

Véronique Gaspoz et Pierre Margot-Cattin

## Nouveau droit de protection de l'adulte: esprit et innovations

### Résumé

*Cet article présente l'esprit et les principales nouveautés du droit de protection de l'adulte. L'accent est mis sur les enjeux et défis que représente sa mise en pratique pour les personnes en situation de handicap et leur entourage.*

### Zusammenfassung

*In diesem Artikel werden der Sinn und Geist und die wichtigsten Neuerungen des Erwachsenenschutzrechts dargestellt. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt bei den Herausforderungen, die mit der Umsetzung für Menschen mit Behinderung und ihrem persönlichen Umfeld verbunden sind.*

### Introduction

Le nouveau droit de protection de l'adulte entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2013, par la modification des articles 360 et suivants du Code civil suisse<sup>1</sup>. Adopté en 2008 déjà, il remplacera le droit actuel – vieux de plus de 100 ans – connu sous le nom de *Droit des tutelles*<sup>2</sup>, et offre un panel de mesures assurant aide et protection aux personnes les plus vulnérables en raison de leur âge, de déficience physique ou psychique ou d'addiction. La révision du code civil constitue l'aboutissement d'une longue procédure entamée dans les années 1990 et répond à la nécessité d'adapter l'ancien droit aux besoins actuels.

### L'esprit de la nouvelle loi

Les nouvelles dispositions du code civil soulignent l'évolution du contexte national et international sur le plan juridique et social autour des questions touchant les situations de handicap, en particulier de nature psy-

chique. Les concepts d'autodétermination et de protection de la personnalité sont clairement au centre de cette révision. Le renforcement des solidarités familiales, l'assou-

***Les concepts d'autodétermination et de protection de la personnalité sont au centre de cette révision. Le renforcement des solidarités familiales, l'assouplissement et la réduction des temps de réaction aux situations d'urgence ou aux changements contextuels sont également escomptés.***

plissement et la réduction des temps de réaction aux situations d'urgence ou aux changements contextuels sont également escomptés. En effet, les personnes visées par le droit des tutelles à l'époque de la rédaction du code civil n'étaient pas les mêmes que celles concernées aujourd'hui : au début du 20<sup>e</sup> siècle, les catégories du 4<sup>e</sup> âge et celle des *toxicomanes* n'existaient pas<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), modification du 19 décembre 2008, RO 2011 725. Internet : [www.admin.ch/ch/f/as/2011/725.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/as/2011/725.pdf) [Consulté le 29 octobre 2012].

<sup>2</sup> Code civil suisse (De la tutelle), RS 210, art. 360 ss.

<sup>3</sup> Leuba, A. (2011). Conférence publique sur le nouveau droit de protection des adultes. (Genève, 31 mai 2011). Internet : <https://mediaserver.unige.ch/play/71289> [Consulté le 25 octobre 2012].

La transformation du titre de *Tutelles en Droit de protection de l'adulte* correspond à l'abandon de la mesure tutélaire au sens strict. L'ensemble des mesures du système actuel est converti en mesures de curatelle, mesures anticipées et mesures appliquées de plein droit. Ces modifications terminologiques répondent à une volonté du législateur d'abandonner des concepts stigmatisants tels que pupille, tutelle ou interdiction.

### Les différentes mesures

Le nouveau droit pose un catalogue de mesures de protection de l'adulte et distingue les mesures anticipées, les mesures appliquées de plein droit et les mesures prises par l'autorité de protection.

#### Mesures anticipées

Les mesures anticipées<sup>4</sup> permettent à une personne capable de discernement<sup>5</sup> d'exprimer sa volonté au sujet de décisions futures la concernant intervenant à un moment où elle ne sera plus capable de discernement, donc plus capable d'exprimer valablement sa volonté. Ces mesures ont pour objectif le renforcement de l'autodétermination, soit la possibilité pour l'usager d'influer sur les décisions qui orientent de façon décisive le cours de sa vie.

#### Mandat pour cause d'inaptitude

Toute personne ayant l'exercice des droits civils peut charger une personne physique ou morale de lui fournir une assistance personnelle, gérer son patrimoine ou la repré-

senter dans ses rapports avec des tiers en cas d'incapacité de discernement<sup>6</sup>. Avec cette mesure, le mandant<sup>7</sup> attribue des pouvoirs à son mandataire pour une période ultérieure où il ne serait plus capable d'exprimer valablement sa volonté en raison d'un état de santé déficient. Le mandataire peut être un proche ou un mandataire spécialisé. A noter que la forme authentique ou la forme olographe (écrit à la main) est exigée. Par ailleurs, ce mandat sera formellement validé par l'autorité de protection (AP), laquelle exercera un contrôle de fond et de forme tant sur le document que sur les actes du mandataire.

#### Directives anticipées et mandataire thérapeutique

Les directives anticipées (écrites, datées et signées) ne concernent que le domaine médical. De façon anticipée, le disposant (capable de discernement) exprime sa volonté sur une situation médicale telle que : accepter ou refuser une transfusion sanguine, un traitement palliatif, une réanimation, etc. La directive anticipée permet également la désignation d'un mandataire thérapeutique chargé de prendre à sa place des décisions exclusivement dans le domaine médical. Dans les deux cas, les directives anticipées ne seront prises en compte que si la personne concernée devient incapable de discernement. Sauf cas de recours de proches, celles-ci s'appliquent de plein droit et ne font pas l'objet d'une validation par l'autorité de protection.

<sup>4</sup> nCCS, RO 2011 725, Art. 360 ss.

<sup>5</sup> Il y a incapacité de discernement lorsqu'une personne n'est plus en mesure d'apprécier le sens et l'effet de ses actes (CCS, RS 210, Art. 16).

<sup>6</sup> nCCS, RO 2011, Art. 360.

<sup>7</sup> La forme masculine est utilisée dans ce texte et ne reflète en rien une discrimination basée sur le genre : les termes s'appliquent aussi bien aux genres féminin que masculin.

### Mesures appliquées de plein droit

Les mesures appliquées de plein droit<sup>8</sup> se distinguent des mesures tutélaires connues à ce jour (tutelle, conseil légal, curatelle) ainsi que de la curatelle du nouveau droit, en ce sens qu'elles ne nécessitent pas automatiquement l'intervention de l'autorité de protection (AP). Elles concrétisent la volonté du législateur d'alléger et assouplir la prise en charge formelle des personnes plus fragiles, notamment par le renforcement des solidarités familiales.

#### *Les pouvoirs accordés aux proches*

La loi actuelle ne prévoit pas de pouvoir de représentation automatique au conjoint ou aux proches aidant un membre de leur fa-

### **Le nouveau droit introduit un pouvoir de plein droit aux partenaires de vie et proches aidant pour les cas où la personne concernée perd sa capacité de discernement.**

mille. Le nouveau droit introduit un pouvoir de plein droit aux partenaires de vie et proches aidant pour les cas où la personne concernée perd sa capacité de discernement. Ce pouvoir prend effet dès la constatation de l'incapacité de discernement de la personne concernée, en dehors de toute intervention de l'AP, ce pour autant :

- Qu'il n'existe pas de mandat pour cause d'inaptitude ou de curatelle ;

- Que le conjoint ou le partenaire enregistré fasse ménage commun ou apporte son aide de façon régulière à son partenaire ou conjoint devenu incapable de discernement.

Ce pouvoir permet de représenter la personne concernée dans tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire ses besoins, l'administration ordinaire de ses revenus et la lecture et liquidation de sa correspondance<sup>9</sup>. En revanche il ne s'étend pas aux actes extraordinaires, tels la menée d'un procès ou la vente d'un bien immobilier.

Dans le domaine de la santé, le pouvoir de représentation va d'abord au représentant thérapeutique désigné, puis au curateur et, en l'absence, aux proches, dans l'ordre suivant :

- Le conjoint ou partenaire enregistré, s'il fait ménage commun avec la personne concernée ou lui fournit une assistance personnelle régulière ;
- Celui ou celle qui fait ménage commun avec la personne concernée et lui fournit une assistance personnelle régulière ;
- Les descendants, les pères et mères, les frères et sœurs (dans l'ordre), s'ils fournissent une assistance régulière à la personne incapable de discernement<sup>10</sup>.

#### *La situation des personnes en institution*

La nouvelle loi instaure un dispositif destiné à protéger les personnes incapables de discernement vivant en institution<sup>11</sup>. Il s'agit ici de placement durable, théoriquement volontaire, qui ne doit pas être confondu

<sup>8</sup> nCCS, RO 2011, Art. 374 ss.

<sup>9</sup> nCCS, RO 2011, Art. 374.

<sup>10</sup> nCCS, RO 2011, Art. 378.

<sup>11</sup> nCCS, RO 2011, Art. 382 ss.

avec les situations de placement à des fins d'assistance (PAFA) effectués contre la volonté du patient. Un contrat d'assistance est désormais prévu par la loi, soit un document écrit précisant le détail des prestations et leur coût. La personne habilitée à conclure le contrat d'entrée en institution, est expressément désignée par la loi. L'épineuse question des mesures de contrainte pour les personnes incapables de discernement en institution fait également l'objet du nouveau cadre légal. Une mesure limitant la liberté de mouvement ne peut être prise que si le comportement de l'utilisateur crée un danger pour lui-même ou pour les autres,

### *L'épineuse question des mesures de contrainte pour les personnes incapables de discernement en institution fait également l'objet du nouveau cadre légal.*

ou qu'il perturbe gravement la vie communautaire. Il devra en outre s'agir d'une « mesure ultime » conditionnée à un protocole et un contrôle régulier pouvant faire l'objet d'un recours des proches ou de la personne concernée.

#### **Mesures prises par l'autorité de protection : curatelle et placement à des fins d'assistance**

##### *La curatelle*

La nouvelle curatelle<sup>12</sup> remplace l'ensemble des mesures de tutelle, conseil légal et curatelle existantes. Cette mesure unique possède de nombreuses variables d'ajustement, le législateur ayant opté pour une mesure adaptable aux besoins spécifiques de la personne concernée. La curatelle prononcée par

l'autorité de protection (AP) peut être qualifiée de :

- *Curatelle d'accompagnement* : consentie par la personne concernée pour certains actes spécifiques (liquidation d'une succession, entrée en institution). La personne concernée conserve l'entier de sa capacité civile (capacité à poser des actes ayant des effets juridiques) et le curateur n'a aucun pouvoir de représentation ;
- *Curatelle de représentation* : représentation de la personne protégée pour des actes déterminés (gestion de biens, etc.). La capacité civile de la personne protégée peut être limitée dans ce cadre et le pouvoir du curateur plus étendu ;
- *Curatelle de coopération* : la personne protégée ne peut plus effectuer certains actes définis sans le consentement de son curateur. Il y a restriction de la capacité civile de la personne pour ces actes ;
- *Curatelle combinée* : combinaison des trois mesures précédentes ;
- *Curatelle de portée générale* : mesure exceptionnelle et ultime, elle implique une suppression complète de la capacité civile et une représentation (quasi) systématique par le curateur.

##### *Le placement à des fins d'assistance (PAFA)*

La nouvelle mesure de PAFA<sup>13</sup> poursuit globalement les mêmes objectifs que l'actuelle privation de liberté à des fins d'assistance, soit le placement d'une personne dangereuse pour elle-même ou pour autrui à des fins de protection et de traitement. Les modifications essentielles sont l'autorisation de traitement et autres mesures sous contrainte durant le placement à des fins d'assistance. Il s'agit d'une nouveauté importante car

<sup>12</sup> nCCS, RO 2011, Art. 390 ss.

<sup>13</sup> nCCS, RO 2011, Art. 426 ss.

jusqu'ici seuls certains cantons autorisaient explicitement un traitement sous contrainte durant le placement. Le nouveau droit prévoit la possibilité de faire appel, durant le placement, à une personne de confiance et l'obligation pour le corps médical de mettre en place un plan de traitement, durant le placement et pour la période suivant directement la levée de la mesure.

### **L'autorité de protection (AP)**

L'organisation et la composition des « autorités de protection » qui remplacent les actuelles autorités tutélaires de première instance sont également remaniées. Le législateur fédéral, au vu de la complexité des causes, a souhaité instaurer une professionnalisation et une interdisciplinarité des autorités de premier recours. Les membres de l'autorité de protection doivent ainsi posséder des compétences dans divers domaines (droit, psychologie, éducation, travail social, comptabilité, etc.). Les cantons gardent toutefois une importante latitude dans l'organisation et la composition des nouvelles autorités de protection (choix entre un organe administratif ou une autorité judiciaire, nomination de membres professionnels ou miliciens, degré d'interdisciplinarité de l'autorité).

### **Impact pour les personnes en situation de handicap et leur entourage**

Cette révision amène des modifications notables dans la prise en charge, la représentation et la protection des personnes avec un handicap psychique ou intellectuel. Si l'on peut saluer l'introduction au plan fédéral de mesures destinées à renforcer l'autodétermination des personnes concernées, de nombreuses interrogations demeurent, notamment en lien avec la notion de respect des droits des personnes en situation de handicap.

Le nouveau droit a pour objectif une meilleure participation de la personne à protéger aux décisions importantes la concernant, objectif réalisé par exemple au travers de

***Le législateur fédéral, au vu de la complexité des causes, a souhaité instaurer une professionnalisation et une interdisciplinarité des autorités de premier recours.***

dispositions mentionnant la nécessité de consulter le patient avant l'établissement d'un plan de traitement à l'entrée en institution ou en PAFA<sup>14</sup>. Les mesures anticipées valorisent également l'autodétermination de la personne concernée (directives anticipées, mandat pour cause d'incapacité et représentant thérapeutique). Ces mesures paraissent suffisantes pour assurer le respect de la volonté des personnes concernées. En pratique se posent toutefois certaines conditions à leur efficacité :

- Les professionnels de la santé ont à envisager des questions éthiques et pratiques touchant l'interprétation des directives anticipées, leur valeur et durée de validité ainsi que leur applicabilité (Faut-il appliquer des directives dont l'objet semble contraire aux intérêts du patient ou peu en phase avec l'évolution médicale intervenue depuis leur rédaction ?).
- Les cantons ont pour la plupart déjà légiféré sur la question des directives anticipées et du représentant thérapeutique. Or, dans la pratique, le recours à ces mesures n'est ni fréquent ni systématique. Ces mesures sont peu connues des usagers et peu évoquées par les praticiens du travail social ou du domaine médical. Envisager un avenir où l'usager se retrouve

<sup>14</sup> nCCS, RO 2011, Art. 382, 433.

en incapacité temporaire ou durable reste du domaine du tabou difficile à dépasser. La généralisation des mesures anticipées au plan fédéral consacre un changement de paradigme dont l'effica-

***La généralisation des mesures anticipées au plan fédéral consacre un changement de paradigme dont l'efficacité dépendra notamment de la capacité des institutions sociales et de la santé à communiquer sur ces questions avec les usagers concernés.***

cité dépendra notamment de la capacité des institutions sociales et de la santé à communiquer sur ces questions avec les usagers concernés. Une communication grand public doit également être mise en place. Le statut de « futur incapable de discernement » n'est pas le propre de personnes présentant déjà un handicap psychique, dépendantes ou vieillissantes, mais concerne tout un chacun.

Les directives anticipées ou les décisions du représentant (de portée générale ou thérapeutique) perdent leur force contraignante en cas de PAFA, la décision du médecin prenant le dessus, ceci même si un plan de traitement est établi à l'entrée en institution, d'entente avec le patient ou sa personne de confiance<sup>15</sup>. Les efforts d'anticipation en vue d'assurer le droit à l'autodétermination sont réduits à la portion congrue dans ce cas. Par ailleurs, les dispositions sur le traitement de

personnes en situation de PAFA ouvrent la porte à une possibilité de traitement sous contrainte, ce que beaucoup de cantons interdisaient à ce jour. Moyennant réalisation de conditions spécifiques (grave mise en danger), le médecin peut décider d'imposer un traitement contre la volonté du patient s'il estime que ce dernier ne possède pas la capacité de discernement requise pour en saisir sa nécessité<sup>16</sup>. Doit-on comprendre que le nouvel article 434 CCS implique une présomption de perte de capacité de discernement chaque fois qu'une personne en situation de PAFA refuse un traitement jugé par le corps médical comme nécessaire ?

Une autre nouveauté pose question. Sur le terrain médical, on peut s'interroger sur la pertinence des pouvoirs accordés de plein droit aux proches. La prise de décisions sur les questions liées au risque opératoire, aux traitements palliatifs ou à la problématique de l'euthanasie passive est généralement rendue difficile en raison de la détresse des proches, ceux-ci ne pouvant ou ne souhaitant pas assumer la charge de telles décisions. Il est à craindre que les proches de patients incapables de discernement ne perçoivent cette nouveauté comme un cadeau empoisonné. Alors que le système actuel (régulé par les cantons) offre la possibilité d'une prise de décision commune avec partage de responsabilité entre proches et médecin, le nouveau droit place le membre de la famille le plus proche de la personne concernée dans l'obligation d'assumer seul la responsabilité de son choix<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Guillod, O. (2009). *Droit des personnes*. Neuchâtel : Université de Neuchâtel 2009, pp. 371-372.

<sup>16</sup> nCCS, RO 2011, Art. 434.

<sup>17</sup> Steiner, U. & Kuhn H. (2003). Révision du Code civil : traitement des patients incapables de discernement et nouvelle conception de la privation de la liberté à des fins d'assistance. *Bulletin des médecins suisses*, 84 (48), p. 2453 ss.

Le nouveau droit ajoute à la charge des proches de personnes concernées des responsabilités et pouvoirs supplémentaires, ceci de façon automatique et sans contrôle systématique de l'AP. Ce dispositif ne favorise pas l'allègement du fardeau des familles et risque de légitimer l'intrusion dans la sphère personnelle des personnes en situation de handicap par un proche avec lequel elles ne souhaitent pas nécessairement partager une telle proximité. Or, le législateur n'a pas souhaité charger un curateur tiers de ce type de pouvoirs, ni prévu de contrôle systématique des actes du proche. Le contrôle sur les actes du proche légitimé dépendra exclusivement de la vigilance de tiers intéressés, susceptibles de signaler le cas à l'AP. S'agissant du courrier personnel de la personne concernée, le nouveau droit légitime le partenaire ou époux à consulter tout courrier semblant devoir être traité. Or, l'évolution du cadre juridique national et international tend vers un principe d'autonomisation des partenaires et de protection de leur sphère privée. Au contraire, le législateur instaure ici une mesure propre à lever toute garantie de sphère privée au sein du couple, même en cas d'incapacité passagère.

A l'instar de la curatelle confiée aux proches, les mesures accordées de plein droit aux proches placent la personne concernée dans une situation de dépendance extrême, voire de soumission au détenteur de ces pouvoirs, ce souvent en l'absence de contrôle de tiers ou de l'autorité de protection. La seule issue possible est l'anticipation par la désignation formelle d'un représentant (ou par directive anticipée). Or, les personnes présentant une déficience psychique ou intellectuelle ne possèdent bien souvent pas la capacité de produire une telle anticipation. En cas de handicap moteur important, la personne concernée

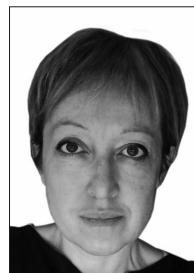
sera clairement discriminée par son impossibilité à rédiger un mandat olographe pour cause d'inaptitude, étant ainsi contrainte à avoir recours à un notaire.

L'AP peut certes être appelée à intervenir, sur demande de contrôle de la part d'un proche ou même sur signalement d'un tiers<sup>18</sup>, mais encore faudra-t-il qu'un tel signalement ait effectivement lieu.

### Conclusion

Le nouveau droit propose une simplification du catalogue des mesures ainsi qu'une affirmation claire des principes d'autodétermination et de protection de la personnalité. Il affirme une volonté de se recentrer sur les besoins spécifiques de la personne. Les principes d'adéquation, de nécessité et de subsidiarité des mesures sont potentiellement de nature à assurer une bonne protection des droits de l'usager. Toutefois, un bon nombre de questions restent ouvertes. Les principes généraux du nouveau droit semblent affaiblis dans des contextes particuliers d'usagers ayant une capacité de discernement très restreinte. Certains outils (directives anticipées) devront faire l'objet d'une mise en œuvre pour s'avérer efficaces. La responsabilisation des proches risque d'engendrer un lien de dépendance voire de soumission de l'usager envers ceux-ci, tout en alourdissant le fardeau de la famille. La marge de manœuvre laissée aux cantons dans l'organisation des AP est de nature à provoquer des disparités régionales significatives. Cette mise en pratique est un défi important posé aux autorités cantonales et sera la clé du succès de la nouvelle loi sur la protection de l'adulte.

<sup>18</sup> Meier, P. & Lukic, S. (2011). *Introduction au nouveau droit de protection de l'adulte*. Genève, Zürich, Bâle: Schultess, p. 148.



Véronique Gaspoz  
Avocate,  
professeure  
veronique.gaspoz@hevs.ch



Pierre  
Margot-Cattin  
Avocat,  
ethnologue,  
professeur  
pierre.margot-cattin@hevs.ch

HES-SO Valais  
Filière travail social  
Plaine Bellevue  
3960 Sierre