

Avis de droit

Changement de paradigme pour une prise de décision assistée dans le domaine du droit de la protection de l'adulte

Prof. Dr. iur. Daniel Rosch, assistant social diplômé HES, MAS en gestion des organisations à but non lucratif, conseiller systémique, thérapeute et thérapeute familial (DGSF), thérapeute systémique pour enfants et adolescents (hsi)

Professeur de droit social, spécialisé dans la protection des enfants et des adultes, Haute école de Lucerne

Résumé

L'[avis de droit](#) (en allemand) examine les perspectives d'un changement de paradigme visant à remplacer le régime de prise de décision substitutive par un système de prise de décision assistée dans le droit de la protection de l'adulte, et notamment dans le domaine des curatelles. Il fait suite aux observations formulées le 12 avril 2022 par le Comité de l'ONU pour les droits des personnes handicapées lors de l'examen du rapport de la Suisse et s'inscrit dans la politique du handicap 2023-2026 adoptée par le Conseil fédéral le 9 décembre 2023.

En proposant une analyse globale, l'avis de droit vise à nourrir le débat sur un thème central de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH). Il adresse des recommandations concrètes aux professionnels des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA), aux curateurs, aux autorités de surveillance et à d'autres personnes travaillant avec des personnes handicapées, pour les inciter à réexaminer et améliorer les pratiques actuelles. Il cible également les responsables politiques afin de les pousser à adapter les bases légales pour donner plus de poids aux approches fondées sur la prise de décision assistée. Le présent résumé passe en revue les principales conclusions de l'avis de droit. Les différentes considérations sont développées plus en détail dans le rapport complet disponible en allemand.

La CDPH est juridiquement contraignante, contrairement aux observations du comité de l'ONU

L'avis de droit porte sur l'art. 12 CDPH, qui concerne à la fois l'exercice des droits civils et la protection de l'adulte. Le comité de l'ONU a exposé sa position sur cet article dans son [observation générale n° 1](#), qui constitue le fondement de l'avis formulé dans le cadre de la procédure d'examen des rapports étatiques. Il y conclut à plusieurs reprises que les formes de curatelle (substitutives) ne sont pas conformes à la CDPH et doivent être remplacées par un régime de prise de décision assistée.

Le comité de l'ONU est un comité d'experts. Même s'il jouit d'un poids considérable, son avis n'est pas juridiquement contraignant. Conformément à la pratique usuelle en droit international, c'est la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qui fait foi en l'espèce. Il en découle que la CDPH est juridiquement contraignante pour les États parties, mais pas l'avis du comité de l'ONU.

Compatibilité de l'art. 12 CDPH avec le droit de la protection de l'adulte et les dispositions régissant l'exercice des droits civils

L'art. 12 CDPH se caractérise notamment par l'importance qu'il accorde à la volonté et aux préférences de la personne concernée. Selon l'avis de droit, placer la volonté de l'individu au centre correspond à la logique du droit de la protection de l'adulte, lequel vise principalement les personnes souffrant de troubles psychiques ou de déficience mentale. Ces dernières voient en effet leur capacité à se déterminer ou à mettre en œuvre leur volonté considérablement limitée, sans que cela implique nécessairement une incapacité de discernement (on parle de personnes en état de faiblesse). En raison de ces limitations, ces personnes ne sont pas en mesure d'agir de manière suffisamment autonome (elles ont donc besoin de protection). Le droit de la protection de l'adulte doit permettre aux personnes en état de faiblesse et ayant besoin de protection de participer à la vie de la société et, partant, de gérer leurs finances. Compatible avec la CDPH – et plus spécifiquement avec l'art. 12 –, cet objectif est réalisable dans le

cadre de la législation en vigueur. Les dispositions régissant l'exercice des droits civils, qui reposent également sur une approche centrée sur la volonté de la personne, sont – elles aussi – conformes à la CDPH.

La volonté prime le bien de la personne

L'approche centrée sur la volonté exclut toute considération objective (ou objectivée) du bien de la personne concernée. Lorsqu'il est impossible d'établir sa volonté, il faut opter pour la meilleure interprétation possible. Si la personne est incapable de discernement, il faut évaluer sa volonté présumée en se demandant quelle décision elle aurait prise si elle en avait eu la capacité. La volonté présumée constitue ainsi un critère décisionnel que les tiers doivent prendre en considération. Il est dès lors évident qu'une représentation est nécessaire, puisque la personne n'est pas en mesure de décider elle-même (p. ex. un patient en état végétatif). Cette orientation axée sur la volonté s'applique également aux personnes qui n'ont jamais été capables de discernement. Le cas échéant, il faut examiner les comportements, l'expression des émotions, les mouvements, les sons ou les réactions physiques afin de déterminer si ceux-ci peuvent traduire une volonté ou des préférences. Cette perspective rend possible une forme d'autodétermination (indirecte) des personnes incapables de discernement et leur permet ainsi de participer à la vie de la société par l'intermédiaire de leur représentant. Selon l'avis de droit, cette conclusion est conforme à la CDPH interprétée à la lumière de la Convention de Vienne, mais elle est en contradiction avec l'avis du comité de l'ONU.

L'avis de droit passe aussi en revue les modalités d'évaluation possibles de la volonté et des préférences dans le cadre de la représentation, notamment dans la gestion des curatelles. Compte tenu des défis relevés, il recommande d'adopter des mesures de sensibilisation, tant pour les curateurs que pour les APEA.

Représentation et prise de décision assistée : deux pôles d'un même spectre

Vu ce qui précède, l'avis de droit arrive à la conclusion qu'une représentation centrée sur la volonté et les préférences peut constituer une forme d'accompagnement au sens de l'art. 12 CDPH. La prise de décision assistée est toutefois prioritaire et revêt une importance particulière en lien avec la capacité de discernement (conformément au principe qui veut que l'accompagnement prime la représentation). L'avis de droit estime qu'il faut miser sur des modèles qui ne se limitent pas à considérer la capacité de discernement comme un état figé, mais qui la conçoivent comme une faculté à renforcer par des interventions ciblées – telles que l'utilisation d'un langage simplifié ou la mise en place d'un cadre de discussion approprié. Ces interventions doivent permettre de préserver aussi longtemps que possible la capacité de discernement. Pour que cette capacité puisse être effectivement exercée, il est donc nécessaire de miser sur la prise de décision assistée. Selon l'avis de droit, cela est déjà possible *de lege lata*.

Les curatelles (y compris les curatelles de représentation) et les droits de représentation prévus par la loi sont également conçus pour respecter la volonté de la personne concernée. Dans le cas des curatelles de représentation, le pouvoir de représentation constitue, à l'instar du droit de la représentation au sens du CO, une simple habilitation conférée au curateur, tandis que l'encouragement de l'autodétermination visé à l'art. 406 CC représente une obligation, par analogie avec les règles du mandat. L'exercice du pouvoir de représentation, même centré sur la volonté de la personne, ne doit intervenir qu'en *ultima ratio*, lorsqu'aucune autre forme de soutien à l'autonomie n'est possible.

La prise de décision assistée et la prise de décision substitutive apparaissent ainsi comme deux pôles d'un même spectre. Dans le cadre de l'accompagnement prévu par l'art. 12 CDPH, il convient donc de se demander dans quelle mesure un modèle doit contenir des éléments du premier et du second.

Prise de décision assistée et mesures de protection

La détermination et l'interprétation de la volonté d'une personne handicapée – et encore plus de la volonté présumée des personnes incapables de discernement – comportent presque toujours une part d'hypothèse. L'attention se porte alors sur la personne chargée de cette interprétation et sur ses motivations : comment s'assurer qu'elle ne dénature pas la volonté de la personne en état de faiblesse ou qu'elle n'exprime pas de manière cachée sa propre volonté ? En d'autres termes, comment prévenir les abus ? L'art. 12 CDPH prévoit que les États parties doivent instaurer des mesures de protection. Si

ces mesures sont indispensables dans le cadre de la prise de décision assistée, elles le sont moins pour les curatelles, puisque l'APEA exerce déjà une fonction de surveillance. Il n'en demeure pas moins que, dans le domaine de la protection de l'adulte aussi, il faudrait prévoir un dispositif de surveillance sur mesure pour les curatelles, en complément de la gestion de mandats, des clarifications et des mesures individualisées.

Prise de décision assistée : un droit général

La prise de décision assistée prime toujours, y compris par rapport aux mesures relevant du droit de la protection de l'adulte. L'avis arrive donc à la conclusion qu'il faut inscrire ce droit dans le code civil pour en faire une mesure de soutien général à l'exercice des droits civils dans tous les domaines juridiques. Parallèlement, l'autorité compétente – tribunal ou autorité administrative – doit évaluer des mesures de protection et prévenir les abus.

Limites de l'approche centrée sur la volonté

L'approche centrée sur la volonté peut présenter des limites, en particulier dans le cadre des curatelles de représentation. Selon l'avis de droit, un curateur n'est pas tenu de respecter la volonté et les préférences de la personne dans les trois cas suivants :

- (1) lorsque leur mise en œuvre serait illégale ;
- (2) lorsque leur mise en œuvre serait exceptionnellement inappropriée ; ou
- (3) lorsque des obligations de protection de l'État prévalent clairement sur la volonté exprimée, au point que la personne se mettrait gravement en danger sans être en mesure de percevoir ce danger ni d'agir pour s'en prémunir en raison de sa maladie.

Nécessité d'une intervention législative

Une grande partie des propositions évoquées s'avère compatible avec la CDPH. Afin d'assurer une application uniforme du droit et de préciser les obligations en matière de diligence – et plus particulièrement de responsabilité –, une clarification législative s'impose, à l'instar de ce qui a été fait en Allemagne et en Autriche. L'avis de droit prône donc une révision partielle des dispositions légales régissant l'exercice des droits civils et la protection de l'adulte. Il formule une proposition concrète qui doit naturellement être discutée avec les personnes concernées, conformément à l'art. 4, al. 3, CDPH. S'agissant plus particulièrement des curatelles, l'avis de droit propose d'abroger, sans les remplacer, la curatelle de portée générale (art. 398 CC) ainsi que la curatelle de représentation assortie d'une privation de l'exercice des droits civils (art. 394, al. 2, CC), les autres types de curatelles étant jugées suffisantes. Il recommande en outre de définir clairement les limites de l'approche centrée sur la volonté, de préciser qu'aucune curatelle ne peut être instaurée contre la volonté d'une personne capable de discernement et de concevoir le devoir de diligence du curateur de façon à garantir la primauté de la volonté de la personne concernée.

Promotion de modèles fondés sur la prise de décision assistée

La mise en place d'un régime de prise de décision assistée efficace, limitant le recours à la curatelle, nécessite des compétences appropriées et des modèles adaptés. L'avis de droit préconise d'accorder un soutien étatique à ces modèles et de les évaluer à l'aide de recherches complémentaires. Il recommande également d'étudier les pratiques de l'APEA et des curateurs en matière de prise de décision assistée et de promotion de l'autodétermination.

Enfin, il invite à soutenir des projets de recherche visant à examiner les possibilités d'adaptation du droit social pour réduire le recours à la curatelle (via d'autres solutions ne relevant pas du droit de la protection de l'adulte, p. ex. une modification de la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs au bénéfice des personnes vulnérables).

Aspects procéduraux

Pour renforcer la subsidiarité et la proportionnalité au sens de la CDPH, l'avis de droit recommande également certaines modifications procédurales. Il propose notamment de promouvoir les évaluations scientifiques dans le domaine de la protection de l'adulte et d'exiger des APEA qu'elles motivent leurs décisions en précisant les éléments suivants : les faiblesses et besoins de protection constatés, les raisons

pour lesquelles les mesures disponibles dans l'entourage de la personne se révèlent insuffisantes (principe de subsidiarité), ainsi que les motifs justifiant la proportionnalité de la mesure.