaissance du dommage et du responsable pour intenter son action. Dans ces cantons, il est précisé que l'action doit être intentée dans les dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit.¹⁴⁵⁸ Il s'agit de délais de péremption qui ne peuvent ni être suspendus ni interrompus.¹⁴⁵⁹

D Conclusion

Le droit suisse confère la possibilité à une personne âgée victime de mauvais traitements, comme d'ailleurs à tout individu, de faire appel à un juge en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi. L'importance de ce moyen juridique doit toutefois être relativisée en pratique. En effet, hormis les cas où elle vise directement le patrimoine,¹⁴⁶⁰ la maltraitance n'aura pas forcément de conséquences pécuniaires pour le résident. Des insultes, le non-respect de l'intimité, du chantage, des menaces, des contentions abusives ne seront vraisemblablement pas constitutives d'un dommage au sens des règles relatives à la responsabilité.

Bien souvent, les mauvais traitements dont sont victimes les personnes âgées engendrent pour elles des souffrances physiques ou psychiques, ainsi qu'une diminution de leur bien-être.¹⁴⁶¹ Pour que ces conséquences négatives sur la qualité de vie soient prises en considération par le droit et ouvrent la porte à l'allocation d'une somme d'argent pour les compenser, elles doivent être graves. En effet, l'indemnisation du tort moral en Suisse répond à des critères restrictifs et les sommes allouées à ce titre restent modestes. Il s'agit

¹⁴⁵⁵ Article 63 alinéa 3 de la loi sur le personnel de l'Etat.

¹⁴⁵⁶ Article 7 de la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents.

¹⁴⁵⁷ GUILLOD (2012a), p.267.

¹⁴⁵⁸ Article 10 de la loi **neuchâteloise** sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents ; article 24 alinéa 1 de la loi **fribourgeoise** sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents.

¹⁴⁵⁹ GUILLOD (2012a), p.267.

¹⁴⁶⁰ Sur la maltraitance patrimoniale, voir ci-dessus p.1ss.

¹⁴⁶¹ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.32.

toutefois d'un élément intéressant qui prend spécifiquement en compte les graves répercussions qui peuvent atteindre des résidents vulnérables et dépendants.

Les actions en responsabilité sont des procédures lourdes et complexes qui prennent souvent plusieurs mois ou années avant d'aboutir à un jugement définitif. Elles nécessitent la confection de dossiers de preuves solides et convaincants.¹⁴⁶² Comme nous l'avons déjà évoqué, il est souvent difficile de prouver les actes de maltraitance qui surviennent en EMS, surtout lorsqu'ils ne laissent pas de traces. Il sera par exemple très difficile de démontrer qu'une agression est la cause d'une grave dépression ou d'un état démentiel chez un résident dont l'équilibre intellectuel était déjà fragilisé sans pour autant que cela ait une influence sur les actes quotidiens.¹⁴⁶³

En outre, même si les conditions d'une action en responsabilité sont remplies, cela n'implique pas la garantie pour le résident d'être indemnisé. En effet, il arrivera que le responsable ne soit pas solvable. A cet égard, le fait qu'une autre personne que l'auteur de la maltraitance puisse être amenée à indemniser le résident maltraité augmente les possibilités concrètes de dédommagement.

De toute évidence, même si, au final, la victime se voit octroyer une somme d'argent, celle-ci malgré son effet compensatoire ne sera jamais de nature à effacer totalement les conséquences des mauvais traitements.

6 L'aide aux victimes d'infractions

Après de brefs propos introductifs (ci-après A), nous nous concentrerons sur les principes consacrés par la loi fédérale sur l'aide aux victimes et le Code de procédure pénale suisse (ci-après B). Puis, nous terminerons par quelques remarques conclusives (ci-après C).

A Introduction

A partir des années septante, on voit apparaître dans certains pays (surtout anglo-saxons et scandinaves) des initiatives privées ou publiques concernant l'aide à apporter aux victimes d'infractions.¹⁴⁶⁴ Au niveau international, le Conseil de l'Europe adopte en 1983 une « Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions

¹⁴⁶² Il n'est par exemple pas évident pour un profane de savoir contre qui (soignant, médecin, institution, canton, etc.) l'action doit être dirigée. A cet égard, le concours d'un professionnel (avocat) s'avère bien souvent nécessaire.

¹⁴⁶³ CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS (2007), p.33.

¹⁴⁶⁴ FF 1990 913 ; KUHN (1992), p.993 ; PIQUEREZ (1996), p.10s.

violentes ». ¹⁴⁶⁵ Cette convention est entrée en vigueur pour la Suisse en 1993. A la même époque, une loi fédérale relative à l'aide aux victimes d'infraction (LAVI) est adoptée. ¹⁴⁶⁶ Non seulement, elle concrétise le contenu de la convention européenne qui n'est pas directement applicable, ¹⁴⁶⁷ mais elle prévoit aussi des dispositions originales relatives à l'aide aux victimes. ¹⁴⁶⁸

En effet, la convention européenne ne porte que sur l'indemnité qu'un Etat peut être amené à verser à la victime d'une infraction ; en ce sens le droit suisse accorde une protection plus large aux victimes puisqu'il ne se borne pas à octroyer uniquement une compensation financière mais qu'il renforce également les droits de ces dernières dans la procédure pénale et qu'il prévoit la mise en place de centres de consultation destinés à leur apporter conseils et assistance.

Du traumatisme vécu par les victimes d'infraction, découlent pour celles-ci des besoins et attentes particulières. ¹⁴⁶⁹ Elles souhaitent non seulement être entendues et reconnues en tant que victime mais elles espèrent aussi la reconnaissance de la culpabilité de l'auteur, l'expiation de sa faute et la prévention du risque de récidive. ¹⁴⁷⁰

Lorsqu'une procédure pénale est en cours, il est important que la victime soit informée de son déroulement. La protection et la sécurité de cette dernière doivent être assurées. La prévention de nouvelles infractions ainsi que la reconnaissance du fait que la personne a fait l'objet d'un comportement répréhensible sont autant d'objectifs visés par le domaine de l'aide aux victimes. ¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁵ Sur cette convention voir par exemple WINDLIN (2005), p.10ss.

¹⁴⁶⁶ Elle se base sur les articles 64bis et 64ter de l'ancienne Constitution (adoptés en 1984). Dans la Constitution actuelle, il s'agit des articles 123 et 124 Cst. Pour les étapes ayant mené à l'adoption de cette loi, voir WINDLIN (2005), p.13ss.

¹⁴⁶⁷ FF 1990 950.

¹⁴⁶⁸ KUHN (1992), p.993. Cette loi a été entièrement révisée en 2007 et la nouvelle mouture est entrée en vigueur au mois de janvier 2009.

¹⁴⁶⁹ Sur les problèmes éprouvés par les victimes et leurs attentes, voir par exemple KILLIAS (1993), p.398ss.

¹⁴⁷⁰ LANGUIN/ROBERT (2008), p.60 ; GARBADE (2004), p.222 ; KILLIAS (1993), p.401. A noter que les attentes des victimes en ce qui concerne la peine à infliger à l'auteur sont bien souvent déçues à l'issue du procès pénal qui fixe une peine moindre que celle espérée par celles-ci (LANGUIN/ROBERT (2008), p.59s).

¹⁴⁷¹ EDELMANN (2004), p.213ss ; KILLIAS (1993), p.401.

L'aide aux victimes doit avant tout se concevoir comme une tâche pluridisciplinaire où interviennent professionnels de la santé et du social, ainsi que divers intervenants de la sphère juridique (juges, juristes, officiers de police, etc.).¹⁴⁷²

B Le résident maltraité et l'aide aux victimes d'infractions

Après quelques généralités (ci-après I), nous examinerons qui sont les personnes qui bénéficient de l'aide aux victimes (ci-après II). Ensuite nous mettrons en évidence la protection qui leur est conférée par le droit (ci-après III).

I Introduction

La « première » loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993. Déjà peu de temps après, elle prêtait le flan à la critique. En 1997, un auteur tenait les propos suivants : « la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) représente l'un des textes les plus mal pensés et les plus mal rédigés de la production normative suisse de ces dernières années ». ¹⁴⁷³ Une Commission d'experts nommée en juillet 2000 s'est attelée à préparer et à présenter un projet de révision dans le but de remédier aux défauts de la LAVI. ¹⁴⁷⁴ Une révision totale a été acceptée par le Parlement et la nouvelle mouture de loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (23 mars 2007) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. ¹⁴⁷⁵

La LAVI a été conçue comme un complément aux règles découlant notamment du droit pénal et du droit civil ; elle doit être considérée comme « un geste de solidarité de la collectivité envers ses citoyens les plus durement touchés par la criminalité », et rappelle ainsi son caractère subsidiaire. ¹⁴⁷⁶ En effet, les victimes de condition financière aisée bénéficient dans une moindre mesure des prestations de la LAVI que celles dont la situation

¹⁴⁷² PIQUEREZ (1996), p.10.

¹⁴⁷³ STRÄULI (1997), p.203 et les références citées.

¹⁴⁷⁴ Pour un aperçu du processus de révision, voir GUINAND (2004), p.363ss.

¹⁴⁷⁵ La révision totale de la LAVI a maintenu plusieurs grands principes découlant de la loi de 1993, c'est pourquoi, il nous est parfois possible de renvoyer à de la doctrine et de la jurisprudence élaborées sous l'empire de l'ancien droit.

¹⁴⁷⁶ FF 2005 6724 ; article 4 LAVI ; voir aussi COSSALI SAUVAIN (2004), p.198ss ; CONVERSET (2009), p.173 et SCHWAAR (2009), p.86 qui précisent que ce principe vaut pour l'ensemble des prestations prévues par la LAVI et ne concerne pas uniquement l'indemnisation et la réparation morale.

matérielle est plus précaire. Il est donc attendu qu'elles surmontent, du moins en partie, elles-mêmes les conséquences de l'infraction.¹⁴⁷⁷

II Les bénéficiaires de l'aide aux victimes

1 *Généralités*

Les diverses mesures d'aide aux victimes s'adressent à « toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle (victime) ». ¹⁴⁷⁸

Cela implique qu'une aide n'est pas accordée à n'importe quel lésé, encore faut-il qu'il y ait une atteinte directe à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle résultant d'une infraction pénale.¹⁴⁷⁹ Les personnes âgées dont la maltraitance est constitutive d'une infraction pénale pourront bénéficier de la protection octroyée par la LAVI et le CPP aux victimes. A noter que l'âge du lésé n'a pas d'importance.

i Une atteinte à l'intégrité

La victime est la personne qui a été touchée directement dans son intégrité par la commission d'une infraction.¹⁴⁸⁰ Le législateur a donc opté pour une notion basée sur les « conséquences dommageables de l'infraction ». ¹⁴⁸¹

Il y a une atteinte lorsque, du fait de l'infraction, la vie quotidienne d'un résident « s'est péjorée de manière passagère ou permanente ». ¹⁴⁸² La qualité de victime « ne peut être

¹⁴⁷⁷ FF 2005 6701 ; SCHWAAR (2009), p.86.

¹⁴⁷⁸ Article 1 alinéa 1 LAVI. Les exigences quant à la preuve de la qualité de victime dépendent des prestations sollicitées. Le niveau ne sera pas identique si l'on demande une indemnisation ou des conseils auprès d'un centre de consultation (FF 2005 6722 ; HÄBERLI (2002), p.365s ; HALDIMANN (2009), p.222ss). Le CPP (art. 116) reprend la définition de victime de la LAVI.

¹⁴⁷⁹ L'article 1 alinéa 2 LAVI prévoit que le conjoint, les enfants, les père et mère ainsi que les proches de la victime ont droit au soutien prévu par la LAVI (voir par exemple, HÄBERLI (2002), p.364s). La situation de ces personnes ne sera toutefois pas traitée dans le cadre du présent travail faute de lien suffisamment étroit avec la thématique de la personne âgée victime de maltraitance.

¹⁴⁸⁰ A noter que certaines catégories de victimes bénéficient d'une protection accrue ; tel est le cas des victimes mineures (voir par exemple, CASONI DELCÒ (2004), p.47ss). La victime au sens de la LAVI ne peut être qu'une personne physique et non une personne morale (ZEHNTER (2009), ad Art. 1 n.26).

¹⁴⁸¹ STRÄULI (1997), p.206.

¹⁴⁸² MIZEL (2003), p.42 ; ROBERT (2001), p.39 ; CSOL-LAVI (2010), p.10.

reconnue que si une infraction a, dans un cas déterminé, atteint directement et de façon effective une personne dans son intégrité physique ou psychique, et cela en principe sans que la lésion invoquée ne soit le fait d'une sensibilité particulière de la victime ».¹⁴⁸³ Il ne suffit donc pas que la personne « ait subi des désagréments, qu'elle ait eu peur [...], qu'elle ait eu du chagrin, qu'elle ait eu quelque mal, qu'elle ait été désorganisée dans ses activités ou qu'elle ait perdu du temps ou de l'argent ».¹⁴⁸⁴ Il n'est par contre pas exigé que « les effets de l'atteinte à l'intégrité psychique se manifestent pendant ou immédiatement après l'infraction, mais les agissements de l'auteur de l'infraction doivent être la cause principale de l'atteinte ».¹⁴⁸⁵

L'atteinte doit toutefois être d'une certaine gravité pour être prise en compte ce qui exclut les délits « bagatelle ».¹⁴⁸⁶ L'élément déterminant ne se situe pourtant pas dans la gravité de l'atteinte mais plutôt dans « le degré avec lequel celle-ci a touché la victime ».¹⁴⁸⁷ Selon la jurisprudence, l'atteinte doit revêtir une certaine gravité et, cela, d'un point de vue objectif, non pas en fonction de la sensibilité personnelle et subjective du lésé.¹⁴⁸⁸ Certains auteurs proposent néanmoins de tenir compte du vécu subjectif de la victime.¹⁴⁸⁹ A cet égard, la Conférence suisse des offices de liaison LAVI, prévoit, dans ses recommandations, que

victime. En revanche, des voies de fait

»,¹⁴⁹⁰

¹⁴⁸³ MIZEL (2003), p.44 ; il doit exister un lien de causalité entre l'infraction et l'atteinte à l'intégrité (STRÄULI (1997), p.206 ; HÄBERLI (2002), p.363).

¹⁴⁸⁴ CORBOZ (1996), p.56s.

¹⁴⁸⁵ JAAC 59.32 ; voir aussi CSOL-LAVI (2010), p.11.

¹⁴⁸⁶ CORBOZ (1996), p.57 ; WEDER (1995), p.42 ; ZEHNTNER (2009), ad Art. 1, n.38 ; MIZEL (2003), p.42 ; ROBERT (2001), p.39 ; HÄBERLI (2002), p.364 ; WINDLIN (2005), p.130 ; ATF 131 I 455, 459 ; ATF 129 IV 95, 98 ; ATF 129 IV 216, 218 ; ATF 128 I 218 ; JT 2005 IV 134, 137.

¹⁴⁸⁷ MIZEL (2003), p.48 ; HÄBERLI (2002), p.364 ; WINDLIN (2005), p.131.

¹⁴⁸⁸ ATF 131 IV 78, 81 ; voir aussi ZEHNTNER (2009), ad Art. 1 n.38.

¹⁴⁸⁹ ROBERT (2001), p.39 ; MIZEL (2003), p.42.

¹⁴⁹⁰ CSOL-LAVI (2010), p.11.

L'atteinte en question doit toucher l'intégrité physique, sexuelle ou psychique. A cet égard, la loi ne dresse pas de liste des infractions conférant le statut de victime et ouvrant le droit aux prestations de la LAVI et à la protection découlant du CPP.¹⁴⁹¹

Est constitutif d'une atteinte à l'intégrité physique, « le fait de frapper autrui, de le blesser, de le défigurer, de l'amputer, de lui transmettre ou de provoquer une maladie ».¹⁴⁹² Il a par exemple été jugé qu'une « dent cassée est une atteinte corporelle assez grave et engendre des conséquences importantes pour le lésé, si bien qu'il faut admettre la qualité de victime ».¹⁴⁹³ Cela vise les cas dans lesquels il y a une détérioration de l'état de la personne comme par exemple une blessure.¹⁴⁹⁴

Une atteinte à l'intégrité sexuelle sera admise dès qu'une personne « subit un acte de nature sexuelle sans y avoir valablement consenti ».¹⁴⁹⁵ Cela concerne les cas où la personne a dû endurer ou exécuter un acte à connotation sexuelle.¹⁴⁹⁶

Il y a une atteinte à l'intégrité psychique lorsque « l'équilibre psychique ou la santé mentale » d'une personne est mis en danger.¹⁴⁹⁷ Une lésion insignifiante au bien-être psychique d'une personne ne saurait suffire à entraîner la qualité de victime.¹⁴⁹⁸ En effet, il s'avère que « tout comportement délictueux frappant (aussi) un individu déterminé peut occasionner chez lui des troubles psychologiques ».¹⁴⁹⁹

¹⁴⁹¹ C'est à la pratique de déterminer si un fait entre dans son champ d'application (FF 2005 6722).

¹⁴⁹² PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.878.

¹⁴⁹³ ATF 127 IV 236 ; JT 2003 IV 133, 136.

¹⁴⁹⁴ CORBOZ (1996), p.56s ; PIQUEREZ (1996), p.22.

¹⁴⁹⁵ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.880.

¹⁴⁹⁶ CORBOZ (1996), p.56s.

¹⁴⁹⁷ CORBOZ (1996), p.56s ; PIQUEREZ (1996), p.22.

¹⁴⁹⁸ MAURER (1993), p.381s.

¹⁴⁹⁹ STRÄULI (1997), p.206.

ii Une infraction pénale

Une infraction vise tout comportement établi et fondamentalement illégal au sens du Code pénal.¹⁵⁰⁰ Par contre peu importe que l’auteur ait été découvert ou non, que son comportement soit fautif ou pas,¹⁵⁰¹ qu’il ait agi intentionnellement ou par négligence.¹⁵⁰²

La qualité de victime ne dépend pas non plus du dépôt d’une plainte pénale.¹⁵⁰³ La jurisprudence a établi que l’on doit reconnaître la qualité de victime à une personne qui conteste les infractions dénoncées (et dont elle semble être l’objet) et par là même son statut de victime.¹⁵⁰⁴ Il en découle qu’une personne âgée qui ne reconnaît pas la maltraitance peut tout de même être considérée comme une victime et bénéficier de la LAVI.

iii Un lien de causalité

La qualité de victime est donnée à une personne lorsque l’atteinte qu’elle subit résulte directement de la commission l’infraction.¹⁵⁰⁵ Cela signifie qu’il doit exister un lien de causalité entre les deux ; une certaine immédiateté sous-tend nécessairement ce concept.¹⁵⁰⁶ Il faut en principe, pour admettre l’applicabilité de la LAVI, que l’infraction soit dirigée contre l’intégrité physique, sexuelle ou psychique.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰⁰ CSOL-LAVI (2010), p.9 ; ZEHNTNER (2009), ad Art. 1, n.3.

¹⁵⁰¹ Il en va ainsi d’un auteur pénalement irresponsable (SCHNEEBERGER (1996), p.1 ; WEDER (1995), p.40).

¹⁵⁰² Article 1 alinéa 3 LAVI ; aussi FF 2005 6723 ; ATF 134 II 33, 36ss ; SCHNEEBERGER (1996), p.1 ; WEDER (1995), p.40 ; cet élément n’est pas déterminant dans le cadre du présent travail puisque nous avons qualifié la maltraitance d’acte intentionnel.

¹⁵⁰³ ROBERT (2001), p.40 ; WINDLIN (2005), p.135 ; JAAC 58.68.

¹⁵⁰⁴ ATF 125 IV 79, 82.

¹⁵⁰⁵ Les atteintes que subit un tiers (qui est en relation avec la victime) par ricochet (de façon médiate) sont par conséquent exclues (ZEHNTNER (2009), ad Art. 1, n.39ss ; CORBOZ (1996), p.57 ; WEDER (1995), p.41 ; ATF 129 IV 95, 98s, SJ 2003 I 185, 186s ; pour une appréciation critique, voir CONVERSET (2009), p.39).

¹⁵⁰⁶ MIZEL (2003), p.43 ; WINDLIN (2005), p.132 ; ZEHNTNER (2009), ad Art. 1, n.39.

¹⁵⁰⁷ CSOL-LAVI (2010), p.10 ; comme nous le verrons ci-après cette exigence soustrait un certain nombre d’infractions du champ d’application de la LAVI.

i Remarques préliminaires

Le législateur n'a pas dressé la liste des infractions qui peuvent ouvrir le droit aux prestations de l'aide aux victimes.¹⁵⁰⁸ La qualification doit se faire de cas en cas ; il s'agit, dans chaque situation, de déterminer si les éléments constitutifs de l'infraction considérée¹⁵⁰⁹ ont une influence directe sur l'intégrité physique, sexuelle ou psychique du lésé.¹⁵¹⁰ A cet égard le type d'infraction n'est pas forcément déterminant.¹⁵¹¹ Cela constitue toutefois un indice utile quant à la détermination de la qualité de victime.¹⁵¹² Il en découle que, d'une façon générale, suivant la nature de la maltraitance et l'infraction pénale la sanctionnant, le résident sera ou non considéré comme victime. En outre, il est à retenir que la notion de victime au sens de la LAVI doit être appréciée de manière restrictive et il se justifie « de reconnaître la qualité de victime pour des infractions qui ne portent pas atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle que dans des circonstances exceptionnelles ».¹⁵¹³

Le fait que l'atteinte doive nécessairement découler d'une infraction pénale peut paraître peu approprié pour les personnes qui interviennent auprès des victimes. En effet « des violences verbales et psychologiques répétées ont souvent des conséquences néfastes et destructrices pour les victimes, mais tant qu'il n'y a pas d'infraction pénale claire (comme une contrainte ou des menaces), elles ne relèvent pas de la LAVI. Par contre, quelques coups sur la tête ou le corps peuvent provoquer des lésions corporelles simples. La LAVI peut donc entrer en matière pour des atteintes moins graves, ce qui est dû à la définition des infractions LAVI».¹⁵¹⁴

¹⁵⁰⁸ NAY (1997), p.23 ; JAAC 59.32.

¹⁵⁰⁹ Les éléments constitutifs tant objectifs que subjectifs de l'infraction doivent être réalisés (ATF 134 II 33, 38).

¹⁵¹⁰ JAAC 59.32 ; SCHNEEBERGER (1996), p.1 ; ROBERT (2001), p.39 ; CORBOZ (1996), p.59 ; STRÄULI (1997), p.208 ; ATF 129 IV 216, 218.

¹⁵¹¹ Par type d'infraction, nous nous référons à la systématique du Code pénal (infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, infractions contre l'honneur, infractions contre la liberté, infractions contre l'intégrité sexuelle, etc.).

¹⁵¹² ROBERT (2001), p.39.

¹⁵¹³ PIQUEREZ (1996), p.20 et les références citées.

¹⁵¹⁴ MEYER (2004), p.73s.

ii En matière d'infractions contre l'intégrité corporelle

La doctrine et la jurisprudence admettent, de manière générale, la qualité de victime en cas de lésions corporelles (art. 122, 123 et 126 CP). Par conséquent, le résident dont la maltraitance constitue des lésions corporelles graves, des lésions corporelles simples ou des voies de fait sera, en principe, considéré comme une victime au sens de la LAVI.¹⁵¹⁵

Dans l'hypothèse de lésions corporelles graves (art. 122 CP), la qualité de victime au sens de la LAVI sera normalement toujours reconnue.¹⁵¹⁶

En principe, la qualité de victime sera aussi admise lors de lésions corporelles simples (art. 123 CP), même si la distinction avec des voies de fait (art. 126 CP) est ténue. La qualification de l'infraction n'est toutefois pas déterminante et il y a lieu de procéder à une appréciation de cas en cas.¹⁵¹⁷ Ainsi, des lésions corporelles simples peuvent ne pas entraîner l'application de la LAVI, si elles ne causent qu'une altération insignifiante de l'intégrité physique ou psychique.¹⁵¹⁸

Les voies de fait (art. 126 CP), en raison du fait que, par définition, elles ne causent ni lésion corporelle ni atteinte à la santé, ne confèrent en principe pas au lésé la qualité de victime au sens de la LAVI.¹⁵¹⁹ Toutefois elles peuvent fonder la qualité de victime, si elles provoquent une atteinte notable à l'intégrité physique ou psychique. La doctrine est d'avis de conférer la qualité de victime lors de voies de fait administrées notamment dans un cadre professionnel,¹⁵²⁰ comme c'est le cas des résidents maltraités par un soignant au sein d'une institution.

¹⁵¹⁵ ATF 122 IV 37, 39 ; NAY (1997), p.23 ; FF 1990 925 ; MAURER (1993), p.380.

¹⁵¹⁶ MIZEL (2003), p.55.

¹⁵¹⁷ MIZEL (2003), p.56.

¹⁵¹⁸ MIZEL (2003), p.49 ; ATF 129 IV 216, 218s : dans cet arrêt le Tribunal fédéral a admis la qualité de victime à des enfants ayant subi des voies de fait (giffes, coup de pieds, fait de tirer les oreilles) à plusieurs reprises du fait de leur beau-père. Il a insisté sur le fait du besoin de protection accrue de ces enfants et du lien de dépendance les liant à l'auteur ; voir aussi ATF 128 I 218, JT 2005 IV 134, 137.

¹⁵¹⁹ ATF 122 IV 71, JT 1998 IV 23, 25 ; FF 1990 925 ; WEDER (1995), p.42 ; EDELMANN (2004), p.211 ; STRÄULI (1997), p.206 ; MIZEL (2003), p.67ss ; BARONE (1993), p.45 ; HÄBERLI (2002), p.363.

¹⁵²⁰ MIZEL (2003), p.58.

iii En matière d'infractions de mise en danger

Les infractions de mise en danger (art. 127, 128 et 129 CP) qui ne supposent pas la lésion d'un bien juridique, ne tombent normalement pas sous le coup de la LAVI.¹⁵²¹ Les victimes de ces infractions peuvent, il est vrai, subir une atteinte à leur intégrité physique ou psychique mais en tant que conséquence indirecte de la violation de ces dispositions.¹⁵²²

Il faut toutefois se garder de généraliser et de tenir ces principes pour absolus, car il peut arriver exceptionnellement que la réalisation d'une des infractions théoriquement exclues fonde la qualité de victime au sens de la LAVI.¹⁵²³ Une appréciation au cas par cas s'avère indispensable.¹⁵²⁴

En outre, certains auteurs estiment que les infractions de mise en danger confèrent la qualité de victime au sens de la LAVI.¹⁵²⁵ Le Tribunal fédéral n'a pas non plus exclu cette possibilité.¹⁵²⁶ En matière de mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), la qualité de victime peut être donnée si la victime a directement subi des troubles psychologiques.¹⁵²⁷ La jurisprudence a parfois admis que l'exposition (art. 127 CP) pouvait être constitutive d'atteintes directes tombant dans le champ d'application de la LAVI.¹⁵²⁸

¹⁵²¹ ATF 122 IV 71, JT 1998 IV 23, 25 ; KUHN (1992), p.994 ; ZEHNTNER (2009), ad Art. 1, n.41 ; FF 1990 925.

¹⁵²² KUHN (1992), p.994 ; BARONE (1993), p.45 ; FF 1990 925 ; WEDER (1995), p.41.

¹⁵²³ MIZEL (2003), p.45.

¹⁵²⁴ PIQUEREZ (1996), p.19.

¹⁵²⁵ CORBOZ (1996), p.58 ; SJ 2002 I 397, 399 ; DUCROT (1995), p.339 (cet auteur relève à juste titre qu'une infraction de mise en danger peut très bien engendrer des troubles psychiques chez la victime qui sont directement en relation avec l'acte du délinquant).

¹⁵²⁶ ATF non publié du 25 septembre 1995, 6S.470/1995 : « La recourante ne peut pas non plus se prévaloir des dispositions de la LAVI car **même si elle pouvait être assimilée à la victime** au titre de personne unie à celle-ci selon l'article 2 alinéa 2 LAVI (voir FF 1990 925), on ne discerne pas qu'elle puisse faire valoir des prétentions civiles contre l'auteur de l'infraction alléguée. ».

¹⁵²⁷ MIZEL (2003), p.44 et p.66 ; DUCROT (1995), p.339 ; voir aussi l'opinion exprimée par WEDER (1995), p.41 : « Ebenso ist die Anwendbarkeit des Opferhilfegesetzes auf Gefährdungsdelikte meines Erachtens vorstellbar, wenn sich eine Gefährdung voll und massiv auf die psychische Integrität als (mit)geschütztes Rechtsgut des entsprechenden Tatbestandes ausgewirkt hat », SJ 2002 I 397, 399.

¹⁵²⁸ STRÄULI (1997), p.207 et les références citées.

iv En matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle

Les atteintes à la liberté sexuelle appellent l'application de la LAVI sans difficultés particulières.¹⁵²⁹ Les diverses infractions pouvant entrer en considération dans le cas d'une maltraitance (art. 189, 190, 191, 192 et 193 CP) tombent sous le coup de la LAVI et confèrent le statut de victime au résident.¹⁵³⁰

v En matière d'infractions contre l'honneur

Les infractions contre l'honneur (notamment l'art. 177 CP) ne tombent pas, en principe, sous le coup de la LAVI.¹⁵³¹ Une réserve peut éventuellement être faite en ce qui concerne les cas graves.¹⁵³² Toutefois, comme en matière d'infraction de mise en danger, il ne faut pas généraliser et admettre que dans des cas d'espèce la qualité de victime devra être donnée si l'infraction est la cause directe d'une atteinte à l'intégrité.¹⁵³³

vi En matière d'infractions contre la liberté

Même si la qualité de victime est en principe niée en matière de menace (art. 180 CP) et de contrainte (art. 181 CP), il est nécessaire d'apprécier concrètement s'il n'y a pas lieu d'admettre une atteinte directe significative à l'intégrité de la personne.¹⁵³⁴ Ainsi la menace¹⁵³⁵ et la contrainte¹⁵³⁶ peuvent également entrer en considération sous l'angle de la LAVI.

¹⁵²⁹ MAURER (1993), p.380.

¹⁵³⁰ Sont toutefois exclus du champ d'application de la LAVI l'article 198 CP relatif aux désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel et l'article 194 CP relatif à l'exhibitionnisme qui constituent des atteintes de moindre gravité (ZEHNTER (2009), ad Art. 1, n.32 ; CORBOZ (1996), p.57 ; RJB 1996 (132) 473).

¹⁵³¹ STRÄULI (1997), p.207; ROBERT (2001), p.40 ; KUHN (1992), p.994 ; ATF 129 IV 206, 207 ; ATF 122 IV 71, JT 1998 IV 23, 25 ; FF 1990 925 ; plus nuancés CORBOZ (1996), p.58 et NAY (1997), p.23 ; KUHN (1992), p.994 ; la jurisprudence admet toutefois qu'une personne puisse être directement lésée par une atteinte à l'honneur (ATF non publié du 12 janvier 2010, 6B_1061/2009).

¹⁵³² ATF 128 I 218, JT 2005 IV 134, 137 : « on peut se demander ce qu'il en est lors de cas extrêmement graves d'atteinte à l'honneur ».

¹⁵³³ MIZEL (2003), p.45 ; PIQUEREZ (1996), p.19.

¹⁵³⁴ MIZEL (2003), p.59.

¹⁵³⁵ Voir par exemple WEDER (1995), p.41 qui s'exprime ainsi : « Opfer dieses Tatbestandes, obwohl es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt sollen unter das Opferhilfegesetz fallen ».

En ce qui concerne les atteintes à la liberté de mouvement, les articles 183 et 184 CP (séquestration) sont également normalement constitutifs de la qualité de victime LAVI.¹⁵³⁷

III Aperçu du contenu de l'aide aux victimes

1 *Introduction*

La LAVI (art. 2) prévoit diverses formes d'aide. Il s'agit des conseils et de l'assistance, ainsi que de l'indemnisation et de la réparation morale. Le Code de procédure pénale contient les dispositions relatives à la protection de la victime dans le cadre d'un procès pénal.

2 *Les conseils et l'assistance*

i Généralités

Toute personne âgée victime de maltraitance peut s'adresser à un centre de consultation LAVI afin d'obtenir de l'aide et des conseils (art. 9 al. 1 LAVI¹⁵³⁸).¹⁵³⁹ Si elle s'est d'abord tournée vers une autorité de poursuite pénale comme la police, celle-ci doit l'informer de l'existence des centres de consultation et de l'aide pouvant être apportée par ceux-ci (art. 8 al. 1 LAVI).¹⁵⁴⁰ Elle peut même, pour autant que la victime y consente, transmettre les coordonnées de celle-ci à un centre (art. 8 al. 1 LAVI et art. 305 al. 3 CPP). Dans une telle

¹⁵³⁶ CORBOZ (1996), p.59 ; FF 1990 925 ; dans l'ATF 120 Ia 157, JT 1996 IV 128 le Tribunal fédéral s'est exprimé ainsi : « Schwieriger zu beurteilen ist die Frage bei Delikten gegen die Freiheit des Individuums, etwa bei Drohung, Nötigung [...]. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass hier die Anwendung des Opferhilfsgesetzes "nicht zum vornherein ausgeschlossen" sei [...]. Dies dürfte namentlich bei qualifizierteren Fällen von Drohung, Nötigung [...] zutreffen. Es ist jeweils anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, ob die Schwere der untersuchten Straftaten die Annahme einer unmittelbaren Beeinträchtigung der psychischen Integrität des Betroffenen rechtfertigt. Darunter fallen psychische Folgen eines für das Opfer traumatischen ausserordentlichen Ereignisses. ».

¹⁵³⁷ STRÄULI (1997), p.207 ; KUHN (1992), p.994 ; FF 1990 925.

¹⁵³⁸ « Les cantons veillent à ce qu'il y ait des centres de consultation privés ou publics, autonomes dans leur secteur d'activité. Ce faisant, ils tiennent compte des besoins particuliers des différentes catégories de victimes » ; voir aussi l'article 18 LAVI concernant la répartition des coûts entre cantons en particulier lorsque la victime s'est adressée à un centre qui n'est pas dans son canton.

¹⁵³⁹ Article 12 LAVI ; ces centres doivent être autonomes et indépendants, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas dépendre des instructions d'une autorité administrative (FF 1990 926). On dénote en outre de grandes différences entre les cantons sur la manière dont ces centres ont été mis en place (sur ces questions voir ROBERT (2001), p.41ss) ; cela tient au fait que ceux-ci bénéficient d'une grande liberté quant à l'organisation de ces centres (BARONE (1993), p.45 ; KUHN (1992), p.996).

¹⁵⁴⁰ Cette information devra être donnée de manière circonstanciée ; il ne faut pas oublier que si la poursuite pénale intervient peu de temps après les faits ; la victime n'est pas forcément prête à recevoir cette information (EDELMAAN (2004), p.215s).

hypothèse, le centre prendra contact lui-même avec la victime (art. 12 al. 2 LAVI). Cet élément est important, car il permet à la victime de se décharger de démarches pouvant être pénibles.¹⁵⁴¹

Les centres de consultation doivent être à même de tenir compte des spécificités des différentes catégories de victimes (mineurs, violence conjugale, traite d'êtres humains)¹⁵⁴² et d'apporter une aide par du personnel spécialement formé.¹⁵⁴³ Pour ce faire, des collaborations entre les cantons sont possibles notamment par la mise en place d'une institution commune à plusieurs d'entre eux (art. 9 al. 2 LAVI).

Dès lors la question des personnes âgées victimes de maltraitance prête également à réflexion. Pourquoi ne pas créer des antennes (pour plusieurs cantons) destinées aux personnes âgées maltraitées et dont les membres seraient spécialement sensibilisés à cette problématique ?

*ii Les prestations offertes*¹⁵⁴⁴

Les centres de consultation fournissent une aide pour répondre aux besoins urgents de la victime,¹⁵⁴⁵ mais ils peuvent également intervenir sur du plus long terme¹⁵⁴⁶ avec une aide supplémentaire. Ils sont notamment chargés de fournir (eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un tiers¹⁵⁴⁷) à la victime de l'aide en matière médicale, psychologique, sociale, matérielle

¹⁵⁴¹ Cette disposition part du principe qu'une personne victime d'une infraction n'est souvent pas en mesure de solliciter elle-même de l'aide, mais qu'elle accepte plus facilement celle-ci si on la lui propose (ROBERT (2001), p.50 ; KUHN (1992), p.996ss ; KILLIAS (1993), p.409).

¹⁵⁴² Article 31 alinéa 2 LAVI ; FF 2005 6703s.

¹⁵⁴³ Voir article 31 alinéa 1 LAVI relatif aux aides financières octroyée par la Confédération à cet effet ; voir aussi BERSET HEMMER (2009), p.197ss.

¹⁵⁴⁴ Outre les prestations spécifiques étudiées ci-après, les centres ont une mission plus générale de sensibilisation et d'information du public sur la problématique de l'aide aux victimes d'infractions (FF 1990 926s ; PIQUEREZ (1996), p.15).

¹⁵⁴⁵ La loi parle d'aide immédiate (art. 13 al. 1 LAVI) ; l'aide immédiate est celle qui est octroyée en fonction de l'urgence de la situation découlant de l'infraction (CONVERSET (2009), p.202).

¹⁵⁴⁶ Il s'agit de l'aide à plus long terme mentionnée par la loi (art. 13 al. 2 LAVI) ; cette aide, accordée sur une plus longue durée que l'aide immédiate, entre en considération lorsque cette dernière n'est pas suffisante pour diminuer les conséquences de l'infraction (CONVERSET (2009), p.202).

¹⁵⁴⁷ Article 13 alinéa 3 LAVI ; leur rôle est alors celui d'un intermédiaire qui aiguille la victime vers les ressources adéquates.

(hébergement,¹⁵⁴⁸ transport, soutien financier provisoire,¹⁵⁴⁹ assistance en faveur des proches) et juridique¹⁵⁵⁰ (dénonciation, plainte, désignation d'un avocat).¹⁵⁵¹ Leur principale activité consiste à écouter et à reconnaître la souffrance de la victime et au besoin de l'aiguiller vers d'autres structures ou personnes spécialement compétentes.¹⁵⁵² Il s'agit aussi fréquemment de mettre la victime en contact avec une personne ou un organisme spécialement formé ou qualifié pour lui venir en aide de manière utile.¹⁵⁵³ Ainsi des collaborations avec des associations de protection des personnes âgées (PRO SENECTUTE, ALTER EGO, etc.) pourraient et devraient être encouragées.

Pour assister au mieux les victimes et cibler adéquatement les besoins de ces dernières, les centres peuvent, en principe, consulter les dossiers de la procédure pénale engagée et des tribunaux (art. 10 LAVI).¹⁵⁵⁴

Dans la mesure où les centres doivent bien souvent agir rapidement, on ne peut dès lors leur imposer d'examiner de manière approfondie si la qualité de victime d'une personne qui s'adresse à eux est remplie ; un examen sommaire et provisoire de la question est suffisant.¹⁵⁵⁵ La qualité de victime sera évidemment appréciée avec plus de minutie lors de l'octroi d'une aide à plus long terme.¹⁵⁵⁶

¹⁵⁴⁸ Cela peut être le placement dans une institution adaptée pour lequel les centres de consultation prennent en charge les frais (ATF 125 II 230, JT 2000 IV 185, 189).

¹⁵⁴⁹ Les prestations financières sont subsidiaires par rapport à celles de tiers (CSOL-LAVI (2010), p.26 ; Art. 4 LAVI).

¹⁵⁵⁰ Pour plus de détails sur l'aide juridique voir, BOHNET (1998), p.163ss ; elle comprend des informations sur les démarches pouvant être entreprises comme une dénonciation ou une plainte pénale, ou sur les possibilités de dédommagement.

¹⁵⁵¹ Article 14 LAVI ; pour plus de précisions sur les aides qui peuvent être fournies concrètement, voir CSOL-LAVI (2010), p.17ss.

¹⁵⁵² ROBERT (2001), p.43s.

¹⁵⁵³ CORBOZ (1996), p.54.

¹⁵⁵⁴ FF 2005 6728 ; le consentement de la victime est nécessaire à cette démarche.

¹⁵⁵⁵ JAAC 59.32 ; voir aussi CSOL-LAVI (2010), p.8 et p.13ss qui indique qu'il est suffisant que la qualité de victime soit rendue crédible au moins pour les premières consultations ; les exigences seront naturellement plus élevées lorsqu'il s'agira de se prononcer sur l'octroi de prestations financières.

¹⁵⁵⁶ BOHNET (1998), p.168.

Les prestations des centres de consultations sont en principe fournies gratuitement (art. 5 LAVI). Il en va ainsi des conseils (art. 12 LAVI), des prestations octroyées par le centre lui-même, tout comme de celles relevant de l'aide immédiate.¹⁵⁵⁷ Par contre celles offertes par le biais d'un intermédiaire (frais médicaux, d'avocat, de procédure) et consistant en une aide sur du plus long terme, le sont à la condition que la situation personnelle financière de la victime le justifie.¹⁵⁵⁸

iii La confidentialité

Afin d'assurer des rapports de confiance avec la victime, l'article 11 alinéa 1 LAVI institue une obligation de secret aux collaborateurs du centre¹⁵⁵⁹ portant sur toutes les constatations pouvant être faites.¹⁵⁶⁰ Ces derniers ne peuvent ainsi pas transmettre des informations aux autorités (notamment autorités pénales) et à des particuliers.¹⁵⁶¹ En cas de violation de l'obligation de garder le secret, il est prévu une peine privative de liberté de trois ans maximum ou une peine pécuniaire.¹⁵⁶²

L'article 11 alinéa 2 LAVI prévoit toutefois que le secret peut être levé par le consentement de la victime. Celle-ci doit être capable de discernement, à défaut le représentant peut consentir pour l'incapable.¹⁵⁶³ Le consentement ne doit pas revêtir de forme particulière, mais, pour des raisons de preuve, il est conseillé de le donner par écrit.¹⁵⁶⁴

¹⁵⁵⁷ ROBERT (2001), p.46.

¹⁵⁵⁸ Article 16 LAVI.

¹⁵⁵⁹ Sont également soumises à cette obligation, les personnes mandatées par les centres ; l'obligation de secret n'incombe toutefois qu'aux personnes ou organismes exerçant des tâches de conseil auprès des victimes (WEISHAUP (2004), p.147s).

¹⁵⁶⁰ WEISHAUP (2004), p.143ss ; BARONE (1993), p.45 ; JAAC 58.67. L'article 11 alinéa 1 LAVI réserve toutefois les cas d'obligation de témoigner prévus par le Code de procédure pénale (art. 168ss CPP).

¹⁵⁶¹ JAAC 58.67 ; BARONE (1993), p.45 ; WEISHAUP (2004), p.149s.

¹⁵⁶² Article 11 alinéa 4 LAVI ; la poursuite a lieu d'office (FF 1990 928 ; WEISHAUP (2004), p.144s : cette auteure est critique par rapport à la poursuite d'office qui peut aller à l'encontre des intérêts et de la volonté de la victime).

¹⁵⁶³ WEISHAUP (2004), p.159.

¹⁵⁶⁴ VOGT (2005), ad art. 4, n.13 ; WEISHAUP (2004), p.155ss.

L'article 11 alinéa 3 LAVI prévoit une exception au devoir de confidentialité en ce qui concerne les enfants. Il mentionne que « si l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'une victime mineure ou d'un autre mineur est sérieusement mise en danger, les personnes travaillant pour un centre de consultation peuvent en aviser l'autorité tutélaire et dénoncer l'infraction à l'autorité de poursuite pénale ».¹⁵⁶⁵ Comme exemples de mise en danger sérieuse, on peut penser au cas d'un instituteur pédophile ou de violence domestique.¹⁵⁶⁶ La disposition ne prévoyant qu'une possibilité, rien ne pourra être reproché en cas d'omission d'aviser hormis les cas dans lesquels une position de garant peut être mise en évidence.¹⁵⁶⁷ Une pesée des intérêts va permettre d'aboutir à la décision de signaler ou non.¹⁵⁶⁸

Cette disposition a pour but de protéger des enfants qui sont dépendants de l'auteur de l'infraction. La volonté de ne pas étendre cette protection à d'autres catégories de personnes, ressort clairement du message du Conseil fédéral. En effet, on peut y lire : « cette exception à l'obligation de garder le secret n'a pas été étendue à la mise en danger d'autres personnes dépendantes ; l'obligation de garder le secret doit être la règle pour ne pas nuire à la confiance accordée aux centres de consultation. Lors de circonstances extraordinaires, les personnes travaillant pour un centre de consultation peuvent se soustraire à cette obligation en cas de mise en danger d'autres personnes qui ne sont pas mineures, par exemple des personnes incapables de discernement ; cela n'est possible qu'en invoquant, comme jusqu'ici, les conditions restrictives de l'art. 34 du Code pénal (état de nécessité) ».¹⁵⁶⁹ Il est regrettable qu'une possibilité d'aviser les autorités tutélaires, pénales voire sanitaires n'ait pas été prévue pour d'autres victimes dépendantes, comme les personnes âgées.¹⁵⁷⁰ Pouvoir avertir les autorités (sanitaires) de surveillance des EMS, lorsqu'une maltraitance est constatée chez un résident est important. S'agissant d'une dénonciation non obligatoire, la décision revient aux centres de consultation qui ont une marge d'appréciation en la matière. Nous ne voyons pas en quoi la confiance qui leur est accordée pourrait être ébranlée par une extension facultative des possibilités de signalement.

¹⁵⁶⁵ Cette disposition devrait permettre d'éviter que la personne qui s'adresse à un centre risque d'être à nouveau victime d'une infraction au sens de la LAVI (WEISHAUP (2004), p.161s ; COMMISSION D'EXPERTS POUR LA RÉVISION DE LA LOI FÉDÉRALE SUR L'AIDE AUX VICTIMES D'INFRACTIONS (2005), p.35).

¹⁵⁶⁶ COMMISSION D'EXPERTS POUR LA RÉVISION DE LA LOI FÉDÉRALE SUR L'AIDE AUX VICTIMES D'INFRACTIONS (2005), p.35.

¹⁵⁶⁷ WEISHAUP (2004), p.162.

¹⁵⁶⁸ WEISHAUP (2004), p.163.

¹⁵⁶⁹ FF 2005 6729. Il s'agit de l'ancien article 34 CP, remplacé entretemps par l'article 17 CP.

¹⁵⁷⁰ Sur la dénonciation des actes de maltraitance par les professionnels de la santé, voir ci-dessous p.249.

3 *La protection des droits de la victime dans le cadre de la procédure pénale*

i Introduction

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale le 1^{er} janvier 2011, la LAVI contenait des dispositions relatives à la protection des droits de la victime dans le cadre de la procédure pénale (art. 34ss aLAVI).

Ces dispositions avaient été élaborées notamment dans le but que la victime ne renonce pas à dénoncer les infractions dont elle fait l'objet.¹⁵⁷¹ Elles tendaient également à éviter la victimisation secondaire pouvant découler d'une procédure pénale.¹⁵⁷²

Les articles 34ss aLAVI constituaient une garantie minimum ; les cantons étaient libres d'offrir une protection plus étendue s'ils le jugeaient opportun.¹⁵⁷³ Une protection accrue de la personnalité, l'accompagnement de la victime et le refus de déposer ainsi que divers droits d'intervention étaient prévus.

Le Code de procédure pénale a repris ces éléments, tout en améliorant encore le statut de la victime sur certains points.¹⁵⁷⁴ Il contient diverses dispositions relatives au renforcement de la position de la victime dans le procès pénal.¹⁵⁷⁵

ii Les droits liés à la protection de la personnalité

L'article 117 alinéa 1 lettre a CPP pose le principe du droit de la victime à la protection de sa personnalité à tous les stades de la procédure (art. 152 al. 1 CPP).¹⁵⁷⁶ Il renvoie à d'autres normes du CPP. Ainsi, si les intérêts de la victime l'exigent, des restrictions à la publicité de

¹⁵⁷¹ SCHNEEBERGER (1996), p.2 ; CORBOZ (1996), p.54.

¹⁵⁷² Il s'agit donc d'éviter que la procédure pénale ne provoque chez la victime un nouveau traumatisme s'ajoutant à celui causé par l'infraction (FF 1990 912) ; EDELMANN (2004), p.215 ; ROBERT (2001), p.45 ; BARONE (1993), p.44 ; CORBOZ (1996), p.54 ; WEDER (1995), p.39.

¹⁵⁷³ SCHNEEBERGER (1996), p.2 ; EDELMANN (2004), p.215 ; CORBOZ (1996), p.55 ; MAURER (1993), p.383s ; HÄBERLI (2002), p.381.

¹⁵⁷⁴ BERSSET HEMMER (2011), ad art. 117 CPP, n.1.

¹⁵⁷⁵ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.883.

¹⁵⁷⁶ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.884. Pour l'article 34 alinéa 1 aLAVI, voir WEDER (1995), p.44 ; HÄBERLI (2002), p.382.

l'audience ou le huis-clos peuvent être décidés (art. 70 al. 1 lit. a CPP).¹⁵⁷⁷ Il est également prévu que la divulgation de l'identité de la victime ou des informations permettant son identification ne seraient possibles qu'à certaines conditions restrictives, sauf lorsque l'audience est publique (art. 74 al. 4 CPP).¹⁵⁷⁸ La confrontation de la victime avec l'auteur est, en principe, évitée (art. 152 al. 3 et 4 CPP).¹⁵⁷⁹

La protection est plus étendue lorsqu'une infraction contre l'intégrité sexuelle est en cause (art. 153 CPP). Ainsi, la victime peut exiger d'être entendue par une personne du même sexe, que le tribunal comprenne au moins une personne du même sexe (art. 335 al. 4 CPP)¹⁵⁸⁰ et qu'un éventuel traducteur soit du même sexe (art. 68 al. 4 CPP). En outre, une éventuelle confrontation avec l'auteur repose sur des principes encore plus stricts que ceux mentionnés ci-dessus (art. 153 al. 2 CPP).

La protection des victimes mineures va encore plus loin que celle des majeurs (art. 117 al. 2 CPP), qu'il s'agisse d'une infraction contre l'intégrité sexuelle ou non; il est notamment exigé que les auditions soient menées par un enquêteur spécialement formé accompagné d'un spécialiste comme un psychologue ou un éducateur (art. 154 al. 4 lit. d CPP).¹⁵⁸¹

Sous la LAVI, il était regrettable que cette protection ne s'étendait pas à d'autres catégories particulières de victimes. En effet, eu égard à leur vulnérabilité particulière et au contexte de dépendance dans lequel une maltraitance en EMS survient, des règles de protection particulières auraient dû s'imposer.

Avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, cette lacune est partiellement comblée par l'article 155 CPP, qui prévoit des règles spéciales pour les personnes atteintes de troubles mentaux.¹⁵⁸² Les auditions de ces dernières sont alors limitées à l'essentiel et le

¹⁵⁷⁷ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.885. Au sujet de l'article 34 alinéa 3 aLAVI, voir CORBOZ (1996), p.63 ; WEDER (1995), p.45ss.

¹⁵⁷⁸ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.885. Au sujet de l'article 34 alinéa 2 aLAVI, voir JAAC 58.68 ; CORBOZ (1996), p.61ss ; WEDER (1995), p.45 ; aussi MAURER (1995), p.384.

¹⁵⁷⁹ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.887. Voir pour l'article 34 alinéa 4 aLAVI, WEDER (1995), p.47ss ; MAURER (1993), p.384ss ; HÄBERLI (2002), p.382.

¹⁵⁸⁰ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.890.

¹⁵⁸¹ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.891ss. Sur ces questions en relation avec les anciennes dispositions de la LAVI, voir CASONI DELCÒ (2004), p.52s ; HÄBERLI (2002), p.384s.

¹⁵⁸² PFISTER-LIECHTI (2011), ad Art. 156 CPP, n.1ss.

concours d'un service social, d'un expert ou de l'entourage du malade peut être sollicité par les autorités pénales.

iii L'accompagnement et le refus de déposer

En sus de son conseil juridique, un droit d'être accompagné par une personne de confiance est conféré à la victime pour tous les actes de procédure (art. 117 al. 1 lit. b, 70 al. 2 et 152 al. 2 CPP).¹⁵⁸³ Il s'agit avant tout d'apporter un soutien moral.¹⁵⁸⁴ Ainsi, la présence d'un assistant social ou d'une personne au service d'associations telles que PRO SENECTUTE ou ALTER EGO pourrait s'avérer utile et adéquat pour une personne âgée maltraitée impliquée dans une procédure pénale.

En cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle, la victime peut refuser de répondre aux questions touchant sa sphère intime (art. 117 al. 1 lit. d et 169 al. 4 CPP).¹⁵⁸⁵ La notion de sphère intime « recouvre un secteur de la sphère privée qui est étroitement lié à la personnalité, particulièrement vulnérable et qui revêt une grande importance sur le plan affectif pour la personne concernée. Elle englobe en particulier les relations d'une personne avec son proche entourage familial et avec ses amis intimes, ainsi que la vie sexuelle ». ¹⁵⁸⁶

iv Les droits d'intervention en procédure

Dans le but de permettre à la victime de participer efficacement à la procédure pénale, l'article 37 aLAVI prévoyait diverses garanties.¹⁵⁸⁷ Il s'agissait notamment du droit de faire

¹⁵⁸³ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.886. Voir pour l'article 36 alinéa 1 aLAVI et la question du choix de la personne de confiance, PIQUEREZ (1996), p.29 ; WEDER (1995), p.51 ; MAURER (1993), p.388 ; HÄBERLI (2002), p.383).

¹⁵⁸⁴ EDELMANN (2004), p.217 ; CORBOZ (1996), p.69s ; MAURER (1993), p.388 ; HÄBERLI (2002), p.383.

¹⁵⁸⁵ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.888. Voir aussi l'article 36 alinéa 2 aLAVI.

¹⁵⁸⁶ FF 1990 933.

¹⁵⁸⁷ FF 1990 933 ; CORBOZ (1996), p.71ss ; l'alinéa 1 de cette disposition ne confère toutefois pas un droit général de participer à la procédure, mais divers droits d'intervention exhaustivement énumérés aux lettres a à c (ATF 131 IV 183, 185).

valoir ses prétentions civiles (dommages-intérêts, tort moral, actions en protection de la personnalité)¹⁵⁸⁸ lors du procès pénal.¹⁵⁸⁹

Cette possibilité intéressante pour la victime qui lui évite de devoir intenter deux procès est aussi prévue dans le CPP à titre de droit conféré à la partie plaignante (art. 115, 116 et 118 CPP).¹⁵⁹⁰

v Le droit à l'information

La victime jouit d'un droit à l'information (art. 117 al. 1 lit. e CPP), qui porte sur les possibilités de l'aide aux victimes (art. 305 et 330 al. 3 CPP). Cette obligation incombe aux différentes autorités pénales et vaut pour tous les stades de la procédure.¹⁵⁹¹

4 L'indemnisation et la réparation morale

i Introduction

Le chapitre 2 de la LAVI est consacré à l'indemnisation du dommage et à la réparation morale¹⁵⁹² octroyée par l'Etat à la victime d'une infraction (art. 19 al. 1 LAVI).¹⁵⁹³ Le but de la

¹⁵⁸⁸ Selon le Tribunal fédéral, la notion de prétentions civiles vise « non seulement les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, mais aussi celles qui visent toute satisfaction ou protection offerte par le droit privé » (ATF 127 IV 185, 187) ; il y a lieu d'inclure dans la notion de prétentions civiles les actions basées sur l'article 28 CC (ATF 129 IV 216, 219). Voir aussi CORBOZ (1996), p.80. Par contre ne sont pas comprises dans cette notion les prétentions de droit public invocables dans le cadre de la responsabilité de l'Etat et des ses agents (ATF 128 IV 188, 191s ; ATF non publié du 24 août 2004, 6P.92/2004 ; CONVERSET (2005), p.528 et CONVERSET (2009), p.53 qui est toutefois critique par rapport à cette manière de voir).

¹⁵⁸⁹ Des précisions quant aux modalités et à l'étendue de ce droit sont apportées à ce sujet par l'article 38 aLAVI (CONVERSET (2009), p.44ss ; CORBOZ (1996), p.85ss ; PIQUEREZ (1996), p.41ss ; CONVERSET (2005), p.527ss ; KILLIAS (1993), p.407s) ; cette possibilité est très importante dans la mesure où elle évite à la victime de devoir intenter un deuxième procès pour obtenir réparation de son préjudice dans la mesure où le juge pénal se prononce sur les conclusions civiles (SCHNEEBERGER (1996), p.4 ; EDELMANN (2004), p.218 ; NAY (1997), p.24s ; CONVERSET (2005), p.527 ; CONVERSET (2009), p.44).

¹⁵⁹⁰ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.1615.

¹⁵⁹¹ PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.889. Voir au sujet de l'article 37 alinéa 2 aLAVI CORBOZ (1996), p.83ss ; MAURER (1993), p.390s.

LAVI est de permettre à la victime de surmonter les conséquences d'une infraction. Il s'agit d'un devoir moral de l'Etat « de prendre en charge les victimes d'infractions dans le besoin ».¹⁵⁹⁴

Les prestations accordées à ce titre doivent être comprises comme un acte de solidarité de la part de la collectivité et ne doivent pas être considérées comme une prétention en responsabilité civile à l'encontre de l'Etat.¹⁵⁹⁵ C'est pourquoi l'instance d'indemnisation « n'est pas liée par le prononcé du juge pénal » ; « l'autorité LAVI est en principe liée par les faits établis au pénal, mais non par les considérations de droit ayant conduit au prononcé civil ».¹⁵⁹⁶

ii L'indemnisation

L'article 19 alinéa 1 LAVI prévoit que « la victime et ses proches ont droit à une indemnité pour le dommage qu'ils ont subi du fait de l'atteinte ou de la mort de la victime ». La notion de dommage est la même qu'en responsabilité civile ;¹⁵⁹⁷ il y a toutefois des spécificités

¹⁵⁹² Tant l'indemnité que la réparation morale ont un caractère subsidiaire (HÄBERLI (2002), p.367 et 372s ; GOMM (2005), p.187 ; WINDLIN (2005), p.177ss ; CONVERSE (2009), p.146 et p.172ss), l'Etat n'intervenant que dans la mesure où l'auteur de l'infraction ou les assurances, sociales ou privées, ne réparent pas effectivement, rapidement et de manière suffisante le dommage subi (ATF 129 II 145, SJ 2003 I 365 ; ATF 125 II 169, 174). C'est d'ailleurs pourquoi les articles 20 alinéa 1 et 23 alinéa 3 LAVI prévoient que les prestations que la victime a déjà reçues doivent être déduites du montant alloué par l'Etat (sur ces questions voir GOMM (2004), p.294ss, GOMM (2005), p.189s ; voir aussi ATF 131 II 217, 222ss ; ATF 126 II 237, JT 2002 IV 93, 102ss). Il n'est nullement question que l'Etat indemnise intégralement le dommage ou le tort moral subi par la victime (sur ces questions voir MIZEL (2003), p.82 ; WINDLIN (2005), p.163). Cela signifie également que la LAVI n'aura pas à compenser un dommage ou un tort moral qu'il serait impossible de réparer par le biais d'une action en responsabilité civile dirigée contre l'auteur de l'infraction (MIZEL (2003), p.85). Pour une analyse détaillée de la question de la subsidiarité, voir GOMM (2004), p.281ss ; il est également à noter que le principe de subsidiarité vaut également pour les prestations financières octroyées sur la base de l'article 4 LAVI (GOMM (2004), p.293).

¹⁵⁹³ La détermination de l'autorité compétente en matière d'indemnisation et de réparation morale relève de la compétence des cantons ; il s'ensuit que les solutions adoptées ne sont pas uniformes (ROBERT (2001), p.41 ; STÄHELIN (1997), p.28ss ; de MONTMOLLIN (2004), p.299ss ; GOMM (2005), p.190). Quant à la procédure elle doit être simple, rapide et gratuite (GOMM (2005), p.190ss).

¹⁵⁹⁴ CONVERSE (2009), p.127.

¹⁵⁹⁵ ATF 129 II 145 ; aussi WINDLIN (2005), p.161 ; CONVERSE (2009), p.128 et 132ss.

¹⁵⁹⁶ ATF 129 II 312, 316ss ; sur cette question voir aussi GOMM (2005), p.195ss.

¹⁵⁹⁷ FF 2005 6735 ; ATF 133 II 361, 363 ; ATF 131 II 217, 227 ; ATF 129 II 49, 53s, SJ 2003 I 157 (« Le dommage au sens juridique est la différence entre l'état actuel du patrimoine après l'événement dommageable et l'état qu'aurait eu le patrimoine sans cet événement, respectivement la différence entre les ressources qui sont effectivement obtenues après l'événement dommageable et celles qui auraient été obtenues sans cet événement ») ; voir aussi CONVERSE (2009), p.190ss et SCHWAAR (2009), p.87.

résultant des alinéas 3 et 4 de l'article 19 LAVI (exclusion du dommage indemnisé dans le cadre de l'aide immédiate et à plus long terme et préjudice ménager).¹⁵⁹⁸ En outre, il ne s'agit pas d'une réparation intégrale et inconditionnelle du préjudice.¹⁵⁹⁹

Le dommage est calculé selon les critères de l'article 20 LAVI. Le montant est plafonné¹⁶⁰⁰ et la prise en compte des prestations de tiers qui auraient déjà été versées est prévue ; celles-ci sont imputées du montant du dommage.¹⁶⁰¹ Cela signifie que l'Etat n'interviendra qu'en faveur des personnes dont les conditions économiques (revenus) se sont péjorées du fait de l'infraction (art. 20 al. 2 LAVI). Un lien de causalité adéquate doit exister entre le dommage et l'infraction pour justifier l'octroi d'une indemnité.¹⁶⁰² Comme il a déjà été mentionné, seuls entrent en considération les dommages qui découlent de l'atteinte à l'intégrité corporelle, sexuelle ou psychique de la victime comme des frais médicaux ou des coûts d'hospitalisation à l'exclusion de dommages à des choses ou au patrimoine.¹⁶⁰³

Une provision (avance sur l'indemnité qui sera versée) peut être accordée dans des situations spécifiques où la victime a un besoin urgent d'une aide pécuniaire (art. 21 LAVI).¹⁶⁰⁴ Cela se justifie par le fait que la détermination du montant de l'indemnisation est une tâche qui peut s'avérer longue et durer parfois plusieurs années.¹⁶⁰⁵ Il s'agit d'une mesure provisionnelle.¹⁶⁰⁶

¹⁵⁹⁸ Sur ces questions, cf. CONVERSET (2009), p.201ss.

¹⁵⁹⁹ ATF 131 II 121, 125s.

¹⁶⁰⁰ CONVERSET (2009), p.220ss.

¹⁶⁰¹ FF 2005 6737; CONVERSET (2009), p.211ss.

¹⁶⁰² MIZEL (2003), p.89. Sur la notion de causalité adéquate, voir ci-dessus p.204.

¹⁶⁰³ HÄBERLI (2002), p.369 ; pour un exemple jurisprudentiel, cf. RJN 2002 265.

¹⁶⁰⁴ HÄBERLI (2002), p.369s.

¹⁶⁰⁵ CONVERSET (2009), p.245ss.

¹⁶⁰⁶ MIZEL (2003), p.87.

iii *La réparation morale*

L'octroi d'une réparation morale¹⁶⁰⁷ « permet à la victime d'obtenir une reconnaissance de ses souffrances de la part de la société ». ¹⁶⁰⁸ Ce point prend toute son importance lorsqu'il n'y a pas de dommage matériel (c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas de conséquences financières dues à l'atteinte) comme c'est souvent le cas lors d'infraction contre l'intégrité sexuelle, la liberté ou l'honneur. ¹⁶⁰⁹ Cette réparation morale « devient alors le seul témoignage de solidarité que la victime peut obtenir en dehors de l'aide fournie par les centres de consultation ». ¹⁶¹⁰

A noter que le montant de la réparation morale ne sera pas forcément aussi élevé que ce que l'auteur de l'infraction aurait pu être amené à verser ; ¹⁶¹¹ cela tient au fait que les sommes accordées sont plafonnées (art. 23 LAVI), que les prestations éventuellement déjà versées par un tiers sont déduites, et que l'accent est mis sur le principe et non le montant de la réparation. ¹⁶¹² Il y a toutefois lieu de préciser que la réparation morale, destinée à compenser un préjudice immatériel, est accordée sans égard au niveau de revenus de la victime (art. 6 al. 3 LAVI). ¹⁶¹³ Seules sont déterminantes les conséquences de l'infraction. ¹⁶¹⁴ L'article 22 alinéa 1 LAVI prévoit que « la victime et ses proches ont droit à une réparation morale lorsque la gravité de l'atteinte le justifie ». Il en découle que l'octroi d'une réparation

¹⁶⁰⁷ Il s'agit de la même notion de tort moral qu'en droit de la responsabilité civile, l'article 22 alinéa 1 LAVI renvoyant expressément aux articles 47 et 49 CO (HÄBERLI (2002), p.370s ; WINDLIN (2005), p.167 ; SCHWAAR (2009), p.90).

¹⁶⁰⁸ FF 2005 6702 ; CONVERSE (2009), p.256ss.

¹⁶⁰⁹ COSSALI SAUVAIN (2004), p.202 ; VOGT (2003), p.261 ; CONVERSE (2009), p.252.

¹⁶¹⁰ FF 2005 6702 ; voir aussi VOGT (2003), p.261 ; FUHRER (2003), p.262.

¹⁶¹¹ Pour des exemples de montants alloués à titre de réparation morale, voir CONVERSE (2009), p.292ss et SCHWAAR (2009), p.91s.

¹⁶¹² FF 2005 6741 ; GUINAND (2004), p.370ss ; sur le plafonnement voir SCHWAAR (2009), p.91s.

¹⁶¹³ FF 2005 6744.

¹⁶¹⁴ FF 2005 6726.

morale est subordonné à une atteinte d'une certaine gravité.¹⁶¹⁵ A ce titre, la durée de l'atteinte peut aussi être prise en compte.¹⁶¹⁶

Cette possibilité est particulièrement intéressante puisqu'elle permet de tenir compte des infractions n'ayant causé qu'un dommage matériel minime mais ayant eu un impact significatif sur le psychisme de la victime.¹⁶¹⁷ Il peut s'agir de la perte d'un organe important ou d'un état de stress post-traumatique entraînant une modification durable de la personnalité ;¹⁶¹⁸ par contre un état de peur ou la crainte de mourir à eux seuls ne sont pas suffisants pour conduire à l'octroi d'une réparation.¹⁶¹⁹

iv Les délais

La victime doit déposer une demande auprès de l'autorité compétente (art. 24 LAVI).¹⁶²⁰ A cet égard, il n'est pas suffisant de s'adresser à un centre de consultation.¹⁶²¹

Le délai (péremption) pour demander une indemnisation ou une réparation morale est de cinq ans dès « la date de l'infraction ou du moment où ils [la victime ou ses proches] ont eu connaissance de l'infraction » (art. 25 al. 1 LAVI).¹⁶²² Il commence donc à courir à partir du moment où l'infraction est commise ou dès la connaissance de l'infraction.¹⁶²³ Un délai différent est utilisé lorsque la victime fait d'abord valoir ses prétentions civiles dans le cadre de la procédure pénale contre l'auteur de l'infraction (art. 25 al. 3 LAVI).¹⁶²⁴ Il existe des

¹⁶¹⁵ FF 2005 6742 ; MIZEL (2003), p.96 (en terme d'intensité, la notion d'atteinte grave est supérieure à celle d'atteinte nécessaire pour fonder la qualité de victime au sens de la LAVI).

¹⁶¹⁶ SCHWAAR (2009), p.90.

¹⁶¹⁷ STÄHELIN (1997), p.29.

¹⁶¹⁸ CONVERSE (2009), p.255.

¹⁶¹⁹ MIZEL (2003), p.96s ; GOMM (2005), p.177 ; RJN 2002 265, 268.

¹⁶²⁰ CONVERSE (2009), p.312. Cette autorité est déterminée par le droit cantonal.

¹⁶²¹ CONVERSE (2009), p.313.

¹⁶²² Voir aussi GUINAND (2004), p.374 ; CONVERSE (2009), p.328ss.

¹⁶²³ CONVERSE (2009), p.150 et 331ss.

¹⁶²⁴ SCHWAAR (2009), p.94s : le délai est alors d'une année suivant la date du jugement pénal ce qui évite aux victimes de déposer une demande d'indemnisation alors que la situation sur le plan pénal n'a pas été déterminée, ce qui implique une suspension de celle-là jusqu'à droit connu au pénal.

possibilités de restitution de délai, lorsque les autorités de poursuite pénale n'ont pas informé la victime de ses droits en vertu de l'article 8 LAVI.¹⁶²⁵

A noter également que l'autorité compétente pour se prononcer sur l'octroi des indemnisations doit agir selon une procédure simple et rapide et en principe gratuite (art. 29s LAVI).

C Conclusion

L'aide accordée aux personnes âgées victimes de maltraitance ne diffère pas de celle à laquelle pourraient prétendre d'autres adultes. Contrairement à ce qui est prévu pour les enfants,¹⁶²⁶ elles ne bénéficient pas d'une protection accrue en matière d'aide aux victimes d'infractions.

Indépendamment de cela, toutes les maltraitances ne conféreront pas aux résidents maltraités la qualité de victime. Nous pensons en particulier aux mauvais traitements de nature psychique qui ne sont souvent pas suffisamment graves pour être appréhendés par le Code pénal. Or, à défaut d'infraction, il n'y a pas de victime au sens de la LAVI. Lorsque la maltraitance est constitutive d'une infraction pénale encore faut-il qu'il existe une atteinte à l'intégrité d'une certaine gravité, ce qui n'est pas toujours le cas en matière de voies de fait (art. 126 CP), d'infractions de mise en danger (art. 127ss CP), d'injure (art. 177 CP), de menace (art. 180 CP) et de contrainte (art. 181 CP). Une appréciation en fonction des circonstances du cas d'espèce peut toutefois aboutir à une conclusion différente. A cet égard, il devrait être tenu compte du fait que la maltraitance est causée par un soignant qui bénéficie d'une certaine autorité sur le résident et que ce dernier peut être très dépendant. Une approche subjective qui prend en considération les caractéristiques de certaines catégories de personnes particulièrement vulnérables rencontre notre complète approbation.

Lorsqu'un résident bénéficie du statut de victime, l'aide immédiate qui peut intervenir peu de temps après les faits devrait permettre de désamorcer rapidement une situation de maltraitance et d'éviter qu'elle ne s'aggrave ou se reproduise. Les centres de consultation ont un grand rôle à jouer en matière d'information des victimes quant à leurs droits et au déroulement d'une éventuelle procédure pénale.¹⁶²⁷

¹⁶²⁵ CONVERSEY (2009), p.336ss.

¹⁶²⁶ La personnalité des enfants victimes d'infractions fait l'objet d'une protection particulière lors du procès pénal. En outre, il existe des possibilités plus étendues de déroger au secret auquel sont tenus les intervenants d'un centre de consultation. En effet, ces derniers peuvent aviser l'autorité tutélaire ou l'autorité pénale lorsque l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un mineur est en danger.

¹⁶²⁷ ROBERT (2001), p.44ss.

Les dispositions relatives à la protection des droits de la victime dans le cadre de la procédure pénale tout comme celles relatives à l'indemnisation et surtout à la réparation morale, peuvent théoriquement être utiles en matière de maltraitance. Toutefois, le parcours judiciaire même s'il s'avère « souvent un élément réparateur, [...] ne constitue pas un remède miracle, même lorsqu'il est accompli dans de bonnes conditions.¹⁶²⁸ C'est également grâce à un cheminement personnel – éventuellement une psychothérapie – que la victime parviendra à intégrer les événements vécus et à y donner sens ». ¹⁶²⁹ En outre, chaque victime de maltraitance ne s'engagera pas dans une procédure pénale¹⁶³⁰ ou d'indemnisation.¹⁶³¹ Même si par l'existence de la LAVI et du CPP la position de la victime est améliorée, nombre d'entre elles n'ont pas la force de prendre part à une procédure qui constitue un trop lourd fardeau.¹⁶³²

¹⁶²⁸ En matière d'indemnisation du dommage et de réparation morale, des difficultés relatives à la preuve peuvent surgir étant donné que la victime doit prouver l'existence d'une infraction (CONVERSE (2009), p.152); voir aussi pour une appréciation critique de la place de la victime dans la procédure pénale, LANGUIN/ROBERT (2008), p.57s.

¹⁶²⁹ ROBERT (2001), p.45.

¹⁶³⁰ La victime est souvent considérée comme un corps étranger au procès pénal (ALBRECHT (2004), p.237s).

¹⁶³¹ « Trotz der Stärkung der prozessualen Opferstellung fällt in der *Praxis* auf, dass die geschädigten Personen verhältnismässig selten ihre Rechte im Verfahren wahrnehmen » (ALBRECHT (2004), p.239).

¹⁶³² ALBRECHT (2004), p.241.

TROISIÈME PARTIE : LA DÉNONCIATION DES ACTES DE MALTRAITANCE PAR LES PROFESSIONNELS DE LA SANTÉ

Après avoir expliqué les enjeux liés à la dénonciation d'un acte de maltraitance (ci-après 1), nous examinerons quelques aspects du cadre juridique concernant cette problématique (ci-après 2). Nous terminerons par une brève conclusion (ci-après 3).

1 Problématique

Lorsqu'un acte de maltraitance a été commis, la question de son signalement¹⁶³³ se pose inévitablement. Il est en effet relativement peu fréquent que le résident révèle lui-même les agissements dont il est victime.¹⁶³⁴ En effet, la peur de subir des représailles,¹⁶³⁵ de perdre sa place dans l'établissement, d'être abandonné et de causer un scandale sont autant de facteurs qui font obstacle à la dénonciation.¹⁶³⁶ L'isolement et l'absence de famille proche peuvent également avoir un rôle dissuasif. Il ne faut pas non plus perdre de vue le fait que certaines victimes amoindries mentalement sont tout simplement dans l'incapacité de décrire et de signaler les maltraitements subies.¹⁶³⁷ D'autres peuvent méconnaître l'existence des possibilités d'aide et de recours.¹⁶³⁸

Les soignants œuvrant dans les établissements médico-sociaux sont des témoins privilégiés des actes de maltraitance. En vertu des spécificités de leur profession, ils sont fortement

¹⁶³³ Dans les lignes qui suivent nous utilisons indifféremment les termes de « signalement », « dénonciation », « transmission », « communication », « révélation » et « divulgation ». Un signalement n'est pas synonyme de dépôt de plainte ou d'accusation formelle, mais il permet aux autorités compétentes de mener les investigations nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la personne âgée maltraitée.

¹⁶³⁴ CARIO (2003), p.67s ; THOMAS/SCODELLARO/DUPRÉ-LÉVÊQUE (2005), p.5s qui expliquent les différentes attitudes d'une personne âgée face à une situation de maltraitance allant de la banalisation à la revendication de cessation et réparation. Le problème est le même en ce qui concerne la violence faite aux femmes (SIMONIN (2006), p.54).

¹⁶³⁵ La peur des représailles peut aussi toucher les proches de la personne âgée (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.31).

¹⁶³⁶ PLAMONDON (2000), p.130 ; BERG/MOREAU/GIET (2005), p.348.

¹⁶³⁷ BERG/MOREAU/GIET (2005), p.348; UE (2008), p.112.

¹⁶³⁸ BERG/MOREAU/GIET (2005), p.348; voir aussi ci-dessus p.18.

invités à dénoncer de tels actes, même si leur témoignage reste délicat lorsqu'il implique leur propre milieu professionnel.¹⁶³⁹

Dans la mesure où il est rare voire impossible que des situations de mauvais traitements se résolvent d'elles-mêmes, il est nécessaire de prévoir des procédures permettant d'agir.¹⁶⁴⁰ Celles-ci poursuivent le double objectif de protéger la victime et, d'une manière générale, tous les autres résidents, mais aussi d'offrir les moyens adéquats au personnel soignant pour régler la maltraitance. Il existe actuellement, dans bon nombre d'institutions, des procédures internes.¹⁶⁴¹ De telles démarches doivent être encouragées. Toutefois, cette voie, qui doit être privilégiée et qui doit être tentée dans un premier temps, ne suffit pas toujours à rétablir la situation et à enrayer le problème.¹⁶⁴² Il est alors indispensable d'envisager la possibilité d'avertir les autorités compétentes.¹⁶⁴³ En effet, ces dernières disposent des outils nécessaires pour assurer la protection du lésé, mais aussi, dans les cas les plus graves, pour prendre des sanctions contre l'auteur de la maltraitance et/ou l'institution.¹⁶⁴⁴

La problématique de la dénonciation est particulièrement délicate. D'une part, certaines études relèvent que les professionnels sont souvent, pour des raisons très diverses, réticents

¹⁶³⁹ TERRASSON DE FOUGÈRES (2003), p.180 ; ROULET/RIVOIR (2011), p.22.

¹⁶⁴⁰ DIBOUËS (2004), p.207.

¹⁶⁴¹ COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.3.

¹⁶⁴² L'ASSM (2004), dans ses directives intitulées « Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance », indique la marche à suivre en cas de maltraitance. L'équipe soignante est dans un premier temps tenue de consigner dans le dossier médical toute trace de maltraitance. Les soignants doivent ensuite informer le médecin traitant. Dans une dernière phase, médecins, soignants et thérapeutes peuvent transmettre ces informations à l'autorité compétente. Ils rechercheront pour ce faire le consentement du résident ou en cas d'incapacité de discernement celui de son représentant. A défaut de consentement, ils pourront toutefois saisir l'autorité compétente si l'intérêt de la personne âgée le commande. On relèvera aussi que ces directives conseillent à l'institution de mettre en place une procédure interne de gestion des plaintes. On précisera à ce titre, que certains cantons sont allés plus loin et ont introduit dans leurs législations des dispositions relatives à ces procédures internes de gestion des plaintes (voir par exemple pour Neuchâtel, le règlement sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions, en particulier les art. 6 et 13).

¹⁶⁴³ Un auteur a mis en évidence que « sans dénonciation il n'y a officiellement pas de délit » (SIMONIN (2006), p.54)

¹⁶⁴⁴ Voir ci-dessus p.43.

à l'idée de dénoncer une maltraitance.¹⁶⁴⁵ D'autre part, ceux qui souhaitent parler sont en principe soumis à un devoir de discrétion.¹⁶⁴⁶ Au delà du dilemme moral que cela peut poser, ce sont donc avant tout des problèmes juridiques liés aux règles sur le secret professionnel qui font obstacle au signalement d'une maltraitance.

On fait, en général, remonter l'obligation de confidentialité au serment d'Hippocrate¹⁶⁴⁷ selon lequel les médecins s'engagent en ces termes : « tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret ». ¹⁶⁴⁸ D'une façon plus générale ce sont la plupart des professions soignantes qui sont soumises à une telle obligation de discrétion, en vertu de sources différentes,¹⁶⁴⁹ il est vrai.

2 Le cadre juridique

Après quelques propos délimitant les aspects à traiter (ci-après A), nous étudierons les règles relatives au secret professionnel des soignants (ci-après B). Nous terminerons par l'examen des conséquences d'une non-dénonciation d'une maltraitance (ci-après C).

¹⁶⁴⁵ Selon ALMA, les soignants en institution sont peu enclins à dénoncer une situation de maltraitance et arrivent en avant-dernière position, juste avant celle des victimes elles-mêmes. Il est en effet, très délicat pour un soignant de dénoncer un collègue voire un supérieur hiérarchique. Cela implique que ce sont rarement des personnes internes à l'établissement qui signalent des mauvais traitements (LAGRAULA-FABRE (2005a), p.356ss). La peur du licenciement ou d'être accusé de diffamation sont très présents dans ce domaine (LAGRAULA-FABRE (2005a), p.474ss). Les membres de la famille, voisins ou amis dénoncent plus fréquemment (HUGONOT (2004), p.207s) ; voir aussi ONU (2002), p.12 ; OMS (2002), p.155). Il est également à noter que les citoyens sont généralement peu disposés à rapporter les crimes et délits dont ils sont témoins. Ainsi au Canada, il a fallu recourir à des programmes de récompense pour favoriser de tels signalements à la police (POIRIER/POIRIER (1999), p.50ss).

¹⁶⁴⁶ Nous employons ici aussi sans distinction les termes de « devoir de discrétion », « obligation de confidentialité », « secret professionnel », « obligation de discrétion » et de « secret médical ». Le parcours de celui qui souhaite dénoncer une maltraitance est loin d'être aisé (voir par exemple ESCRIBANO (2007), p.83ss).

¹⁶⁴⁷ Célèbre médecin de l'antiquité grecque ayant vécu aux environs de 460 à 370 avant Jésus-Christ. Pour un aperçu de l'histoire du secret médical, cf. HEIM (1944), p.11ss.

¹⁶⁴⁸ Le texte du serment est disponible en ligne sur le site de la Société Vaudoise de Médecine : http://www.svmed.ch/SVM/serment_hippo.asp.

¹⁶⁴⁹ A noter que l'on retrouve cette obligation tant dans des sources juridiques proprement dites que dans des textes éthiques, déontologiques ou relatifs aux règles d'une profession donnée.

A Délimitations

Nous nous limiterons dans les lignes qui suivent à l'examen des dispositions pénales (Code pénal et législations sanitaires romandes) en matière de secret professionnel, tout en gardant à l'esprit que d'autres normes sont également potentiellement applicables, comme le Code civil et les lois (fédérale et cantonales) sur la protection des données.¹⁶⁵⁰ Cette restriction découle du cadre limité de la présente contribution et du fait que, en pratique, ce sont les soignants qui sont le plus directement confrontés à d'éventuelles situations de maltraitance. L'article 321 CP est plus strict que les normes du Code civil et de la LPD et il est donc indiqué de l'examiner de manière prioritaire.¹⁶⁵¹

Nos propos concerneront donc les représentants des diverses professions soignantes et médicales intervenant en EMS (médecin, infirmière, ergothérapeute, physiothérapeute, etc.), à l'exclusion du personnel administratif, de cuisine, d'animation, ou de nettoyage. En effet, ce sont ces personnes qui sont en première ligne pour détecter une situation de maltraitance. De par leur profession, elles ont les outils nécessaires pour déceler les signes de mauvais traitements et pour décider des suites à donner.¹⁶⁵²

B Le secret professionnel

Après quelques propos généraux (ci-après I), nous nous pencherons sur la question du secret professionnel tel qu'il découle du droit pénal fédéral (ci-après II). Nous terminerons par l'examen des législations sanitaires prévoyant des dispositions en la matière (ci-après III).

I Généralités

L'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus certains représentants des professions médicales et soignantes, trouve sa source dans l'article 321 CP.¹⁶⁵³ Du fait de son ancienneté et des grandes évolutions en matière médicale, cette disposition ne permet plus

¹⁶⁵⁰ Il y a lieu de citer outre les règles sur la protection des données (LPD et législations cantonales sur la protection des données) et les règles du Code civil relatives à la protection de la personnalité (art. 28 CC), les dispositions du Code des obligations régissant le contrat de mandat (art. 398 CO), tout comme l'article constitutionnel sur la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.).

¹⁶⁵¹ GUILLOD (2012b), p.79.

¹⁶⁵² Sur ces questions voir, entre autres, CARIO (2003), p.68 et GUILLOD/WINKLER (2007), Rz87.

¹⁶⁵³ Nous n'aborderons pas la question délicate des relations entre secret professionnel et secret de fonction (art. 320 CP), même si dans certaines institutions publiques un médecin ou un soignant peut revêtir la double casquette de fonctionnaire et de professionnel de la santé. Il ne se justifie pas dans le cadre de la présente étude de se pencher sur le secret de fonction qui couvre des informations de nature administrative et qui, de ce fait, n'englobe pas les signes de maltraitance constatés ou appris par un soignant dans l'exercice de sa profession (sur ces questions voir notamment DUMOULIN (2004), p.24s).

d'appréhender de manière adéquate certaines questions relatives au devoir de discrétion. La plus grande difficulté est que de nombreux professionnels œuvrant dans le monde médical ou des soins n'y sont pas soumis, car les professions énumérées par l'article 321 CP le sont de manière exhaustive.¹⁶⁵⁴ Toutefois, on trouve dans les législations sanitaires cantonales des dispositions sur le secret professionnel des soignants. Celles-ci visent des professions qui ne sont pas toujours soumises au Code pénal.¹⁶⁵⁵

Ce devoir de discrétion, dont un des objectifs est de protéger la sphère privée des individus, interdit en principe aux soignants de divulguer des informations concernant un résident à un tiers.¹⁶⁵⁶ La doctrine admet que cela englobe les signes de maltraitance.¹⁶⁵⁷ Ainsi, les constatations qui font soupçonner un médecin ou un infirmier qu'un résident est victime de mauvais traitement tombent sous le coup de l'obligation de confidentialité, tout comme les confidences qu'une personne âgée ferait sur le sujet.

Faut-il en déduire que le secret professionnel constitue un obstacle insurmontable au signalement d'une maltraitance et que le soignant a une obligation absolue de se taire ? Tel n'est heureusement pas le cas. Comme nous le verrons, dans certaines circonstances, le professionnel sera légitimé à parler.

II Le secret professionnel selon le Code pénal

1 *Généralités*

L'article 321 du Code pénal prévoit que « ¹ Les [...] médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études. La révélation demeure punissable, alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études. ² La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit. ³ Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice ».

¹⁶⁵⁴ Sur ces questions, DUMOULIN (2004), p. 23 ; aussi MANAÏ (2006), p.131.

¹⁶⁵⁵ Voir aussi l'article 35 LPD.

¹⁶⁵⁶ Pour un aperçu de ces questions, voir DUMOULIN (2004), p.21ss.

¹⁶⁵⁷ DUMOULIN (1999), p.52.

L'article 321 CP fera l'objet d'une modification liée à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy) dont l'entrée en vigueur est prévue pour le mois de janvier 2013. La liste de cet article sera complétée et les psychologues y seront insérés.¹⁶⁵⁸

2 *Les personnes tenues au secret professionnel*

L'article 321 CP soumet, en ce qui nous concerne, les médecins, pharmaciens, dentistes ainsi que les auxiliaires et les étudiants à un devoir de discrétion. La notion d'auxiliaire, qui ne se laisse pas aisément appréhender, exige quelques précisions. Sont ainsi qualifiés ceux qui, dans leur activité, ont pour fonction d'assister un des professionnels mentionnés par l'article 321 CP ou de collaborer à leur activité.¹⁶⁵⁹ On inclut également dans cette conception les personnes qui exercent une activité qui n'est pas à proprement parler médicale mais qui a un lien étroit avec l'exercice d'une de ces professions et/ou qui sont en contact direct avec des patients.¹⁶⁶⁰ Pour se prononcer, il s'agit d'examiner le lien de connexité existant entre l'activité et la connaissance d'informations personnelles relatives à un patient.¹⁶⁶¹ L'activité de l'auxiliaire, sans que l'on puisse véritablement parler de lien de subordination, est déterminée par le médecin et ne peut être qualifiée d'indépendante.¹⁶⁶² A titre d'exemple, on peut citer l'infirmière, l'aide-soignante, un physiothérapeute agissant sur prescription du médecin, etc. mais pas le personnel de ménage ou de cuisine.

3 *L'étendue de l'obligation de confidentialité*

L'obligation de confidentialité couvre non seulement les données personnelles confiées au soignant par l'intéressé, mais aussi celles que celui-là a apprises en raison de sa

¹⁶⁵⁸ FF 2009 6310 ; RO 2012 1929.

¹⁶⁵⁹ MANAI (2006), p.131 ; GUILLOD/WINKLER (2007), Rz39.

¹⁶⁶⁰ GUILLOD (1996), p.54 ; OBERHOLZER (2007), ad Art. 321 StGB, n.6 ; BLANCHARD (2003), p.762.

¹⁶⁶¹ KELLER (1993), p.106ss ; OBERHOLZER (2007), ad Art.321 StGB, n.12.

¹⁶⁶² DUMOULIN (2004), p.25 ; OBERHOLZER (2007), ad Art. 321 StGB, n.6.

profession.¹⁶⁶³ Peu importe donc que les données soient de nature médicale ou non.¹⁶⁶⁴ Ce qui, par contre, est décisif est le fait que le titulaire ait la volonté de les garder secrètes.¹⁶⁶⁵

Ne sont pas soumis au secret médical, les éléments qui sont déjà connus du destinataire de la divulgation,¹⁶⁶⁶ à moins qu'une communication ait pour effet de renforcer la conviction de celui-ci.¹⁶⁶⁷ Des faits notoires ne sont pas non plus visés par cette obligation de confidentialité.¹⁶⁶⁸

L'obligation de confidentialité doit être respectée à l'encontre de tout tiers (personne ou autorité).¹⁶⁶⁹ Elle vaut également entre professionnels,¹⁶⁷⁰ de sorte qu'il n'est pas admissible de transmettre des informations relatives à un soigné à un soignant¹⁶⁷¹ qui ne serait pas concerné directement dans la prise en charge.¹⁶⁷² Elle doit être respectée par le professionnel aussi à l'égard d'une personne qu'il ne prend pas en charge pour autant que l'information qui lui a été confiée ou qu'il a apprise l'ait été dans l'exercice de sa profession et non en tant que simple particulier.

¹⁶⁶³ Cf. par exemple ATF 75 IV 71, JT 1949 IV 94 ; CORBOZ (2010b), p.766ss, n.27s ; GUILLOD/WINKLER (2007), Rz41.

¹⁶⁶⁴ Selon le Tribunal fédéral, « le contenu des faits qui doivent être tenus secrets n'est pas limité strictement aux questions médicales. Ce sont souvent des difficultés conjugales, professionnelles ou encore d'autres difficultés personnelles qui sont révélées au médecin ; elles font également partie des faits à garder secrets » (ATF 101 Ia 10, JT 1977 I 281).

¹⁶⁶⁵ Il n'est toutefois pas nécessaire qu'une volonté expresse ait été exprimée par le patient (cf. *SJZ* 93 266 : « ohne dass er seinen Willen zur Geheimhaltung ausdrücklich zu bekunden hatte »).

¹⁶⁶⁶ ATF 106 IV 131, 133, JT 1981 IV 113.

¹⁶⁶⁷ ATF 75 IV 71, JT 1949 IV 94 : « Le médecin doit garder tout cela pour lui, même à l'égard d'une personne qui connaît déjà le fait confié ou appris. Une communication à une telle personne équivaut à une confirmation, qui pourrait ne pas être du goût du malade ».

¹⁶⁶⁸ ATF 75 IV 71, JT 1949 IV 95.

¹⁶⁶⁹ CORBOZ (2010b), p.776, n.73s ; KELLER (1993), p.114ss.

¹⁶⁷⁰ BJP 3/2000 n°803 p.74s.

¹⁶⁷¹ Même si celui-ci est également soumis à un devoir de discrétion.

¹⁶⁷² Il en va de même à l'égard des proches et des membres de la famille ; sur ces questions voir DUMOULIN (2004), p.26.

4 *Le comportement punissable*

L'article 321 CP sanctionne la personne qui aura révélé un fait dont elle aura eu connaissance dans le cadre de sa profession. Le comportement punissable consiste à rendre ce fait accessible à un tiers qui n'est pas autorisé à le recevoir.¹⁶⁷³ Peu importe la manière dont la divulgation a lieu ; tant une action qu'une omission peut entrer en considération.¹⁶⁷⁴ L'auteur doit agir de manière intentionnelle.¹⁶⁷⁵ L'élément intentionnel fait défaut lorsque le professionnel « a cru par erreur à l'existence de l'assentiment de l'intéressé ».¹⁶⁷⁶

Dans la mesure où cette infraction n'est pas poursuivie d'office, une plainte du lésé (résident) sera nécessaire pour mettre en marche la justice pénale.¹⁶⁷⁷

La violation du secret professionnel est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au maximum ou d'une peine pécuniaire.

5 *Les diverses exceptions*

i Introduction

Si le secret professionnel ne faisait pas l'objet d'exceptions, cela impliquerait une obligation absolue de taire une maltraitance et l'interdiction d'en parler avec des tiers (tant au sein de l'institution que hors de ses murs). Un soignant ne pourrait, au risque d'être sanctionné, informer les autorités compétentes afin que celles-ci prennent les mesures adéquates pour remédier à la situation.¹⁶⁷⁸ Heureusement, l'ordre juridique ménage plusieurs exceptions. Certaines sont mentionnées par l'article 321 CP lui-même,¹⁶⁷⁹ d'autres relèvent de la partie

¹⁶⁷³ CORBOZ (2010b), p.775, n.71 ; OBERHOLZER (2007), ad Art. 321 StGB, n.15.

¹⁶⁷⁴ CORBOZ (2010b), p.775, n.68 ; OBERHOLZER (2007), ad Art. 321 StGB, n.15; KELLER (1993), p.112; GUILLOD/WINKLER (2007), Rz42.

¹⁶⁷⁵ CORBOZ (2010b), p.777, n.80 ; OBERHOLZER (2007), ad Art. 321 StGB, n.17; sur la notion d'intention, voir ci-dessus p.107.

¹⁶⁷⁶ MANAI (2006), p.132.

¹⁶⁷⁷ Sur la notion de plainte pénale, voir ci-dessus p.112.

¹⁶⁷⁸ En matière de signalement de mauvais traitements, les organes intéressés sont principalement les autorités sanitaires, tutélaires et pénales.

¹⁶⁷⁹ Il s'agit du consentement, des obligations légales de renseigner une autorité et de l'autorisation de l'autorité compétente. A noter que le consentement est également un motif justificatif extra-légal permettant de lever l'illicéité de diverses autres infractions pénales (cf. SEELMANN (2007), Vor Art. 14 StGB, n.6ss). Sur l'illicéité et les faits justificatifs voir ci-avant p.106.

générale du Code pénal,¹⁶⁸⁰ d'autres encore ne figurent pas dans une disposition légale expresse.¹⁶⁸¹

Avant d'examiner quelques-unes des exceptions susmentionnées, il convient de préciser que certains tempéraments sont admis au principe, des plus rigoureux, du secret professionnel. Il est par exemple possible qu'un professionnel transmette des informations à ses auxiliaires pour des questions d'organisation du travail.¹⁶⁸² Il faut encore mentionner que des données peuvent être divulguées sans violation de l'obligation de confidentialité si elles ont été anonymisées et ne permettent pas d'identifier la personne en cause.¹⁶⁸³

ii Le consentement du résident

Le consentement est le motif prioritaire permettant de justifier une entorse au secret professionnel. Le soignant qui souhaite dénoncer une maltraitance devra toujours, avant de se fonder sur un autre motif, s'efforcer de rechercher l'assentiment du résident concerné.¹⁶⁸⁴

Lorsque le détenteur du secret y consent (ou le demande), le soignant est autorisé à divulguer des données personnelles sans être punissable. Le consentement supprime la qualité de secret au fait révélé.¹⁶⁸⁵ Cette possibilité est expressément prévue par l'article 321 CP¹⁶⁸⁶ concrétisant ainsi dans le texte de sa disposition le motif justificatif extra-légal du consentement du lésé.¹⁶⁸⁷

¹⁶⁸⁰ Nous pouvons citer en particulier l'état de nécessité.

¹⁶⁸¹ Par exemple la sauvegarde d'intérêts légitimes.

¹⁶⁸² CORBOZ (2010b), p.768, n.34.

¹⁶⁸³ DUMOULIN (2004), p.27 ; GUILLOD (1996), p.54.

¹⁶⁸⁴ SCHAFFNER (1952), p.36s.

¹⁶⁸⁵ HEIM (1944), p.87.

¹⁶⁸⁶ « La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ».

¹⁶⁸⁷ FILLI (1987), p.63.

S'agissant de l'exercice d'un droit strictement personnel,¹⁶⁸⁸ le consentement doit être donné par un résident capable de discernement (art. 16 CC).¹⁶⁸⁹ En outre, pour être valable, il devra obéir aux exigences légales usuelles ; il devra, notamment, être donné librement et en toute connaissance de cause.¹⁶⁹⁰ En cas d'incapacité de discernement, c'est auprès du représentant (légal ou privé)¹⁶⁹¹ qu'il faut rechercher un consentement.

Le consentement n'est soumis à aucune forme particulière¹⁶⁹² et peut donc très bien se matérialiser oralement. Il est toutefois conseillé de le recueillir par écrit afin que dans l'éventualité d'un litige ultérieur une preuve puisse être apportée. Un consentement tacite¹⁶⁹³ ou par actes concludants¹⁶⁹⁴ est aussi possible. Doctrine et jurisprudence admettent également un consentement présumé qui sera invoqué lorsque le patient n'a pas pu consentir et que la révélation répondait à son intérêt objectif et à sa volonté présumée.¹⁶⁹⁵

Le consentement sera recueilli avant la divulgation de l'information.¹⁶⁹⁶ C'est bien évidemment le détenteur du secret lui-même (résident) qui modulera l'étendue et le/les destinataire/s des informations qui pourront être dévoilées.¹⁶⁹⁷

¹⁶⁸⁸ GUILLOD/MARTIN (2000), p.2049 ; NAVILLE (1946), p.46. Un résident capable de discernement pour lequel un tuteur a été nommé est seul compétent pour délier le professionnel par son consentement. Cela sera aussi le cas s'il existe une curatelle de portée générale.

¹⁶⁸⁹ Voir ci-dessus p.46.

¹⁶⁹⁰ HEIM (1944), p.90s ; MANAI (2006), p.135.

¹⁶⁹¹ Lorsque le résident est incapable de discernement et qu'il n'a pas de représentant, le soignant devra se baser sur un autre motif justificatif.

¹⁶⁹² MANAI (2006), p.135.

¹⁶⁹³ Pour un exemple : ATF 98 IV 217, 218 ; plus récemment ATF non publié du 2 mai 2003, 6S.45/2003.

¹⁶⁹⁴ Le Tribunal fédéral a jugé que le fait pour un patient de requérir le témoignage de son médecin impliquait aussi une libération du secret professionnel (ATF 97 II 369, JT 1972 I 580) ; voir aussi *BJP* 3/2000 n°803 p.75) ; GUILLOD/WINKLER (2007), Rz48.

¹⁶⁹⁵ FILLI (1987), p.65 ; TRECHSEL (2005), ad Art. 321 StGB, n.34a ; KELLER (1993), p.145s ; BOLL (1983), p.49.

¹⁶⁹⁶ OBERHOLZER (2007), ad Art. 321 StGB, n.18 ; TAG (2004), p.10 ; KELLER (1993), p.143.

¹⁶⁹⁷ KELLER (1993), p.146 ; LOGOZ (1956), p.781 n.8 ; NAVILLE (1946), p.83.

Un professionnel de la santé valablement délié par le consentement de son patient n'est pas, selon la doctrine majoritaire, obligé (mais seulement autorisé) de procéder à une révélation.¹⁶⁹⁸ Toutefois nous estimons que, afin de respecter au mieux le droit à l'autodétermination, le professionnel de la santé est tenu de respecter la volonté de son patient.¹⁶⁹⁹

iii Les obligations et autorisations¹⁷⁰⁰ légales de renseigner une autorité¹⁷⁰¹

a Introduction

L'article 321 chiffre 3 CP prévoit que lorsqu'il existe une disposition (de la législation fédérale ou cantonale) statuant une obligation de renseigner une autorité, la révélation d'un secret ne sera pas punissable.¹⁷⁰² Il s'agit d'une reprise du motif justificatif prévu par l'article 14 CP, qui prévoit que « quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi ».¹⁷⁰³

¹⁶⁹⁸ KELLER (1993), p.148; NAVILLE (1946), p.83 ; BOLL (1983), p.50; SCHWAAB (1976), p.59; MANAI (2006), p.135.

¹⁶⁹⁹ GUILLOD/MARTIN (2000), p.2048; voir aussi ATF non publié du 7 novembre 2006, 4C.111/2006, au sujet de l'article 80 de la loi vaudoise sur la santé publique, qui contrairement à la version antérieure « a supprimé la faculté du médecin de refuser de renseigner et/ou de témoigner quand bien même la levée du secret aurait été approuvée par le patient ».

¹⁷⁰⁰ Bien que l'article 321 CP ne mentionne que les obligations de renseigner, il est admis qu'il peut déjà s'agir d'autorisations (TRECHSEL (2005), ad Art. 321 StGB, n.35 ; KELLER (1993), p.169, art. 14 CP).

¹⁷⁰¹ Ne sont pas visées par ce motif justificatif les dénonciations dont le destinataire est une personne privée.

¹⁷⁰² DONATSCH/WOHLERS (2004), §112, n.5.1 ; SCHAFFNER (1952), p.32; cet alinéa mentionne en outre les obligations de témoigner dont il ne sera pas question dans les lignes qui suivent étant donné que nous nous limitons à aborder la dénonciation d'une maltraitance hors d'une institution pour personnes âgées en laissant de côté le processus survenant ensuite au sein des autorités ainsi informées.

¹⁷⁰³ Selon la doctrine, il s'agit d'une disposition cadre qui renvoie à d'autres normes légales et qui n'introduit aucun fait justificatif mais qui déclare licites les actes qui le sont déjà en vertu d'une autre norme juridique (KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.706 ; SEELMANN (2007), ad Art. 14 StGB, n.6 et 9 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 14 CP, n.1).

Les dispositions qui prévoient des renseignements aux autorités doivent résulter d'une loi au sens matériel, viser spécifiquement et expressément une des professions mentionnées à l'article 321 CP et concerner un domaine dont les contours sont précisément définis.¹⁷⁰⁴

Dans les lignes qui suivent, nous examinons quelques-unes des dispositions légales qui autorisent ou enjoignent de renseigner une autorité. Nous avons choisi de structurer nos propos en fonction de l'autorité destinataire de l'information.¹⁷⁰⁵

b Signalement à l'autorité tutélaire

Au niveau fédéral, le Code pénal (art. 364)¹⁷⁰⁶ autorise ceux qui sont tenus à l'obligation de confidentialité de l'article 321 CP à informer l'autorité tutélaire du fait qu'un mineur est maltraité.¹⁷⁰⁷ Il s'agit d'un droit et non d'une obligation d'aviser. Il n'existe pas, à l'heure actuelle, dans le Code pénal, de disposition similaire à l'article 364 CP en ce qui concerne les mauvais traitements dont peuvent être victimes des personnes âgées.

L'article 369 alinéa 2 du Code civil¹⁷⁰⁸ enjoint les autorités administratives et judiciaires¹⁷⁰⁹ à signaler à l'autorité compétente¹⁷¹⁰ les cas d'interdiction dont elles prennent connaissance à

¹⁷⁰⁴ KELLER (1993), p.171 ; GUILLOD (1996), p.59 ; GUILLOD/WINKLER (2007), Rz81. Une obligation générale concernant tout un chacun ne permettrait pas de déroger à l'article 321 CP (TRECHSEL (2005), ad Art. 321 StGB, n.35). Selon certains auteurs, une obligation générale pour tous les professionnels de la santé de dénoncer toutes les infractions conduirait à une méfiance du public envers ces professions (KELLER (1993), p.178ss).

¹⁷⁰⁵ Cette autorité prendra les mesures qui s'avèrent nécessaires pour protéger le résident (mesures tutélaires) ou pour punir l'auteur ou le responsable de la maltraitance (sanction pénales et administratives résultant du Code pénal ou des législations sanitaires).

¹⁷⁰⁶ « Lorsqu'il y va de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction (art. 320 et 321) peuvent aviser l'autorité tutélaire des infractions commises à l'encontre de ceux-ci ». Selon certains auteurs, cette formulation qui ne mentionne que les « infractions » est trop restrictive et il serait judicieux de l'interpréter de manière à inclure « les situations graves où l'intégrité physique du mineur est menacée » (MANAI (2006), p.152). A noter encore qu'avec l'introduction des nouvelles dispositions du Code civil, la notion d'autorité tutélaire est remplacée par celle d'autorité de protection de l'enfant.

¹⁷⁰⁷ Pour une analyse du droit d'aviser des personnes soumises au secret professionnel, cf. GUILLOD/WINKLER (2007), Rz55ss.

¹⁷⁰⁸ « Les autorités administratives et judiciaires sont tenues de signaler sans délai à l'autorité compétente tout cas d'interdiction qui parvient à leur connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ».

¹⁷⁰⁹ Ces autorités sont déterminées par le droit cantonal et fédéral public. Il peut notamment s'agir des autorités pénales et sanitaires (SCHNYDER/MURER (1984), ad Art. 369 ZGB, n.180s ; LANGENEGGER (2002), ad Art. 369 ZGB, n.36).

l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En lien avec cette disposition, la doctrine estime qu'il existe, d'une manière tout à fait générale, le droit pour tout un chacun d'effectuer le signalement dont il est question.¹⁷¹¹ Selon elle, une telle obligation ou faculté peut même être étendue aux médecins privés pour autant qu'une disposition de la législation cantonale le prévoit.¹⁷¹² A titre d'exemple, le canton du **Valais** dans sa loi d'application du Code civil dispose à son article 46 alinéa 2 que l'autorité tutélaire « instruit les causes d'interdiction d'office ou sur requête d'un juge, d'une autorité ou d'un médecin ». A notre sens, un médecin pourrait, sur la base de cette disposition, signaler à l'autorité tutélaire le fait qu'un résident est maltraité et a besoin de protection.

Les nouvelles dispositions du Code civil, reprennent ces principes tout en les précisant sur certains points. Ainsi l'article 443 nCC règle la question du droit et de l'obligation d'aviser l'autorité de la manière suivante : « ¹Toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide. Les dispositions sur le secret professionnel sont réservées. ²Toute personne qui en a connaissance, dans l'exercice de sa fonction officielle, est tenue d'en informer l'autorité. Les cantons peuvent prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité. ». ¹⁷¹³ L'article 453 alinéa 1 nCC prévoit en outre que « s'il existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui, l'autorité de protection de l'adulte, les services concernés et la police sont tenus de collaborer ». L'article 453 alinéa 2 nCC mentionne que dans les cas visés par l'alinéa 1, « les personnes liées par le secret de fonction ou le secret professionnel sont autorisées à communiquer les informations nécessaires à l'autorité de protection de l'adulte ». ¹⁷¹⁴

¹⁷¹⁰ Cette autorité est spécifiée par les législations cantonales. Il s'agit en principe de l'autorité tutélaire (SCHNYDER/MURER (1984), ad Art. 369 ZGB, n.186).

¹⁷¹¹ LANGENEGGER (2002), ad Art. 369 ZGB, n.36 ; EGGER (1948), n.65 ; SCHNYDER/MURER (1984), ad Art. 369 ZGB, n.178.

¹⁷¹² MEIER (1996), p.216 ; *contra* EGGER (1948), n.65.

¹⁷¹³ Sur ces questions, voir MEIER/LUKIC (2011), n.101s et n.417. Il est intéressant de mentionner qu'une motion (08.3790) prévoyant que les personnes en contact avec des enfants soient tenues de signaler les soupçons de maltraitance et d'abus sexuels a été adoptée par les Chambres fédérales, contre l'avis du Conseil fédéral (http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20083790). Cela aura pour conséquence de modifier l'article 443 nCC.

¹⁷¹⁴ Sur cette question voir par exemple MEIER/LUKIC (2011), n.151s.

Une fois informée, l'autorité tutélaire peut être astreinte à aviser les autorités pénales.¹⁷¹⁵ Certains cantons ont élaboré des dispositions allant dans ce sens et portant sur la dénonciation des crimes et délits dont ladite autorité a pu prendre connaissance lors de l'exercice de ses fonctions.¹⁷¹⁶

L'article 75 alinéa 2 CPP, prévoit des situations dans lesquelles les autorités pénales doivent informer d'autres autorités.¹⁷¹⁷ Ainsi, elles sont notamment tenues d'aviser les services sociaux et les autorités tutélaires des procédures pénales engagées et des décisions rendues, lorsque la protection du lésé l'exige. L'article 73 alinéa 3 CPP statue une autre obligation de communiquer qui ne vise que les cas où des mineurs sont victimes d'infractions.¹⁷¹⁸ En outre, l'alinéa 4 de cette disposition prévoit que les cantons peuvent adopter des dispositions astreignant ou autorisant les autorités pénales à faire d'autres communications à des autorités.

¹⁷¹⁵ Les autorités de tutelle sont soumises au secret de fonction selon l'article 320 CP (à ce sujet voir MEIER (1996), p.210 et AUBERT (1978), p.122ss) ; voir aussi l'article 451 nCC qui prévoit l'obligation de principe pour les autorités de protection de l'adulte de garder le secret envers les autorités et les tiers (voir par exemple MEIER/LUKIC (2011), n.145ss).

¹⁷¹⁶ Voir l'article 302 alinéa 2 CPP qui permet aux cantons d'introduire des dispositions sur les dénonciations émanant d'autres autorités que les autorités pénales (MAÎTRE (2011), ad Art. 302 CPP, n.7 ; PIQUEREZ/MACALUSO (2011), n.1650). Ainsi à **Neuchâtel**, l'obligation vise toute autorité constituée et tout titulaire de fonction publique et concerne les infractions qui se poursuivent d'office (art. 33 al. 1 loi d'introduction au Code de procédure pénale) ; **Fribourg**, l'article 156 de la loi sur la justice dit que la législation spéciale peut prévoir des cas d'obligations de dénoncer incombant aux membres d'autres autorités ; à **Genève**, il y a obligation de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office pour toute autorité, tout membre d'une autorité et tout fonctionnaire (art. 33 loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale) ; dans le **Jura**, il y a une obligation de dénoncer au Ministère public les infractions qui se poursuivent d'office qui incombe aux organes de la justice (art. 29 loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse) ; le canton de **Vaud** n'a pas, à notre connaissance, dans ses lois relatives à l'application du CPP, de règles spécifiques relatives à la transmission obligatoires d'informations par une autorité ou un membre de celle-ci ; finalement en **Valais**, il existe pour les infractions qui se poursuivent d'office une obligation de dénoncer à charge de toute autorité, tout fonctionnaire et tout agent de la force publique (art. 35 loi d'application du code de procédure pénale suisse).

¹⁷¹⁷ ANTENEN (2011), ad art. 75 CPP, n.1.

¹⁷¹⁸ ANTENEN (2011), ad art. 75 CPP, n.2.

c Signalement à l'autorité pénale

On trouve souvent, dans les législations cantonales, des dispositions relatives au signalement à la police ou aux autorités de poursuite pénale des cas de lésions corporelles et de délits portant atteinte à l'intégrité sexuelle.¹⁷¹⁹

L'article 301 alinéa 1 du Code de procédure pénale prévoit que chacun a le droit de dénoncer une infraction à une autorité de poursuite pénale. Il reprend ce que la plupart des codes cantonaux prévoyaient. Cette disposition ne peut être considérée comme une exception au secret médical dans la mesure où elle ne vise pas spécifiquement les professions mentionnées par l'article 321 CP.

Il faut toutefois mentionner que les cantons du **Jura**, de **Neuchâtel** et de **Fribourg** ont adopté des dispositions qui remplissent les conditions nécessaires pour être qualifiées d'exceptions au secret professionnel.

Dans le canton du **Jura**, le médecin « peut informer l'autorité judiciaire sur des faits lui permettant de supposer la commission d'un crime ou délit, si l'intérêt à la découverte de l'acte l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret professionnel ». En cas de doute, il consulte le médecin cantonal.¹⁷²⁰ Des dispositions similaires existent pour les autres professions de la santé, soit notamment les infirmiers, ergothérapeutes, ostéopathes, physiothérapeutes, psychologues.¹⁷²¹

A **Neuchâtel** l'exception est construite de manière à viser globalement les professionnels de la santé et est conçue en ces termes : « les professionnels de la santé sont habilités, en dépit du secret professionnel qui les lie, à informer les autorités de poursuite pénale et la police neuchâteloise de tout fait permettant de conclure à un crime ou à un délit contre la vie ou l'intégrité corporelle, la santé publique ou l'intégrité sexuelle ».¹⁷²²

¹⁷¹⁹ Les cantons ont généralement aussi des dispositions obligeant ou autorisant le médecin à annoncer à la police ou aux autorités de poursuite pénale les cas de décès dus à une cause non naturelle ou pas claire (HARTMANN/ZOLLINGER (2001), p.1385ss ; FILLI (1987), p.77s). Nous laisserons de côté cet aspect qui va au-delà de notre thématique. Il est également à noter que la police ou le ministère public informe la victime sur ses droits et devoirs dans le cadre de la procédure pénale et sur l'aide aux victimes (art. 305 al. 1 et 2 CPP). Le nom et l'adresse de celles-ci peuvent être communiqués à un centre de consultation LAVI si elles y consentent (art. 305 al. 3 CPP). Cette information et communication concerne également les proches de la victime (art. 305 al. 4 CPP). Sur la problématique de l'aide aux victimes voir ci-avant p.224ss.

¹⁷²⁰ Article 23 alinéa 2 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire.

¹⁷²¹ Article 18 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé.

¹⁷²² Article 63a alinéa 3 de la loi de santé.

A **Fribourg**, les professionnels de la santé sont habilités en dépit du secret professionnel à informer les autorités de poursuite pénale de tout fait permettant de conclure à un crime ou à un délit contre la vie ou l'intégrité corporelle, l'intégrité sexuelle ou la santé publique.¹⁷²³

d Signalement à l'autorité sanitaire

Dans certains cantons les législations prévoient des dispositions spécifiques sur les dénonciations que peuvent, respectivement doivent, effectuer les professionnels de la santé auprès des autorités sanitaires.

Ainsi dans le canton de **Vaud**, l'article 80a alinéa 1 de la loi sur la santé publique vise expressément les situations de maltraitance¹⁷²⁴ et impose que la personne « astreinte au secret professionnel doit annoncer au médecin cantonal les faits susceptibles de constituer un cas de maltraitance ou de soins dangereux émanant d'autres professionnels de la santé ». ¹⁷²⁵ L'article 80a alinéa 3 de cette loi prévoit une déclaration facultative lorsque la maltraitance n'émane pas d'un professionnel de la santé. Dans de tels cas, celui qui est tenu au secret professionnel peut s'adresser au médecin cantonal et aux autorités compétentes (pénales et tutélaires).¹⁷²⁶

iv *L'autorisation de l'autorité compétente*

Le professionnel de la santé qui souhaite transmettre des informations couvertes par le secret professionnel peut en faire personnellement la demande auprès de l'autorité

¹⁷²³ Article 90a alinéa 2 de la loi sur la santé.

¹⁷²⁴ Il faut toutefois préciser que cette norme concerne toutes les victimes de maltraitance et pas uniquement les personnes âgées. Elle vise donc aussi les cas de mauvais traitements sur des mineurs ou des personnes handicapées.

¹⁷²⁵ Article 80a alinéa 1 de la loi sur la santé publique. Sur les avantages et désavantages d'une obligation de dénoncer cf. KELLER (1993), p.178ss, qui met notamment en avant le fait qu'une victime d'infraction pourrait renoncer à consulter par peur d'une révélation du médecin. Cet auteur se place en faveur d'une dénonciation facultative faisant ainsi peser le choix sur les épaules du soignant. D'autres estiment qu'une dénonciation obligatoire est bienvenue lorsque la victime n'est pas en mesure de se plaindre elle-même (OMS (2002), p.155 ; CONSEIL DE L'EUROPE (2001), p.4). Certains mentionnent aussi le fait qu'une dénonciation obligatoire compromet l'autonomie de la personne en particulier lorsque cette dernière a manifesté son refus de dénoncer les agissements dont elle est victime (OMS (2002), p.155 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.125).

¹⁷²⁶ Sont visées ici les autorités pénales et la justice de paix. Voir sur la question l'exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP) disponible en ligne : http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/Objets_en_suspens_periode_16/110_Texte_CE.pdf. Dans le canton de Vaud, c'est la justice de paix qui fonctionne comme autorité tutélaire.

compétente désignée dans les législations cantonales.¹⁷²⁷ Cette possibilité est prévue par le chiffre 2 de l'article 321 CP.

Les autorités en question sont très diverses d'un canton à l'autre. Ainsi dans le canton de **Fribourg**, il s'agit de la Direction de la santé publique et des affaires sociales sur préavis du médecin cantonal.¹⁷²⁸

A **Genève**,¹⁷²⁹ cette tâche incombe à une commission *ad hoc* composée de trois membres et nommée « Commission du secret professionnel ». Il est prévu que pour les cas d'extrême urgence le président de ladite commission puisse statuer seul.

Dans le canton du **Jura**,¹⁷³⁰ l'autorité compétente est le médecin cantonal qui décide sur proposition de la personne tenue au secret. A noter que celui-ci n'est pas lié par ladite proposition.

Ce dernier est toutefois invité à tenir compte de la proposition de la personne sollicitant la levée du secret.

Le canton de **Neuchâtel**,¹⁷³¹ prévoit que l'autorité en question est le département de la santé et des affaires sociales sur préavis du médecin cantonal.

Pour le canton de **Vaud**,¹⁷³² l'autorité compétente est une délégation de deux membres du Conseil de santé composée du médecin cantonal et du procureur général.

En **Valais**,¹⁷³³ l'autorité compétente est la « Commission de levée du secret professionnel » qui est désignée de cas en cas par le département en charge de la santé publique. Cette

¹⁷²⁷ Pour ce faire aucune forme particulière n'est prescrite par le Code pénal. Le professionnel peut donc s'adresser à l'autorité tant par oral que par écrit (SCHAFFNER (1952), p.49). Mais on lui conseillera de faire sa demande par écrit afin de se ménager des preuves en cas d'éventuel litige survenant postérieurement ; les cas urgentissimes étant réservés.

¹⁷²⁸ Article 90 alinéa 1 de la loi sur la santé.

¹⁷²⁹ Articles 12 et 88 alinéa 1 de la loi sur la santé.

¹⁷³⁰ Article 58 de la loi sanitaire.

¹⁷³¹ Article 63 de la loi de santé et article 1 alinéa 4 du règlement provisoire d'exécution de la loi de santé.

¹⁷³² Articles 12 et 13 alinéa 5 de la loi sur la santé publique et article 65 du règlement sur l'exercice des professions de la santé.

commission est composée du médecin cantonal, d'un professionnel de la santé externe au département susmentionné et d'un juriste.

La faculté de se faire délier de son obligation de se taire en faisant appel à l'autorité supérieure est subsidiaire au consentement. Elle entre en ligne de compte lorsque l'intéressé refuse ou est dans l'impossibilité de donner son accord.¹⁷³⁴ Elle ne doit être invoquée que comme *ultima ratio* également lorsqu'il n'existe pas d'autorisation ou d'obligation légale de renseigner une autorité. L'idée sous-jacente est qu'il existe des situations dans lesquelles une révélation doit être faite afin de sauvegarder un intérêt (privé ou public) légitime supérieur.¹⁷³⁵ Cela implique une pesée des intérêts effectuée par l'autorité en question qui doit mettre en balance l'intérêt du patient au respect du secret et celui du soignant à divulguer ; celle-ci doit déceler clairement un intérêt prépondérant privé ou public.¹⁷³⁶ Avant de se prononcer,¹⁷³⁷ elle devrait s'assurer qu'un consentement a été recherché auprès du détenteur du secret ou d'un éventuel représentant.¹⁷³⁸ C'est également elle qui déterminera l'étendue de l'autorisation de révéler ainsi que le destinataire des

¹⁷³³ Article 33 de la loi sur la santé.

¹⁷³⁴ UMMEL/RESTELLINI (1994), p.361 ; MANAI (2006), p.154 ; BLANCHARD (2003), p.762 ; BOLL (1983), p.59 ; GUILLOD/MARTIN (2000), 2049 ; KELLER (1993), p.155 ; certains auteurs estiment au contraire qu'il ne s'agit pas d'une possibilité subsidiaire (FILLI (1987), p.67).

¹⁷³⁵ KELLER (1993), p.154 ; SCHAFFNER (1952), p. 43ss ; MANAI (2006), p.154 ; voir aussi l'ATF non publié du 7 novembre 2006, 4C.111/2006 qui rappelle que « en définitive, la décision de requérir d'être ou non délié du secret professionnel dépend du médecin concerné, qui doit examiner les intérêts contradictoires en présence, étant rappelé que l'autorisation doit être accordée lorsque l'intérêt à la divulgation l'emporte sur celui au maintien du secret ».

¹⁷³⁶ Voir par exemple LGVE 2002 III n° 15, p. 387 qui exige « nur ein deutlich höheres öffentliches oder privates Interesse » ; BLANCHARD (2003), p.764.

¹⁷³⁷ L'autorité a l'obligation de rendre sa décision d'autorisation en la forme écrite.

¹⁷³⁸ GUILLOD/MARTIN (2000), p.2049 ; SCHAFFNER (1952),p.50.

informations.¹⁷³⁹ Tout comme en matière de consentement, même si cela est discutable, le professionnel de la santé délié n'a pas d'obligation de parler.¹⁷⁴⁰

v *L'état de nécessité (art. 17 CP)*¹⁷⁴¹

La procédure de levée du secret professionnel peut prendre un certain temps (quelques semaines) et pose problème lorsque la situation de maltraitance nécessite une action à bref délai. Dans une telle hypothèse, l'auteur d'une dénonciation peut, à tout le moins en théorie, se prévaloir de l'état de nécessité.¹⁷⁴²

Prévu par le Code pénal à l'article 17, l'état de nécessité licite¹⁷⁴³ permet de ne pas punir un acte réunissant normalement les éléments constitutifs d'une infraction. L'article 17 CP autorise un tiers à intervenir afin de protéger une personne en danger.¹⁷⁴⁴ L'état de nécessité est une situation dans laquelle un bien juridique tel que la vie ou l'intégrité corporelle est exposé à un danger actuel ou imminent. Dans de telles circonstances, lorsque le danger ne peut être détourné d'une autre manière, on admet que le bien juridique en question peut être sauvegardé par la commission d'une infraction, cas échéant la violation du secret professionnel.¹⁷⁴⁵ En matière de maltraitance, il y a conflit entre le respect du

¹⁷³⁹ Sur ces questions KELLER (1993), p.156.

¹⁷⁴⁰ SCHWAAB (1976), p.65 ; MANAI (2006), p.155 ; voir toutefois l'ATF non publié du 7 novembre 2006, 4C.111/2006 qui interprète l'article 80 de la loi vaudoise sur la santé publique de la manière suivante : « dans son nouveau libellé du 19 mars 2002, l'article 80 LSP a supprimé la faculté du médecin de refuser de renseigner et/ou de témoigner quand bien même la levée du secret aurait été approuvée par le patient ou l'autorité de surveillance. Seul subsiste actuellement le risque que le médecin, par opiniâtreté, incompétence ou manque d'éthique, refuse de requérir la levée de son secret auprès du Conseil de santé ». Cf. aussi l'article 171 alinéa 2 lit. b et alinéa 3 CPP et l'article 166 alinéa 1 lit. b CPC.

¹⁷⁴¹ Nous laissons volontairement de côté la question de la légitime défense prévue aux articles 15s CP dans la mesure où celle-ci n'a pas d'application pratique en matière de dénonciation d'acte de maltraitance hormis les cas d'agression entre résidents ou d'un résident envers un soignant – deux hypothèses exclues du champ de notre étude.

¹⁷⁴² DUMOULIN (2010), Rz3.

¹⁷⁴³ L'article 18 CP règle la question de l'état de nécessité excusable en prévoyant une atténuation de la peine lorsque les biens en conflit sont d'une valeur comparable. Nous ne traitons pas de cette question dans les lignes qui suivent.

¹⁷⁴⁴ « Quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants ».

¹⁷⁴⁵ Cf. par exemple HEIM (1944), p.98 ; SCHAFFNER (1952), p.40s ; BOLL (1983), p.90 ; WICKI (1972), p.31.

secret et la protection de la personnalité. La doctrine admet dans une telle hypothèse que l'on peut faire application de cet article pour informer les autorités des cas de maltraitance graves.¹⁷⁴⁶ Cela permet ainsi à un soignant de divulguer un acte de maltraitance sans que l'on puisse lui reprocher l'infraction de l'article 321 CP. Il n'est toutefois possible de s'en prévaloir que si la situation est urgente et qu'une intervention immédiate est nécessaire.¹⁷⁴⁷ Il s'agit donc d'un moyen subsidiaire intervenant s'il est impossible de rechercher un consentement ou l'autorisation de l'autorité compétente.¹⁷⁴⁸ S'il est fait usage de cette possibilité, le soignant cherchera, après coup, à se faire délier par la personne intéressée ou l'autorité compétente.¹⁷⁴⁹

L'invocation de l'état de nécessité pour dénoncer une maltraitance n'est toutefois pas satisfaisante dans la mesure où il s'agit d'une justification intervenant *a posteriori* lorsque la révélation a déjà eu lieu. En outre elle n'est pas incontestée en doctrine et certains auteurs excluent son application lorsque les biens en cause appartiennent à une seule et même personne¹⁷⁵⁰ ce qui est le cas pour notre problématique. En effet, cette dernière met en jeu, d'une part, l'intégrité de la victime menacée par la maltraitance, et d'autre part, le respect de sa sphère privée. Comme le relèvent certains auteurs, l'admission d'un état de nécessité dans une telle hypothèse amputerait excessivement la libre détermination de l'individu puisqu'il pourrait ainsi être fait fi de son refus manifesté de voir certains éléments révélés à autrui.¹⁷⁵¹ En effet, un tiers pourrait décider quel bien juridique appartenant à la personne en situation de danger devrait être sacrifié.¹⁷⁵² Tout au plus pourrait-on imaginer l'application de l'état de nécessité lorsque la personne maltraitée est incapable de discernement et ne s'est pas préalablement exprimée quant à un éventuel signalement aux autorités. Il en irait de même lorsqu'il est impossible de déterminer la volonté présumée de

¹⁷⁴⁶ DUMOULIN (2002), p.1640 ; voir aussi FILLI qui admet ce motif justificatif pour informer les autorités compétentes en cas d'enfants ou de femmes maltraités (FILLI (1987), p.80) ; également et pour les enfants maltraités : NAVILLE (1946), p.101.

¹⁷⁴⁷ En d'autres termes, le soignant ne doit pas être en mesure de se faire délier par l'autorité compétente faute de temps (SCHAFFNER (1952), p.40).

¹⁷⁴⁸ KELLER (1993), p.167.

¹⁷⁴⁹ GUILLOD/MARTIN (2000), p.2051.

¹⁷⁵⁰ HURTADO POZO (2008), n.770 ; KELLER (1993), p.167 ; DONATSCH/TAG (2006), p.237s ; TRECHSEL (2005), ad Art. 34 StGB, n.1.

¹⁷⁵¹ DONATSCH/TAG (2006), p.237s.

¹⁷⁵² DONATSCH/TAG (2006), p.237s ; dans le même sens HURTADO POZO (2008), n.770 selon lequel « la licéité de l'intervention dépend de la décision que la personne en danger aurait elle-même prise dans cette situation. La pondération objective des intérêts en conflits n'entre pas en ligne de compte ».

celle-là sur la question. Une telle interprétation permet de favoriser le principe d'autodétermination et d'accentuer le fait que l'état de nécessité est un moyen justificatif subsidiaire.

Outre le fait que la condition d'imminence ne sera que rarement remplie,¹⁷⁵³ il n'est pas envisageable d'user de l'article 17 CP dans des situations récurrentes et prévisibles. Il appartient dans ces cas au législateur d'agir en adoptant une disposition concrétisant une exception au secret professionnel.¹⁷⁵⁴

vi La sauvegarde d'intérêts légitimes

Pour être complet, il est encore nécessaire d'envisager l'application d'un motif justificatif extra-légal. La sauvegarde d'intérêts légitimes est une justification permettant de palier le fait que certains principes importants n'ont pas (encore) trouvé de concrétisation législative ; elle est subsidiaire à l'état de nécessité¹⁷⁵⁵ et est admissible seulement si l'acte incriminé correspond à « un moyen nécessaire et proportionné, à même d'atteindre le but visé » et s'il pèse « manifestement moins lourd que les intérêts que l'auteur cherche à sauvegarder ».¹⁷⁵⁶

La doctrine admet que le motif justificatif de la sauvegarde d'intérêts légitimes peut être invoqué pour légitimer la communication d'un fait couvert par le secret professionnel.¹⁷⁵⁷ KILLIAS, KUHN, DONGOIS et AEBI vont plus loin en admettant, en matière de maltraitance sur des enfants, qu'une communication aux autorités compétentes serait licite même en l'absence de l'article 364 CP et de l'article 75 alinéa 4 CPP.¹⁷⁵⁸ Il en irait certainement de même dans le cas de maltraitance sur une personne âgée.

Même si, en théorie, un soignant pourrait invoquer la sauvegarde d'un intérêt légitime pour informer les autorités en dépit de son devoir de discrétion, une application, dans un cas

¹⁷⁵³ MANDOFIA BERNEY/UMMEL/MAURON (1995), p.362.

¹⁷⁵⁴ ROUGEMONT (2002), p.89.

¹⁷⁵⁵ MONNIER (2009), ad art. 14 CP, n.54.

¹⁷⁵⁶ ATF 129 IV 6, JT 2005 IV 224 ; voir aussi KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.730ss ; RIKLIN (2002), p.537ss ; MONNIER (2009), ad art. 14 CP, n.56.

¹⁷⁵⁷ CORBOZ (2010b), p.779, n.93 ; DONATSCH/WOHLERS (2004), §112, n.5.2 ; OBERHOLZER (2007), ad Art. 321 StGB, n.25. La doctrine n'admet toutefois ce fait justificatif que de manière restrictive (DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 321 CP, n.61).

¹⁷⁵⁸ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (2008), n.733, note 69.

concret, nous semble peu probable. On relèvera ici les mêmes critiques que celles élevées contre l'état de nécessité en particulier la récurrence du phénomène de la maltraitance et le défaut d'urgence¹⁷⁵⁹ qui seront réalisés dans la majorité des cas. De plus lors de la révision du Code pénal du 13 décembre 2002, le législateur a renoncé à codifier les faits justificatifs extra-légaux au motif que leur champ d'application est mal délimité,¹⁷⁶⁰ ce qui nous conforte dans notre appréciation.

III Le secret professionnel dans les législations sanitaires romandes

1 *Introduction*

La liste de l'article 321 CP ne mentionne pas certains soignants qui interviennent dans la prise en charge d'une personne âgée résidant en EMS.¹⁷⁶¹ Ainsi les professionnels de la santé agissant à titre indépendant (c'est-à-dire sans suivre les instructions d'un médecin) comme peuvent l'être les psychologues, psychothérapeutes, physiothérapeutes, ergothérapeutes, etc., ne se sont pas couverts par le champ d'application de l'article 321 CP pour autant qu'ils ne soient pas au bénéfice d'une formation de médecin.¹⁷⁶² A noter que, à partir du 1^{er} janvier 2013, la LPsy apportera des changements en la matière.¹⁷⁶³

Les législations sanitaires prévoient toutes l'obligation pour les soignants de respecter le secret médical.¹⁷⁶⁴ La portée personnelle des dispositions (personnes soumises au devoir de discrétion) y relatives est plus large que celle de l'article 321 du Code pénal. Ainsi des sanctions disciplinaires et ou pénales prises d'office sur la base des législations sanitaires cantonales sont possibles à l'encontre de celui qui aura violé son obligation de confidentialité.¹⁷⁶⁵

¹⁷⁵⁹ En effet, si la situation ne nécessite pas une action à très bref délai, on ne voit pas pourquoi le soignant s'abstiendrait de demander à être délié par l'autorité compétente.

¹⁷⁶⁰ FF 1999 1810s.

¹⁷⁶¹ GUILLOD (2012b), p.79s.

¹⁷⁶² Cf. sur ces questions CORBOZ (2010b), p.750ss ; STRATENWERTH/BOMMER, (2008), §59, n.17.

¹⁷⁶³ Voir ci-avant p.254s.

¹⁷⁶⁴ Cela est bienvenu dans la mesure où les professionnels de la santé visés par l'article 321 CP ne sont pas les seuls soignants à avoir accès à des informations confidentielles en raison de leur activité.

¹⁷⁶⁵ GUILLOD/WINKLER (2007), Rz46 et les références citées. A noter que les cantons ont prévu ici des amendes dont le montant va au-delà des 10'000 francs prévus par l'article 106 CP (voir ci-avant p.181). La LPD (art. 35) entre également en considération.

On peut généralement considérer que les membres du personnel soignant d'un EMS sont soumis à une obligation de confidentialité et ne peuvent sans autre révéler un cas de maltraitance que cela soit en vertu du Code pénal et/ou des législations sanitaires cantonales. Il subsiste toutefois des disparités cantonales, en particulier en ce qui concerne la portée personnelle des dispositions sur le secret prévues dans les législations sanitaires (cantonales).

2 *Fribourg*

Aux termes de l'article 89 alinéa 1 de loi sur la santé « toute personne qui pratique une profession de la santé, ainsi que ses auxiliaires, est tenue au secret professionnel ». La liste des professions de la santé concernées est établie par le Conseil d'Etat et figure dans l'ordonnance concernant les fournisseurs de soins.¹⁷⁶⁶ Celle-ci inclut de nombreuses autres professions que l'article 321 du Code pénal. A titre d'exemple, on peut citer les physiothérapeutes et ostéopathes.

En cas de violation de cette obligation de confidentialité, la loi, outre des mesures et sanctions administratives, prévoit à titre de sanction pénale l'amende jusqu'à 100'000.- (art. 128 al. 1 let. i).

3 *Genève*

La loi sur la santé, à son article 87 alinéa 1, prévoit que « les professionnels de la santé et leurs auxiliaires sont tenus au secret professionnel ». C'est également le Conseil d'Etat qui établit la liste des professions de la santé (art. 71 al. 3). Celle-ci figure à l'article 1 du règlement sur les professions de la santé et vise notamment les médecins, assistants-médicaux et infirmiers. Elle est également plus étendue qu'à l'article 321 CP.

Au niveau des conséquences en cas de violations, sont prévues d'une part des mesures et sanctions administratives ainsi que des sanctions pénales. L'article 134 alinéa 1 let. h de la loi prévoit l'amende jusqu'à 20'000.-.

4 *Jura*

Selon l'article 53 alinéas 1 et 2 de la loi sanitaire, les titulaires d'une autorisation d'exercer une profession sanitaire « sont tenus au secret professionnel selon le Code pénal suisse ».¹⁷⁶⁷ La liste de professions concernées figure aux articles 45 et 46 de la loi. Elle va au-delà de ce que prévoit l'article 321 CP.

¹⁷⁶⁶ Article 1 de l'ordonnance sur les fournisseurs de soins.

¹⁷⁶⁷ Par professions sanitaires, il faut comprendre les professions médicales et les professions de la santé (voir art. 45 et 46 de la loi sanitaire).

On trouve au surplus dans la législation jurassienne des ordonnances réglementant de manière détaillée l'exercice des professions sanitaires qui spécifient le secret auquel le représentant de la profession est tenu.¹⁷⁶⁸ Elles précisent que les professionnels et leurs auxiliaires sont tenus au secret professionnel.

En cas de violation des dispositions de la loi sanitaire ou de l'une des ordonnances en découlant, le coupable pourra être, outre des mesures administratives, selon l'article 70 condamné à une amende pouvant être fixée au maximum à 50'000 francs.

5 *Neuchâtel*

L'article 62 alinéa 1 de la loi de santé prévoit que « les professionnels de la santé au sens de l'article 53 de même que leurs auxiliaires et les opérateurs ou opératrices du numéro sanitaire d'urgence sont tenus au secret professionnel, au sens de l'article 321 du code pénal suisse ». Sont concernées, les personnes visées aux articles 52 et 53 de la loi ainsi qu'à l'article 1 du règlement concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé. La portée personnelle de ces dispositions va plus loin que celle du Code pénal.

En cas d'infractions à ces dispositions, outre des mesures administratives, des sanctions pénales sont prévues.¹⁷⁶⁹ L'article 122 de la loi prévoit une condamnation pénale à une amende pouvant aller de 500.- à 100'000.-.

6 *Valais*

Aux termes de l'article 31 alinéa 1 de la loi sur la santé et leurs auxiliaires sont tenus au secret professionnel ». La liste de professionnels concernés se détermine à la lecture de l'article 61 de la loi. Il s'agit des professions médicales et des autres professions de la santé désignées par le Conseil d'Etat dans l'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance. La portée personnelle de ces dispositions est plus étendue que dans le cadre de l'article 321 CP.

A côtés des mesures et sanctions administratives, il est prévu à l'article 136, que celui qui aura contrevenu aux dispositions de la loi pourra être puni de l'amende (jusqu'à 100'000.-) et/ou d'une peine privative de liberté (jusqu'à trois mois).¹⁷⁷⁰

¹⁷⁶⁸ Article 21 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire ; article 16 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé.

¹⁷⁶⁹ Voir à ce sujet les articles 122ss de la loi de santé.

¹⁷⁷⁰ Au sujet de l'article 136 de la loi valaisanne sur la santé, voir ci-avant p.182.

La loi sur la santé publique à son article 80 prévoit que « toute personne qui pratique une profession de la santé, ainsi que ses auxiliaires, est astreinte au secret professionnel ». Le cercle des personnes concernées est indiqué dans le règlement sur l'exercice des professions de la santé à l'article 2. Il est plus large que ce que prévoit le droit pénal.

La loi prévoit, en cas de non respect des prescriptions imposées, diverses mesures et sanctions disciplinaires. Elle érige également à son article 184 en infraction la violation de ses dispositions. C'est ainsi que si les articles 80 et 80a sont enfreints, il est prévu une amende pouvant aller de 500.- à 200'000.-.

8 *Eléments communs*

On retrouve dans les différentes législations sanitaires examinées un certain nombre de points communs ou de similitudes. Tel est le cas pour la soumission des auxiliaires au secret médical tout comme le fait que ce dernier doit également être respecté dans les rapports entre professionnels eux-mêmes. De plus le champ d'application personnel des dispositions relatives à l'obligation de confidentialité des professionnels est plus étendu qu'à l'article 321 CP.

Mais les éléments communs les plus importants ont trait aux exceptions, c'est-à-dire aux cas dans lesquels il est permis de se départir du secret. Toutes les législations, outre la possibilité de se faire délier par l'autorité compétente et les autorisations et obligations légales de renseigner une autorité, dont il a été question précédemment, prévoient que le patient par son consentement peut permettre au professionnel de divulguer des données normalement couvertes par le secret.¹⁷⁷¹ Le système est donc très proche de celui institué par l'article 321 du Code pénal ce qui assure une certaine uniformité de traitement entre les différents professionnels de la santé dont la volonté est d'informer les autorités d'un cas de maltraitance.

C **Les conséquences du non-signalement d'un cas de maltraitance**

I Introduction

On a vu ci-dessus que la loi ménageait un certain nombre d'exceptions permettant (ou obligeant) au soignant de dénoncer un acte de maltraitance. Il convient maintenant d'examiner quelles sont les éventuelles conséquences d'une attitude passive de celui-ci. Le soignant qui ne dénonce pas aux autorités risque-t-il d'être sanctionné pour son inaction ?

¹⁷⁷¹ **Fribourg** : article 90 de la loi sur la santé ; **Genève** : article 88 de la loi sur la santé ; **Jura** : article 53 alinéa 2 de la loi sanitaire ; voir aussi l'article 21 alinéa 2 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire et l'article 16 alinéa 2 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé ; **Neuchâtel** : article 63 de la loi de santé ; **Valais** : article 31 alinéa 2 de la loi de santé ; **Vaud** : article 80 alinéa 3 et 4 de la loi sur la santé publique.

On peut envisager l'application de diverses dispositions légales.¹⁷⁷² Nous concentrerons nos propos sur quelques infractions pénales pour laisser de côté les mesures et sanctions administratives et pénales découlant des législations sanitaires cantonales.¹⁷⁷³ Il s'agit non seulement de l'article 127 CP relatif à l'exposition (ci-après I) mais aussi de l'article 128 CP réprimant l'omission de porter secours (ci-après II).¹⁷⁷⁴ Ces deux dispositions qui permettent de sanctionner, si les conditions sont remplies, une inaction du soignant peuvent être constitutives d'une obligation de dénoncer, que l'on peut qualifier d'indirecte.¹⁷⁷⁵

II L'exposition

L'article 127 du Code pénal, que nous avons déjà étudié,¹⁷⁷⁶ incrimine le comportement de l'individu qui « ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, ou l'aura abandonnée en un tel danger ».

Il s'agit d'examiner ici si le fait, pour un soignant témoin d'acte de maltraitance, de ne pas dénoncer la situation peut être constitutif d'exposition. Une réponse des plus circonstanciée s'impose. D'une part, il faut que le soignant ait un devoir de protection (garant) envers le résident, ce qui est envisageable mais doit être déterminé au regard des circonstances concrètes du cas.¹⁷⁷⁷ D'autre part, il faut que la personne maltraitée soit incapable de se protéger. Cela est possible mais ne concerne pas tous les résidents d'EMS. En outre, le fait de s'abstenir de signaler une maltraitance doit engendrer un danger de mort ou un danger grave et imminent pour la santé, ce qui n'est pas évident à mettre en évidence. DUMOULIN estime toutefois que certains actes de maltraitance très graves peuvent remplir cette

¹⁷⁷² A noter qu'une attitude passive d'un soignant peut permettre à la maltraitance de se généraliser et de s'étendre à de nouvelles victimes (LAGRAULA-FABRE (2005a), p.445).

¹⁷⁷³ Les dispositions en question ont déjà été abordées lors de l'examen des conséquences d'une violation du secret médical découlant desdites législations.

¹⁷⁷⁴ DUMOULIN (2010), Rz3 ; nous ne traitons par contre pas de l'article 129 CP dans la mesure où il exige que l'auteur agisse « sans scrupules » ce qui ne sera pas la majorité des cas. En outre, dans un ATF non publié du 18 mars 2004, 6S.394/2004 le Tribunal fédéral a estimé que cet article ne permettait pas, en principe, d'appréhender les comportements d'omission.

¹⁷⁷⁵ En droit français, le fait de ne pas dénoncer des cas de mauvais traitements infligés à un mineur de moins de 15 ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger notamment en raison de son âge ou d'une maladie est, à certaines conditions, une infraction spécifique (LAGRAULA-FABRE (2005a) p.127ss et p.359ss).

¹⁷⁷⁶ Voir ci-dessus p.131.

¹⁷⁷⁷ Au sujet de l'article 127 CP voir ci-avant p.131ss.

condition.¹⁷⁷⁸ Même si cela est effectivement concevable en théorie, nous doutons que de telles situations se présentent fréquemment en pratique.

III L'omission de prêter secours

L'article 128 CP prévoit que « celui qui n'aura pas prêté secours à une personne qu'il a blessée ou à une personne en danger de mort imminent, alors que l'on pouvait raisonnablement l'exiger de lui, étant donné les circonstances, celui qui aura empêché un tiers de prêter secours ou l'aura entravé dans l'accomplissement de ce devoir, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

L'omission de prêter secours dont nous avons déjà parlé,¹⁷⁷⁹ ne suppose ni de relation de dépendance particulière entre la victime et l'auteur ni une incapacité de la première à se défendre. Il n'est pas nécessaire qu'une position de garant existe. *A priori* tout soignant et tout résident victime de maltraitance sont susceptibles de répondre à la définition de l'article 128 CP. Quelques éclaircissements s'imposent néanmoins. Le fait que la disposition exige un danger de mort imminent réduit considérablement sa portée en pratique. Comme en matière d'exposition, seuls les actes particulièrement graves de maltraitance pourront éventuellement être pris en compte.¹⁷⁸⁰

En outre, dans de telles circonstances, un signalement aux autorités ne constitue pas forcément la mesure de secours la plus appropriée pour pallier le danger. Nous réservons toutefois l'appel à la police ou aux services d'urgence.

3 Conclusion

Même si les professionnels de la santé œuvrant au sein des établissements pour personnes âgées sont soumis à un devoir de discrétion (résultant de l'article 321 du Code pénal ou des législations sanitaires cantonales) qui englobe la maltraitance, diverses exceptions permettant ou exigeant une dénonciation aux autorités existent.

Certaines sont des exceptions toutes générales qui s'appliquent de la même manière à une maltraitance qu'à un autre fait couvert par le secret professionnel. Il en va ainsi du consentement du résident, de l'autorisation de l'autorité compétente, de l'état de nécessité et de la sauvegarde d'intérêts légitimes. Parfois le signalement concerne des infractions

¹⁷⁷⁸ DUMOULIN (1999), p.54 ; DUMOULIN (2002), p.1640 . Voir aussi MANAI (2006), p.152 qui s'interroge sur l'application de l'article 127 CP et l'admissibilité d'une responsabilité pénale du fait d'une omission.

¹⁷⁷⁹ Voir ci-dessus p.135.

¹⁷⁸⁰ DUMOULIN (1999), p.54 ; DUMOULIN (2002), p.1640.

pénales. Il peut aussi être lié à la situation d'une personne pour laquelle des mesures protectrices (tutélaires) s'imposent.

D'autres plus rares et prévues par des législations sanitaires cantonales visent expressément la maltraitance. Il s'agit-là d'une reconnaissance juridique du fait que cette dernière est un acte répréhensible qui ne saurait être toléré.

Dans tous les cas, ces exceptions sont utiles dans la mesure où il est rare que ce soit le résident lui-même qui signale être maltraité, ce d'autant plus en cas d'incapacité de discernement et d'absence de représentant. Toutefois en pratique, il n'est pas aisé pour un soignant d'entrer dans de telles démarches qui consistent au final à dénoncer un collègue. En outre, la possibilité de sanctionner le fait de ne pas dénoncer n'est donnée que si les conditions des articles 127 et 128 CP sont réunies, ce qui n'est de loin pas toujours le cas en matière de maltraitance.

Il est également à noter que la dénonciation aux autorités pénales ne suffit pas à mettre en marche la justice si l'infraction n'est pas poursuivie d'office. En effet, il n'y aura de procès que si la victime dépose plainte et manifeste par là son souhait de voir l'auteur de la maltraitance sanctionné.

QUATRIÈME PARTIE : SYNTHÈSE ET CONCLUSION

Avant d'évoquer quelques-unes des améliorations qui peuvent être apportées à la protection juridique de la personne âgée victime de maltraitance en EMS (ci-après 2), nous procédons à une brève synthèse de notre travail (ci-avant 1).

1 Quelques éléments de synthèse

A travers notre étude, nous avons mis en évidence que de nombreuses dispositions légales peuvent, du moins en théorie, s'appliquer en matière de maltraitance (ci-après A). Certaines ont une vocation essentiellement préventive (ci-après B), d'autres interviennent lorsqu'un résident a subi des mauvais traitements (ci-après C). Elles posent néanmoins souvent des difficultés lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre (ci-après D).

Au vu des nombreuses facettes que peuvent présenter les mauvais traitements en EMS, une généralisation ne peut se concevoir en la matière. Ainsi, il convient de déterminer de cas en cas, quelles sont parmi les règles relatives à la protection juridique de la personne âgée victime de maltraitance (mesures de protection issues du droit civil, droit pénal, mesures administratives, réparation du préjudice, aide aux victimes), celles qui sont pertinentes.

A Des ressources légales variées

Il existe en Suisse plusieurs règles de droit, qui permettent de tracer les contours du cadre juridique relatif à la protection de la personne âgée victime de maltraitance en institution.¹⁷⁸¹ Le dispositif existant est caractérisé par la grande richesse des dispositions qui entrent en considération. A défaut de viser spécifiquement les mauvais traitements, celles-ci prennent parfois en compte certains aspects ou conséquences du vieillissement.

Ainsi, le Code civil qui prévoit que la maladie mentale (troubles psychiques) est une cause d'altération de faculté d'agir raisonnablement, permet d'assurer la protection de résidents atteints de démences de type Alzheimer en les privant de la capacité d'agir de manière juridiquement autonome. La possibilité d'anticiper une incapacité de discernement en désignant d'avance un représentant, permet de pallier certains effets que l'âge peut avoir sur les facultés intellectuelles d'un individu. Le droit relatif à la protection de l'adulte, en particulier les nouvelles dispositions du Code civil, contient des dispositions qui s'appliquent spécifiquement aux résidents incapables de discernement qui séjournent en institution. Plus

¹⁷⁸¹ D'autres moyens non juridiques tels que des chartes de qualité relatives aux prestations offertes en EMS ou des directives émanant d'associations professionnelles existent aussi et sont extrêmement utiles.

généralement, il permet d'assurer la protection des personnes âgées qui ont besoin d'assistance.¹⁷⁸²

Les infractions pénales qui envisagent des situations dans lesquelles l'auteur a un devoir de protection particulier envers la victime ou qui s'appliquent lorsque cette dernière est dans une position de faiblesse,¹⁷⁸³ permettent de prendre en considération certains éléments typiques de la maltraitance comme la dépendance de la personne âgée.

En ce qui concerne les prétentions du résident maltraité et l'aide aux victimes d'infractions, l'indemnisation du tort moral permet aussi dans une certaine mesure de tenir compte des effets d'une maltraitance sur des personnes que l'âge rend particulièrement fragiles.

La médiation ou la conciliation prévue par les lois sanitaires cantonales et qui intervient avant le prononcé d'une sanction administrative est un moyen souple et peu formel qui sera bien adapté pour résoudre certains cas de maltraitance. La possibilité d'assortir l'obligation de suivre une formation à la sanction est également appropriée.

B En matière de prévention

Il est admis que c'est principalement par la prévention que l'on peut espérer supprimer ou du moins, dans un premier temps, diminuer les cas de mauvais traitements dans les EMS.¹⁷⁸⁴ En effet, des démarches préventives ont un plus grand impact que les correctifs applicables une fois les maltraitances avérées.¹⁷⁸⁵ Pour que cela soit efficace, elles doivent être précédées d'un processus d'information et de sensibilisation, qui devrait concerner à tout le moins les résidents et les professionnels du milieu médico-social.¹⁷⁸⁶ C'est d'ailleurs ce que la députée Bea HEIM appelle de ses vœux dans son postulat déposé en décembre 2010 au Conseil national et non encore traité par ce dernier, lorsqu'elle demande le lancement de campagnes d'information et de prévention.¹⁷⁸⁷

¹⁷⁸² Les mesures de tutelle volontaires sont décidées lorsqu'une personne est atteinte de « faiblesse sénile ».

¹⁷⁸³ Il s'agit en particulier des articles 123 ch. 2, 126 ch. 2, 127 et 191ss CP.

¹⁷⁸⁴ CARIO (2003), p.49 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.128

¹⁷⁸⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.128

¹⁷⁸⁶ La méconnaissance des ressources légales est également un point sur lequel il faut agir afin de prévenir et, à plus long terme, d'éradiquer la maltraitance des personnes âgées (LOEW/RAPIN/HALPÉRIN (2000), p.27).

¹⁷⁸⁷ Voir ci-avant p.12.

Le mécanisme de la représentation qui repose sur la volonté de la personne âgée capable de discernement doit être considéré comme un pan important en matière de prévention. Par ce biais, un résident manifeste son souhait d'être assisté et représenté et évite ainsi de se retrouver isolé au sein d'une institution. La connaissance de cet élément par les soignants est, à notre sens, représentatif d'un garde-fou contre d'éventuels mauvais traitements. L'effet est le même lorsqu'un mandataire a été choisi par l'autorité tutélaire. Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2013, des nouvelles dispositions du Code civil relatives à la protection de l'adulte qui favorisent grandement l'autonomie et l'autodétermination, la protection des personnes âgées contre les maltraitances sera sans doute améliorée.

Nous retrouvons également dans une certaine mesure, cet aspect préventif en droit pénal et administratif par la conscience des sanctions en cas d'infractions. En outre, l'éventualité de devoir réparer un préjudice par un sacrifice financier et la possibilité d'être condamné par un juge en cas d'atteinte à la personnalité vont dans le même sens.

C En cas de maltraitance avérée

Notre étude a permis de mettre en évidence que toutes les maltraitances ne tombent pas sous le coup du droit, qui n'appréhende que les cas les plus graves. Cela est particulièrement vrai pour les maltraitances psychiques. En effet, celles-ci n'atteindront pas forcément le degré requis par l'article 28 CC pour être qualifiées d'atteintes à la personnalité¹⁷⁸⁸ et ne seront pas suffisantes pour constituer une infraction pénale.¹⁷⁸⁹ Un résident maltraité ne sera pas toujours considéré comme une victime au sens de la LAVI.¹⁷⁹⁰ De plus, en l'absence de préjudice (dommage ou tort moral), il n'y aura pas lieu à une indemnisation.

Lorsqu'il s'agit de régler les effets de mauvais traitements pris en compte par notre ordre juridique, les règles juridiques qui existent ne sont pas toujours satisfaisantes.¹⁷⁹¹ En effet, le droit qualifie de manière stricte les protagonistes d'une situation de maltraitance en « bons » et « méchants » c'est-à-dire en « coupables » et « victimes », alors que la réalité bien plus complexe ne permet pas une telle distinction. A notre sens, la possibilité d'agir de manière interne grâce à des processus de gestion des plaintes devrait intervenir en premier

¹⁷⁸⁸ En effet, il n'y a pas d'atteinte au sens de cet article pour les cas bénins.

¹⁷⁸⁹ Nous visons ici particulièrement l'injure (art. 177 CP) et les menaces (art. 180 CP) qui doivent être d'une certaine gravité. Il en va de même pour les mises en danger (art. 127ss CP) qui sanctionnent des cas sévères.

¹⁷⁹⁰ Pour que la LAVI s'applique, il est nécessaire qu'une infraction pénale soit réalisée et que celle-ci cause une atteinte directe et d'une certaine gravité à l'intégrité de la victime.

¹⁷⁹¹ Voir par exemple HUGONOT (2003), p.164ss qui déplore le manque de souplesse du droit. En particulier, la condamnation de l'auteur n'est pas toujours une solution adéquate (voir par exemple COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.3).

lieu.¹⁷⁹² La médiation devrait aussi être favorisée. A cet égard, les *Ombudstelle* et les *unabhängige Beschwerdestelle für das Alter* mis en place dans certains cantons alémaniques sont intéressantes car indépendantes de l'administration.

Les dispositions légales qui couvrent une maltraitance peuvent s'appliquer individuellement ou en parallèle. Le même comportement, qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission, peut donner naissance simultanément à des responsabilités civile, pénale et administrative. Une action en protection de la personnalité ainsi que des prestations découlant de la LAVI sont aussi possibles. De plus, à côté de l'auteur de la maltraitance, d'autres personnes (EMS, médecin, collectivité publique, etc.) peuvent être sanctionnées ou amenées à intervenir.

D Des difficultés de mise en œuvre

Les faiblesses des dispositions applicables se situent principalement au niveau de leur mise en œuvre.¹⁷⁹³ Bien que le dispositif légal existant soit riche, il s'avère que certaines des possibilités qu'il offre sont peu appliquées.¹⁷⁹⁴

¹⁷⁹² De telles procédures peuvent éviter de faire appel à un juge ou à une autre autorité. Basées sur l'expérience des soignants et des institutions, elles devraient permettre de résoudre à satisfaction un cas de maltraitance (COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009)).

¹⁷⁹³ BADEL POITRAS/POITRAS (1999), p.176. Même si des lois existent, cela ne signifie pas qu'elles s'appliquent (OMS (2002), p.154). Dans le même sens voir CASONI DELCÒ (2004), p.57 qui précise qu'une « loi valable n'est que le premier maillon très important d'une longue chaîne », et que « la capacité de la communauté de légiférer sur des principes déterminés est une chose, celle d'agir en appliquant ces principes en est une autre ».

¹⁷⁹⁴ Un constat semblable avait été fait pour les enfants maltraités (*Rapport enfance maltraitée en Suisse*, FF 1995 4ss).

En effet, en matière d'atteintes à la personnalité, des infractions pénales poursuivies sur plainte, d'actions en responsabilité et de prestations découlant de la LAVI, le déploiement du mécanisme légal est subordonné à la volonté du résident ou de son représentant.¹⁷⁹⁵ Cela implique que bon nombre de maltraitements resteront impunis parce que les autorités n'en auront pas connaissance ou parce que la victime ne fera pas usage de ses droits.¹⁷⁹⁶ Or, une application insuffisante des règles permettant de prévenir ou de condamner la maltraitance est un facteur favorisant celle-ci.¹⁷⁹⁷ En outre, lorsque le résident choisit d'agir, des difficultés de preuve de la maltraitance se présentent.¹⁷⁹⁸ C'est le cas surtout lorsque les mauvais traitements ne laissent pas de traces visibles (maltraitance psychique).

Les règles relatives à la dénonciation des mauvais traitements par un soignant permettent de faire appliquer certaines dispositions légales. Il existe sur ce point des disparités cantonales. Ces règles ne concernent toutefois pas les actions réparatrices et en protection de la personnalité. En effet, le droit ne permet pas de signaler un cas afin que le résident soit dédommagé ou que le juge prenne les mesures civiles pour pallier à une situation de maltraitance. Un professionnel de la santé pourra par contre aiguiller la victime vers les ressources adéquates telles qu'un centre de consultation ou encourager celle-ci à agir en justice.

2 Quelques pistes

Même si la protection du résident maltraité est globalement assez bonne, elle pourrait toutefois être améliorée sur plusieurs points. A notre sens, il n'est ni adéquat ni nécessaire d'adopter une réglementation spécifique sur la maltraitance des personnes âgées. Par contre des adaptations de dispositions légales existantes ou des interprétations particulières sont bienvenues.

Tout d'abord, une appréciation pas uniquement objective d'une atteinte à la personnalité au sens de l'article 28 CC permettrait de faire tomber sous le coup du droit un plus grand nombre de maltraitements. Selon nous, le ressenti subjectif de la victime devrait être pris en

¹⁷⁹⁵ Si le résident a un représentant qui peut agir à sa place, sa protection est renforcée et la mise en œuvre des dispositions légales facilitée.

¹⁷⁹⁶ En effet, des délais parfois relativement courts doivent être respectés. Faute de quoi un résident peut se voir privé de certaines prérogatives. Il en va ainsi en matière de plainte pénale, d'actions en responsabilité et d'indemnisation LAVI.

¹⁷⁹⁷ COMMISSION D'ÉTHIQUE (2009), p.2.

¹⁷⁹⁸ Voir sur les difficultés de preuve ROULET/RIVOIR (2011), p.23. Dans le cadre de l'article 28 CC, il revient à la victime de prouver l'atteinte à la personnalité. En droit pénal, il n'est pas aisé de juger de la culpabilité de l'auteur qui se réfère au for intérieur de ce dernier. Il en va de même pour la faute dans une action en responsabilité délictuelle dirigée contre l'auteur d'une maltraitance.

considération lorsque l'atteinte est le fait d'une personne dont elle dépend. Tel devrait être le cas aussi en matière d'atteinte à l'intégrité selon la LAVI. Une prise en compte de la fragilité d'un résident maltraité devrait valoir aussi en droit pénal, en tout cas lorsque l'auteur en a profité. Ainsi, lors de l'appréciation d'une atteinte à l'honneur (art. 177 CP), d'une menace (art. 180 CP) ou d'une contrainte (art. 181 CP), il ne saurait être fait fi de la sensibilité particulière du lésé.

Parmi les infractions pénales que nous avons examinées, nous regrettons que certaines d'entre elles ne soient poursuivies que sur plainte. Il nous paraîtrait opportun que l'injure (art. 177 CP) soit punie d'office (cas aggravé) lorsque, comme en matière de voies de fait (126 CP), l'auteur a agi à répétées reprises sur une personne dont il avait la garde ou sur laquelle il avait le devoir de veiller. Les cas aggravés de menaces (art. 180 CP) se poursuivant d'office devraient être complétés et inclure l'auteur qui a agi contre une personne dont il avait la garde ou sur laquelle il avait le devoir de veiller.¹⁷⁹⁹ Une telle extension de la poursuite d'office¹⁸⁰⁰ ne risquerait pas de discriminer les résidents puisqu'elle ne les considérerait pas expressément comme une catégorie de personnes particulièrement vulnérables. En effet, selon certains auteurs, l'adoption de lois spécifiques relatives à la protection des aînés engendre un risque d'infantilisation et de stigmatisation.¹⁸⁰¹

La possibilité pour les centres de consultation LAVI d'aviser les autorités tutélaires et pénales du fait que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un mineur est sérieusement mise en danger (art. 11 al. 3) devrait être étendue à d'autres personnes vulnérables et dépendantes, ce qui permettrait de tenir compte de la situation de certaines personnes âgées maltraitées.

En ce qui concerne la dénonciation, nous saluons les cantons qui ont introduit des dispositions spécifiques et nous ne pouvons qu'encourager les autres à en faire de même.¹⁸⁰² A notre sens, il est plus judicieux de donner la possibilité (et non d'obliger) à un

¹⁷⁹⁹ La menace se poursuit déjà actuellement d'office lorsque l'auteur est le conjoint ou le partenaire de la victime (violence conjugale).

¹⁸⁰⁰ Pour déterminer les modalités de cette poursuite d'office, l'article 55a CP qui prévoit, à certaine condition une suspension de procédure peut être une source d'inspiration utile. Cette disposition permet de corriger les incidences négatives que peut avoir sur la victime l'exécution de la procédure pénale. Il appartient ainsi à l'autorité de déterminer dans un cas d'espèce si l'intérêt public à poursuivre une infraction ne doit pas céder le pas sur l'intérêt privé qu'a la victime à voir la procédure suspendue. A l'issue de la suspension, la procédure peut être classée ou reprise (pour plus de détails, cf. DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET/BETTEX/STOLL (2012), ad art. 55a CP, n.1ss).

¹⁸⁰¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (2001), p.135ss.

¹⁸⁰² Dans la législation fédérale, il existe çà et là des dispositions qui offrent la possibilité de dénoncer des cas de mauvais traitements subis par des enfants (art. 11 al. 3 LAVI, art. 364 CP). Une extension de leur champ d'application à d'autres personnes vulnérables pourrait constituer une amélioration de la protection de certains résidents maltraités.

soignant de signaler une maltraitance s'il le juge opportun. Pour celui-ci le fait de savoir qu'il peut dénoncer en dépit de son secret professionnel est un élément important.¹⁸⁰³ Cela lui permet de se décharger sur la justice et l'administration qui décideront des suites à donner et de la nécessité d'intervenir. Une faculté de dénoncer nous paraît appropriée dans la mesure où elle restreint moins fortement le secret médical qu'une obligation. Cela permet aussi une appréciation circonstanciée tenant compte des différents intérêts à mettre en balance. Une telle démarche favorise en outre une décision réfléchie et reconnaît les compétences professionnelles du soignant dans son choix de signaler ou non. Cela laisse également la place aux sanctions internes.

¹⁸⁰³ Sur cette question voir LOEW/RAPIN/HALPERIN (2000), p.27.

BIBLIOGRAPHIE

- « Abus dans un EMS, le cas zurichois relance le débat sur la maltraitance », in *L'Impartial*, 27 février 2009
- « EMS zurichois, nouvelles affaires de maltraitance », in *L'Impartial*, 3 mars 2009
- « Graves cas de maltraitements dans une maison de retraite à Bayonne », in *Le Monde*, 7 octobre 2009
- « Maltraitance : la directrice, « abasourdie » par les accusations, s'explique », in *Le Monde*, 9 octobre 2009
- « Maltraitance, des aînés à l'abri des abus même si tous les homes n'ont pas été visités », in *L'Impartial*, 19 mars 2009
- « Maltraitance, le personnel des EMS zurichois est prié d'avoir un peu de tenue », in *L'Impartial*, 12 décembre 2009
- « Zurich, Maltraitance dans un home communal », in *L'Impartial*, 26 février 2009

*

- ACKERMANN Jürg-Beat, *Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGB*, Bâle 2007, ad Art. 49 StGB
- AEBERSOLD Peter, *Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB*, Bâle 2007, Vor Art. 127 StGB, ad Art. 127, 128, 129 StGB
- AFFOLTER Kurt, « Angeordnete Medikation für Bevormundeten », in *Push-Service des arrêts*, le 28 février 2008, <http://www.weblaw.ch/fr/>
- AFFOLTER Kurt, « Aspects juridiques et questions quotidiennes découlant de l'assistance personnelle en droit de tutelle », *RDT* 1998, p.231ss
- AFFOLTER Kurt, « Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht », *PJA*, 2006, p.1057
- ALBRECHT Peter, « Opfer und Strafprozess: Was hilft den Opfern? Standpunkt eines Strafrichters », in *La criminologie – Evolutions scientifiques et pratiques : hier aujourd'hui et demain*, Coire/Zurich 2004, p.235ss
- ANTENEN Jacques, *Commentaire romand, Code de procédure pénale*, Bâle 2011, ad art. 75 CPP
- ARN Raphaël/STEINER David, *Commentaire romand, Code de procédure pénale*, Bâle 2011, ad art. 1 CPP
- ASSM, *Directives anticipées*, Directives et recommandations médico-éthiques, Bâle 2009
- ASSM, *Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance*, Directives médico-éthiques et recommandations, approuvées par le Sénat de l'ASSM le 18 mai 2004
- AUBERT Philippe, « Devoirs de fonction et de secret des organes de la tutelle. Production des dossiers tutélaires aux autorités judiciaires », *RDT* 4/78, p.121ss
- AVDEMS, *Réflexions et recommandations de l'Ordre professionnel de l'Avdems sur les mesures de contrainte en EMS*, mai 2010, http://www.avdems.ch/files/AVDEMS_Recommandations_OP_mesures_contrainte_-_31.10.10_MN.pdf
- AYER Ariane, « Maltraitance – La responsabilité de l'Etat », *Plädoyer* 3/99, p.55
- AYER Ariane/CLÉMENT Thierry/HÄNNI Christian, *La relation patient-médecin : état des lieux*, Neuchâtel 2003

AYER Ariane/KIESER Ueli/POLEDNA Tomas/SPRUMONT Dominique, *Loi sur les professions médicales (LPMéd), Commentaire*, Bâle 2009

*

BABAÏANTZ Olivier, *Les directives anticipées en matière de soins médicaux et la représentation thérapeutique privée*, Neuchâtel 1998

BADEL POITRAS Géraldine/ POITRAS Sylvain, « Les règles de droit comme outil de protection contre la maltraitance des personnes âgées », in *Vieillards martyrs, vieillards tirelires*, Chêne-Bourg 1999, p.167ss

BAKER A. A., « Granny Battering », *Modern Geriatrics*, 5 :20-24, 1975

BARONE Anne-Marie, « Aide aux victimes d'infractions : la nouvelle loi en vigueur », *Plaidoyer* 4/1993, p.44ss

BAUER Alain « La responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (spécialement dans le canton de Neuchâtel) », *RJN* 2005, p.14ss

BAUMANN Max, « Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahme und Patientenverfügung », *RDT* 2005, p.58

BEAULIEU Marie, « Comment faire face aux situations abusives en institution », in *Vieillir sans violence*, Québec 1990

BEAUVOIR (de) Simone, *La Vieillesse*, Paris 1970

BERG N./MOREAU A./GIET D., « La maltraitance des personnes âgées, un phénomène de société », *Rev Med Brux*, 2005, p.344ss

BERSET HEMMER Valérie, *Commentaire romand, Code de procédure pénale*, Bâle 2011, ad art. 117 CPP

BERSET HEMMER Valérie, « Subventionner et recourir : deux aspects de l'intervention de l'Office fédéral de la justice », in *La nouvelle loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions*, Zurich/St-Gall 2009, p.197ss

BIBOLET Jean-Claude, « Les manifestations de la vieillesse dans le mystère de la passion d'Arnould Greban et dans le mystère de la passion de Troyes », in *Vieillesse et vieillissement au Moyen-Age*, Aix-en-Provence 1987

BIDERBOST Yvo, « Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes », *PJA* 2010 p.3

BIGLER-EGGENBERGER Margrith, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2002, ad Art. 16 ZGB

BLANCHARD Nicole, « La levée du secret professionnel », *Médecine & Hygiène* 2432, 9 avril 2003, p.762

BLANCHARD Nicole, « La surveillance des professions de la santé », in *Médecin et droit médical*, 3^{ème} éd., Chêne-Bourg 2009, p.230ss

BOHNET François, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011, ad art. 261, 262 et 265 CPC

BOHNET François, « L'avocat, l'indigent et la victime, L'aide juridique fondée sur la LAVI au regard de l'assistance judiciaire », *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p.161ss

BOINAY Gabriel, « Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande », *RJJ* 1 1998

BOIS Jean-Pierre, *Histoire de la vieillesse*, Paris 1994

BOLL Jürg, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, Zurich 1983

BONNARD Yves/CIOLA-DUTOIT Sophie/SCHORNO Deborah, « Partage du travail et responsabilités en clinique privée », *PJA* 2010 p.1401ss

BREHM Roland, *La réparation du dommage corporel en responsabilité civile*, Berne 2002

BREITSCHMID Peter/REICH Johannes, « Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht », *RDT* 2001, p.144ss

BREITSCHMID Peter/STECK Daniel/WITTMER Caroline, « Der Heimvertrag », *FamPra.ch* 4/2009, p.867ss

BUCHER Andreas, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^{ème} éd., Bâle 2009

BUGNON Hubert, « Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, Petit(s) commentaire(s) », in *La protection de la personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans*, Fribourg 1993, p.35

BURSTON G. R., « Granny-battering », *British Medical Journal*, 6 septembre 1975 (3)

*

CARIO Robert, *L'ainé(e) victime, la fin d'un tabou ?*, Paris/Budapest/Turin 2003

CASONI DELCÒ Patrizia, « Amélioration de la protection des enfants – victimes de délits à caractère sexuel », in *Aide aux victimes en Suisse, expériences et perspectives*, Berne 2004, p.47ss

CASSANI Ursula, *Commentaire romand, Code pénal I*, ad art. 11 CP, Bâle 2009

CAUDRON Jean-Michel/CHARLOT Valérie/GUFFENS Caroline, *La maltraitance envers les personnes âgées vulnérables*, Voiron 2007

CHAPPUIS Christine, *Commentaire romand, Code des obligations I*, ad art. 32, 33, 34, 35 CO, Genève/Bâle/Munich 2003

CHASTAND Jean-Baptiste, « Maltraitance des personnes âgées : le gouvernement peine à convaincre », in *Le Monde*, 17 octobre 2008

COMMISSION D'ÉTHIQUE (canton de Neuchâtel), *Recommandations de la Commission d'éthique en ce qui concerne la qualité de vie dans les établissements pour personnes âgées – Prévention de la maltraitance*, Neuchâtel 2009

COMMISSION D'EXPERTS POUR LA RÉVISION DE LA LOI FÉDÉRALE SUR L'AIDE AUX VICTIMES, *Projet de révision totale de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), Rapport explicatif*, Neuchâtel 2002

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (Québec), *L'exploitation des personnes âgées, vers un filet de protection resserré*, Québec 2001

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (Québec), *L'exploitation des personnes âgées, Rapport sur la mise en œuvre des recommandations formulées dans le rapport « Vers un filet de protection resserré »*, Québec 2005

CONSEIL DE L'EUROPE, *La violence envers les personnes âgées*, Strasbourg 1992

CONSEIL DE L'EUROPE, séminaire sur *La protection des droits de l'homme et la situation particulière des personnes âgées dans des maisons de retraite ou dans des institutions*, Strasbourg 2001

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message et projet concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, FF 2006 6635 et FF 2006 6767

CONVERSET Stéphanie, « L'action civile jointe selon l'article 9 LAVI : Controverses et perspectives », *PCEF* 2005 p.527ss

CONVERSET Stéphanie, *Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage, De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit*, Genève/Zurich/Bâle 2009

CORBOZ Bernard, « Les droits procéduraux découlant de la LAVI », *SJ* 1996 p.53ss

CORBOZ Bernard, *Commentaire romand, Code pénal I*, ad art. 12 CP, Bâle 2009

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse, Volume I*, 3^{ème} éd., Berne 2010 (cité CORBOZ (2010a))

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse, Volume II*, 3^{ème} éd., Berne 2010 (cité CORBOZ 2010b))

COSSALI SAUVAIN Monique, « Les nouvelles directions prises par la révision de la LAVI », in *La criminologie – Evolutions scientifiques et pratiques : hier, aujourd'hui et demain*, Coire/Zurich 2004, p.193ss

COURAU Christophe, « Comment on traitait nos anciens », *Historia*, n°682, octobre 2003

CRASS, *Exigences intercantionales de qualité et de sécurité en vue de l'obtention et du maintien de l'autorisation d'exploiter une institution pour personnes âgées*, adoptées par la CRASS le 26.10.2001 (révisées le 04.04.2005)

CSOL-LAVI, *Recommandations pour l'application de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions*, Berne 2010,
http://www.sodk.ch/fileadmin/user_upload/Fachbereiche/Opferhilfe/SODK_Empf_Opferhilfe_f_Web_def.pdf

*

DÄPPEN-MÜLLER Silvia, *Kindsmisshandlung und -vernachlässigung aus straf- und zivilrechtlicher Sicht*, Zurich 1998

DEBOUT Michel, *Prévenir la maltraitance envers les personnes âgées*, Rennes 2003

DELACHAUX François, « Le choix du tuteur par l'autorité tutélaire », *RDT* 1995 p.22ss

DELNON Vera/RÜDY Bernahrd, *Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB*, Bâle 2007, ad Art. 180, 181, 183, 184 StGB

DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri, *Personnes physiques et tutelle*, 4^{ème} éd., Berne 2001

DESPONT Olivier, *De la maltraitance vers la reconnaissance*, Genève 1998

DIBOUËS Frank, « Grand âge facteur de risque ? Violence et maltraitance envers les personnes âgées en institution », in *Maltraitance et violences. Prise en charge du petit enfant, de l'adolescent, de l'adulte, de la personne âgée*, Paris 2004, p.203ss

DONATSCH Andreas, *Strafrecht III*, 9^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008

DONATSCH Andreas/TAG Brigitte, *Strafrecht I*, 8^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2006

DONATSCH Andreas/WOHLERS Wolfgang, *Strafrecht IV*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2004

DONZÉ, « Personnes âgées maltraitées, EMS : le scandale », *L'Illustré*, 4 mars 1998

DUC Myriam, « Maltraitance et troubles cognitifs », in *Vieillards martyrs, vieillards tirelire*, Chêne-Bourg 1999

DUCROT Michel, « La qualité de partie du lésé en particulier sa qualité pour recourir contre les prononcés rendus sur l'action publique (LAVI et procédure pénale valaisanne », *RVJ* 1995, p.333ss

DUMOULIN Jean-François, « La confidentialité et la "maltraitance" », *Plädoyer* 3/99, p. 52

DUMOULIN Jean-François, « Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux », in *Jusletter* 18 janvier 2010

DUMOULIN Jean-François, « Le secret professionnel des soignants », *RSDS* 2/2004, p. 23

DUMOULIN Jean-François, « Maltraitance et personnes âgées », in *Médecin et droit médical*, 3^{ème} éd., Chêne-Bourg 2009, p.501ss

DUMOULIN Jean-François, « Maltraitance et personnes âgées », *Médecine et Hygiène*, 2404, 11 septembre 2002, p. 1640

DUPUIS Michel/GELLER Bernard/MONNIER Gilles/MOREILLON Christophe/PIGUET Christophe/BETTEX Christian/STOLL Daniel, *Petit commentaire, Code pénal*, Bâle 2012

*

EDELMANN Urs, « Opfer und Strafprozess. Was hilft den Opfern ? », in *La criminologie – Evolutions scientifiques et pratiques : hier aujourd’hui et demain*, Coire/Zurich 2004, p.209ss

EGGER A, *Zürcherkommentar, Das Familienrecht, Dritte Abteilung : Die Vormundschaft, Art.-360-456*, 2^{ème} éd., Zurich 1948

ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 1997

ESCRIBANO Jean-Charles, *On achève bien nos vieux*, Mesnil-sur-l’Estrée 2007

*

FELLMANN Walter, « Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten », in *Arztrecht in der Praxis*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, p.103ss

FELLMANN Walter, « Die Haftung des Privatarztes und des Privatspital », in *Die Haftung des Arztes und des Spitals*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p.47ss

FILLI Alexander, « Die Auskunfterteilung des Arztes an Behörden unter dem Aspekt des Berufsgheimnisses gemäss Art. 321 StGB », *BJM*, 1987, p. 63

FLAHAULT-RUSCONI Elena, « Le devoir d'agir du supérieur hiérarchique en milieu hospitalier sous l'angle du droit pénal », in *Aspects de droit médical*, Fribourg 1987, p.149ss

FLEURY C./LEUBA J.-J., *Un home au-dessus de tout soupçon*, Neuchâtel 1993

FORSTER Marc, *Basler Kommentar, Strafrecht I, Art.1-110 StGB, Jugendstrafgesetz*, 2^{ème} éd., Bâle 2007, Vor Art. 24 StGB, ad Art. 24, 25 StGB

FRIDEZ Denis, « Médecine de homes dans le Jura », *BMS*, 2001, 82, n°5

FUCHS Eric, « Respect de la liberté individuelle et ses limites du fait de la maladie, de la sénilité et des dépendances. Réflexions sur le droit de contrainte », *RDT* 2000 p.16

FUHRER Stephan, « Vom Schutz der geschützten Gedanken zum Geltungsbereich des Opferhilfegesetzes (OHG) », *HAVE* 2003, p.262ss

*

GAGNEBIN Johanne, « Panorama des législations romande et tessinoise – Résultat d’une enquête », in *Médiation et santé, Colloque du 1^{er} juin 2007*, Berne/Zurich/Bâle/Genève 2008, p.53ss

GARBADE Jean-Pierre, « Le procès pénal : un obstacle pour la satisfaction des victimes ? », in *La criminologie – Evolutions scientifiques et pratiques : hier aujourd’hui et demain*, Coire/Zurich 2004, p.221ss

GASSMANN Jürg, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bâle 2011, ad Art. 377 ZGB

GEISER Thomas, « Demenz und Recht Regulierung – Deregulierung », *RDT* 2003, p.97ss

GEISER Thomas, « Einweisung, Behandlung und Betreuung psychischkranker Personen. Die Rechte der Patienten », in *Droit, santé mentale et handicap (Actes de la 9^e journée de droit de la santé)*, Chêne-Bourg/Genève 2003, p.33ss (cité 2003b)

GILLIOZ Lucienne/DE PUY Jacqueline/DUCRET Véronique, *Domination et violence envers la femme dans le couple*, Lausanne 1997

GINESTE Yves/MARESCOTTI Rosette, « La maltraitance des personnes âgées en milieu de soins prolongés existe-t-elle au Québec », *Revue du Centre de consultation et de formation*

- en psychogériatrie de Montréal*, Printemps 2000, disponible en ligne : <http://cec-formation.net.pagesperso-orange.fr/violencecccfp.html>
- GINESTE Yves/MARESCOTTI Rosette, « La violence en institution pour personnes âgées : du constat aux solutions », in *Silence on frappe...De la maltraitance à la bientraitance des personnes âgées*, Milly-la-Forêt 2004
- GOMM Peter, « Die Genugtuung nach dem Opferhilfegesetz », *HAVE* 2005 p.175ss
- GOMM Peter, « Subsidiarität und Koordination von Entschädigungsleistungen mit Leistungen Dritter nach dem Opferhilfegesetz », in *Aide aux victimes en Suisse, expériences et perspectives*, Berne 2004, p.281ss
- GOUIRAN Gérard, « La vielha au pays de joven », in *Vieillesse et vieillissement au Moyen-Age*, Aix-en-Provence 1987
- GRAVEN Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2^{ème} éd., mise à jour par Bernhard Sträuli, Berne 1995
- GROSS Jost, « Haftung des Spitalarztes und des Spitals nach öffentlichem Recht », in *Die Haftung des Arztes und des Spitals*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p.35ss
- GROSS Jost, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, 2^{ème} éd., Berne 2001
- GUILLEY Edith, « La vie en institution », in *OFS, Recensement fédéral de la population 2000, Âges et générations, La vie après 50 ans*, Neuchâtel 2005
- GUILLOD Olivier/MEIER Philippe, « Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux », in *Famille et droit, mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65e anniversaire*, Fribourg 1995, p.325
- GUILLOD Olivier, « La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule », in *La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale*, Lugano 1989, p.55ss
- GUILLOD Olivier, « La responsabilité dans les hôpitaux publics », in *La responsabilité de l'Etat*, Genève 2012, p.231ss (cité GUILLOD (2012a))
- GUILLOD Olivier, « Le secret médical aujourd'hui », in *Le secret, éthique, transparence et confidentialité* (Cahiers Erié), Lausanne 1996
- GUILLOD Olivier, « Protection des données dans le domaine de la santé – Quelques réflexions », in *L'indépendance des autorités de surveillance*, Bâle/Genève 2012, p.77ss (cité GUILLOD (2012b))
- GUILLOD Olivier, « Traitement et contrainte : faut-il choisir ? », in *Prescrire la contrainte*, Genève 2000, p.185ss
- GUILLOD Olivier/HELLE Noémie, « Traitement forcé : des dispositions schizophrènes ? », *RDT* 2003 p.347ss
- GUILLOD Olivier/MARTIN Jean, « Secret médical. Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient ? », *BMS*, 2000 ; 81 :NR 37, P. 2049
- GUILLOD Olivier/RAPIN Christophe, « Rapport suisse », in *La responsabilité, Aspects nouveaux*, Paris 2003, p.375ss
- GUILLOD Olivier/VAN GESSEL Christian, « Division commune d'un hôpital privé : quel régime de responsabilité ? », *PJA*, 4/2001, p.420ss
- GUILLOD Olivier/WINKLER Gladys, « Une professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs ? », in *Jusletter* 13 août 2007
- GUINAND Jean, « Révision de la LAVI – Les travaux de la commission d'experts », in *Aide aux victimes en Suisse, expériences et perspectives*, Berne 2004, p.363ss

GUTTON Jean-Pierre, *Naissance du vieillard*, Paris 1988
GUTZWILLER Peter Max, « Über die Substanz der Urteilsfähigkeit », *PJA* 10/2008, p.1223
GUYAZ Alexandre, « L'indemnisation du tort moral en cas d'accident », *SJ* 2003 II, p.1ss

*

HÄBERLI Thomas, « Das Opferhilferecht unter Berücksichtigung der Praxis des Bundesgerichts », *ZBJV* 2002 (138), p.361ss
HÄFELI Christoph, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 4^{ème} éd., Bâle 2010, ad Art. 380/381 ZGB
HÄFELI Christoph, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bâle 2011, ad Art. 401, 406 ZGB
HALDIMANN Pascale, « La pratique quotidienne dans les centres LAVI – La reconnaissance de la qualité de victime dans la perspective d'une intervenante LAVI », in *La nouvelle loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions*, Zurich/St-Gall 2009, p.219ss
HARTMANN Kristina/ZOLLINGER Ulrich, « Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber Justiz und Polizei », *BMS*, 2001 ; 82 : Nr 26, p. 1385ss
HAUSHEER Heinz/GEISER Thomas/AEBI-MÜLLER Regina E., *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Berne 2010
HEIM Willy, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, Lausanne 1944
HIRSCH Laurent, « Le tort moral dans la jurisprudence récente », in *Le préjudice corporel : bilan et perspectives*, Berne 2009, p.259ss
HOHL Fabienne, *Procédure civile*, Tome II, 2^{ème} éd., Berne 2010
HOMANN Birthe/ZEILINGER Sabine, « Betagte : Ein Lebensabend in Angst und Qual », *Beobachter* 1/2003
HONSELL Heinrich, *Handbuch des Arztrecht*, Zurich 1994
HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2005
HUGENTOBLER Valérie, « L'évolution des besoins en soins des personnes âgées en Suisse », *Aspects de la sécurité sociale*, 3.2004, p.17
HUGONOT Robert, « Le réseau Alma : Allô Maltraitance », in *Silence on frappe...De la maltraitance à la bientraitance des personnes âgées*, Milly-la-Forêt 2004
HUGONOT Robert, *La vieillesse maltraitée*, 2^{ème} éd., Paris 2003
HUGONOT Robert, *Violences invisibles – Reconnaître les situations de maltraitance envers les personnes âgées*, Paris 2007
HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008
HURTADO POZO José, *Droit pénal, Partie générale*, Genève/Zurich/Bâle 2008
HURTADO POZO José, *Droit pénal, Partie spéciale*, Genève/Zurich/Bâle 2009

*

JASPARD Maryse, « Violence et maltraitance ? – Le poids des mots et des chiffres », *Gérontologie et Société*, n°92, mars 2000, p.11ss
JEANDIN Nicolas, *Commentaire romand, Code civil I*, Bâle 2010, ad art. 28, 28a, 28c CC
JEANNERET Yvan, « L'omission de prêter secours et le concours d'infractions (art. 128 CP) », *RPS* 120 (2002), p.377ss
JEANNERET Yvan, *Commentaire romand, Code pénal I*, ad art. 34 CP, Bâle 2009
JENNY Guido, *Basler Kommentar, Strafrecht I, Art.1-110 StGB, Jugendstrafgesetz*, 2^{ème} éd., ad Art. 12 StGB, Bâle 2007

*

KELLER Karin, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB*, Zurich 1993

KILLIAS Martin, « La LAVI comme fruit de recherches sur les attentes et les difficultés des victimes d'infractions criminelles », *RPS* 111 (1993), p.397ss

KILLIAS Martin/AEBI Marcelo F./KUHN André, *Précis de criminologie*, 3^{ème} éd., Berne 2012

KILLIAS Martin/KUHN André/DONGOIS Nathalie/AEBI Marcelo F., *Précis de droit pénal général*, 3^{ème} éd., Berne 2008

KNAPP Blaise, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} éd., Bâle 1988

KUHN André, « L'aide aux victimes, pourquoi et pour qui ? », *AJP/PJA*, 8/1992, p.992ss

KUHN André, « La fixation de la peine », *RJJ* 2006 237ss

KUHN André, « La punitivité du public augmente-t-elle et correspond-elle à celle des juges », *RPS* 2011 p.180ss

KUHN André, *Commentaire romand, Code pénal I*, ad art. 40, 42, 43 CP, Bâle 2009

*

LACAN Jean-François, *Scandales dans les maisons de retraite*, Paris 2002

LAGRAULA-FABRE Myriam, « La violence institutionnelle dans les établissements sociaux et médico-sociaux, une question de droit ? », *RDSS* n°1, janvier-février 2005, p.110 (cité LAGRAULA-FABRE (2005b))

LAGRAULA-FABRE Myriam, *La violence institutionnelle. Une violence commise sur des personnes vulnérables par des personnes ayant autorité*, Paris 2005 (cité LAGRAULA-FABRE (2005a))

LANGENEGGER Ernst, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 2^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich 2002, ad Art. 369 ZGB

LANGENEGGER Ernst, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bâle 2011, ad Art. 374 ZGB

LANGUIN Noëlle/ROBERT Christian-Nils, « Quel rôle pour la victime dans le procès pénal ? », in *Plaidoyer* 3/08, p.56ss

Le Petit Larousse, Grand Format, Paris 1994

Le Petit Robert, Paris 1978

LEFEUVRE-DARNAJOU Karine, « La violence en milieu hospitalier : de la prévention à la sanction de la violence par le droit », *Médecine & Droit*, 2004, p.54ss

LEGROS Huguette, « Les amours des vieillards et leur cortège de vice », in *Vieillesse et vieillissement au Moyen-Age*, Aix-en-Provence 1987

LEUBA Audrey, « Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil », in *La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006, En l'honneur du Professeur Martin Stettler*, Genève/Zurich/Bâle 2007, p.27ss

LEUBA Audrey/TRITTEN Céline, « La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution », *RDT* 2003, p.284

LEUBA Audrey/TRITTEN Céline, « Les directives anticipées en Suisse : quelques aspects juridiques », in *Les directives anticipées – Une façon pour chacune, chacun d'exprimer ses projets de vie (Les cahiers de l'action sociale et de la santé)*, Genève 2005, p.22ss

LÉVESQUE Marie-Josée, « Les personnes âgées maltraitées, Eléments de problématique et bibliographie sélective (1980-1987), in *Vieillir sans violence*, Québec 1990, p.29ss

LOEW François/RAPIN Charles-Henri/HALPÉRIN Daniel S., « Maltraitance de la personne âgée : particularités de l'évaluation et de l'intervention », *Sexologie*, vol. IX, n° 31, 2000

LOGOZ Paul, *Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale I*, Neuchâtel 1955

LUH Andreas, « Das "Goldene Zeitalter der Alten" ? Alter in historischer Perspektive », *Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie*, Band 36, Heft 4 (2003)

LUZE (de) Estelle, *Le droit de correction notamment sous l'angle du bien de l'enfant*, Lausanne 2011

*

MADER Mélanie, « Financement des hôpitaux et des soins: éléments importants des révisions LAMal, marge de manoeuvre des cantons et rôle de la liberté économique », in *Jusletter* 16 août 2010

MAHON Pascal/PULVER Bernhard, « Tribunal fédéral, 23.5.2000/a », *RDAF* 2001 I p.536ss

MAIER Philipp, *Basler Kommentar Strafgesetzbuch II*, Art. 111-401 StGB, Bâle 2007, ad Art.189, 190, 191, 192, 193 StGB

MAÎTRE Yves, *Commentaire romand, Code de procédure pénale*, Bâle 2011, ad art. 301, 302 CPP

MANAI Dominique, *Commentaire romand, Code civil I*, Bâle 2010, ad Art. 11, 12 CC

MANAI Dominique, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne 2006

MANDOFIA BERNEY Marina/UMMEL Marinette/MAURON Alex, « Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique, cadre éthique et juridique », *Cahiers médico-sociaux*, 1995, volume 39, n°4, p.362

MARGAIRAZ Christiane, « Violence et santé des personnes victimes », in *Aide aux victimes en Suisse, expériences et perspectives*, Berne 2004, p.195ss

MARTI Ursula/PETRY Roswitha, « La jurisprudence en matière disciplinaire rendue par les juridictions administratives genevoises », *RDAF* 2007 (63), n°3, p.227ss

MARTIN Jean-Pierre, « Maltraitance des personnes âgées. De la préhistoire à nos jours ou comment rien n'a changé ou presque... », in *Silence on frappe...De la maltraitance à la bientraitance des personnes âgées*, Milly-la-Forêt 2004

MARTIN-ACHARD Pierre, « Médecins et responsabilités », in *Médecin et droit médical*, 3^{ème} éd., Chêne-Bourg 2009, p.319ss

MARTIN-ACHARD Pierre/THÉVENOZ Luc, « La responsabilité civile des médecins des hôpitaux publics », in *Aspects de droit médical*, Fribourg 1987, p.227ss

MAURER Thomas, « Das Opferhilfegesetz und die kantonalen Strafprozessordnungen », *RPS* 111 (1993), p.375ss

MAYER Tamaris, « Schweizerische Ombuds- und Beschwerdestellen für Betagte und Altersfragen », *Fachzeitschrift Heim*, 9/2002, p.457ss

MEIER Philippe, « La confidentialité des informations médicales dans le cadre des activités tutélaires », *RDT* 6/96, p.205ss

MEIER Philippe, « La curatelle protéiforme dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte : une proposition de simplification », in *La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006, En l'honneur du Professeur Martin Stettler*, Genève/Zurich/Bâle 2007, p.47ss

MEIER Philippe, « La position des tiers en droit de la tutelle – Une systématisation », *RDT* 3/96, p.81 (cité 1996a)

MEIER Philippe, « Le nouveau droit de protection de l'adulte – Présentation générale », in *Jusletter* 17 novembre 2008

MEIER Philippe, « Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et droit futur », in *La planification du patrimoine*, Genève/Zurich/Bâle 2009, p.39ss

MEIER Philippe/LUKIC Suzana, *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Genève/Zurich/Bâle 2011

- MEIER Philippe/PIOTET Denis, « Le nouvel art. 28b CC : plus efficace, plus complexe ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève/Zurich/Bâle 2008, p.309ss
- MEILI Andreas, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 4^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich 2010, ad Art. 28, 28a, 28c, 28d, 28e ZGB,
- MEUWLY, « Annie, vie et mort en EMS », *Le Temps*, 6 mars 2000
- MEYER Claudia, « Limites de l'aide aux femmes – victimes de violences conjugales ou de traite », in *Aide aux victimes en Suisse, expériences et perspectives*, Berne 2004, p.63ss
- MINOIS Georges, *Histoire de la vieillesse, De l'Antiquité à la Renaissance*, Paris 1987
- MIZEL Cédric, « La qualité de victime LAVI et la mesure actuelle des droits qui en découlent », *JT* 2003 IV 38ss
- MONNIER Gilles, *Commentaire romand, Code pénal I*, Intro aux art. 14 à 18 CP, ad art. 14 CP, Bâle 2009
- MONTMOLLIN (de) Jean-François, « L'instance d'indemnisation à Genève : 10 ans d'expérience originale », in *Aide aux victimes en Suisse, expériences et perspectives*, Berne 2004, p.299ss
- MOOR Pierre, *Droit administratif, Volume II*, 2^{ème} éd., Berne 2002
- MOREILLON Laurent, *L'infraction par omission*, Genève 1993
- MOREILLON Laurent, « Omission de porter secours. Article 128 nouveau du Code pénal suisse : Genèse, portée et examen comparé des solutions en droits suisse, français et allemand », *RPS* 112 (1994), p.233ss
- MÜLLER Christoph, « La responsabilité civile du médecin », in *Quelques actions en responsabilité*, Neuchâtel 2008, p.99ss
- MÜLLER Christoph, « La solidarité parfaite », in *La pluralité des responsables*, Berne 2009, p.31ss
- MÜLLER Markus, « Legalitätsprinzip – Polizeigeneralklausel – Besonderes Rechtsverhältnis », *ZBVJ*, Band 136, 2000, p.725ss

*

- NAVILLE François « Le secret professionnel des médecins », in *Droit et vérité. Le droit oblige-t-il à parler et à dire la vérité ?*, Genève 1946
- NAY Giusep, « Les droits de la victime dans la procédure pénale », in *Réparation et réconciliation, Expériences d'aide aux victimes et de médiation pénale*, Lucerne 1997, p.22ss

*

- OBERHOLZER Niklaus, *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II Art. 111-401 StGB*, 2^{ème} éd., Bâle 2007, ad Art. 321 StGB
- OFS, *Enquête suisse sur la santé, Santé et comportements vis-à-vis de la santé en Suisse 2007*, Neuchâtel 2010 (cité OFS (2010a))
- OFS, *Memento statistique de la Suisse*, Neuchâtel 2010 (cité OFS (2010b))
- OMS, *Rapport mondial sur la violence et la santé*, Genève 2002
- ONU, *Maltraitance des personnes âgées : évaluation du problème et propositions d'action à l'échelle mondiale*, janvier 2002

*

- PASQUIER (du) Claude, *Introduction à la théorie générale et la philosophie du Droit*, Lausanne 1988
- PAUPERT-BOUCHIEZ Anne, « "Sages-femmes" ou sorcières ?, Les vieilles femmes des évangiles aux quenouilles », in *Vieillesse et vieillissement au Moyen-Age*, Aix-en-Provence 1987
- PETER Bernard, « Vieillards agressifs et maltraitants », in *Le Journal international de Victimologie*, Année 3, Numéro 2, Janvier 2005, disponible en ligne : <http://www.jidv.com/PETER-JIDV9.htm>
- PETERMANN Frank Th., « Demenz-Erkrankungen und Selbstbestimmung – ein Widerspruch in sich ? », *HILL* 2007 II N.1
- PETITPIERRE Gilles, « Le préjudice patrimonial et le tort moral : vers de nouvelles frontières ? », in *Le préjudice. Une notion en devenir*, Genève/Zurich/Bâle 2005, p.63ss
- PIQUEREZ Gérard, « La nouvelle loi sur l'aide aux victimes d'infractions : quels effets sur la rc et la procédure pénale ? », *RJJ* 1996 1 p.62ss
- PIQUEREZ Gérard, *La responsabilité des hôpitaux publics jurassiens en raison de l'exercice des professions médicales dans ces établissements*, Texte légèrement remanié et complété de la conférence prononcée le vendredi 23 avril 1987 à l'occasion du Séminaire sur la responsabilité médicale, à Coeuve
- PIQUEREZ Gérard/MACALUSO Alain, *Procédure pénale suisse*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2011
- PLAMONDON Louis, « Réseau Internet Francophone Vieillir en Liberté », in *La victimisation des aîné(e)s. Négligences et maltraitements à l'égard des personnes âgées*, Paris 2003
- PLAMONDON Louis, « Violence en gériatrie : le cas de la douleur et ses enjeux éthiques », *Gérontologie et société*, n°92, mars 2000, p.130
- POIRIER Donald/POIRIER Norma, *Pourquoi est-il si difficile de lutter contre la violence envers les aînés et en particulier contre l'exploitation économique dont ils sont victimes ?*, Rapport présenté à la Commission du droit du Canada le 17 juillet 1999, disponible en ligne http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/lcc-cdc/combat_elder_abuse-f/poirier-f.html
- POLEDNA Tomas/Berger BRIGITTE, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne 2002
- POLLET Gilles, « La vieillesse dans la littérature, la médecine et le droit au XIX^{ème} siècle : sociogenèse d'un nouvel âge de la vie », *Retraite et Société* n°34 (Images de la vieillesse), octobre 2001
- PREDALI Dominique/SOUBEYRAND Jacques, *Douze gériatres en colère*, Villeneuve-d'Ascq 2009
- PROBST Thomas, « La causalité aujourd'hui », in *Les causes du dommage (Journées de la responsabilité civile 2006)*, Genève/Zürich/Bâle 2007, p.15ss
- PROBST Thomas, « La solidarité imparfaite », in *La pluralité des responsables*, Berne 2009, p.51ss

*

- Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les EMS vaudois*, Lausanne 2001
- Rapport enfance maltraitée en Suisse*, FF 1995 IV 53
- REIS Myrna/NAHMIASH Daphne, *Les mauvais traitements à l'égard des personnes âgées – Un manuel d'intervention*, Saint-Nicolas 1998
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008
- RIBAUX Alain, « Tuteurs et autorités de tutelle : quelle responsabilité ? », *RDT* 1997, p.161ss
- RIEDO Christof, *Basler Kommentar, Strafrecht I, Art.1-110 StGB, Jugendstrafgesetz*, 2^{ème} éd., Vor Art. 30 StGB, ad Art. 30 StGB, Bâle 2007

RIEMER Hans Michael, « Willensvertretung bei Betagten. Eine Schnittstelle zwischen Auftrags-, Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Immobiliarsachenrecht », *Recht* 1998, p.21

RIEMER Hans Michael/RIEMER-KAFKA Gabriela, « Les droits attachés à la personnalité et la protection de la personnalité selon les art. 27/28-28L CCS », *FJS* 1165, Genève 1988

RIKLIN Franz, « Zum Rechtfertigungsgrund der Wahrung (Wahrnehmung) berechtigter Interessen », in *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Bâle/Genève 2002, p.537ss

RIKLIN Franz, *Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB*, Bâle 2007, Vor Art. 173 StGB, ad Art. 177 StGB

ROBERT Olivier, « Aide aux victimes d'infractions : Mise en œuvre de la LAVI dans le canton de Neuchâtel », *RJN* 2001 p.33ss

ROSCH Daniel, « Die Begleitbeistandschaft – Per aspera ad astra ? », *FamPra* 2010, p.268s

ROSCH Daniel, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bâle 2011, ad Art. 391, 393, 394/395, 396, 398, 433-435 ZGB

ROSENMAYR Léopold, « L'image de la vieillesse à la naissance de l'Europe », *Retraite et Société* n°34 (Images de la vieillesse), octobre 2001

ROTH Andreas A./BERKEMEIER Anne, *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art.111-401 StGB*, 2^{ème} ed., Vor Art. 122 StGB, ad Art. 122, 123, 126 StGB, Bâle 2007

ROTH Robert /THALMANN Vanessa, *Commentaire romand, Code pénal I*, Bâle 2009, ad Intro art. 34 à 46 CP, Bâle 2009

ROTH Robert, « La protection pénale de la personne âgée », *Gérontologie*, 1992, n°4, p.30ss

ROUGEMONT (de) François, « La coexistence des secrets : le secret médical et le secret de fonction », in *Médecine et détention*, Berne 2002, p.89

ROULET Delphine, *Comprendre la maltraitance des personnes âgées pour mieux la prévenir*, Lausanne 2002

ROULET Delphine/RIVOIR Anna, *Maltraitance des personnes âgées*, Lausanne 2011

RUDHARDT Jean, « Vieillesse et liberté dans la Grèce antique », in *L'homme très âgé, Quelles libertés*, Genève 1992

*

SANTÉ CANADA, *Mauvais traitements et négligence à l'égard des aînés : Document de travail*, 2000, disponible en ligne <http://www.hc-sc.gc.ca/nc-cn>

SAUSSURE (de) Christian, « Maltraitance : le viol des aînés », in *Vieillards martyrs, vieillards tirelires*, Chêne-Bourg 1999, p.3ss

SCHAFFNER Marc-Antoine, *L'autorisation de révéler un secret professionnel*, Lausanne 1952

SCHNEEBERGER Maurice, « La loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions », *FJS* n°249, Genève 1996

SCHNEIDER Hans-Dieter/SIGG Edith, *Gibt es das : Gewaltigkeit in Alters- und Pflegeheimen ?*, Fribourg 1990

SCHNEIDER Roland M./GARRÉ Roy, *Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGC*, Bâle 2007, ad Art. 42, 43 StGB

SCHNYDER Anton K., *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 4^{ème} éd., Bâle 2007, ad Art. 41, 55

OR

SCHNYDER Bernhard/MURER Erwin, *Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung, Das Vormundschaftsrecht*, 3^{ème} éd., Berne 1984, ad Art. 369 ZGB

SCHOENENWEID André, « Le tuteur face aux informations confidentielles », *RDT* 1986, p.133ss

- SCHUBARTH Martin, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besondere Teil, Band I*, Berne 1982
- SCHWAAB Jean Jacques, *Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces*, Montreux 1976
- SCHWAAR Jean-Luc, « La nouvelle loi sur l'aide aux victimes d'infractions – Nouveautés en matière d'indemnisation », in *La nouvelle loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions*, Zurich/St-Gall 2009, p.81ss
- SCHWAB Dieter, « Selbstbestimmung im Alter », ZBVJ, Band 142, 2006, p.561ss
- SCHWANDER Marianne, *Violence domestique : analyse juridique des mesures cantonales*, Berne 2006
- SEELMANN Kurt, *Basler Kommentar Strafrecht I, Art.1-110 StGB*, 2^{ème} éd., Bâle 2007, ad Art. 11 StGB, Vor Art. 14 StGB, ad Art. 14 StGB
- SEELMANN Kurt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4^{ème} éd., Bâle 2009
- SIMONIN Mathieu, « Les facteurs de dénonciation aux autorités : l'exemple de la violence envers les femmes », in *Public-Privé. Vers un nouveau partage du contrôle de la criminalité*, Zurich/Coire 2006, p.53ss
- SPRECHER Thomas, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010, ad Art. 261, 262 et 265 ZPO
- SPRUMONT Dominique/BORCARD Marie-Christine, « Les responsabilités au sein de l'établissement hospitalier », in *La responsabilité médicale*, Cahier n°2 de l'Institut de droit de la santé, Neuchâtel 1996, p.33ss
- SSG, *Liberté et sécurité, Lignes directrices pour l'application des mesures limitatives de liberté dans le traitement et les soins aux personnes âgées*, Berne 1999
- STÄHELIN Susanna, « Les problèmes de l'indemnisation des victimes d'infractions », in *Réparation et réconciliation, Expériences d'aide aux victimes et de médiation pénale*, Lucerne 1997, p.28ss
- STECK Daniel, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bâle 2011, ad Art. 446 ZGB
- STEFFEN Gabrielle, « Psychiatrie: le poids accordé à la décision du patient », *RSDS* 4/2004, p.35ss
- STETTLER Martin, « L'accompagnement socio-juridique de la personne très âgée », in *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag*, Berne 2002, p.717
- STETTLER Martin, « L'impact du principe de la proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires », *RDT* 1984, p.41ss
- STETTLER Martin, « La mesure de protection doit être « ciblée » : évidence ou utopie ? », in *La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006, En l'honneur du Professeur Martin Stettler*, Genève/Zurich/Bâle 2007, p.15ss
- STETTLER Martin, « La notion de discernement confrontée à l'exercice des droits fondamentaux de la personne très âgée », in *L'homme très âgé, Quelles libertés*, Genève 1992, p.143ss
- STETTLER Martin, « La protection des adultes incapables de discernement : les mesures appliquées de plein droit (art.431-442 AP), *RDS* 2003, p.369ss
- STETTLER Martin, « La référence aux proches dans le droit actuel et futur de la protection des adultes », in *Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin*, Berne/Bâle/Munich 2002, p.109ss (cité 2002a)

STETTLER Martin, « Les limites de l'aide extratutélaire apportée aux personnes âgées », *RDT* 1983, p.1

STETTLER Martin, *Droit civil I, Représentation et protection de l'adulte*, 4^{ème} éd., Fribourg 1997

STOLL Daniel, *Commentaire romand, Code pénal I*, ad art. 30, 49 CP, Bâle 2009

STRATENWERTH Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 4^{ème} éd., Berne 2011

STRATENWERTH Günter/BOMMER Felix, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, 6^{ème} éd., Berne 2008

STRATENWERTH Günter/JENNY Guido, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, 6^{ème} éd., Berne 2003

STRÄULI Bernhard, « La loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions : acquis jurisprudentiels récents », *Cahiers médico-sociaux*, 1997, 41, p.203ss

STRÄULI Bernhard, *Commentaire romand, Code pénal I*, ad Intro aux art. 24-27 CP, ad art. 24, 25 CP, Bâle 2009

STURM Gudrum, « Personnes âgées et droit des incapacités » *Revue internationale de droit comparé*, n° spécial 15, 1993, p.37

STURM Gudrum, « Vormundschaftliche Hilfsmassnahmen für Betagte in der Schweiz », *RDT* 2002, p.170ss

*

TAG Brigitte, « Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuch und der Strafprozessordnung des Kt. Zürich », *RPS*, Tome 122, 2004, p. 10

TAILLENS Françoise, « Enquête : mauvais traitements et ressources infirmières dans les EMS. La fin du silence », *Soins infirmiers*, 10/1998, p.70ss

TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 4^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2009

TERCIER Pierre, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984

TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2009

TERRASSON DE FOUGÈRES Aline, « La maltraitance des personnes âgées », *Revue de droit sanitaire et social*, n°1 janvier-mars 2003, p.176ss

THÉVENOZ Luc, *Commentaire romand, Code des obligations I*, ad Intro. art. 97-109 CO, ad art. 97, 100, 101, CO, Genève/Bâle/Munich 2003

THOMAS Hélène/SCODELLARO Claire/ DUPRÉ-LÉVÊQUE Delphine, « Perceptions et réactions des personnes âgées aux comportements maltraitants : une enquête qualitative », *Etudes et Résultats*, N°370, Janvier 2005

THOUVEREZ Chantal, « Présentation du bureau cantonal de médiation santé : Lausanne », in *Médiation et santé, Colloque du 1^{er} juin 2007*, Berne/Zurich/Bâle/Genève 2008, p.33ss

TRECHSEL Stefan, *Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar*, 2^{ème} éd., Zurich 2005

TREMBLAY Lucie, « La violence faite aux personnes âgées en institution », in *Vieillir sans violence*, Québec 1990

TRITTEN Céline, « Prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance », *RDT* 2005, p.70ss

TSCHAN Werner, « *Primum non nocere* – Les abus sexuels commis par des professionnels-le-s de la santé », in *Voir et agir. Responsabilités des professionnels-le-s de la santé en matière de violence à l'égard des femmes*, Genève 2003, p.93ss

TSR, Temps Présent du 12 juin 1997 intitulé *Les vieux ont-ils des têtes à claques ?*

TSR, Temps Présent du 15 septembre 2011 intitulé *EMS, sévices compris*

*

UMMEL Marinette/RESELLINI Jean-Pierre, « Les "instances" de levée du secret médical en Suisse », *RSJ* 90 (1994) p. 361

UE, « Avis du Comité économique et social européen sur la "Maltraitance des personnes âgées" », *Journal officiel de l'Union européenne*, 16 février 2008, C 44/109, p.109ss

UNIGER, *Prévention de la maltraitance des personnes âgées*, Lausanne 2004

*

VERON Michel, « La protection des personnes âgées par la loi pénale », in *Le Journal international de Victimologie*, Année 3, Numéro 2, Janvier 2005, disponible en ligne : <http://www.jidv.com/VERON-JIDV9.htm>

VIREDAZ Baptiste, *Commentaire romand, Code pénal I*, ad art. 37 CP, Bâle 2009

VOGT Beatrice, « Der Genugtuung genug ? », *HAVE* 2003, p.261s

VOGT Beatrice, *Kommentar zum Opferhilfegesetz*, Berne 2005, ad art. 4

VOISIN Joëlle, « Les institutions publiques, privées associatives et commerciales », *Gérontologie et Société*, n°92, mars 2000, p.29ss

*

WANNER Philippe/FORNEY Yannick, « Le vieillissement démographique en Suisse dans le temps et l'espace », in *OFS, Recensement fédéral de la population 2000, Âges et générations, La vie après 50 ans*, Neuchâtel 2005

WATTER Rolf /SCHNELLER Yves, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 4^{ème} éd., Bâle 2007, ad Art. 32, 33, 35 OR

WEBER Rolf H, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 5^{ème} éd, Bâle 2011, ad Art. 394 OR

WEDER ULRICH, « Das Opfer, sein Schutz und seine Rechte im Strafverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich », *RPS* 113 (1995), p.39ss

WEISHAUPT Eva, « Die Schweigepflicht nach Art. 4 OHG unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs », *Aide aux victimes en Suisse, expériences et perspectives*, Berne 2004, p.139ss

WERRO Franz, « La définition des biens de la personnalité : une prérogative du juge », in *La protection de la personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans*, Fribourg 1993, p.15

WERRO Franz, « La pluralité des responsables : quelques précisions et distinctions », in *La pluralité des responsables*, Berne 2009, p.15ss

WERRO Franz, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Intro. art. 41-61 CO, Intro. ad art. 50-51 CO, ad art. 41, 42, 49, 55, 394, 395 et 396 CO, Genève/Bâle/Munich 2003

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 2011

WICKI LOUIS, *Grenzen der ärztlichen Geheimhaltungspflicht*, Zurich 1972

WIEGAND Wolfgang, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 4^{ème} éd., Bâle 2007, ad Art. 101 OR

WINDLIN Franziska, *Grundfragen staatlicher Opferentschädigung*, Berne 2005

WIPRÄCHTIGER Hans, *Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGC*, Bâle 2007, ad Art. 47 StGB

WOLF Stephan/EGGEL Martin, « Zum Beurkundsverfahren beim Vorsorgeauftrag – aus der Sicht der Urkundsperson », in *Jusletter* 6 décembre 2010

*

- ZAUGG Julie, « Maltraitance des personnes âgées : les lacunes romandes », *L'Hebdo* n°16 semaine du 20 avril 2006, p.64ss
- ZEHNTER Dominik, *Kommentar zum Opferhilfegesetz*, 3^{ème} ed., Berne 2009, ad Art. 1
- ZINGG Raphael, « Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen und Nachstellungen nach Art. 28b ZGB », in *Jusletter* 28 juillet 2008