

CDDH(2018)25

23/11/2018

**COMITE DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME
CDDH**

Projet d'avis à l'intention du DH-BIO

**sur le Projet de Protocole additionnel relatif à la protection
de la dignité et des droits fondamentaux des personnes
atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement
et du traitement involontaires**

Introduction

1. Le CDDH est invité à adopter un avis à l'intention du Comité de bioéthique (DH-BIO) sur le projet de Protocole additionnel relatif à la protection de la dignité et des droits fondamentaux des personnes atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement et du traitement involontaires (voir document CDDH(2018)10).
2. Lors de sa 100^e réunion¹, le Bureau a suggéré que le CDDH s'en tienne à l'avis qu'il avait déjà donné en juin 2016 lors de sa 85^e réunion² concernant la Recommandation de l'Assemblée Parlementaire 2091(2016)³ l'Europe, tout en signalant que, selon le CDDH, il appartient au DH-BIO de décider à quel moment et selon quelles modalités poursuivre les travaux relatifs au Protocole additionnel.
3. Sur la base des suggestions du Bureau, le Secrétariat a élaboré le présent projet d'avis pour examen par le CDDH lors de sa 90^e réunion⁴.
4. Le présent document contient également en annexe les commentaires reçus de la part de quatre délégations (Belgique, Estonie, Finlande et Suisse).

¹ Berlin, 8 - 9 novembre 2018, document CDDH-BU(2018)R100, § 26.

² Strasbourg, 15-17 juin 2016, document CDDH(2016)R85, Annexe IV.

³ Recommandation de l'Assemblée Parlementaire 2091(2016) - « Plaidoyer contre un instrument juridique du Conseil de l'Europe sur les mesures involontaires en psychiatrie ».

⁴ Strasbourg, 27-30 novembre 2018.

Projet d'avis du CDDH

1. S'agissant du projet de Protocole additionnel relatif à la protection de la dignité et des droits fondamentaux des personnes atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement et du traitement involontaires, en cours d'élaboration au sein du Comité de bioéthique (DH-BIO), le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) réitère les commentaires qu'il avait formulés lors de sa 85^e réunion (15 - 17 juin 2016, document CDDH(2016)R85, Annexe IV) concernant la Recommandation de l'Assemblée Parlementaire 2091(2016) - « Plaidoyer contre un instrument juridique du Conseil de l'Europe sur les mesures involontaires en psychiatrie ». Ces commentaires se lisent comme suit :

1. Le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) note que l'article 14 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CRPD) est interprété par le comité institué par cette convention comme interdisant toute privation de liberté sur base de handicap mental. Dès lors, selon le comité établi par la CRPD, toute loi nationale sur la santé mentale prévoyant une telle privation de liberté sur la base d'un tel critère est incompatible avec ladite convention.
2. Le CDDH note également que, à partir de cette interprétation, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande au Comité des Ministres⁵:
 - (i) de retirer la proposition visant à élaborer un protocole additionnel relatif à la protection des droits humains et la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement et du traitement involontaires;
 - (ii) de concentrer plutôt son travail sur la promotion d'alternatives aux mesures involontaires en psychiatrie, y compris en élaborant des mesures visant à accroître la participation des personnes ayant un handicap psychosocial aux décisions qui concernent leur santé.
3. Si le CDDH partage la volonté de l'Assemblée de tout faire pour promouvoir des alternatives, il constate néanmoins que, dans certaines circonstances, des mesures involontaires peuvent être justifiées afin d'éviter les préjudices que le patient pourrait s'infliger ou infliger à d'autres personnes. La Cour a signalé qu'un trouble mental peut être considéré comme ayant une ampleur qui justifie l'internement obligatoire de la personne concernée s'il s'avère que l'internement est nécessaire parce que cette personne a besoin d'une thérapie, d'une médication ou d'un autre traitement clinique afin de guérir ou de soulager sa condition, mais également lorsque la personne a besoin de contrôle et de surveillance afin d'éviter, par exemple, les préjudices qu'elle pourrait s'infliger ou infliger à d'autres personnes⁶. Pour cette raison, des mesures involontaires en psychiatrie continuent d'être prévues dans les législations des Etats membres et régulièrement appliquées en pratique. Gardant à l'esprit cette réalité, le CDDH constate la nécessité de s'assurer que, en toute circonstance, la mesure involontaire est entourée des garanties requises par la Convention européenne des droits de l'homme pour (i) sauvegarder les droits et libertés de la personne

⁵ Recommandation 2091(2016) de l'Assemblée parlementaire "Plaidoyer contre un instrument juridique du Conseil de l'Europe sur les mesures involontaires en psychiatrie".

⁶ *Bergmann c. Allemagne*, n° 23279/14, arrêt du 7 janvier 2016, §97.

concernée⁷, et tout particulièrement la possibilité pour elle de disposer d'un recours effectif contre une telle mesure et (ii) prévenir des violations de la Convention semblables à celles déjà constatées par la Cour européenne des droits de l'homme à de nombreuses reprises. Tel est le but du protocole additionnel en cours de discussion au sein du DH-BIO⁸.

4. Etant donné que la Cour est régulièrement saisie de requêtes révélant des violations de la CEDH en raison de mesures involontaires, le CDDH est d'avis qu'un protocole additionnel à la Convention d'Oviedo pourrait être un outil effectif pour définir les garanties juridiques indispensables à la prévention de telles violations dans nos Etats membres. Un tel instrument viserait à mieux faire respecter les droits des personnes concernées, tant en droit qu'en pratique.
 5. Enfin, si le CDDH est persuadé que les mesures involontaires doivent garder un caractère exceptionnel et n'être envisagées qu'en l'absence d'alternatives, il est également convaincu que l'élaboration éventuelle d'un instrument juridique au sein du Conseil de l'Europe pour encadrer de telles mesures ne diminuerait nullement la crédibilité de l'Organisation, mais contribuerait au contraire à la transition progressive vers une application plus uniforme par les Etats membres des mesures volontaires en psychiatrie, en accord avec l'esprit de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.
2. Cela étant, le CDDH considère qu'il appartient au DH-BIO de déterminer, en prenant en considération les commentaires reçus durant la consultation publique, à quel moment et selon quelles modalités poursuivre les travaux dans ce domaine.
 3. A cet égard, le CDDH souhaite porter à l'attention du DH-BIO les commentaires envoyés par les délégations au sein du CDDH de la Belgique, l'Estonie, la Finlande et la Suisse. Ils figurent ci-après en annexe.

⁷ Les mesures involontaires, et notamment le placement, posent des questions de droits de l'homme importantes concernant surtout l'article 5 §1(e) (droit à la liberté et à la sûreté), mais aussi dans certains cas les articles 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) et 8 (protection de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸ Le CDDH a déjà eu l'occasion de s'exprimer au sujet de l'élaboration d'un tel protocole en 2009 (document CDDH(2009)008).

Annexe
Commentaires reçus
de la part des délégations au sein du CDDH

BELGIUM / BELGIQUE

1. Nous saluons le travail effectué au sein du Comité Bioéthique du Conseil de l'Europe concernant l'élaboration d'un projet de protocole sur le placement et le traitement involontaire des personnes atteintes de troubles mentaux. Cependant, nous ne pouvons offrir notre plein soutien à la rédaction de ce projet de Protocole.
2. Si l'on admet la nécessité de traiter des patients sans leur consentement dans des cas d'extrême nécessité (ex. patient incapable de s'exprimer), l'encadrement prévu par le projet risque à notre sens de porter préjudice de manière disproportionnée au droit à l'intégrité physique des personnes. Ce projet donne une légitimité au traitement involontaire, sans encourager son éradication et promouvoir le dialogue patient/médecin ainsi que la mise en place de traitements différents qui recueillent le consentement du patient.
3. Bien que le projet de protocole mentionne que les Parties s'engagent à assurer le développement et à privilégier le recours à des mesures moins restrictives et intrusives que les mesures involontaires, aucune obligation n'est réellement prévue à cet égard.
4. De manière plus générale mais non exhaustive, nous vous soumettons ci-dessous quelques éléments qui témoignent de notre inquiétude à l'égard de ce projet de protocole :
 - (i) Le projet ne concerne que les majeurs, excluant les mineurs qui peuvent, eux aussi, être atteints de troubles mentaux et être confrontés au placement et à un traitement involontaire. Leur inclusion nous paraît opportun comme le prévoit la Recommandation (2004)10 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.
 - (ii) Il nous paraît nécessaire de protéger davantage les personnes atteintes de troubles mentaux en mentionnant expressément dans le projet de protocole que l'inadaptation aux valeurs morales, religieuses, sociales, politiques ou autres ne peut être considéré comme un trouble mental permettant de justifier un traitement ou placement involontaire.
 - (iii) Pour le projet de protocole (art. 2), une mesure involontaire est une mesure appliquée à une personne atteinte d'un trouble mental qui s'oppose à la mesure. La définition d'« involontaire » devrait être approfondie. L'introduction de la définition de « volontaire » pourrait permettre de clarifier cette notion. Que se passe-t-il si une personne est incapable de s'exprimer, n'exprime ni consentement, ni opposition ? Par principe, 'involontaire' signifie 'où la volonté n'a pas de part'. Or, l'opposition est une mode d'expression de la volonté. Le projet de protocole n'entend-t-il donc ne viser que les personnes capables de s'exprimer qui s'opposent à une mesure ?
 - (iv) En vertu de l'art. 11, i. b), du projet de protocole, s'il existe un danger pour autrui (contrairement au cas où le patient risque de porter atteinte à sa santé), un traitement involontaire est possible sans exiger que l'aptitude du patient à prendre une décision soit altérée. Il suffit donc d'évoquer un risque d'atteinte pour autrui pour justifier un traitement involontaire.
 - (v) On notera qu'une mesure involontaire existe lorsque la personne s'oppose à la mesure en vertu de l'article 2, tandis que l'article 10 et 11 du projet de protocole exige dans certains cas, pour adopter une mesure involontaire, une capacité gravement altérée du patient. Or, lorsqu'une personne a sa capacité altérée, peut-elle s'opposer ? et quid si elle ne s'oppose pas ?

- (vi) L'article 12 applique les mêmes règles de procédure au traitement et au placement involontaire. La décision est prise par un tribunal ou un autre organe compétent. En cas d'urgence (art. 13), le texte mentionne que la prise de décision est laissée à un organe compétent.
- (vii) Pour être un organe compétent, il suffit d'être désigné par la loi. Mais il n'existe pas de garantie quant à la nature ni quant à la neutralité de cet organe compétent. Ainsi, il conviendrait de clarifier les critères selon lesquels la procédure d'urgence peut être utilisée.

ESTONIA / ESTONIE

8. **The Draft Additional Protocol as it has been drafted creates hesitations and questions.** Due to the limited scope of the Protocol, it will not be applied to minors and it will not be applied in the context of criminal procedure. Taking into account that at the same time the European Convention on Human Rights (especially Article 5 § 1 (e) and Article 8) and relevant case-law established by the European Court of Human Rights (ECtHR) already duly protects the rights with regard to involuntary placement and involuntary treatment, and is applicable also in respect of minors and in the criminal law context, the Draft Protocol rather causes confusion.
9. As the Draft Additional Protocol raises substantial questions/hesitations, we mention only aspects of principle importance and will not submit technical amendment proposals regarding the wording of each Article at this stage of the proceedings.
10. Concerning the criteria for involuntary placement and treatment, we refer once again to the Convention on Human Rights and the case-law of the ECtHR (e.g. *Winterwerp v. the Netherlands*, 24 October 1979). As **Articles 10 and 11** of the Draft Protocol **depart from the relevant criteria established already by the ECtHR**, Estonia finds that these Articles should be amended and conciliated.

For example, criteria foreseen in Articles 10 (ii) and 11 (ii) of the Draft Protocol according to which the placement and treatment may only be used for therapeutic purpose is definitely too narrow. The ECtHR has accepted that "the detention of a mentally disordered person may be necessary not only where the person needs therapy, medication or other clinical treatment to cure or alleviate his condition, but also where the person needs control and supervision to prevent him, for example, causing harm to himself or other persons" (*Hutchison Reid v. the United Kingdom*, 20 February 2003, § 52; see also *N. v. Romania*, 28 November 2017, § 151).

11. Estonia cannot accept the wording of **Article 12 § 2** either. **It disregards the courts' independence in the process of evaluation of proof.** Namely, it is generally acknowledged principle that no evidence has predetermined weight and a court shall evaluate all evidence in the aggregate according to the conscience of the judges.
12. Therefore, the wording of Article 12 § 2 should be amended accordingly, taking into account that the courts do not "act on the basis of the medical examination", but shall evaluate all evidence, including the statements of the person herself/himself, other interested parties to the proceedings etc.
13. **Article 18 remains unclear and Estonia proposes to delete it altogether.** We note that if specific treatment is carried out without lawful grounds and with purpose which is not legally or morally acceptable, it cannot be considered a treatment but torture or inhuman or degrading treatment (which is prohibited under Article 3 of the Convention on Human Rights). At the same time, every treatment has side effect, some of which cannot be foreseen. Article 18 in its current wording is unclear and can be misinterpreted.

14. Also **Article 19** remains unclear. It is not understandable which information is meant here, and at which point it should be given and to whom.

FINLAND / FINLANDE

Commentaires du Gouvernement finlandais

General remarks

15. The Government of Finland reiterates the need to carefully consider the objective and purpose of this draft Additional Protocol concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder with regard to involuntary placement and involuntary treatment in order to ensure its full conformity with international human rights standards. The Government believes that – to the extent allowed by the nature of this instrument – **the prevention of coercive measures should be given greater emphasis** in the draft Additional Protocol.
16. In addition, the Government proposes to add an article that would emphasise the use of voluntary measures as a general rule and the use of involuntary measures only as a last resort.

Article 2 – Scope and definitions

17. The Government refers to its earlier comments, where it has paid attention to the definition of *mental disorder*. “Internationally accepted medical standards” include also mental disorders for which the use of involuntary measures is always excluded (e.g. sleep disorders, gender dysphoria). The Government considers it important that at least the Explanatory Report explains the use of the definition and the related problems.
18. Moreover, it should be noted that the Convention on the Rights of Persons with Disabilities applies also to persons with psychosocial disabilities *i.e.* persons with mental health problems. The Convention presents a shift from the medical model of disability towards the human rights based approach to disability where the person is at the centre of all decisions affecting him or herself.
19. The Draft proposes that *treatment* would mean intervention *irrespective of where this treatment takes place*. The Government holds that the Convention should be applied only to treatment provided in social welfare and health care units.

Article 5 – Proportionality and necessity

20. The Government refers to Article 10 and proposes that the following text (bolded) be added: “Involuntary measures shall only be used in accordance with the principles of proportionality and necessity. Persons subject to such measures shall be cared for in the least restrictive environment possible and with the least restrictive or intrusive treatment possible, taking into account their health needs and the need to protect other persons from **serious** harm.”

Article 9 – Appropriate environment

21. Considering the content of Article 22, the Government proposes that the term *appropriate environment* in Article 9 be replaced with *registered facility*. In addition, the use of appropriate facilities, furniture and equipment could be required in the article, for instance as follows (struck through and bolded):
 “Parties to this Protocol shall take measures to ensure that any involuntary placement and any involuntary treatment take place in ~~an appropriate environment~~ **a registered facility. Such facilities shall be appropriate to the needs of the person subject to such measures as well as the need to protect others.**”

Article 14 – Extension of an involuntary measure

22. The Government points out that the article does not specify how chains of decisions should be prevented.

Article 17 – Seclusion and restraint

23. As to Article 17, paragraph 1, the Government refers to the comment on *appropriate environment* regarding Article 9. In respect of Article 17, paragraph 3, the Government proposes considering whether this paragraph should require that the persons subject to seclusion or mechanical restraint can see and hear the staff monitoring them.

Article X – Specific treatments/Treatment with the aim of producing irreversible effects

24. The Government considers it important to ensure that the proposed wording will not preclude measures necessary for preventing a risk to a patient's life or health.

Explanatory Report

25. **Paragraph 19** - See comment on the definition of *mental disorder* regarding Article 2 of the Draft Additional Protocol.
26. **Paragraph 52** - The Government finds it positive that the term used in Article 8 is interpreted to include appropriate training and continuing training.
27. **Paragraph 56** - Regarding the security classification of facilities (*high, medium, and low levels of security*) the Government considers that the need for security classification should not be emphasised but primarily the organisation of treatment, care and rehabilitation should be underlined.
28. **Paragraphs 72 and 74** - The Government proposes that the paragraphs include examples of non-restrictive, voluntary measures, such as crisis plans and psychiatric *advance directives*.
29. **Paragraph 126** - The Government proposes a clarification of the concept of *house rules* as follows (bolded) in order to emphasise that the house rules are disciplinary regulations for ordinary life that apply to all people, typically for instance in residence houses (vs. "institutional power").
- "126. The right to communicate with other persons or bodies shall not be unreasonably restricted. This does not mean that a facility cannot, for example, have "house rules" regarding visiting times, but such rules should be available for independent scrutiny. **Such "house rules" should only consist of rules for everyday life that are normally set for living in any given housing.** An example of circumstances in which it might be reasonable to place some restrictions on communication would be to prevent harm to the future prospects of the person concerned (for example if a person indicates that s/he intends to resign from his or her job, but is not considered to have the capacity to make that decision)."

Comments by the Parliamentary Ombudsman of Finland

30. The Government has reserved the possibility for the Parliamentary Ombudsman to provide his comments on the draft Additional Protocol.
31. The following comments by the Parliamentary Ombudsman relate to issues he has found important in his work as National Preventive Mechanism under the Optional Protocol to the United Nation's Convention against Torture and as national mechanism tasked to promote, protect and monitor the implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).

Article 2 - Scope and definitions - (Paragraph 4) "involuntary" refers to a placement or treatment applied to a person with mental disorder who objects to the measure;

32. According the draft Explanatory Report "(t)he definition of "involuntary" for the purpose of this Protocol refers to a placement or treatment applied to a person with a mental disorder who objects to the measure, even if that person has a legal representative who is prepared to

authorise it. This applies irrespective of the legal capacity of the person as defined by national law” (para. 21).

33. The definition may be too narrow as regards compliant patients who do not actively object to the measures applied to them. According to the case law of the European Court of Human Rights the placement of such patients in a psychiatric facility may nevertheless amount to deprivation of their liberty and call for procedural safeguards equivalent to those applicable to objecting patients.

I refer to the decision *H.L. v. UK* (2005) where the court considered the key factor to be that the health care professionals treating H.L. exercised complete and effective control over his care and movements from the moment he presented acute behavioural problems. It found both that H.L. had been deprived of his liberty and that that deprivation of liberty had taken place without the necessary procedural safeguards. (See in particular para. 90 and 123 of the decision; see also *Storck v. Germany*, 2005, para. 68-75 and 89).

Article 9 - Appropriate environment - Parties to this Protocol shall take measures to ensure that any involuntary placement and any involuntary treatment take place in an appropriate environment.

34. The draft Explanatory Report defines an “appropriate environment” by reference to the CPT-standards (Extract from the 8th General Report [CPT/Inf (98) 12]). In my opinion the possibility to take outdoor exercise on a daily basis (in the absence of medical considerations) should also be included in the list in paragraph 57 of the Report. The drafters should also consider strengthening the rights of persons with physical disabilities in psychiatric facilities in accordance with the requirement to provide reasonable accommodation in article 5(3) of the CRPD.

Article 16 - Appeals and reviews concerning the lawfulness of involuntary measures -

Paragraph 2: Parties shall ensure that any person subject to an involuntary measure can effectively exercise the right to be heard in person, with the support of his or her person of trust, if any; or through his or her representative, if such a person has been designated, at such reviews or appeals.

35. For many patients the right to access to a court or other remedies is illusory if they do not receive appropriate support. According to the case law of the European Court of Human Rights “special procedural safeguards” are required for people who are not capable of acting for themselves (*Winterwerp v. Netherlands* (1979), para. 60 and *M.H. v. United Kingdom* (2013), para. 77).
36. Therefore, the draft article 16(2) is very important. However, the exceptions mentioned in the draft (“if any”, “if such a person has been designed”) are problematic as they may justify failures to provide the patient with necessary support. There should be a more straightforward obligation to provide the patient with appropriate support, if needed. Such an obligation would also correspond to the requirement of article 12(3) of the CRPD (“States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.”)
37. **Chapter VI - Seclusion and restraint [Specific situations]** - Involuntarily admitted psychiatric patients may be subjected to more restrictions than seclusion and restraint, for instance, search of the patient’s belongings and his/her person and seizure of the patient’s belongings. Any such measures should also be subject to adequate safeguards.

Article - 19 Right to communication - 3. Their right to communicate with other persons and bodies shall not be unreasonably restricted.

38. Restrictions on the right to communicate may amount to an interference with the patient’s and other person’s rights under article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR). Consequently, such restrictions must be “in accordance with the law”, which implies that there must be appropriate protection in national law against arbitrary interferences with that right. (see e.g. *Herczegfalvy v. Austria* (1992), para. 87-92).

Article 21 - Complaints procedure - Parties shall ensure that persons subject to an involuntary measure as well as [their lawyer] any person providing them with legal assistance,

representative and person of trust, if any, have access to an effective complaints system, both within the responsible authority and to an independent outside body, regarding issues related to the implementation of involuntary measures, which are not covered by the procedures provided for in Article 16.

39. Regarding measures and restrictions not subject to appeal, the complaints procedure envisaged in article 21 must meet the requirements of an effective remedy in accordance with article 13 of the ECHR. Therefore the procedure must be construed as ensuring either the prevention of the alleged violation of the patient's rights, or the provision of adequate redress, including compensation for a victim of violation (see, for instance, *Kudla v. Poland* (2000), para. 158). I suggest that some reference to this case law is included in the Explanatory Report.

SWITZERLAND/SUISSE

40. La Suisse soutient les efforts visant à mieux encadrer le recours à des mesures de placement et de traitement involontaires car celles-ci continuent de poser des problèmes importants dans de plusieurs Etats européens, comme en attestent les nombreux constats de violations de la CEDH posés par la Cour dans ce domaine.
41. Dans le même temps, la Suisse considère qu'il est important de veiller à tenir suffisamment compte des travaux menés au niveau international sur la protection de la dignité et des droits des personnes atteintes de troubles mentaux, en particulier la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, ainsi que l'exige le préambule du projet de protocole additionnel.
42. Dans ce contexte, une attention accrue doit être accordée au principe de subsidiarité, selon lequel des mesures alternatives au placement et au traitement involontaires devraient être systématiquement recherchées.

* * *