

Commission « questions européennes et internationales – Convention des Nations-unies » du CNCPH

Troisième réunion

du Groupe de travail « Article 12 » de la Convention des Nations-unies

1. Expériences européennes de réformes de la protection juridique

I. Système allemand

Curatelle (Rechtliche Betreuung)

En Allemagne, une curatelle est mise en place si une personne adulte ne peut plus s'occuper soi-même de ses propres affaires en raison d'une maladie psychique ou d'un handicap psychique, mental ou corporel (article 1896 du code civil allemand). Le curateur représente la personne devant les tribunaux et dans les actes de la vie civile.

Mise en place de la mesure : un service de curatelle dédié est chargé, sur demande du juge, de s'entretenir avec la personne concernée et d'autres intéressés, de vérifier la nécessité d'une curatelle et d'informer le cas échéant le juge du choix du curateur par la personne. Un rapport d'expertise (le plus souvent par un médecin psychiatre) et un bilan social sont établis. Avant la décision définitive, la personne concernée est entendue par le juge dans son lieu de résidence.

Garanties existantes :

- la volonté et l'intérêt de la personne concernée doivent toujours être respectés : le curateur doit rechercher l'accord de la personne pour tous ses actes (article 1901), sauf s'il y a un danger substantiel pour la personne ou pour son patrimoine (article 1903), le choix du curateur doit être fait avec l'accord de la personne ;
- la curatelle n'est pas nécessaire si une autre mesure d'accompagnement existante, légale ou non, permet de s'occuper des affaires de la personne concernée ;
- la mesure de curatelle peut être adaptée en fonction des besoins individuels de la personne ;
- le curateur rend un rapport annuel au tribunal qui contrôle l'application de la mesure (de façon générale, il y a plus de contrôle pour les curateurs professionnels que pour les bénévoles, qui sont pour la plupart les familles).

Cependant, le Comité des droits des personnes handicapées a trouvé en 2015 que la mesure n'était pas conforme à la Convention.

Les domaines de compétence du curateur sont déterminés par le juge. L'intervention du juge est nécessaire pour autoriser les décisions importantes telles que traitement médical à risque élevé pour le patient, consentement à une stérilisation de la personne qui n'est pas capable de comprendre elle-même la signification de la mesure, détention afin de protéger la personne contre le suicide ou de faciliter le traitement nécessaire (tous les cas de soins sans consentement), fin du contrat de bail.

Une « protection pour toutes les affaires » est possible avec limitation des droits personnels tels que droit de se marier, droit au testament, droit de vote (1% des mesures prononcées).

Nombre de mesures : environ 1 300 000 en 2015, 64,98% de curateurs bénévoles (dont familles – 59,49%, autres – 5,49%) et 35,02% de curateurs professionnels (dont libéraux – 28,81%, associations à but non-lucratif – 5,79%, autorités locales – 0,42%)

Directive anticipée de curatelle (Patientenverfügung)

Avec la directive anticipée, la personne concernée peut déterminer elle-même au préalable qui doit être désigné comme son curateur. Plusieurs personnes peuvent être citées pour les domaines de

compétence différents ainsi que des personnes qui ne doivent en aucun cas être désignées comme curateur. La directive anticipée permet d'exprimer ses souhaits en vue de la procédure de curatelle, les domaines de compétences, les donations aux tiers, les instructions relatives au traitement et à l'internement. Le juge doit en principe tenir compte de la directive anticipée dans sa décision.

Mandat de protection future (Vorsorgevollmacht)

Un mandat de protection future permet de mandater une personne de confiance pour agir pour le compte de la personne concernée, sans avoir à apporter de justificatifs supplémentaires. Les mandats ne nécessitent pas de certification ou de l'authentification. Ils doivent être écrits et signés personnellement. Le mandat de protection future peut empêcher l'ouverture d'une curatelle.

Réforme attendue

Il existe un projet de loi précisant les conditions légales qui permettent au juge de donner l'autorisation au curateur de consentir à un traitement forcé de la personne protégée. Une nouvelle loi est nécessaire après les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle allemande, précisant qu'il n'y a pas de base juridique suffisante pour permettre une prise de décision substitutive pour consentir à un traitement médical forcé d'un patient.

II. Système autrichien

Situation actuelle

Lorsqu'une personne n'est pas pleinement en mesure de s'occuper elle-même de ses affaires en raison d'un problème mental, émotionnel, psychologique ou autre, la loi autrichienne prévoit la nomination d'un tuteur dont les fonctions sont définies par le tribunal. La procédure peut être initiée par l'intéressé lui-même, par des proches ou par le tribunal ou les institutions comme les hôpitaux. L'avis de la personne concernée par rapport au choix de son tuteur est pris en compte par le tribunal. Le tribunal peut moduler, au cas par cas, l'étendue des domaines dans lesquels la capacité juridique de la personne handicapée est limitée : le tuteur peut être nommé pour un seul acte, pour certains actes (« petite échelle ») ou pour tous les actes (« échelle complète »). L'intéressé conserve toujours son droit de vote, mais l'accord du tuteur est exigé pour contracter un mariage.

La tutelle (*Sachwalterschaft*) n'est envisagée qu'en l'absence d'autres dispositions. Il est notamment possible d'établir un mandat de protection future (*Vorsorgevollmacht*), une représentation par des parents proches pour les affaires simples ou, pour les questions de santé, une directive anticipée ou un testament de vie (*Patientenverfügung*). La nomination d'un tuteur n'est pas limitée dans le temps et peut être instaurée jusqu'à la fin de vie, la possibilité de faire appel n'existe pas. Le Comité des droits des personnes handicapées a trouvé en 2013 que le système autrichien n'était pas conforme à la Convention.

Critiques par le mouvement des personnes handicapées : la législation autrichienne relative à la tutelle permet de prendre des décisions contraires à la volonté des personnes concernées. Il n'y a pas suffisamment de modèles alternatifs à la tutelle. La nomination d'un tuteur unique s'occupant de toutes les questions (« échelle complète ») est particulièrement critiquée et constitue la moitié des mesures prononcées (environ 60 000 personnes en tutelle en 2015 sur 8 665 000 d'habitants).

Les tuteurs sont autorisés à représenter plus de 25 personnes à la fois. Ce chiffre est jugé trop élevé par les organisations des personnes handicapées pour garantir un accompagnement personnalisé. Les personnes handicapées représentées par des membres de leur famille perdent souvent le droit d'accéder à leur propre compte en banque. Les frais de justice dont les personnes concernées doivent s'acquitter dans le cadre de la tutelle sont trop élevés.

Proposition de réforme

Un projet pilote intitulé « Soutien à l'autodétermination » a été mis en œuvre par le Ministère de la Justice en 2014, dont les résultats ont contribué à l'élaboration d'un projet d'une nouvelle loi, dite « loi de protection des adultes ». La procédure de consultation a été terminée en 2016 et le projet

est passé au Parlement autrichien. Les organisations des personnes handicapées ont participé tout au long du processus de l'élaboration de ce projet de loi.

L'objectif principal de la nouvelle loi consiste à remplacer la tutelle, c'est-à-dire le système de prise de décision substitutive, par des principes et des procédures de prise de décision accompagnée. Le projet, si voté par le Parlement autrichien, entrera en vigueur en 2018. Toutes les lois concernant les droits des personnes handicapées seront révisées par la nouvelle loi (par exemple mariage, divorce, garde d'enfants, secret de correspondance etc.), selon les principes de l'article 12 de la Convention.

Le point de départ est la détermination du type de l'accompagnement nécessaire. L'un des principaux résultats du projet pilote en 2014 était que dans plus de 50 % des cas, l'intervention du juge n'était pas finalement nécessaire parce que d'autres moyens de soutien ont été découverts dans le cadre d'une enquête préalable.

Le projet de loi prévoit un changement de terminologie :

- Tutelle – représentation légale
- Personne handicapées – personne représentée
- Tuteur – représentant légal

Quatre types de mesures sont proposés :

1. Mandat de protection future tel qu'il existe déjà, durée illimitée, sans possibilité de représentation pour tous les actes.
2. Représentation légale par des membres de famille pour 3 ans avec un contrôle limité par le juge.
3. Représentation par une personne de son choix pour une durée illimitée avec un contrôle par le juge.
4. Représentation sur décision du tribunal dans des cas d'exception, le juge peut ordonner que la personne consente à certains actes légaux.

Domaines, dans lesquels la personne exerce seule ses droits : mariage, adoption, reconnaissance de l'enfant, testament, directives anticipées, correspondance.

Les associations tutélaires seront transformées en associations de protection des majeurs. Elles seront chargées de prouver la nécessité de maintenir la représentation après la période de 3 ans. Les représentants seront rémunérés pour leur travail, mais une réglementation spéciale sera prévue pour empêcher les abus.

Obligations des représentants : le représentant légal doit rester en contact avec la personne représentée tant que nécessaire selon ses circonstances personnelles. S'il n'est pas nommé pour gérer un seul acte, le contact doit avoir lieu au moins une fois par mois. Une personne autorisée ou un représentant légal doit maintenir la confidentialité de toute chose qu'il apprend en faisant son travail. Le représentant n'est pas obligé de prendre soin de la personne représentée, mais s'il détecte certaines lacunes, il doit, quel que soit son contrat, organiser un accompagnement social ou médical convenable. Pour toutes les mesures de représentation, les représentants doivent présenter des rapports annuels au tribunal. Dans ces rapports, les représentants légaux et les représentants nommés par le juge doivent justifier la nécessité du maintien de la mesure.

III. Système irlandais

Avant la réforme

Loi sur réglementation de la folie (1871) – statut de *Ward of the Court* (« pupille de la cour »), tutelle pour la personne « sans toutes ses facultés mentales », incapable de s'occuper de sa personne ou de ses biens. La cour nomme un tuteur (*Committee of the Ward*) ou agit elle-même comme tuteur. La personne concernée n'a aucun pouvoir décisionnel dans tous les domaines de sa vie.

En 2007, l'Irlande a signé la Convention des Nations-unies. Un projet de loi sur la capacité mentale a été présenté par la suite, jugé nécessaire pour permettre la ratification de la Convention. En septembre 2011, une coalition de la société civile a été constituée des organisations du domaine de la santé mentale, du handicap intellectuel, des personnes âgées, des personnes victimes d'un traumatisme crânien et des organisations militant pour les droits de l'Homme.

En avril 2012, la coalition a publié les principes pour la réforme de capacité juridique en Irlande :

- Aucune évaluation de la capacité mentale qui conduit au déni de la capacité juridique ou une prise de décisions substitutive ;
- Droit à l'accompagnement pour exercer la capacité juridique doit être au cœur de la nouvelle législation – une large gamme de mesures d'accompagnement est nécessaire ;
- Les mesures d'accompagnement doivent survivre à la loi de santé mentale (réforme prévue) ;
- Prise de décisions facilitée n'est autorisée qu'en tant que dernier recours, où la volonté et les préférences de l'individu sont inconnus. Le facilitateur doit imaginer la volonté et la préférence de la personne et non pas agir dans son « intérêt ».

Nouvelle loi

La nouvelle loi sur la prise de décision assistée (*The Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015*) a été adoptée en décembre 2015. Les dispositions de la loi ne se limitent pas aux personnes handicapées, mais s'appliquent à toute personne dont la capacité de prise de décision est « mise en cause ». N'importe qui peut avoir besoin d'utiliser les dispositions de la loi à un moment ou un autre. Personne ne peut être considéré comme incapable de décider. Une personne peut être considérée comme n'étant pas en mesure de prendre une décision particulière à un moment donné, ou sa capacité peut être interrogée. Cette capacité peut être retrouvée à un moment différent et pour une décision différente. **Chacun est présumé être en mesure de prendre toutes les décisions**, à moins que le contraire soit démontré.

Une personne peut être considérée en manque de capacité de prendre une décision si elle n'est pas en mesure de :

- Comprendre les informations se rapportant à cette décision,
- Conserver ces informations assez longtemps pour pouvoir faire un choix éclairé,
- Utiliser ou comparer ces informations dans le cadre du processus de prise de décision,
- Communiquer sa décision de n'importe quelle manière qu'elle utilise (langage parlé ou écrit, langue des signes, technologies adaptées ; les informations doivent être présentées à la personne d'une manière qu'elle peut comprendre).

Une nouvelle agence, le Service de soutien à la décision, est créée au sein de la Commission de la santé mentale. Son directeur est chargé de la sensibilisation du public, de l'élaboration de codes de pratique, des études et du suivi des dossiers et des rapports.

La loi crée les dispositions suivantes :

Assistance décisionnelle¹

La personne dont la capacité est mise en cause ou sera bientôt mise en cause choisit une ou plusieurs autres personnes pour l'aider à prendre des décisions. Un contrat est établi définissant les décisions concernées (se rapportant au patrimoine, ou à la personne, ou les deux). Les assistants peuvent agir conjointement ou séparément ou conjointement sur certaines questions. L'assistant aide la personne à obtenir et à comprendre les informations nécessaires pour la prise de décision. Si nécessaire, l'assistant communique la décision et assure le suivi de la mise en œuvre de la décision.

Codécision

¹ Un propriétaire, un directeur ou un salarié d'un établissement de santé mentale où réside la personne concernée ne peut pas être nommé comme assistant, codécideur ou représentant décisionnel.

Une personne choisit une autre personne pour prendre ensemble avec elle une ou plusieurs décisions sur son bien-être ou ses biens et ses affaires. La personne nommée doit être un membre de la famille ou un ami de la personne assistée qui a une relation de confiance avec elle. Le codécideur obtient les informations nécessaires pour prendre la décision, donne des conseils et prend la décision avec la personne assistée, en se basant sur sa volonté et ses préférences. Le codécideur est aussi chargé de communiquer la décision et d'assurer le suivi de sa mise en œuvre.

Représentation de prise de décision

Pour être représentant, il faut faire une demande devant le juge. Un représentant sera nommé uniquement si un assistant ou codécideur n'est pas disponible. Le juge tiendra compte de la volonté et des préférences de la personne concernée, de la structure familiale et de l'aptitude du demandeur. Le rôle du représentant est de prendre des décisions sur le bien-être ou les biens et les affaires de la personne représentée. Le représentant doit prendre des décisions fondées sur la volonté et les préférences de la personne représentée. Le représentant doit rendre des rapports au directeur du Service de soutien à la décision et tenir les comptes et les registres.

Directive anticipée

Les directives anticipées permettent à une personne en pleine capacité de noter ses préférences en matière de traitement de soins médicaux au cas où elle manque de capacité à l'avenir. Une directive anticipée ne sera pas invalidée même si elle paraît imprudente ou pourrait entraîner la mort de la personne. Le choix de refuser un traitement sera respecté sous réserve que la personne avait la capacité au moment de l'établissement de la directive anticipée et que la directive est claire. Les demandes de traitement ne sont pas juridiquement contraignantes mais doivent être prises en considération. Les directives anticipées ne sont pas applicables en santé mentale.

Procuration

Une procuration est un régime où une personne donne un mandat à une autre personne ou des personnes pour prendre des décisions relatives à son bien-être ou à ses biens et ses affaires ou les deux. Une procuration future est conçue pour prendre effet à une date ultérieure, lorsque la personne concernée n'est pas en capacité.

IV. Système tchèque

Une réforme du Code civil a été réalisée en 2014. Cependant, le Comité des droits des personnes handicapées a trouvé en 2015 que les nouvelles dispositions n'étaient pas pleinement conformes à la Convention.

Directive anticipée

Un « testament de vie » en cas d'incapacité à l'avenir où la personne établit comment et par qui doivent être gérées ses affaires. Document privé, signé par 2 témoins, ou authentifié par le notaire.

Assistance à la prise de décision

Un contrat, validé par le juge, entre la personne assistée et un ou plusieurs assistants. L'assistant est présent pendant la prise de décision, il facilite l'information, donne des conseils et peut contresigner les documents juridiques. Cette mesure n'est pas disponible pour les personnes ayant un handicap profond, l'assistant ne peut pas représenter la personne.

Représentation par un membre du foyer

Pour les personnes qui n'ont pas de capacité mentale. Représentation sur demande du membre du foyer pour la durée de 3 ans, validation par le juge, la personne concernée peut refuser.

Représentation sans restriction de la capacité juridique

Le juge nomme un représentant sur demande de la personne qui a des difficultés pour pourvoir soi-même à la protection de ses biens ou de ses droits, en raison d'un handicap. Le juge détermine le champ de compétence du représentant. Le représentant agit selon la volonté de la personne.

Restriction de la capacité juridique

Une tutelle partielle applicable uniquement dans des cas où il y a un risque grave pour la personne ou pour ses biens, en respectant des principes de nécessité et de subsidiarité. La décision de restreindre la capacité juridique doit énumérer les actes juridiques concernés par la restriction. La personne concernée peut faire une déclaration préliminaire sur le choix du tuteur. Il est possible de mettre en place un conseil de représentants composé de personnes de l'entourage de la personne représentée. Révision tous les trois ans ou sur demande de la personne représentée.

Critiques par le mouvement des personnes handicapées :

- Retour de l'ancienne terminologie d'incompétence ;
- Seulement quelques éléments de l'accompagnement à la prise de décisions ;
- La réforme n'est pas adaptée pour les personnes ayant un handicap profond ;
- Absence de garanties suffisantes pour protéger contre les abus ;
- Possibilité de la restriction de la capacité juridique, contraire à la Convention.

2. Discussion et suites du travail

Points à retenir après l'examen des expériences européennes :

- La possibilité de nommer plusieurs personnes pour exercer ensemble la mesure de protection apparaît beaucoup, l'idée d'un conseil de représentants semble intéressante.
- La place importante de la communication, formes accessibles et moyens adaptés, notamment le langage facile à lire et à comprendre.
- On parle du droit de vote des personnes sous protection, qu'en est-il de l'éligibilité ?

Points qui posent question dans la position « anti-représentation » :

- Le droit au risque des personnes vulnérables, qui sera responsable si la personne prend une décision qui lui est nocive ou commet un acte violent ? En France, certaines cours d'appel commencent à évoluer, par exemple la responsabilité du curateur n'est pas engagée parce qu'il s'agit d'une assistance à l'autonomie et non pas de la représentation, la personne en curatelle reste responsable elle-même de ses actes. D'autre part, après une augmentation importante du nombre de mesures de contrainte et de protection juridique ces dernières années, une enquête du CREAM montre une projection de baisse de tutelle.
- Que fait-on dans des cas où la volonté et les préférences de la personne sont impossibles à connaître (ex. coma) ? Il faudrait imaginer ce que la personne voudrait elle-même, « meilleure interprétation de la volonté et des préférences » (comme dans la loi irlandaise).

D'autres expériences étrangères à étudier : les réformes récentes en Colombie et au Costa Rica sont cités comme des exemples de bonnes pratiques.

Suites du travail : après avoir étudié les textes, il faut poser le cadre des entretiens. Un angle d'attaque est proposé : « de la tutelle à l'accompagnement », avec l'inclusion comme principe de base. Cela permettrait d'étudier aussi d'autres notions, comme substitution et représentation. Il est proposé d'élaborer une grille de lecture pour identifier les avantages et les inconvénients de chaque mesure en droit français avant de formuler les propositions.