



SVBB
ASCP
ASCP

Schweizerische Vereinigung der Berufsbeiständigen und Berufsbeistände
Association suisse des curatrices et curateurs professionnels
Associazione svizzera delle curatrici e dei curatori professionali

Consentement du curateur pour mesures médicales (art. 378 al. 1 ch. 2 CCS)

I. Situation de départ

J'aimerais vous exposer une demande relative à une incapacité de discernement en matière de décisions médicales.

Vous trouverez en annexe la requête de l'Hôpital cantonal XXX à l'APEA. Le document spécifie que le client est incapable de discernement quant à des décisions médicales. La réponse de l'APEA est également jointe.

II. Question

- 1) Puis-je demander au home de procéder au traitement médical à base d'insuline sans le consentement du client?
- 2) Si je ne suis pas habilité à le faire, qui décide de la capacité de discernement du client? Je pense qu'en ma qualité de curateur professionnel je n'ai pas le droit de décider de l'incapacité de discernement d'un client.

III. Considérants

- 1) Une fois la décision de l'APEA prise, vous êtes tenu - „en cas d'incapacité de discernement“ du patient - de consentir aux mesures médicales ambulatoires ou stationnaires nécessaires au sens de l'art. 378 al. 1 ch. 2 CCS. L'APEA ne se prononce pas sur le moment où vous serez appelé à agir concrètement, resp. sur la définition du moment et de l'occasion. Le terrain inconnu sur lequel vous évoluez occupe les juristes depuis l'adoption juridique du terme « incapacité de discernement ». Dans une récente publication (Autodétermination perpétuelle? Quelques réflexions provisoires sur la disposition anticipée selon le nouveau droit), le Prof. REGINA AEBI-MÜLLER s'est prononcé à ce sujet dans ZBJV 2013 p. 150 ss:

Il est difficile de clairement définir le terme « capacité de discernement », malgré les cent années écoulées depuis son intégration à l'art. 16 CC. Même si sa teneur juridique devait faire l'unanimité, des problèmes considérables subsistent en termes de clarification concrète au cas par cas. De nombreuses publications récentes et

actuelles consacrées à la thématique démontrent à quel point il est difficile de déterminer la réelle capacité ou incapacité de discernement. En matière de capacité de discernement, le problème est encore plus important: il reste à clarifier qui jouit de la souveraineté en matière de définition. Nous, les juristes, sommes naturellement enclins à faire des déclarations à ce sujet (du moins dans le présent journal juridique). Le terme est au final ancré dans le code civil suisse, et lorsqu'un conflit éclate, un tribunal est tenu de statuer. L'identification de la capacité de discernement reste donc un problème juridique. On ne peut cependant pas ignorer que les médecins s'octroient volontiers et avec grande assurance cette souveraineté, doutant de la capacité des juristes à constater, en pratique, la capacité de discernement. Comme précisé précédemment, c'est d'ailleurs le corps médical – lorsqu'il se trouve au chevet du malade – qui décide si le patient dispose d'une capacité de discernement et s'il croit ou non à sa capacité actuelle à exprimer sa volonté. Dans la littérature, il est clairement précisé que ce n'est pas l'autorité de protection de l'adulte mais le corps médical traitant qui décide de la capacité de discernement et de la validité des dispositions anticipées.

- 2) En votre qualité de curateur doté de fonctions représentatives en matière de décisions médicales (en cas d'incapacité du pupille), vous devez faire face à des défis similaires à ceux des officiers publics qui doivent s'assurer - lors de l'établissement d'un acte officiel – si le signataire est capable ou non de discernement. En règle générale, on présuppose une capacité de discernement chez l'adulte (ATF 117 II 231, 234). Elle ne peut toutefois jamais être confirmée ou réfutée avec une certitude absolue (FRANK TH. PETERMANN, Capacité de discernement, Zurich/St. Gall 2008, ch. 163; STEFAN WOLF/ANNA LEA SETZ, capacité d'agir, surtout la capacité de discernement, ainsi que la vérification par le notaire, dans: Le nouveau droit de protection de l'adulte – surtout la capacité de discernement et sa confirmation par un officier officiel – séminaire de formation continue de l'Association des notaires bernois et de l'Institut de Droit notarial et de Pratique notariale de l'Université de Berne du 24/25 octobre 2012).

En principe, les quatre options suivantes permettent d'obtenir les certitudes nécessaires (WOLF/SETZ, p. 58 ss):

- a) **L'entretien personnel** qui permet de déterminer, à l'aide de questions ciblées, si une personne est encore capable de s'orienter sur les plans pratique, temporel et géographique.
- b) **Tests (processus du screening)**. La réalisation de tests adéquats – tels que l'évaluation Mini Mental Status (GABRIELA STOPPE / ANDREA LICHTENWIMMER, **Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar - ein interdisziplinärer Vorschlag (soll ich den Titel übersetzen ?)**, DNotZ 2005, p. 806 ss.) – ne requiert pas de connaissances médicales particulières et peut en règle générale être réalisé en l'espace de dix minutes (loc. cit.).
- c) **Certificats médicaux et expertises**. Ces derniers exigent qu'un médecin traitant connaissant l'historique du malade se prononce au sujet de la capacité de discernement d'un point de vue médical, ce qui requiert une levée du secret médical (ce qui peut être implicitement attendu lorsque le patient ou son représentant légal l'exige, BSK CC II-BREITSCHMID, N. 17 à propos de l'art. 467/468), ou qu'une autorité ordonne une expertise dans le cadre d'une procédure ou qu'un curateur mandate un tiers, avec le concours du patient.
- d) **Participation de témoins concernés**. La valeur de leur déclaration dépend toutefois essentiellement de leur connaissance du patient (BSK CC II-BREITSCHMID, N. 12 à propos de l'art. 467/468).
- 3) Pour ce qui est de votre mandat, cela signifie **que vous ne jouissez pas du pouvoir final de définir à quel moment votre client est capable de discernement ou non, resp. quelles décisions sont concernées ou non (relativité temporelle et pratique de la capacité de discernement). Vous pouvez néanmoins partir du principe que lorsque vous avez communiqué une décision importante à votre client et que les conclusions qui en résultent coïncident avec la déclaration simultanée du corps médical, à savoir que le patient n'est plus capable de discernement en matière de décisions médicales, et que vous agissez en tant que curateur, alors vous pouvez et devez représenter le patient pour toute décision médicale.**

Il est donc inévitable que vous puissiez avoir affaire à un patient capable de discernement qui prend des décisions déraisonnables. Il en a pleinement le droit. Vous et le corps médical seriez tenus de l'accepter (BSK CC I-BIGLER-EGGENBERGER, N 34 à propos de l'art. 16; THOMAS GEISER, Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage, RDT 2001, 233 ch.

2.16; THOMAS GEISER, Demenz und Recht, RDT 2003, p. 99 ch. 1.3).

4) Les réponses à vos questions se présentent donc comme suit:

a) Puis-je demander au home de procéder au traitement médical à base d'insuline sans le consentement du client?

Si votre perception de la capacité de discernement du patient concorde avec celle du corps médical, alors vous pouvez et devez agir. Si vous pensez néanmoins que le patient est capable de discernement, et qu'il prend des décisions déraisonnables alors vous devez le représenter face au home (droit à des décisions déraisonnables). En cas de doute, un certificat médical ou – encore mieux – une expertise médicale vous seront utiles pour pallier à d'éventuelles plaintes à l'encontre de votre gestion du mandat (art. 419 CC).

a) Si je ne suis pas habilité, qui décide de la capacité de discernement du client? Je pense qu'en ma qualité de curateur professionnel je n'ai pas le droit de décider de l'incapacité de discernement d'un client.

Vous avez entièrement raison. Et pourtant, il convient – dans de nombreuses situations pratiques – de décider régulièrement en l'absence de certificats et d'expertises médicales si la déclaration de volonté d'une personne est contraignante ou sans effet. Cela ne s'applique pas uniquement au secteur de la santé, mais à toutes les situations de vie au cours desquelles un pupille agit en tant qu'humain et personne. Ce défi englobe notamment l'art suprême de la gestion de mandats dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte.

Ligerz, 19 février 2014/ Kurt Affolter-Fringeli, lic- iur., avocat et notaire