



Lettre trimestrielle N° 35

Le projet de nouveau droit de la protection de l'adulte va bientôt être discuté aux Chambres fédérales

Un peu d'histoire avant les histoires

En 2004, Pro Mente Sana avait pris position dans la procédure de consultation sur l'avant-projet de droit de la protection de l'adulte, issu des œuvres d'une commission d'experts interdisciplinaire. A la suite de cette procédure de consultation, un nouveau projet a été rédigé par le Département fédéral de justice et police. C'est ce projet, accompagné d'un message, qui sera discuté par la Commission juridique du Conseil national en mars 2007 au plus tôt. L'entrée en vigueur pourrait intervenir en 2010, en même temps que le nouveau Code de procédure civile fédérale.

Présentation générale

Un peu de cosmétique

Le droit de tutelle a été rebaptisé pour s'intituler « droit de la protection de l'adulte ». La nouveauté a fait un sort au terme de « tutelle » alors que celui de « curatelle » s'est maintenu, en dépit des efforts de déstigmatisation des membres de la commission d'experts. A la désignation de « mandat pour cause d'incapacité », celle de « mandat de prévoyance » eût été préférable, mais n'a pas été choisie. Demeureront ainsi des curatelles d'accompagnement, de représentation, de gestion du patrimoine, de coopération, auxquelles s'ajouteront des curatelles combinées, ainsi que des curatelles de portée générale, correspondant grosso modo à nos tutelles actuelles.

La privation de liberté à des fins d'assistance étant sans doute d'un libellé trop autoritaire, elle se nommera « placement » à des fins d'assistance. Néanmoins, ce baptême ne lui refera pas une virginité puisque le « placement » permettra des traitements psychiatriques forcés que la « privation de liberté » n'autorise pas aujourd'hui.

Le droit nouveau est arrivé

Parmi les nouveautés, il faut signaler la disparition de la publication de l'identité des personnes mises sous tutelle. Il a été décidé que la collectivité assumerait désormais les inconvénients liés à l'incapacité de certains de ses membres¹ et que la bonne foi des tiers ne serait plus protégée. De plus, il faudra rendre vraisemblable l'existence d'un intérêt pour exiger de l'autorité de protection de l'adulte qu'elle indique si une personne déterminée est sous protection. C'est le curateur qui informera les tiers² lorsque cela sera nécessaire. Seule la privation du droit de disposer d'un immeuble fera l'objet d'une mention au registre foncier³.

Pour le surplus, le nouveau droit instaure des instruments qui

visent à stimuler la responsabilité personnelle à titre préventif : mandat pour cause d'incapacité et directives anticipées en matière médicale. S'y ajoutent des mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement : représentation d'office par le conjoint ou le partenaire enregistré et représentation dans le domaine médical par des proches listés à l'article 378 du projet.

D'autre part, il y aura désormais une base légale pour les traitements forcés ainsi qu'une obligation de collaborer⁴ s'adressant à l'autorité de protection de l'adulte, aux services concernés, ainsi qu'à la police s'il existe un réel danger que, en raison d'un état de faiblesse, une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle, ou encore commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui. Seront également tenues de collaborer les personnes liées par un secret de fonction ou le secret professionnel. La collaboration envisagée par la loi autorise toutes ces personnes et entités à communiquer les informations nécessaires à l'autorité de protection de l'adulte.

Enfin, la contention physique sera légalisée à l'égard des personnes résidant en institution et des personnes placées à des fins d'assistance, dans le but notamment de faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire. Jusqu'à présent, en Suisse romande, il n'y avait que le canton de Berne qui autorisait la contention dans un but non thérapeutique et qu'il faut bien qualifier de disciplinaire⁵.

Rien de nouveau sous le soleil

Le but de la métamorphose du droit de tutelle en droit de la protection de l'adulte était initialement de respecter au mieux la liberté des personnes qui, ayant besoin de protection, se voient privées de la capacité d'accomplir certains actes. Il s'agissait de faire en sorte qu'une mesure adhère exactement au problème et ne limite pas la liberté de la personne plus qu'il n'est strictement nécessaire à sa protection. A l'arrivée, point de « mesures sur mesure » comme cela avait été annoncé, mesures modulables subtilement en fonction des besoins spécifiques de protection de chacun. Le nouveau droit instaure des curatelles spécifiques qui ressemblent furieusement aux possibilités actuelles lorsque ces dernières sont appliquées dans le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Les personnes qui, en raison d'une incapacité durable de discernement, seront protégées par une curatelle de portée générale, ou par un mandat pour cause d'incapacité, continueront à être dépourvues du droit de vote. Les person-

nes sous curatelle de coopération et de portée générale perdront de plein droit l'exercice des droits civils, lesquels seront seulement limités dans la curatelle de représentation. Ce système correspond à la situation actuelle.

Les nouvelles mesures

Mesures personnelles anticipées

De nouvelles mesures de protection de l'adulte sont introduites. Il s'agit notamment des mesures personnelles anticipées. Le « mandat pour cause d'incapacité » permettra à une personne ayant l'exercice des droits civils (le mandant) de charger une personne physique ou morale de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans des rapports juridiques pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Si un tel mandat est déjà possible aujourd'hui, selon les règles ordinaires du Code des obligations, la nouveauté consiste notamment à encourager à la désignation d'une personne morale comme mandataire. Cette solution s'inspire du droit québécois. Elle permettra de charger des organismes comme Pro Senectute de fournir une assistance personnelle. Elle permettra également d'investir une banque de la mission de sauvegarder les intérêts financiers d'une personne incapable de discernement. Le mandat pour cause d'incapacité ne sera pas subordonné au caractère durable ou passager d'une incapacité de discernement. Le critère de durabilité n'étant pas suffisamment clair, la loi a renoncé à en faire usage dans ce cadre⁶. Le mandat pour cause d'incapacité présentera ainsi cet avantage de ne nécessiter aucune expertise psychiatrique pour être valable. Toutefois si l'incapacité est durable, le mandat pour cause d'incapacité « mesure de protection volontaire » entraînera une exclusion du droit de vote.

Ce nouvel instrument pourra se révéler utile aux personnes souffrant de graves troubles de l'humeur qui altèrent passagèrement mais régulièrement leur capacité de discernement, les rendant inaptes à gérer leurs affaires. Ces personnes, qui craignent souvent de mettre leurs ressources et celles de leur famille en péril au cours d'une crise, trouveront là un moyen de parer à ces dangers. Le mandat pour cause d'incapacité pourra être constitué en la forme olographe (par écrit, daté et signé) ou authentique, devant notaire. Il pourra être inscrit dans une banque de données centrale que le Conseil fédéral est chargé de mettre sur pied⁷ et cessera de produire ses effets de plein droit en cas de rétablissement de la capacité de discernement⁸.

Lorsqu'elle apprendra qu'une personne est devenue incapable de discernement, l'autorité de protection de l'adulte sera tenue de vérifier les conditions de validité d'un mandat pour cause d'incapacité⁹. Le nouveau système n'offre pas d'aide pour la constitution du mandat. Il ne protège donc pas la personne influençable du risque de constituer un mandat qui ne serait pas totalement conforme à ses intérêts. La surveillance interviendra une fois que l'autorité de protection saura qu'il existe un mandat. Si les intérêts du mandant sont menacés, elle devra alors prendre des mesures pour les protéger, pouvant notamment donner des instructions au mandataire¹⁰.

Dès lors que le nouveau droit doit être neutre en termes de coûts¹¹, il est évident que ces nouvelles mesures sont à la charge de la personne qui les met en place¹². Le mandataire aura droit à une rémunération appropriée, qui pourra être fixée par l'autorité de protection de l'adulte, si le mandat ne prévoit rien. La rémunération et le remboursement des frais seront à la charge du mandant. Les mesures personnelles anticipées seront donc a priori destinées à celles et ceux qui ont les moyens de se les payer. A l'heure actuelle, il arrive

que les collectivités publiques permettent à des assistants sociaux d'œuvrer comme mandataires gratuits. Le nouveau droit de la protection de l'adulte instaure le contraire de la gratuité sans l'interdire. Il reviendra donc à chaque collectivité de permettre aux personnes que Dame Fortune n'a pas touchées de sa grâce de pouvoir bénéficier des avantages du mandat pour cause d'incapacité.

Mesures appliquées de plein droit

a) La représentation légale par le conjoint ou le partenaire enregistré¹³

Lorsqu'il n'existe pas de mandat pour cause d'incapacité, ni de mesure de curatelle, et qu'une personne est frappée d'une incapacité de discernement, le nouveau droit prévoit une représentation par son conjoint ou son partenaire enregistré, à condition que ce dernier fasse vie commune avec elle ou lui fournisse une assistance personnelle régulière. Un tel pouvoir de représentation n'est pas prévu en faveur des enfants ou des parents de la personne incapable de discernement. La commission d'experts a en effet estimé que le conflit d'intérêts était plus évident avec les parents et les enfants qu'avec le conjoint ou le partenaire enregistré. Les voies des experts sont impénétrables.

Le pouvoir légal de représentation du conjoint ou du partenaire enregistré est limité aux actes juridiques nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne concernée; il comprend l'administration ordinaire de ses revenus et de ses biens. Le nouveau droit ne prévoit pas la rémunération du conjoint ou du partenaire enregistré pour les actes d'administration ordinaire, qui entrent donc logiquement dans le champ du devoir de fidélité et assistance des articles 159 du Code civil pour les personnes mariées, et 12 LPart pour les personnes enregistrées. Quant au concubin, personnage hautement probable, il a dû retrouver sa réputation sulfureuse d'antan, car il a été purement ignoré. Il sera dès lors nécessaire de constituer un mandat pour cause d'incapacité en faveur de ce proche si on entend l'investir d'un pouvoir de représentation.

Lorsque l'incapacité de discernement se prolongera, il deviendra nécessaire de nommer un curateur, qui au demeurant pourra parfaitement être le conjoint ou le partenaire enregistré, pour autant qu'il remplisse les conditions légales. A cet égard, il sera donc prudent de choisir un conjoint ou un partenaire enregistré qui, pour satisfaire aux exigences de l'article 400 du projet, possédera les aptitudes et les connaissances adaptées aux tâches qui lui seront confiées, disposera du temps nécessaire pour les accomplir et les exécutera en personne. De là à conclure que le conjoint ou partenaire idéal travaillera dès 2010 à temps partiel, il n'y a qu'un pas que chacun choisira ou non de franchir!

b) La représentation dans le domaine médical¹⁴

Lorsqu'une personne est incapable de discernement, elle est hors d'état de consentir aux soins médicaux qu'elle doit recevoir. Elle sera désormais représentée par un proche choisi selon un ordre en cascade déterminé par la loi. Il s'agira dans l'ordre: de la personne désignée dans un mandat pour cause d'incapacité, du curateur chargé de la représenter dans le domaine médical, du conjoint ou partenaire enregistré s'il fait ménage commun avec elle ou lui fournit une assistance régulière. Viendront ensuite: la personne qui fait ménage commun avec elle, les descendants, les parents et les frères et sœurs pour autant que toutes ces personnes lui fournissent une assistance personnelle régulière. La loi permet ainsi une levée du secret médical à

l'égard du représentant médical. Le représentant devra ainsi être renseigné sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, notamment ses raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et effets secondaires, son coût, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de traitement et l'existence d'autres traitements. C'est cette levée du secret médical à l'égard du représentant qui explique l'ordre rigide dans lequel les représentants sont désignés. On notera que le concubin, à l'inverse du conjoint ou du partenaire enregistré, n'est un proche investi du pouvoir de représenter dans le domaine médical que s'il fait ménage commun avec la personne qu'il représente, et qu'il cesse d'être un représentant médical possible du moment que sa meilleure moitié entre en institution.

Cette belle construction ne s'applique toutefois pas pour le traitement d'une personne incapable de discernement et placée à cet effet dans un établissement psychiatrique¹⁵. Elle sera soumise aux dispositions sur le placement à des fins d'assistance qui ne connaissent que la « personne de confiance », laquelle n'est pas à strictement parler un représentant médical.

Les mesures prises par l'autorité

a) Les curatelles

La réforme du droit de la protection de l'adulte visait à instaurer un droit qui s'adapte aux besoins de chacun avec un système de mesures personnalisées. Le nouveau droit avait vocation à faire passer les mesures de tutelle du prêt-à-porter au sur mesure¹⁶. En réalité, nous ne sommes pas loin de la situation actuelle. La curatelle sera instaurée lorsqu'une personne majeure sera 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 ou qu'elle sera, en raison d'une incapacité passagère de discernement ou pour cause d'absence, empêchée d'agir elle-même et qu'elle n'aura pas désigné de représentant pour des affaires qui doivent être réglées¹⁷. La curatelle sera donc désormais subsidiaire aux mesures personnelles anticipées, qui ne sont pas formalisées par le droit actuel. Il existera divers types de curatelles (mentionnées plus haut) qui entraîneront plus ou moins de restrictions à la liberté personnelle. Il sera temps d'en parler en détail au moment de leur entrée en vigueur.

b) La curatelle confiée à des proches¹⁸

L'autorité parentale prolongée n'existera plus. Sous le droit actuel, l'autorité parentale prolongée implique que certains droits de surveillance échappent à l'autorité tutélaire, comme c'est le cas pour les parents de mineurs. Dès 2010 au plus tôt, la curatelle pourra être confiée aux père et mère, au conjoint ou partenaire enregistré, à un descendant, un frère ou une sœur ou à la personne menant de fait une vie de couple avec la personne concernée. Ces personnes ne seront cependant pas d'office dispensées de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques ou de requérir le consentement de l'autorité de protection de l'adulte. Néanmoins, l'autorité de protection de l'adulte pourra décider, si les circonstances le justifient, de dispenser le curateur en tout ou en partie de ces obligations.

Spécial troubles psychiques : le placement à des fins d'assistance¹⁹

Une personne pourra être placée lorsque, en raison d'un trouble psychique, d'une déficience mentale ou d'un grave

état d'abandon, l'aide ou le traitement nécessaires ne peuvent pas lui être fournis d'une autre manière. Il y a grave état d'abandon lorsque la condition d'une personne est telle qu'il y aurait atteinte à sa dignité si elle n'était pas placée dans une institution afin de lui apporter l'assistance dont elle a besoin. Le critère du grave état d'abandon, qui existe dans le droit actuel, a été très peu utilisé, car il se double souvent d'une déficience mentale ou de troubles psychiques.

En plus de tenir compte de la charge que la personne représente pour ses proches, ce qui correspond déjà au droit actuel, le nouveau droit ajoute que la décision de placement pourra prendre en considération les tiers et leur besoin de protection²⁰. Au surplus, une personne qui voudra quitter une institution dans laquelle elle sera entrée de son plein gré, en raison d'un trouble psychique, pourra être retenue sur ordre du médecin-chef pendant trois jours, si elle met en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou celles d'autrui²¹. Le recours qu'elle pourra faire contre cette décision n'aura pas d'effet suspensif et ne devra pas être traité avant l'écoulement des trois jours²². Au terme de ces trois jours, elle pourra quitter l'institution, sauf si une décision de placement a été ordonnée par l'autorité de protection de l'adulte ou par un médecin compétent. La réalisation des conditions du maintien de la mesure sera examinée tous les six mois durant la première année puis une fois l'an.

Durant la procédure de consultation, les cantons ont refusé l'obligation de pourvoir d'un curateur dans la procédure toute personne devant être placée à des fins d'assistance. Il en résulte que le placement pourra se faire sans que la personne ait accès à un défenseur d'office. La personne placée pourra cependant recourir contre le placement et si nécessaire se faire désigner pour l'assister « une personne expérimentée en matière d'assistance juridique ». Le droit à un avocat n'est donc pas garanti par le nouveau droit, ce qui est regrettable et ne permet pas une défense adéquate des libertés publiques.

Une fois placé à des fins d'assistance, le patient pourra voir une « personne de confiance »²³ qui l'assistera pendant la durée de son séjour et jusqu'au terme des procédures en rapport avec celui-ci. La personne de confiance pourra participer à l'établissement du plan de traitement et sera renseignée par le médecin sur tous les éléments essentiels du traitement envisagé²⁴.

Les directives anticipées du patient : naissance et mort

Les directives anticipées découlent du principe de l'autonomie de la volonté protégée par l'article 10 de la Constitution fédérale et sont actuellement prévues par les lois sanitaires de Suisse romande. Le nouveau droit de la protection de l'adulte leur donne un statut de droit civil fédéral.²⁵ Les directives anticipées devront désormais être écrites et pourront être inscrites sur la carte d'assuré. Elles devront être respectées sauf si elles violent des prescriptions légales ou lorsqu'il existe des doutes sérieux qu'elles soient l'expression de la libre volonté du patient. En cela, la réglementation proposée ne diffère guère de ce qui prévaut actuellement dans les différents droits cantonaux.

La grande nouveauté est que les directives anticipées n'auront pas de portée obligatoire pour les malades psychiques qui perdent le discernement et sont placés à des fins d'assistance²⁶.

L'introduction dans la loi des traitements forcés en institution

Actuellement le droit fédéral ne permet pas le traitement psychiatrique forcé d'une personne privée de liberté à des fins d'assistance. Les cantons ont pourtant la faculté de légaliser le traitement sous contrainte des malades psychiques et/ou somatiques dans leurs lois sanitaires. La majorité des cantons de Suisse romande (à l'exception de Berne)²⁷, qui ont adopté de nouvelles lois de santé ces dix dernières années, ont opté pour une interdiction de principe du traitement forcé. Tout traitement nécessite dès lors un consentement exprès, tacite, présumé ou substitué, selon que la personne est ou non capable de discernement. Pratiquement, c'est l'urgence vitale, le représentant légal ou un curateur nommé à cet effet qui peut décider d'un traitement contre la volonté de la personne concernée, pour autant que celle-ci ait perdu le discernement et n'en ait pas statué autrement par directives anticipées.

Au motif qu'une uniformisation des pratiques était souhaitable, il a été décidé d'introduire dans le nouveau droit de la protection de l'adulte la faculté de traiter un malade psychique (et non somatique) contre son gré. Ainsi, le nouveau droit institutionnalise-t-il le traitement forcé lors d'un placement à des fins d'assistance. Un plan de traitement écrit sera établi avec la personne placée ou sa personne de confiance. Il sera soumis « pour consentement » à la personne concernée²⁸, les directives anticipées étant simplement « prises en considération » et non plus « respectées », comme pour les malades somatiques²⁹. Si le patient qui n'a pas la capacité de discernement requise « pour saisir la nécessité du traitement » refuse de consentir, le médecin-chef pourra imposer le plan de traitement pour autant que le défaut de traitement mette gravement en péril la santé du patient, sa vie ou son intégrité corporelle, et qu'il n'existe pas de « mesures appropriées moins rigoureuses ».

Cette réglementation va à l'encontre du principe de l'autonomie de la volonté puisqu'une personne souffrant d'un trouble psychique ne pourra plus faire respecter sa volonté et les directives émises lorsqu'elle est capable de discernement. Ce nouveau système autoritaire est regrettable et risque de mettre à mal tous les efforts d'alliance thérapeutique que permettent l'élaboration et le respect des directives anticipées.

Enfin, en légalisant le traitement forcé en faveur des personnes souffrant d'un grave état d'abandon, le nouveau droit pourrait ouvrir la possibilité du traitement médicamenteux des vagabonds et des asociaux. Cela s'est vu à d'autres époques, dont il est de bon ton d'avoir honte aujourd'hui.

Le désir de traitements forcés ambulatoires

Durant la procédure de consultation, les cantons d'Argovie, Berne, Bâle, Saint-Gall, du Tessin et de Zurich ainsi que la Fédération des médecins suisses, l'Association suisse des infirmières et infirmiers et la Société suisse de psychiatrie et psychothérapie ont regretté que l'on ait renoncé à la possibilité de traiter ambulatoirement contre son gré une personne atteinte d'un trouble psychique. Le canton du Tessin, l'Union

suisse des arts et métiers ainsi que l'Association suisse des tutrices et tuteurs officiels souhaitaient une réserve expresse en faveur du droit public cantonal pour pouvoir introduire le traitement ambulatoire forcé³⁰.

Ils ont été entendus. Ainsi naquit l'article 437 alinéa 2 qui réservera aux cantons la faculté de prévoir des mesures ambulatoires. Cela pourrait avoir pour conséquence que des cantons introduisent la possibilité du traitement forcé ambulatoire à des conditions encore moins respectueuses de la liberté que celles qui sont prévues par le droit fédéral pour les traitements institutionnels.

A l'heure actuelle, Neuchâtel prévoit le traitement ambulatoire forcé d'une personne atteinte d'affection psychique³¹. Le Jura prévoit le traitement ambulatoire comme mesure préalable et comme mesure postérieure à une privation de liberté à des fins d'assistance³².

Conclusion : il n'est jamais trop tard pour bien faire

Il conviendra de suivre les heurs et malheurs de ce projet lors de sa discussion aux Chambres fédérales. Il n'est pas trop tard pour tenter auprès de nos députés de sauver l'actuelle force contraignante des directives anticipées et de faire disparaître la compétence cantonale d'instaurer des traitements ambulatoires forcés.

- 1 Article 452 du projet.
- 2 Article 413 du projet.
- 3 Article 395 du projet.
- 4 Article 453 du projet.
- 5 L'article 41a de la Loi sur la santé publique autorise les mesures médicales de contrainte si le comportement du patient (...) « perturbe gravement la vie en commun en raison d'une attitude profondément antisociale ou d'un potentiel très destructeur ».
- 6 Article 2 (modifié) de la Loi fédérale du 17 décembre sur les droits politiques.
- 7 Article 361 du projet.
- 8 Article 369 du projet.
- 9 Article 363 du projet.
- 10 Article 368 du projet.
- 11 Office fédéral de la justice, Communiqué DFJP 27.10.2004.
- 12 Article 366 du projet.
- 13 Articles 374 à 376 du projet.
- 14 Articles 377 à 381 du projet de loi.
- 15 Article 380 du projet de loi.
- 16 Office fédéral de la justice, Communiqué DFJP 27.10.2004.
- 17 Article 390 du projet.
- 18 Article 420 du projet.
- 19 Articles 426 à 439 du projet.
- 20 Article 426 alinéa 2 du projet.
- 21 Article 427 du projet.
- 22 Article 450 e du projet.
- 23 Article 432 du projet.
- 24 Article 433 du projet.
- 25 Articles 370 à 373 du projet.
- 26 En vertu de l'article 434 du projet sur le traitement sans consentement d'une personne placée à des fins d'assistance.
- 27 Article 41 alinéa 2 de la Loi sur la santé publique du 2 décembre 1984 (811.01).
- 28 Article 433 al 3 du projet.
- 29 Article 372 al 2 du projet.
- 30 Résumé du résultat de la procédure de consultation concernant l'avant-projet de révision du Code civil de juin 2003 (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de l'affiliation 4.2.3).
- 31 Loi sur la santé du 6 février 1995 (800.1), article 37.
- 32 Articles 20 et 52 de la Loi sur les mesures de privation de liberté à des fins d'assistance (213.32).

Lettre trimestrielle de l'association romande Pro Mente Sana

Rue des Vollandes 40 – 1207 Genève – Tél.: 022 718 78 40 – Fax: 022 718 78 49 – CCP 17-126 679-4
Courriel: info@promentesana.org – www.promentesana.org