

Altern und rechtliche Fragen / L'âge face au droit

Cours tenu à l'occasion du Master en Gérontologie,

Vendredi 4 mai 2012 à l'Université de Luxembourg

Par Me. Pierrot SCHILTZ

PENNING SCHILTZ WURTH
CABINET D'AVOCATS



<u>I. INTRODUCTION</u>	4
<u>II. LES PERSONNES ÂGÉES ET LE DROIT CIVIL</u>	5
<u>A. Les régimes spéciaux de protection</u>	5
1) <u>La sauvegarde de la justice</u>	7
2) <u>La tutelle</u>	10
3) <u>La curatelle</u>	16
4) <u>Procédure à suivre</u>	17
a) <u>Tutelle</u> :	17
b) <u>Curatelle</u>	18
c) <u>Sauvegarde de justice</u>	19
<u>B. Le cas particulier : Les testaments</u>	19
1) <u>Définition</u>	19
2) <u>Les conditions de validité du testament</u>	22
a) <u>Les conditions de fonds</u>	22
b) <u>L'âge minimum</u>	22
c) <u>La santé mentale du testateur</u> :	23
3) <u>Les conditions de formes</u>	23
4) <u>Les différentes sortes de testament</u>	25
a) <u>Le testament olographe</u>	25
i. <u>Le testament doit être écrit en entier de la main du testateur</u> :	26
ii. <u>Le testament doit être daté</u>	27
iii. <u>Le testament doit être signé</u>	28
b) <u>Le testament par acte authentique ou par acte public</u>	28
i. <u>Nombre des notaires et des témoins</u>	28
ii. <u>Capacité des témoins</u>	29
iii. <u>La dictée du testament</u>	29
<u>C. Les droits des personnes âgées par rapport aux établissements qui les accueillent</u>	30
1) <u>L'obligation d'hébergement</u>	31
a) <u>La responsabilité de la maison d'accueil de ses infrastructures</u>	32
b) <u>La responsabilité de l'établissement d'accueil de son personnel</u>	33
i. <u>Le principe de la responsabilité de l'employeur</u>	33
ii. <u>Les exceptions à la responsabilité de l'employeur</u>	34
c) <u>Les obligations connexes à l'obligation d'hébergement</u>	35

2) <u>L'obligation de soins</u>	36
a) <u>L'obligation de résultat</u>	36
b) <u>L'obligation de moyen</u>	36
i. <u>Les actes médicaux</u>	37
ii. <u>Les soins passant par des actes autres que par des actes médicaux</u>	38
3) <u>Le cas particulier de la responsabilité en matière de distribution de médicaments</u>	38
D. <u>Les obligations des personnes âgées à l'égard des établissements qui les accueillent</u>	41
III. <u>LES PERSONNES ÂGÉES ET LE DROIT PENAL</u>	42
A. <u>Aperçu des différentes infractions pénales</u>	42
1) <u>Atteinte volontaire à la vie de la personne</u>	42
2) <u>Atteinte involontaire à la vie d'une personne</u>	43
3) <u>Atteinte volontaire à l'intégrité de la personne : coups et blessures ou lésions corporelles volontaires</u>	44
4) <u>Atteinte involontaire à l'intégrité de la personne : coups et blessures ou lésions corporelles involontaires</u>	44
5) <u>L'empoisonnement</u>	47
6) <u>Les abstentions coupables : non assistance à personne en danger et omission de porter secours</u>	47
B. <u>La dénonciation des infractions pénales</u>	48

I. INTRODUCTION

Il coule de source que les personnes âgées ont, dans notre état de droit, les mêmes droits que tout autre citoyen.

C'est la vulnérabilité de l'âge qui a fait intervenir le législateur luxembourgeois à plusieurs niveaux afin de renforcer la protection des personnes âgées dans les actes courants de la vie.

La vulnérabilité des vieilles personnes a été décrite de manière fort concise par un article paru à l'édition du Focus du 30 mai 2009 ci-après reproduit :

La faiblesse physique et mentale des personnes âgées exposent celles-ci à des risques d'abus et ceci tant au niveau civil qu'au niveau pénal :

- Au niveau civil :

Exemple : faire signer des contrats à prix exagéré ou pour des objets inutiles

Exemple : sous l'étiquette d'un mensonge, faire signer des reconnaissances de dettes, procurations, testaments.

Exemple : en maison de retraite se faire offrir des objets de valeur ou de l'argent.

- Au pénal :

Exemple : la confiance des personnes âgées abusées alors que sous prétexte de manœuvres et mensonges, on se fait remettre des objets de valeur ou de l'argent.

Exemple : souvent les pensionnaires de maisons de retraite, gériatrie, hôpitaux, sont également victimes de vols, escroqueries, ... etc.

Exemple : les pensionnaires de maisons spécialisées sont également souvent victimes d'atteintes à l'intégrité physique pouvant aller de l'homicide jusqu'au coups et blessures ou séquestration.

II. LES PERSONNES ÂGÉES ET LE DROIT CIVIL

La vie journalière étant devenue au fil du temps de plus en plus compliquée d'un point de vue administratif et juridique, les personnes âgées éprouvent de plus en plus de difficultés à gérer le quotidien. Les faiblesses physiques et mentales caractérisant l'âge ne permettent souvent plus aux personnes atteintes de comprendre la portée juridique de leurs actes de manière à ce que le législateur est intervenu en instaurant des régimes spéciaux de protection qui ont pour but de faire assister à différents niveaux les personnes qui ne sont plus en leur possession de toutes leurs facultés mentales.

A. Les régimes spéciaux de protection

Le législateur, par sa loi du 11 août 1982 a introduit dans le code civil des régimes de protections applicables aux majeurs.

Ces régimes sont définis à partir **des articles 488 du code civil**.

Outre les personnes souffrant d'un trouble mental plus ou moins grave et qui doit donner lieu à protection, ce sont surtout les personnes âgées qui sont visées par l'instauration des mesures de protection.

Les personnes âgées, qu'elles vivent encore chez elles à la maison ou qu'elles vivent déjà dans un centre intégré pour personnes âgées, que ce soit une maison de retraite ou une maison de soins, connaissent souvent des maladies qui affectent leur état d'âme, leurs facultés mentales et corporelles ainsi que leur personnalité entière.

Ainsi l'effet de la vieillesse en tant que tel constitue souvent une cause de troubles mentaux.

L'article 490 du Code civil retient que « lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus par les dispositions légales ».

Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté.

Exemple : une altération des facultés mentales liée à l'âge empêchant la personne d'exprimer de façon sereine et adaptée sa volonté et contrariant sa capacité à gérer ses biens et ses affaires

¹.

Exemple : une altération partielle des facultés mentales d'une personne âgée de 86 ans n'ayant pas conscience de la valeur de l'argent par rapport à ses ressources, confondant les anciens francs et l'euro ².

Exemple : une altération des fonctions intellectuelles cognitives, traduisant un vieillissement pathologique et permettant de conclure que la personne, âgée de 83 ans, présentait un déficit

¹ CA Lyon, 26 avril 2007, Jurisdata n° 2007-347671

² CA Lyon, 26 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-299413

intellectuel dû à l'âge qui ne lui permettait pas d'accomplir en toute conscience les actes courants de la vie civile³.

Exemple : un ralentissement psychomoteur et des troubles amnésiques en grande partie dus à l'âge, signes de démence sénile⁴.

Exemple : une pathologie dégénérative et évolutive de type Alzheimer se traduisant par une baisse importante des capacités intellectuelles liées à un affaiblissement mental sénile avec une perte importante de la mémoire et des capacités de raisonnement d'où une perte d'autonomie psychique dans la gestion de ses affaires⁵.

Il est important de relever que l'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie.

Il y a lieu de passer en revue les différents régimes de protection.

La protection souhaitée pour un majeur peut prendre plusieurs formes. Dans les cas les moins graves, l'intéressé sera placé sous sauvegarde de la justice. Lorsque les difficultés sont plus sérieuses, il sera touché par une incapacité d'exercice partielle dans le cas d'une curatelle et totale dans l'hypothèse d'une tutelle.

1) La sauvegarde de la justice

Ce régime est traité par **les articles 491 et suivants** du Code civil.

Ainsi **l'article 491** dispose que « *peut être placé sous la sauvegarde de justice le majeur qui, pour l'une des causes prévues à l'article 490 (altération des facultés mentales ou corporelles empêchant l'expression de la volonté) a besoin d'être protégé dans les actes de la vie civile* ».

³ CA Bordeaux, 24 janvier 2008, Jurisdata n° 2008-355099

⁴ CA Paris, 20 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-258325

⁵ CA Bordeaux, 15 février 2007, Jurisdata n° 2007-329884

C'est le régime qui comporte moins de restrictions que les autres régimes vis-à-vis de la personne concernée et il convient parfaitement aux personnes qui nécessitent d'être accompagnées et soutenues dans les actes courants de la vie, tout en gardant encore un minimum d'indépendance. Il s'agit du régime de protection le plus discret puisque l'intéressé conserve sa capacité juridique en n'étant ni représenté ni même assisté. Il convient parfaitement à un débile léger, malade mental traité en milieu ouvert, un sourd-muet.

Ce régime peut être ouvert de deux façons :

- La sauvegarde de justice résulte d'une déclaration faite au juge des tutelles des majeurs, et ceci dans les conditions suivantes :

Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins, a besoin d'être protégée dans les actes de la vie civile, peut en faire la déclaration au juge des tutelles. Si cette déclaration est accompagnée de l'avis conforme d'un médecin spécialiste en neurologie, neuropsychiatrie ou psychiatrie, cette personne peut, par décision du juge des tutelles, être placée sous la sauvegarde de justice.

Lorsqu'une personne est soignée dans un établissement hospitalier ou gériatrique, le médecin est tenu, s'il constate qu'elle doit être protégée, d'en faire la déclaration au juge des tutelles. Si la déclaration est accompagnée de l'avis conforme d'un médecin spécialiste, cette personne peut, par décision du juge des tutelles, être placée sous la sauvegarde de justice. L'avis du médecin spécialiste n'est pas exigé au cas où le médecin de l'établissement est spécialiste.

- Le juge des tutelles lorsqu'il est saisi d'une demande de mise sous curatelle ou de tutelle, peut placer la personne qu'il y a lieu de protéger sous la sauvegarde de justice, pour la durée de l'instance, par une décision provisoire.

- *Quels sont les effets de cette mise sous sauvegarde de justice ?*

D'après l'article 491-2 du Code civil, la personne placée sous la sauvegarde de justice, **conserve l'exercice de ses droits, elle reste par principe capable.**

Toutefois les actes qu'il a passés et les engagements qu'il a pris pourront être rescindés sur simple lésion (préjudice de l'accord de volonté résultant de la différence de valeur

entre les prestations d'un contrat synallagmatique ou entre les lots attribués à des copartageants) ou réduits en cas d'excès.

A ce sujet les tribunaux prendront en considération, la fortune de la personne protégée, la bonne ou mauvaise foi de ceux qui auront traité avec elle, l'utilité ou l'inutilité de l'opération.

Cette action en rescision ou en réduction peut être exercée, du vivant de la personne, par tous ceux qui auraient qualité pour demander l'ouverture d'une tutelle (conjoint, enfants, frères et sœurs, curateur ou le ministère public) et après sa mort par ses héritiers. Cette action s'éteint après un délai de 5 ans.

Lorsqu'une personne, soit avant soit après avoir été placée sous la sauvegarde de justice, a constitué déjà un mandataire à l'effet d'administrer ses biens, ce mandat reçoit exécution.

Toutefois si la procuration mentionne expressément qu'elle a été donnée en considération de la période de sauvegarde, elle ne peut, pendant cette période, être révoquée par le mandant qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

Dans tous les cas, le juge, soit d'office, soit à la demande de l'une des personnes qui aurait qualité pour demander l'ouverture de la tutelle, peut prononcer la révocation du mandat (**Définition** : acte par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre pour l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes juridiques. Le mandat est conventionnel lorsqu'il résulte d'un contrat conclu entre le mandant et le mandataire. Il peut aussi résulter de la loi ou d'un jugement).

Il peut aussi, même d'office, ordonner que les comptes lui soient soumis aux fins d'approbation.

L'article 491-4 du Code civil stipule qu'en l'absence de mandat, on suit les règles de la gestion d'affaires (**Définition** : fait pour une personne, le gérant, d'accomplir des actes d'administration dans l'intérêt d'un tiers, le géré ou le maître de l'affaire, sans que ce dernier l'en ait chargé).

Toutefois, ceux qui auraient qualité pour demander l'ouverture de la tutelle ont l'obligation de faire les actes conservatoires que nécessite la gestion du patrimoine de la personne protégée quant ils ont eu connaissance tant de leur urgence que de la déclaration aux fins de sauvegarde. La même obligation incombe sous les mêmes conditions au directeur de l'établissement de traitement ou, éventuellement, à celui qui héberge à son domicile la personne sous sauvegarde.

L'obligation de faire les actes conservatoires emporte, à l'égard des tiers, le pouvoir correspondant.

L'article 491-5 retient que s'il y a lieu d'agir en dehors des cas définis à l'article précédent, tout intéressé peut en donner avis au juge des tutelles.

Le juge pourra alors, soit désigner un mandataire spécial à l'effet de faire un acte déterminé ou une série d'actes de même nature, soit décider d'office d'ouvrir une tutelle ou une curatelle, soit renvoyer l'intéressé à en provoquer lui-même l'ouverture, s'il est de ceux qui ont qualité pour la demander.

L'article 194-6 règle la fin de la sauvegarde de justice.

La sauvegarde de justice prend fin par la péremption de la déclaration c'est-à-dire dans les 6 mois et elle est acquise de droit ou par sa radiation sur décision du juge des tutelles.

La demande de radiation peut être présentée par tout intéressé.

La sauvegarde cesse également suite à l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle à partir du jour où prend effet le nouveau régime de protection.

2) La tutelle

Une tutelle est ouverte quant un majeur a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile.

L'ouverture de la tutelle est prononcée par le juge des tutelles à la requête de la personne qu'il y a lieu de protéger, de son conjoint, à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux, de ses ascendants (plutôt rare si la personne à protéger est une personne âgée), de ses descendants (enfants ou petits-enfants) de ses frères et sœurs, du curateur ainsi que du ministère public : elle peut cependant aussi être ouverte d'office par le juge.

Les autres parents, alliés ou amis peuvent seulement donner au juge avis de la cause qui justifierait l'ouverture de la tutelle. Il en est de même du médecin traitant et du directeur de l'établissement.

L'article 493-1 du Code civil détermine les conditions de l'ouverture de la tutelle.

Cet article stipule que le juge ne peut prononcer l'ouverture de la tutelle que si l'altération des facultés mentales ou corporelles a été constatée par **un médecin spécialiste**.

La nomination du tuteur est également réglementée par le Code civil.

L'époux est tuteur de son conjoint, à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux ou que le juge estime qu'une autre cause interdit de lui confier la tutelle.

S'il n'y a plus de conjoint, le juge des tutelles nomme en général un des enfants comme tuteur.

La tutelle d'un majeur peut être déferée à une personne morale.

Nul, à l'exception de l'époux, des descendants et des personnes morales, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un majeur au-delà de 5 ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et il devra de même obtenir son remplacement.

Le médecin traitant ne peut être tuteur ni subrogé tuteur du malade. Mais il est toujours loisible au juge des tutelles de l'appeler à participer au conseil de famille à titre

consultatif, pour autant que le magistrat juge nécessaire la constitution d'un conseil de famille.

La tutelle ne peut être déferée à l'établissement de traitement ni à aucune personne y occupant un emploi rémunéré, à moins qu'elle ne soit de celles qui avaient qualité pour demander l'ouverture de la tutelle.

S'il y a un conjoint, des enfants, un frère ou une sœur, une personne morale apte à gérer les biens, le juge des tutelles peut décider qui les gèrera en qualité d'administrateur légal sans subrogé tuteur ni conseil de famille, suivant les règles applicables, pour les biens des mineurs, à l'administration légale sous contrôle judiciaire.

Dans la pratique, et afin de ne pas trop compliquer et alourdir les charges du tuteur commis, le juge des tutelles décide dans pratiquement tous les cas que le tuteur gère les biens sans être assisté d'un subrogé tuteur ni conseil de famille.

- *Quelles sont maintenant les fonctions du tuteur ?*

Le tuteur prend soin de la personne majeur et il le représente dans tous les actes civils.

Il administre les biens en bon père de famille et il répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion de sa part.

Le tuteur ne peut ni acheter les biens du majeur ni les prendre à loyer.

Il doit gérer les fonds du majeur placé sous tutelle, il doit veiller à des placements sûrs et non volatiles, il doit s'abstenir de spéculer à la bourse.

Il peut faire seul les simples actes d'administration, tels que régler mensuellement les frais de séjour à l'établissement gériatrique, payer les mémoires d'honoraires des médecins, acheter les articles de première nécessité et tout ce qui est nécessaire à la vie de la personne placée sous tutelle.

Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le juge des tutelles, faire des actes de disposition au nom du majeur.

Ainsi sans cette autorisation, il ne peut notamment emprunter pour le majeur, ni aliéner ou grever de droits réels les immeubles, les fonds de commerce, les valeurs mobilières et autres droits incorporels, non plus que les meubles précieux qui constitueraient une part importante du patrimoine de la personne sous tutelle.

Ainsi tout compromis de vente, avant la signature doit être soumis au juge des tutelles aux fins d'approbation. Le juge des tutelles peut émettre des conditions qui doivent être observées lors de la vente. Il peut prescrire toutes les mesures qu'il juge utiles en particulier quant au emploi de fonds.

Le tuteur ne peut accepter une succession échue à la personne protégée que sous bénéfice d'inventaire (droit pour l'héritier de ne supporter les dettes successorales que dans la limite de l'actif qu'il recueille).

Toutefois, le juge des tutelles peut l'autoriser à accepter purement et simplement une succession s'il est établi que l'actif dépasse manifestement le passif.

Il ne peut pas répudier une succession sans autorisation du juge des tutelles.

Il peut cependant accepter sans autorisation les donations et legs particuliers à moins qu'ils ne soient grevés de charges.

Il peut, sans autorisation, introduire en justice une action relative aux droits patrimoniaux du majeur. Il peut de même se désister de cette instance.

Il peut défendre seul à une action introduite contre le majeur, mais il ne peut y acquiescer qu'avec le consentement du juge des tutelles.

L'autorisation du juge des tutelles est toujours requise pour les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux.

Il ne peut, sans l'autorisation du juge, introduire une demande de partage au nom de la personne qu'il doit représenter, mais il pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande de partage dirigée contre le majeur ou s'adjoindre à la requête collective à fin de partage, présentée par tous les intéressés au partage.

Il ne pourra transiger qu'après avoir fait approuver par le magistrat les clauses de la transaction.

Le juge saisi d'une demande d'ouverture de tutelle peut aussi refuser cette tutelle si la tutelle devait être dévolue au conjoint. En effet, par application du régime matrimonial le conjoint peut suffisamment pourvoir aux intérêts de la personne protégée sans les complications et sans la lourdeur d'une instance de tutelle.

Si eu égard à la consistance des biens à gérer, le juge constate l'inutilité de la constitution complète d'une tutelle, il peut se borner à désigner comme gérant de tutelle, sans subrogé tuteur ni conseil de famille, soit un préposé appartenant au personnel administratif de l'établissement de traitement soit un administrateur spécial.

Le gérant de la tutelle perçoit les revenus de la personne protégée et les applique à l'entretien et au traitement de celle-ci. S'il y a excédent, il le verse à un compte qu'il doit faire ouvrir chez un dépositaire agréé. Chaque année il rend compte de sa gestion directement au juge des tutelles.

Si d'autres actes deviennent nécessaires, il saisit le juge, qui pourra, soit l'autoriser à les faire soit décider de constituer la tutelle complètement.

En ouvrant la tutelle ou dans un jugement postérieur, le juge, sur l'avis du médecin traitant, peut énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule soit avec l'assistance du tuteur.

Tous les actes passés postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle, par la personne protégée, seront nuls de droit.

Les actes antérieurement faits pourront être annulés si la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement l'époque où ils ont été faits.

Le testament fait après l'ouverture de la tutelle sera nul de droit. Le testament antérieurement fait restera valable.

Le juge peut autoriser le tuteur à faire au nom de la personne protégée des donations, mais seulement au profit de ses descendants ou en faveur de son conjoint.

- *Quelle est la responsabilité du tuteur ?*

Tout tuteur est comptable de sa gestion.

Ainsi il est tenu de remettre chaque année au juge un compte de gestion. Ce compte sera rédigé et émis, sans frais, sur papier non timbré et il sera contrôlé et approuvé par le juge.

Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées conformément à la procédure arrêtée par le nouveau code de procédure civile (articles 660 et suivants).

Le tuteur sera poursuivi devant les juges du lieu où la tutelle a été déférée.

Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai dans lequel le compte sera rendu et commettra un juge.

Le compte devra contenir les recettes et dépenses effectives : il sera terminé par la récapitulation de la balance desdites recettes et dépenses.

Le tuteur devra présenter son compte en personne ou par procureur spécial, dans le délai fixé et au jour indiqué par le juge-commissaire, les intéressés appelés à assister à cette présentation des comptes.

Au jour et heure indiqués par le juge-commissaire, les parties se présenteront devant lui pour fournir leurs explications sur son procès-verbal.

Le jugement qui interviendra sur l'instance de compte, contiendra le calcul de la recette et des dépenses et fixera le reliquat précis, s'il y en a aucun.

3) La curatelle

Lorsqu'un majeur, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile, il peut être placé sous un régime de curatelle.

La curatelle est ouverte de la même manière que la tutelle.

Dans la curatelle, il n'y a d'autre organe que le curateur.

L'époux est curateur de son conjoint à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux ou que le juge n'estime qu'une autre cause interdit de lui confier la curatelle. Tous autres curateurs sont nommés par le juge des tutelles.

Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui sous le régime de la tutelle, requerrait une autorisation du juge des tutelles : actes de disposition. Il ne peut pas non plus, sans cette assistance, recevoir des capitaux ni en faire emploi.

Si le curateur refuse son assistance à un acte, la personne en curatelle peut demander au juge des tutelles une autorisation supplétive.

Si le majeur en curatelle a fait seul un acte pour lequel l'assistance du curateur était requise, lui-même ou le curateur peuvent en demander l'annulation.

Toute signification faite au majeur en curatelle doit l'être aussi à son curateur, à peine de nullité.

En nommant le curateur, le juge peut ordonner qu'il percevra seuls les revenus de la personne en curatelle, assurera lui-même, à l'égard des tiers le règlement des dépenses et versera l'excédent sur un compte.

Le curateur nommé avec cette fonction rend compte de sa gestion chaque année au juge des tutelles.

La personne en curatelle peut librement tester, mais elle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance de son curateur.

4) Procédure à suivre

a) **Tutelle** :

La requête aux fins de tutelle énonce les faits qui paraissent appeler cette protection. Elle est accompagnée d'un certificat délivré par un médecin spécialiste. Elle énumère les proches parents de la personne à protéger pour autant que leur existence est connue du requérant.

Quand le juge se saisit d'office aux fins d'ouverture d'une tutelle, il doit commettre un médecin spécialiste afin de constater l'état du malade.

Le greffier donne avis de la procédure introduite au Procureur d'Etat.

Le juge des tutelles entend la personne visée dans la requête et lui donne connaissance de la procédure introduite. L'audition peut avoir lieu, soit au siège du tribunal, soit au lieu de l'habitation, dans l'établissement de traitement ou en tout autre lieu approprié.

Le juge peut, s'il l'estime opportun, procéder à cette audition en présence du

médecin traitant et éventuellement d'autres personnes.

Le Procureur d'Etat peut assister à cette audition. Il en est de même du conseil de la personne à protéger. Il est dressé procès-verbal de l'audition.

Si l'audition de la personne à protéger est de nature à porter préjudice à sa santé, le juge peut, par disposition motivée, sur les avis conformes du médecin traitant et d'un médecin spécialiste, décider qu'il n'y a pas lieu d'y procéder.

Le juge peut désigner d'office un conseil à la personne à protéger.

Il peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, décider toute mesure d'information. Il peut faire procéder à une enquête sociale ou à des constatations par telle personne de son choix.

Il entend lui-même, pour autant qu'il est possible, les parents alliés et amis de la personne à protéger.

Le dossier est renvoyé au Procureur d'Etat qui doit prendre un avis écrit.

La personne à protéger ou son conseil peuvent prendre connaissance du dossier au greffe avant l'audience.

A l'audience fixée par le juge, la personne à protéger ainsi que les personnes intéressées peuvent formuler leurs observations.

Le jugement relatif à l'ouverture de la tutelle doit être notifié à la personne visée dans la requête ainsi qu'au requérant.

b) Curatelle

Même procédure que pour la tutelle.

c) Sauvegarde de justice

La déclaration aux fins de sauvegarde de justice est transmise au juge des tutelles du lieu du domicile de la personne à protéger.

CONCLUSION

Si une personne profite ainsi d'une mesure de protection, celle-ci sera soit représentée, soit assistée par un tiers dans la plupart ou tous les actes de la vie courante.

Si cette personne assistée ou représentée dispose ainsi des mêmes droits que toute autre personne, la validité de certains actes juridiques qu'il pose sera cependant soumise à la condition que le curateur ou le tuteur aura cautionné / approuvé l'acte en question.

B. Le cas particulier : Les testaments

1) Définition

Le testament est, nous dit **l'article 895** du Code civil, l'acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus, de tout ou de partie de ses biens et qu'il peut révoquer.

Il est important de noter qu'il ne sera possible que de tester en ce qui concerne la quotité disponible. En effet, en présence d'enfants de la personne décédée, une certaine partie de l'héritage, appelée réserve héréditaire, leur revient de droit et ne peut être léguée à une autre personne. Il est donc impossible de déshériter complètement ses enfants.

Cette réserve dépend évidemment du nombre d'enfants. En effet, **l'article 913** du Code civil dispose que les libéralités, soit par acte entre vifs soit par testament ne pourront excéder la moitié des biens lui disposant, si ne laisse à son décès qu'un enfant, le tiers s'il laisse deux enfants, le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

Donc en présence de

- un enfant : réserve = moitié, quotité disponible = moitié.
- deux enfants : réserve = $\frac{2}{3}$, quotité disponible = $\frac{1}{3}$.
- trois enfants : réserve = $\frac{3}{4}$, quotité disponible = $\frac{1}{4}$.
- quatre enfants : réserve = $\frac{3}{4}$, quotité disponible = $\frac{1}{4}$.

Il y a de même lieu de noter qu'en cas d'enfants, le testateur peut léguer par testament à son conjoint survivant ou bien l'usufruit sur toute sa succession ou bien la libéralité s'étant à la quotité disponible ordinaire en fonction du nombre des descendants du prédécédé, et à l'usufruit du surplus.

Pour illustrer cette dernière alternative, supposons que le décujs ait eu 2 enfants. La quotité disponible est de $\frac{1}{3}$ de la succession, elle passe donc au conjoint survivant. Le surplus est évidemment la réserve des descendants dans notre exemple les $\frac{2}{3}$ en présence de deux enfants. Sur cette part, le conjoint survivant a droit à l'usufruit. La réserve des descendants se restreint donc à la nue propriété des $\frac{2}{3}$ de la succession.

Dans le cas où la libéralité porte sur l'usufruit de toute la succession délaissée, les enfants se voient attribuer la nue propriété de la succession de leur père ou mère décédé.

Dans les deux alternatives, il n'y a partant rien à partager entre les enfants et leur père ou mère survivant.

Il est encore intéressant de citer **l'article 909** du Code civil qui prévoit que « *les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie* ».

Il s'agit notamment des aides-soignants, infirmiers, infirmiers en anesthésie et réanimation, infirmiers en pédiatrie, infirmiers psychiatriques, masseurs, sages-femmes, assistants d'hygiène sociale, diététiciens, ergothérapeutes, laborantins, masseurs kinésithérapeutes, orthophonistes, pédagogues curatifs, rééducateurs en psychomotricité.

Il s'agit d'éviter justement que les personnes qui soignent un malade profitent de son état de faiblesse pour le dépouiller de ses biens.

Exemple: Un soignant dans une maison de soins s'occupe d'une personne qui a la maladie d'Alzheimer. Il sait que cette personne est fortunée. Il souhaite donc tirer profit de cette situation et l'influence de telle sorte que la personne âgée rédige un testament aux termes duquel elle lui cède tous ses biens. Ce testament sera nul en vertu de l'article 909 du Code civil.

Suivant cette définition, le testament présente 3 caractéristiques :

Il est un acte unilatéral dès lors qu'il ne contient que l'expression de la seule volonté du testateur.

Il n'est valable que s'il a été dressé dans l'une des formes prévues par le Code civil. En fait il se présente comme un acte solennel. La solennité de l'acte se justifie d'ailleurs parce que la loi voudrait assurer l'indépendance du testateur afin de lui permettre d'exprimer une volonté libre et afin d'éviter que cette volonté puisse prêter à confusion ou équivoque.

Le testament peut porter, soit sur l'intégralité du patrimoine du testateur soit sur une partie seulement de sa fortune ou même sur un seul bien. Les legs qui sont prévus au testament sont qualifiés en fonction de leur envergure. Ainsi le legs qui porte sur l'ensemble du patrimoine est appelé « *legs universel* ». Celui qui concerne l'ensemble d'une partie déterminée de la fortune, comme par exemple l'ensemble des biens immobiliers est qualifié de « *legs à titre universel* ». Le legs qui ne vise qu'un ou plusieurs biens particuliers du testateur est appelé « *legs à titre particulier* ».

Il n'est toutefois pas requis que le testateur dispose, par voie de testament, de tous ses biens. Il peut aussi se contenter de léguer seulement quelques biens à ses légataires et laisser à la loi la dévolution de sa succession restante. Dans pareille hypothèse, l'universalité de sa fortune, déduction faite des legs particuliers, est dévolue à ses héritiers légaux, à chacun suivant la quote-part que la loi attribue dans le cadre d'une succession ab intestat.

Le testament ne produit ses effets qu'au jour du décès du testateur. Il en résulte que celui qui dispose de sa fortune par testament, ne se dépouille pas de ses biens de son vivant (contrairement à celui qui consent une donation). Le testament n'opère un transfert de la

propriété du patrimoine légué qu'à la mort du disposant. Du vivant du testateur, le légataire ne dispose d'aucun droit de propriété sur son futur legs.

Enfin le testament est un acte qui reste toujours librement révocable par le testateur jusqu'au jour de sa mort. Le testateur peut toujours modifier les dispositions testamentaires qu'il a prises, les remplacer par d'autres ou les révoquer carrément, pour assurer une dévolution légale sa succession.

2) Les conditions de validité du testament

Il y a lieu de distinguer entre 2 catégories de conditions : les conditions touchant au fond et les conditions de forme des testaments.

a) Les conditions de fonds

La validité d'un testament quant au fond requiert :

- un consentement libre, exprimé par une personne saine d'esprit (pas une personne souffrant de trouble mental ou une personne placée sous un régime de protection telle que tutelle ou curatelle) ; ce consentement ne doit pas être entaché d'un vice c'est-à-dire être surpris par erreur ou par dol ou extorqué par violence.
- la capacité du testateur de disposer à titre gratuit doit exister au moment de la rédaction du testament,
- un objet licite déterminé ou du moins déterminable sur lequel porte le testament,
- l'existence d'une cause licite et morale de l'engagement contracté par le testateur qui se confond avec son intention de gratifier le bénéficiaire.

Au-delà de ces conditions, une capacité particulière est requise dans le chef du testateur. Le Code civil pose 2 exigences : ainsi le testateur doit, pour établir un testament valable avoir un âge minimum et la santé mentale.

b) L'âge minimum

Le Code civil exige que le testateur soit âgé de 16 ans au moins pour faire un testament valable et cette condition doit être remplie au jour de la rédaction du testament. Un mineur âgé de moins de 16 ans n'est pas investi de la capacité de rédiger un testament valide et son testament serait nul.

c) ***La santé mentale du testateur :***

Le testament est un acte par lequel le testateur doit exprimer sa libre volonté de disposer de sa fortune après sa mort. Pour que le consentement du testateur soit exprimé en pleine liberté, il faut qu'il ait joui de saines facultés mentales au moment de la rédaction de sa dernière volonté.

Ainsi sera nul le testament laissé par une personne qui, de son vivant, a été mise sous tutelle par le tribunal.

Est de même incapable de faire un testament valable, la personne qui, sans avoir été placée sous tutelle, a souffert d'une aliénation mentale ou d'une faiblesse d'esprit au moment où elle a rédigé son testament. Il est évident qu'une telle personne n'a pas pu exprimer un consentement libre et avoir conscience de la portée juridique de son acte.

Il n'est à cet égard par relevant de savoir si cette faiblesse d'esprit a été permanente ou seulement temporaire. Il importe seulement d'apprécier si cette absence des facultés mentales a existé dans le chef du testateur au moment de la rédaction du testament.

Un testament rédigé par une personne qui, de son vivant, n'a pas joui de saines facultés mentales, peut être attaqué en nullité après son décès par toute personne qui y a un intérêt légitime. Le demandeur à l'action doit, pour réussir sans sa démarche, prouver que le testateur ne jouissait pas, au moment de la rédaction de l'acte, de sa pleine capacité mentale. Une telle preuve est susceptible d'être rapportée par tous les moyens tels que certificat médical, des témoignages ou même des présomptions. L'incapacité du testateur doit cependant être rapportée à l'abri de tout doute. Une préférence est accordée à la preuve rapportée par constat médical.

Cette preuve est également requise dans le cas d'une action en nullité contre un testament authentique. Reste à signaler que la déclaration du notaire que le testateur a agi en pleine possession de ses facultés mentales, est susceptible d'être combattue par tous les moyens.

3) Les conditions de formes

Le testament étant un acte solennel implique que la loi ne reconnaît la validité d'une manifestation de volonté du testateur qu'à la condition que cette volonté s'est exprimée dans l'une des formes prescrites par la loi.

Les conditions de forme dont le respect est exigé poursuivent l'objectif d'assurer que la volonté du testateur soit exprimée avec le plus de certitude possible. Le respect des conditions de forme n'est pas seulement requis pour assurer sa preuve, mais également pour la validité du testament.

Donc un testament rédigé sans le respect des conditions de forme, serait nul et d'une nullité absolue. Ainsi le testateur qui aurait laissé, à sa disparition, un testament nul pour inobservation des formes légales, sans avoir dans la suite établi un second testament valable, serait considéré comme étant décédé ab intestat et sa succession serait donc dévolue à ses héritiers légaux.

Testament oral : aucune valeur juridique.

- *Quelle est la situation si un prétendu légataire invoquait un testament rédigé par le décujus dans les formes légales, mais qui a été détruit ou dissimulé par la suite ?*

La jurisprudence adopte 2 solutions différentes :

- Si le testament a été détruit par le disposant, cette destruction équivaut à une révocation implicite ou tacite de ce testament. La même solution s'impose lorsque le testament a été détruit du vivant du testateur par un cas de force majeure ou par un tiers et que cette destruction a été connue du testateur.
- Si par contre la destruction du testament a eu lieu par une force majeure ou par une tierce personne après le décès du testateur, la jurisprudence admet le légataire présumé à prouver l'existence et le contenu du testament allégué par tous moyens, telles des dépositions testimoniales et même de simples présomptions pourvu qu'elles soient suffisamment précises, concordantes et concluantes.

Le testament conjonctif c'est-à-dire celui rédigé par 2 testateurs dans un seul et même écrit, est prohibé. Cette disposition signifie qu'un testament ne saurait contenir que l'expression de la volonté d'une seule personne. Admettre un testament conjonctif

contenant les dernières volontés de 2 ou plusieurs personnes reviendrait à priver chacune d'elles de la faculté de révoquer son testament.

4) Les différentes sortes de testament

a) *Le testament olographe*

Définition : c'est le testament qui est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur ; il n'est assujéti à aucune autre forme.

Ce testament offre des avantages en raison de sa simplicité. C'est le testament qui offre les plus grandes facilités, tant en ce qui concerne sa rédaction que sa révocation. C'est aussi un testament qui n'occasionne pas de frais. C'est aussi celui qui offre à son auteur le plus de garanties quant à la tenue au secret de ses dernières volontés.

Il présente cependant aussi des inconvénients qui ne doivent pas être sous-estimés.

Comme le testateur rédige généralement son testament olographe à son domicile sans informer ses proches quant à l'existence ou quant au lieu de conservation de son testament, il court des risques non négligeables.

Il risque tout d'abord qu'à son décès, ses légataires présumés, laissés dans l'ignorance de l'existence du testament, ne se doutent pas de l'existence du testament. Il existe donc un danger que sa succession sera liquidée ab intestat entre ses héritiers légaux, ce qui méconnaît les dernières volontés du decujus.

Un second risque peut se présenter même dans l'hypothèse où les proches ont été informés de l'existence du testament. Il est en effet possible que les légataires ne trouvent pas le testament. Ces légataires sont alors privés de leurs legs s'ils ne peuvent pas produire un testament écrit. La succession serait dans ce cas également dévolue aux héritiers légaux.

Un troisième danger existe si un héritier légal, écarté de sa succession par testament olographe, trouve ce testament. Cet héritier peut être amené à détruire ce testament trouvé afin de rentrer dans ses droits successoraux.

Le testateur a donc tout intérêt à rendre public tant l'existence d'un testament que de son lieu de conservation. Il peut assurer cette publicité tout simplement en informant une personne de confiance de son testament. Cette personne peut être, soit un membre de sa famille, soit un homme de loi tel un notaire ou un avocat. Le testateur peut même confier son testament olographe en dépôt à telle personne de confiance.

D'autre part une loi de 1980 a assuré une certaine publicité des dispositions de dernières volontés. Ainsi tout notaire qui est chargé de la rédaction d'un testament public ou qui reçoit un testament olographe en dépôt, est tenu de faire une déclaration y afférente auprès de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines. Cette administration tient un registre dans lequel tout testament qui lui est signalé, est inscrit. De même chaque particulier qui a rédigé un testament olographe, a la faculté, sans y être obligé, d'y faire inscrire son testament.

Tant que le testateur est en vie, les mentions portées sur ce registre ne sont pas publiques et personne ne peut en avoir la communication. Ces renseignements peuvent être obtenus en cas de décès et toute personne, justifiant d'un intérêt, peut obtenir communication des renseignements inscrits sur le registre.

Ces mesures de publicité limitent les risques quant à la non découverte ou quant à une destruction volontaire du testament.

Formes du testament olographe : trois conditions de formes sont requises. Il doit être

- écrit en entier de la main du testateur,
- daté par le testateur,
- signé de la main du testateur.

i. Le testament doit être écrit en entier de la main du testateur :

C'est une question essentielle de validité et se justifie par la circonstance que la loi accorde de pleins effets juridiques à un simple acte sous seings privés. Il faut donc

s'assurer que le testateur a pu librement exprimer sa volonté sans subir l'influence d'une tierce personne.

Ainsi un testament olographe qui contiendrait des termes écrits par une autre personne serait nul et de nul effet. Il en est de même du testament olographe, rédigé de la main du testateur mais contenant des ajoutes y apportées par un tiers.

Un tel testament serait encore nul s'il était établi que, pendant la rédaction par le testateur, sa main a été guidée par un tiers. Le testament demeure cependant valable si ce tiers n'a fait qu'assister le testateur, par exemple en l'aidant, à raison de sa mauvaise vue, à placer sa main sur le papier et à signer au bon endroit.

Par contre la loi ne reconnaît pas la validité d'un testament dactylographié. Il ne suffit même pas que le testateur ait ajouté une mention manuscrite, datée et signée par lui, énonçant que l'acte dactylographié correspond entièrement à sa volonté.

Peu importe qu'il ait été écrit à l'aide d'une plume, d'un crayon ou d'un stylo à billes, qu'il ait été rédigé sur du papier, sur du carton ou sur un autre support. Il est reconnu comme valable dès lors qu'il donne l'impression d'être sérieux et qu'il révèle dans le chef du testateur une volonté certaine et non équivoque de rédiger des dispositions testamentaires.

Un testament olographe peut même être contenu dans une lettre missive, pourvu que cette dernière soit rédigée en entier de la main du testateur, datée et signée par ce dernier.

Il peut finalement être rédigé sur papier libre et n'a pas besoin d'être couché sur du papier timbré.

ii. Le testament doit être daté

La loi exige que le testament olographe soit daté de la main du signataire. Cette nécessité s'explique pour trois raisons :

- d'abord la capacité du testateur de disposer à titre gratuit s'apprécie au moment de la rédaction de l'acte. Il importe donc de connaître le jour exact de sa rédaction,
- ensuite si le testateur a laissé plusieurs testaments, il est capital de savoir lequel de ces actes constitue le dernier en date, sachant que le plus récent testament a révoqué les testaments antérieurs,
- enfin l'apposition d'une date précise transforme le simple projet en testament véritable.

La mention de date doit s'entendre par la mention du jour, du mois et de l'an. La jurisprudence admet cependant que la date peut aussi être indiquée autrement, par exemple par l'indication du jour de Noël 2007.

iii. Le testament doit être signé

Le testateur doit signer lui-même ses propres dispositions testamentaires. La signature doit indiquer son nom de famille et le cas échéant son prénom. Elle est destinée à attester que le testament est bien l'œuvre du testateur.

La signature n'a pas besoin d'être lisible, mais il faut et il suffit que ce soit la signature habituelle et que l'on puisse l'identifier.

b) Le testament par acte authentique ou par acte public

Définition : C'est le testament qui est dicté par le testateur au notaire qui le couche sur papier.

Les avantages de ce testament tiennent d'un côté aux conseils juridiques que peut donner le notaire pour ce qui est des legs à faire. D'un autre côté, l'intervention du notaire assure que les dernières volontés ne sont pas affectées d'un vice de forme ou de fond rendant le testament invalide.

Enfin, il fait pleine foi de sa véracité quant à son contenu et quant à sa date jusqu'à inscription de faux.

En dernier lieu, c'est le seul testament auquel peuvent recourir les personnes qui ne savent pas écrire ou qui ne le peuvent pas en raison d'un handicap ou d'une maladie.

Désavantage : Cette sorte de testament comporte des frais.

Forme du testament public :

i. Nombre des notaires et des témoins

Ledit testament doit être reçu par un notaire en présence de 2 témoins ou par 2 notaires.

Les témoins doivent être continuellement présent lors de la réception de l'acte.

ii. Capacité des témoins

Les témoins qui assistent le notaire, doivent :

- être majeurs
- résider au Luxembourg
- connaître la langue dans laquelle le testament est rédigé
- avoir la jouissance des droits civils
- ne pas être sous tutelle ou sous curatelle.

Ne peuvent pas figurer en tant que témoins :

- les légataires institués dans le testament
- le conjoint de ces légataires
- les parents ou alliés de ceux-ci jusqu'au 4^{ème} degré
- les parents ou alliés jusqu'au 3^{ème} degré du notaire
- les parents ou alliés jusqu'au 3^{ème} degré du testateur
- le conjoint et les employés du notaire
- le conjoint et les employés du testateur.

iii. La dictée du testament

Le testament doit être dicté par le testateur au notaire. Il est alors rédigé par le notaire. Il en résulte qu'un muet ne peut pas recourir à cette forme de testament.

Le notaire est obligé d'écrire textuellement ce qui lui est dicté, sauf qu'il peut interpellé le disposant au sujet des dispositions testamentaires qui seraient contraires à la loi, contradictoires ou imprécises.

Une fois la dictée terminée, le notaire doit donner lecture du testament en la présence continue des témoins, pour assurer la conformité du texte dicté au texte écrit. Comme cette lecture est à assurer à haute voix par le notaire, cette condition implique l'impossibilité pour les sourds de tester en la forme authentique alors que ces personnes ne comprendraient pas la lecture qui leur est donnée.

Après la lecture le testateur doit signer de suite. S'il déclare qu'il ne sait ou ne peut pas signer, il est fait dans l'acte mention expresse que sa déclaration ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. Le testament est encore signé par les 2 témoins.

D'autres formalités prescrites par les actes notariés en général doivent être observées telles que :

- le testament doit être signé par le notaire qui l'a reçu
- il doit être daté et contenir la mention du lieu de sa passation
- il doit être écrit en un seul tenant ; les surcharges, interlignes radiation et additions sont à signer spécialement dans lequel il est lui-même testateur ou légataire. Toutefois le notaire peut valablement être institué comme exécuteur testamentaire par le testament qu'il reçoit, à condition que le testament ne fixe aucune rémunération à son profit.

C. Les droits des personnes âgées par rapport aux établissements qui les accueillent

L'état de santé des personnes âgées entraîne souvent que de l'aide professionnelle est sollicitée soit par la personne concernée soit par la famille pour prendre en charge la personne affaiblie.

Un contrat est ainsi conclu entre la personne nécessiteuse et une maison de soins, de retraite, un hôpital ou une gériatrie qui s'engage à prendre en charge et à s'occuper de la personne.

Juridiquement **l'article 1101** du Code civil définit le contrat comme étant « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

Le contrat fait ainsi naître **des droits et obligations à charge de chaque cocontractant**.

Si l'un des partenaires contractuels ne remplit pas ses obligations, **il engage sa responsabilité** et doit dédommager son cocontractant ou toute autre personne qui a subi un dommage.

Exemple : un client remet sa voiture au garagiste alors que les freins ne fonctionnent plus. Il naît entre le client et le garagiste un contrat de réparation par lequel le garagiste a l'obligation de réparer les freins. Si après l'intervention du garagiste le client a un accident alors que les freins ne fonctionnaient toujours pas, le garagiste est responsable de toutes les conséquences dommageables de l'accident.

Exemple : un client charge une entreprise de construction de construire sa maison. Il naît entre les parties un contrat de construction qui impose à l'entrepreneur l'obligation de construire une maison suivant les règles de l'art. L'entrepreneur sera ainsi responsable de tous les vices de construction qui peuvent affecter l'immeuble et il devra les réparer.

Chaque contrat fait ainsi naître des obligations spécifiques qui engagent la responsabilité de celui qui en est tenu et qui ne les remplit pas.

- *De quelle obligation est dès lors tenu une maison de soins, de retraite, hôpital, ... qui prend en charge une personne nécessiteuse ?*

Deux obligations principales découlent d'un tel contrat :

- une obligation **d'hébergement**,
- l'obligation **de dispenser des soins** conformes aux règles de l'art et des données acquises de la science

1) L'obligation d'hébergement

Elle impose à l'établissement d'accueil de **loger** et de **nourrir** correctement le client.

Exemple: les chambres doivent être propres et correctes. Une chambre humide à raison d'infiltrations d'eau et qui serait à l'origine d'une maladie de l'occupant engagerait la responsabilité de l'établissement.

Exemple : la nourriture ne doit pas être périmée. Des maladies ou dommages causés par des aliments périmés seront de la responsabilité de l'établissement qui devra dédommager le client de tout dommage ainsi subi.

De manière générale et dans le cadre de son obligation d'hébergement, l'établissement d'accueil est responsable de

- ses infrastructures et
- de son personnel.

a) La responsabilité de la maison d'accueil de ses infrastructures

Tout dommage causé à raison des infrastructures de la maison d'accueil engage la responsabilité de cette dernière.

Exemple : ainsi a été reconnu responsable un établissement hospitalier dont un ascenseur a blessé un visiteur par la fermeture trop violente de ses portes entraînant ainsi la cliente dans une chute.

Exemple : ont été reconnues responsables des maisons de retraite dans lesquelles les pensionnaires étaient tombés sur les sols devenus glissants suite à leur nettoyage ou de la nourriture qui traînait par terre.

Exemple : sera responsable le propriétaire d'une maison dont une ardoise se détachera du toit et blesse un patient sur la tête duquel elle tombe.

Pour que le propriétaire / gardien **d'une chose immobile** soit déclaré responsable, encore faut-il que cette chose à l'origine du dommage ait **un comportement anormal**.

Exemple : dans l'exemple supra de la chambre humide, l'établissement propriétaire / gardien de son immeuble sera déclaré responsable alors qu'il n'est pas normal qu'une maison entretenue présente des infiltrations d'eau. Une infiltration d'eau est nécessairement due à un manque d'entretien de l'infrastructure.

Exemple : un client se blesse à un clou ou une vis sortant du mur ou d'un meuble ou se coupe en poignant une lame de porte anormalement contondante.

Exemple : une personne trébuche sur une marche non signalisée se trouvant derrière une porte.

Si **l'objet immobile** a un comportement normal, la responsabilité du propriétaire / gardien ne sera pas engagée.

Exemple : une personne tombe par maladresse dans les escaliers respectivement trébuche contre un tapis.

Exemple : un client se cogne la tête contre une cloison en verre qu'il n'a pas vue.

En tout état de cause, **la preuve du comportement anormal de la chose** incombera toujours à la victime qui souhaite obtenir réparation d'un dommage qu'elle a subi.

b) La responsabilité de l'établissement d'accueil de son personnel

i. Le principe de la responsabilité de l'employeur

Si la maison d'accueil a engagé du personnel par des contrats de travail en bonne et due forme pour s'occuper des clients, l'établissement d'accueil **en sa qualité d'employeur** sera responsable du personnel qu'il a sous ses ordres.

Le principe de la responsabilité de l'employeur pour les fautes commises par ses salariés est édicté tant par le Code civil que par le Code du Travail.

Ainsi, **l'article 1384 alinéa 3** du Code civil qui pose un principe général en matière de responsabilité dispose que :

*« on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ... les maîtres et les **commettants**, du dommage causé par leurs domestiques et **préposés** dans **les fonctions auxquelles ils sont employés** ».*

Ce principe est confirmé par les lois applicables en matière de droit du travail.

L'article L.121-9 du Code du Travail précise ainsi que :

« l'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise ».

L'employeur endosse ainsi la responsabilité pour les fautes commises par ses salariés.

Exemple : un soignant blesse un client en versant par inattention une tasse de thé bouillante sur sa main. La maison d'accueil sera responsable des dommages subis par le client.

Exemple : un infirmier employé par un hôpital blesse un patient en lui administrant une piqure. L'hôpital sera responsable des dommages subis par le patient.

Ce principe vaut même si cette personne a commis une faute volontaire.

Exemple : un aide soignant n'administre volontairement pas de soins à une personne ou lui administre une dose de médicaments mortelle suite à laquelle le patient décède. L'hôpital ou la maison d'accueil sera tenu d'indemniser les proches du décédé.

ii. Les exceptions à la responsabilité de l'employeur

S'il est vrai que l'employeur endosse la responsabilité pour les fautes commises par ses salariés, il n'en demeure pas moins que ces derniers **ne peuvent pas se permettre n'importe quoi**. Ces limites qui sont au nombre de 3 se retrouvent :

- **en droit civil** : l'employeur ne sera responsable pour les dommages commis par ses salariés que dans la mesure où ceux-ci sont restés **dans les limites de leur mission** et n'ont commis aucun excès pouvant être qualifiée **faute lourde**.

En cas de **faute lourde** commise par le préposé, le commettant restera néanmoins responsable face à la victime mais pourra se retourner par après contre son préposé et réclamer remboursement.

Exemple : l'employeur ne sera pas responsable du vol perpétré par son salarié dans les chambres des patients alors que ni le travail ni la mission confiée par le commettant à son préposé ne consiste à perpétrer des vols contre les clients mais à dispenser des soins.

- **en droit du travail** : l'article L.121-9 du Code du travail précise en effet que :

« le salarié supporte les dégâts causés par ses actes volontaires et sa négligence grave ».

Le salarié engage donc sa responsabilité personnelle face à son employeur en cas de **faute volontaire** ou **négligence grave**.

Exemple : le soignant, en état d'ébriété avancée administre un mauvais médicament au patient suite à quoi celui-ci décède.

Tout comme en droit civil, en droit du travail l'employeur reste responsable vis-à-vis des tiers des fautes commises par son salarié, même lourdes ou volontaires mais il aura la faculté ou la possibilité de se retourner contre son salarié pour réclamer remboursement des montants qu'il a dû indemniser aux victimes.

- **en droit pénal** : le salarié restera toujours **personnellement responsable** d'une infraction qu'il aura commise alors que la **responsabilité pénale** n'est **jamais transférée** vers une autre personne comme l'employeur.

Exemple : le soignant verse une tasse de thé brûlante sur un client et le blesse. En cas de poursuites pénales, le soignant sera personnellement responsable des coups et blessures qu'il aura ainsi administrés.

Exemple : l'infirmier sera responsable d'homicide involontaire s'il s'est trompé de patient dans l'administration des médicaments.

c) Les obligations connexes à l'obligation d'hébergement

L'obligation d'hébergement se complète par

- une obligation de sécurité et

- une obligation de surveillance.

Une maison d'accueil est ainsi toujours responsable de la **sécurité** de ses clients et devra adapter la **surveillance** en fonction.

Exemple : le service psychiatrique d'un hôpital devra ainsi veiller à ce que les fenêtres des chambres soient verrouillées afin d'éviter qu'un patient ne puisse s'y enfouir ou chuter.

Exemple : les entrées et sorties de certaines maisons d'accueil devront ainsi être surveillées afin d'éviter que des patients démunis ou affaiblis ne puissent sortir et se perdre respectivement avoir ou causer un accident.

2) L'obligation de soins

La deuxième obligation qui découle du contrat conclu entre un établissement d'accueil et un client est celle **de dispenser des soins adaptés à l'état du patient et conformes aux données acquises de la science**.

A ce stade il devient important de différencier entre d'une part les **obligations de résultat** et d'autre part les **obligations de moyen**.

a) *L'obligation de résultat*

Elle se définit par son résultat.

Si le résultat n'est pas atteint, la **responsabilité** de celui qui est tenu de l'obligation de résultat **est engagée**.

Exemple : un client est malade alors que la maison d'accueil lui a servi de la nourriture périmée. La maladie, qui est le résultat d'une nourriture spoliée suffit pour engager la responsabilité de la maison d'accueil.

Exemple : la blessure du patient qui s'est vu renverser une tasse de thé bouillante par le soignant sur la main est le résultat de la maladresse du soignant ce qui engage la responsabilité de l'employeur du soignant.

b) *L'obligation de moyen*

Elle se définit par les moyens mis en œuvre.

Il n'est ici pas nécessaire d'atteindre un résultat mais il faut et il suffit que celui tenu de l'obligation de moyen puisse justifier **qu'il a tout fait, qu'il a tout mis en œuvre**, pour atteindre le résultat, sans cependant pouvoir **donner la garantie que ce résultat ne soit atteint**.

Exemple : une personne confie un dossier à un avocat afin que celui-ci défende sa cause. L'avocat ne pourra jamais donner la garantie qu'il gagnera le procès, mais il devra tout mettre en œuvre pour défendre au mieux les intérêts de son client.

Exemple : une personne atteinte d'un cancer vient trouver un médecin. Celui-ci ne sera pas tenu du résultat de guérir son patient, peut-être inguérissable, mais devra mettre tout en œuvre pour aider au mieux le patient.

L'intérêt de la distinction réside dans **la charge de la preuve** : en présence d'une obligation de résultat, la responsabilité de la personne tenue d'une telle obligation est engagée dès que **le résultat n'est pas atteint**. Dans les cas d'une obligation de moyen, la responsabilité de celui qui est tenu d'une telle obligation ne sera engagée que dans la mesure où la victime **prouvera une faute** de celui qui a commis un dommage. La faute résidera dans le fait que la personne tenue de l'obligation de moyen n'aura pas mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour aider son partenaire contractuel.

- *Se pose dès lors la question quant à savoir si l'obligation de fournir des soins adaptés à l'état du patient et conforme aux données acquises de la science est une obligation de résultat ou de moyen ?*

La réponse varie suivant que les soins à dispenser passent par des actes médicaux ou non.

i. Les actes médicaux

Les soins dispensés par l'intermédiaire d'actes médicaux sont pourvus d'une **obligation de moyen**.

Exemple : établir un diagnostic, prescrire une thérapie, prescrire un médicament, ... sont des actes médicaux où celui qui les dispense n'est tenu que d'une **obligation de moyen**.

ii. Les soins passant par des actes autres que par des actes médicaux

Pour toutes les autres actes de soins que les actes médicaux, ceux-ci sont pourvus d'une **obligation de résultat**.

Exemple : les soins tenant à l'hygiène corporelle : le fait de blesser quelqu'un en le lavant ou en lui pinçant les ongles.

Exemple : la jurisprudence est même allée jusqu'à pourvoir les actes « médicaux faciles » pouvant être exécutés par des infirmiers, soignants ou aides-soignants d'une **obligation de résultat**. Tel est le cas pour les piqûres, pochettes de sang ou baxters administrés à un patient.

CONCLUSION

A l'exception des actes / soins médicaux qui sont pourvus d'une obligation de moyen, presque tous les autres soins se mesurent à leur résultat et la responsabilité est engagée à chaque fois que le résultat escompté n'est pas atteint.

Tout comme pour l'obligation d'hébergement, la responsabilité de l'employeur sera engagée à chaque fois qu'un de ses salariés aura failli à son obligation de soin et aura causé un dommage à un patient.

3) Le cas particulier de la responsabilité en matière de distribution de médicaments

L'exposant né a traité le problème de la polymédication dans un article publié au « Begleitheft zur 26. *Journée de Gérontologie* » le 5 octobre 2011 ci-après reproduit :



vs.



Über die gesetzliche Verantwortung in Sachen Medikation

Im Alter ist der Erhalt einer gewissen Lebensqualität oft an die Einnahme einer Vielzahl von Medikamenten gebunden. Diese Medikation benötigt wiederum eine Vielfalt von Beteiligten die von der Verschreibung über die Dosierung bis hin zur Einnahme den Kranken, Alten oder Pflegebedürftigen bei der Verwaltung dieser Arznei behilflich, sprich unerlässlich sind.

Die Verschreibung eines Medikaments erfolgt somit durch den Arzt der hierfür vom Gesetz her allein zuständig ist, da es sich um ein medizinisches Verfahren handelt (*acte médical*). Die Zubereitung und die Ausgabe unterliegen dem Apotheker und schlussendlich die Verabreichung den Kranken-, Alten- oder sonstigen Pflegern.

Das Allgemeinrecht sieht vor, dass jeder für seine Handlung verantwortlich ist und für eventuelle Schäden, die er Dritten zufügt, aufkommen muss.

So auch in der Medikation. Begeht der Arzt bei der Verschreibung des Medikaments einen Fehler (falsches Medikament, falsche Dosierung...) welcher dem Patient einen Schaden zufügt muss er für diesen Schaden aufkommen. Wenn der Apotheker sich in der Zubereitung des Medikaments irrt ist er hierfür haftbar.

Das gleiche Prinzip gilt am Ende der Kette wo oft ein Pfleger die *Verwaltung* der Medikamente übernimmt welche sich wiederum in mehrere Handlungen unterteilt:

- sie beginnt mit der Zubereitung der Medikamente für deren Verabreichung (1)
- sie umfasst dann eine Aufklärungspflicht insofern der Empfänger über sein Medikament informiert werden will (2)
- es folgt die Verabreichung begleitet von einer Überprüfung ob das Medikament tatsächlich durch den Empfänger *genommen* wurde; in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage was tun, wenn eine Person sich weigert sein Medikament einzunehmen? (3)
- zusätzliche Probleme können entstehen, wenn Pfleger verschiedene Medikamente von verschiedenen sogenannten zuständigen Personen, seien diese der behandelnde Arzt, Familienangehörige, Arbeitskollegen..., zur Verabreichung an eine Person übergeben bekommen, ohne dass diese jedoch darüber Bescheid wissen, was der Pfleger seinerseits auch nicht weiß, ob diese Medikamente mit anderen schon zu nehmenden Medikamenten verträglich sind. (4)

(1) Die Zubereitung eines Medikaments durch den Pfleger.

Diese Zubereitung ist nicht mit der des Apothekers zu verwechseln. Die Zubereitung des Apothekers besteht darin die gute Dosierung bei der Mischung von bestimmten Produkten gemäss den Anweisungen des Arztes zu erreichen. Diese Handlung ist allein dem Apotheker vorenthalten.

Die Zubereitung des Pflegers beschränkt sich auf die Handlung vor der Einnahme wie das Sortieren der richtigen Anzahl von Pillen, das Füllen der Spritze oder das Anlegen einer Infusion. Begeht der Pfleger hier einen Fehler welcher dem Patienten einen Schaden zufügt, ist er hierfür verantwortlich.

Falls sich jedoch bei einem zugefügten Schaden herausstellt, dass der Fehler bei der Verschreibung oder der Dosierung in der Apotheke gemacht wurde, sind der Arzt oder Apotheker haftbar. Die Rechtsprechung sieht hier jedoch vor, dass der Pfleger ausnahmsweise mitverantwortlich gemacht werden kann falls dieser, in Anbetracht seiner Qualifikation, einen vom Arzt oder Apotheker begangenen **groben Fehler** hätte bemerken müssen und somit in der Lage gewesen wäre, den Schaden zu vermeiden.

(2) Über die Aufklärungspflicht.

Da die Verschreibung und Zubereitung der Pharmazeutika Arzt und Apotheker zustehen, obliegt ihnen an erster Stelle diese Aufklärungspflicht. Kranken- oder Altenpfleger sollten sich somit enthalten, Informationen an den Patienten zu *erfinden* oder zu *erahnen* sondern sich vielmehr selbst bei Arzt oder Apotheker über eventuelle Auswirkungen des zu verabreichenden Medikaments erkundigen um diese dann an den Betroffenen weiterzuleiten.

Der Pfleger ist somit verantwortlich für jede improvisierte falsche Information, welche für den Empfänger negative Folgen haben würde.

(3) Verabreichung und Überprüfung durch den Pfleger.

Diese Handlung besteht darin, eine Person ein Medikament einnehmen zu lassen.

Die in diesem Bereich häufige Rechtsprechung deutet darauf hin, dass wohl hier die meisten Fehler begangen werden. Verwechslungen in der Anzahl der Pillen, Verletzungen bei schlecht gesetzten oder nicht sterilen Nadeln und Spritzen, Verwechslung der Patienten bei der Verabreichung in Mehrbettzimmern...führen regelmäßig zu gravierenden Körperverletzungen bis hin zum Tod. Bei schwierigen Patienten die, sei es weil sie Angst haben oder wegen ihres jungen oder fortgeschrittenen Alters sich zu wehren versuchen und so die sichere Verabreichung behindern, verlangt die Rechtsprechung vom Pfleger, dass er sich Hilfe holt vielmehr als dem Empfänger diese Handlung unter Verletzungsgefahr aufzudrängen.

Zu einer gewissenhaften Verabreichung gehört laut Rechtsprechung eine Überwachung der Einnahme durch den Pfleger. Sie erfolgt sowohl bei als auch nach der Einnahme. Bei der Einnahme soll so verhindert werden, dass der Empfänger *schummelt* und das Medikament letztendlich doch nicht einnimmt. Nach der Einnahme soll die Überwachung dem Pfleger ermöglichen, bei eventuellen Vorfällen oder Reaktionen auf das Medikament rasch einzugreifen.

Weiterhin ist der Pfleger haftbar für das Material, welches er bei der Verabreichung benützt. Die Spritze muss perfekt steril und das Medikament nicht abgelaufen sein. Fahrlässigkeiten unterliegen hier der Haftung des Pflegers beziehungsweise dessen Arbeitgebers (siehe in fine).

Was nun, wenn der Empfänger die Einnahme verweigert? Kann ihm diese aufgezwungen werden?

Rechtlich gesehen ist dieses Verhalten einer Verweigerung der Pflege gleichgestellt. Die Pflegeverweigerung eines Patienten ist derzeit international von der Rechtsprechung anerkannt. Diese Rechtsprechung findet ihren Ursprung in Prozessen, die Zeugen Jehovas anlässlich aufgezwungener Bluttransfusionen veranlasst hatten und Recht bekamen. Voraussetzung für den Arzt oder das Pflegepersonal dieser Verweigerung statt zu geben ist jedoch, dass diese dem richtigen Willen des Betroffenen entspricht. Verfügt diese Person, aus Alters- oder Krankheitsgründen, nicht mehr über ihren „klaren Willen“, kann sich das behandelnde Personal über diese Verweigerung hinwegsetzen. Die Rechtsgrundlage hierfür ist, dass bei mangelndem klarem Verstand angenommen wird, dass sich der Betroffene über die Tragweite seiner Verweigerung nicht bewusst sein kann. Die Beweislast über den Mangel dieses klaren Willens im Moment der Verweigerung des Empfängers liegt im Falle einer Klage beim Pflegepersonal.

(4) Die Polymedikationsfälle.

Die Situation ist folgende: ein Pflegebedürftiger bekommt anlässlich seiner Kranken- oder Altenpflege ein oder mehrere Medikamente verabreicht, die ihm vom behandelnden Arzt verschrieben wurden. Ein Familienmitglied des Pflegebedürftigen oder ein Arbeitskollege des Pflegers, welcher sich um den Patienten bekümmert, bittet diesen, dem Patienten doch bitte ein zusätzliches Medikament aus diesen oder jenen Gründen jeden Morgen und jeden Abend zu verabreichen.

Der Pfleger wäre hier gut beraten, dieser Gefälligkeit nicht blindlings Folge zu leisten da hier gleich mehrere rechtliche unterschwellige Zeitbomben zu zünden drohen.

Es sei zum ersten daran erinnert, dass die Pfleger im Gesundheitswesen verpflichtet sind, sich strengstens an die gesetzlichen Bestimmungen zu halten, welche ihre Kompetenzen und Zuständigkeiten genauestens definieren. Wenn auch das Verabreichen von Medikamenten in dessen Zuständigkeitsbereich hineinfällt, so müssen diese Medikamente jedoch vorerst durch einen Arzt verschrieben worden sein. Der Arzt ist vom Gesetz her allein zuständig um dies zu tun da es sich hier um ein medizinisches Verfahren (*acte médical*) handelt welches ausschließlich in seinen Kompetenzbereich fällt. Demzufolge, wenn der Pfleger auf guten Glauben hin und ohne eine vom Arzt vorliegende Verschreibung ein Medikament, welches ihm ein Dritter

vorlegt, verabreicht, droht dieser sich der illegalen Ausübung der Medizin strafrechtlich schuldig zu machen. Bedarf die Medikation keiner ärztlichen Verschreibung besteht dieses Risiko nicht.

Verschreibt ein Arzt einem Patienten ein Medikament tut er dies unter Berücksichtigung dessen eventueller Allergien und/oder Unverträglichkeiten die er genauestens kennt. Erhält nun der Pfleger ein Medikament von irgendeinem Dritten kann er nicht wissen, inwiefern dieser Dritte auf eigene Initiative handelt, im Unwissen über jegliche Allergien oder Unverträglichkeiten des Patienten, oder nach Beratung eines Arztes. Sagt dieser Dritte er würde auf Verschreibung eines Arztes dieses Medikament bringen sollte der Pfleger dennoch vorsichtig sein und nachfragen, ob es sich hier um den üblich behandelnden Arzt des Patienten handelt oder um einen Arzt, der den Patienten und dessen Vergangenheit sowie die Medikamente, die er schon verabreicht bekommt, vielleicht nicht so gut kennt. Unterlässt der Pfleger diese Nachfragen riskiert er im Falle eines Schadens durch seine Fahrlässigkeit zur Verantwortung gezogen zu werden.

Die Ausrede, das Medikament wäre ihm doch durch jemand anders zwecks Weiterverabreichung übergeben worden wird der Richter dem Pfleger wohl kaum für gut halten. Die Pfleger sollten sich sehr wohl bewußt sein, daß ihr Stand nicht der eines einfachen Handlangers der Ärzte, Apotheker oder sonstiger Dritter ist sondern der einer qualifizierten Profession mit einem gesetzlich festgelegten Zuständigkeitsbereich sowie der daran hängenden Verantwortungen. Aufmerksamkeit und Initiative erwarten sich sowohl die Pflegebedürftigen als auch die Richter vielmehr als gefügiges Kopfnicken.

Sollte dem Pfleger nun trotz aller Vorsichtsmaßnahmen dennoch einen Fehler unterlaufen, welcher dem Patienten einen Schaden zufügt muss er zivilrechtlich das Opfer für diesen Schaden entschädigen. Dies fällt jedoch meistens auf den Arbeitgeber des Pflegers zu welcher laut den Bestimmungen des Code Civil sowie des Code du Travail die Verantwortung für sein Unternehmen und die Schäden, die seine Angestellten verursachen, trägt. Nur im Falle eines schwerwiegenden Fehlers hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, Rekurs gegen seinen Angestellten zu nehmen und die Rückerstattung des von ihm ausgeglichenen Schadens zu beantragen.

Strafrechtlich gesehen bleibt der Pfleger jedoch allein dem Gesetz gegenüber verantwortlich da diese Art von Verantwortung nicht vom Arbeitgeber übernommen wird. Hier droht dem Pfleger eine Strafanzeige wegen willentlicher oder unwillentlicher Körperverletzung, Vergiftung oder fahrlässiger Tötung da die Folgen einer falschen Verabreichung eines Medikamentes meistens einen körperlichen Schaden mit sich bringen.

In der Praxis haben die Pfleger hier in Luxemburg jedoch derzeit keinen Grund zur Sorge. Die Rechtsprechung der letzten hundert Jahre hier zu Lande berichtet kaum über Streitfälle bei denen die Verantwortung Pfleger in Sachen Verabreichung von Medikamenten in Frage gestellt wurde. Dennoch sollte man diesen Zustand nicht überbewerten. Anlässlich einer Konferenz über hiesiges Thema, an welcher der Unterzeichner vortrug, berichtete die Direktorin eines Krankenhauses aus Lyon, daß die offizielle Zahl der Todesfälle in Frankreich durch falsche Medikation bei 80.000 liegen würde. Die Dunkelzahl, die der Realität wohl näher käme, schätze man auf das Doppelte.

D. Les obligations des personnes âgées à l'égard des établissements qui les accueillent

Les obligations principales sont

- de payer la redevance mensuelle en contre-partie des services dont ils bénéficient
- de se comporter en « bon père de famille » et ne pas causer de troubles anormaux dans le bon fonctionnement de l'établissement,
- de ne pas causer de dommages ni aux objets ni aux personnes.

Exemple : un patient casse un objet d'une certaine valeur ou blesse un membre du personnel ou un autre patient. Il devra ainsi réparer le dommage qu'il a causé.

Le droit de la responsabilité ne fait pas différence si le patient est atteint d'un trouble mental ou non. **L'article 489-2** du Code civil prévoit en effet que « *celui qui a causé à autrui un dommage alors qu'il était sous l'emprise d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* ».

Exemple : sous l'effet d'un trouble mental, un patient provoque une émeute dans l'établissement qu'il dévaste pour partie tout en blessant d'autres personnes. Il sera responsable des dommages causés et devra réparation.

III. LES PERSONNES ÂGÉES ET LE DROIT PENAL

Vulnérables, les personnes âgées sont **des victimes faciles** d'infractions pénales. Le droit pénal est omniprésent autour des obligations incombant aux maisons et au personnel de soins alors que les soins consistent souvent en une intervention sur le tissu humain qui, si elle tourne mal, constituera une atteinte à l'intégrité physique qui, elle, constituera souvent une infraction de nature à engager la responsabilité pénale de son auteur.

Notons que la finalité de la responsabilité pénale est différente que celle de la responsabilité civile. En effet, si les règles en matière de responsabilité civile ont pour but **d'indemniser / de dédommager** une personne, le droit pénal a pour but **de punir** un comportement interdit.

A. Aperçu des différentes infractions pénales

1) Atteinte volontaire à la vie de la personne

Deux articles trouvent application :

- **article 392** du Code pénal : l'assassinat
- **article 393** du Code pénal : le meurtre : il est défini comme étant un homicide commis avec l'intention de donner la mort.

L'assassinat par rapport au meurtre présente la caractéristique supplémentaire qu'il doit avoir été **prémédité**, planifié à l'avance.

Exemple : affaire Charles MISSENER qui est condamné à la réclusion à vie pour meurtre commis sur sa femme par injection de cyanure ayant conduit au décès par choc anaphylactique.

Exemple : article paru au SPIEGEL d'après lequel une enquête avait été ouverte contre une infirmière (dénommée Todesengel) qu'on suspectait de tuer des patients chaque fois qu'elle était de service alors qu'assez curieusement la gériatrie où elle travaillait accusait de nombreux décès à chaque fois que cette infirmière était de garde.

La sanction prévue par la loi est la réclusion à vie.

2) Atteinte involontaire à la vie d'une personne

Deux articles trouvent application :

- **article 418** du code pénal : homicide involontaire par défaut de prévoyance ou de précaution
- **article 419** du code pénal : homicide involontaire

Les peines prévues sont de trois mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende pouvant aller de 500 à 10.000.-€.

Exemple : décès d'un patient à la suite de l'erreur commise dans l'administration d'un médicament destiné à un autre patient.

Exemple : a été condamné du chef d'homicide par défaut de prévoyance un soignant ayant provoqué volontairement une frayeur chez des personnes âgées ne pouvant ignorer que ses agissements étaient susceptibles d'avoir de graves répercussions sur leur santé. Il y a lieu d'en déduire que le simple fait de causer une frayeur qui conduit au décès peut suffire pour une condamnation pour homicide involontaire alors que le

professionnel devait avoir connaissance de l'état particulièrement susceptible de la victime ⁶.

Exemple : une infirmière a également été reconnue coupable d'homicide involontaire à la suite d'une erreur commise dans l'identification d'un prélèvement de sang ⁷

3) Atteinte volontaire à l'intégrité de la personne : coups et blessures ou lésions corporelles volontaires

Articles 392 et 398 à 401bis du Code pénal : les peines prévues sont également des amendes et peines d'emprisonnement qui varient suivant la fragilité de la victime (mineur, personne âgée, ...).

Exemple : constitue des coups et blessures le fait de frapper quelqu'un, par exemple pour le calmer respectivement le fait de priver quelqu'un délibérément de ses médicaments.

4) Atteinte involontaire à l'intégrité de la personne : coups et blessures ou lésions corporelles involontaires

Article 420 du Code pénal : coups et blessures involontaires : la peine prévue par le Code pénal est un emprisonnement de 8 jours à 2 mois et une amende de 500 à 5.000.-€ ou d'une de ces peines seulement.

Exemple : constitue des coups et blessures involontaires le fait de blesser un patient avec une pique en touchant le nerf sciatique alors que le patient se débattait.

Exemple : crise cardiaque provoquée à un patient extrêmement stressé par le fait que le soignant l'a ligoté à son lit.

Dans le contexte des coups et blessures, il est souvent difficile de distinguer si les actes causés par le personnel soignant sur une personne nécessiteuse agitée le sont pour **sa**

⁶ Cour de Cassation belge, 9 mars 1964

⁷ Correctionnel Toulouse, janvier 1960

protection ou constituent le cas échéant, **des coups et blessures**. Un article publié par l'exposant et reproduit ci-après évoque la délicatesse du problème.

Schutz vs. Freiheitsentzug : Der schmale (rechtliche) Grad in Sachen „Altenpflege“

„Helfen“ und „rechtswidrig handeln“ scheinen wohl nirgends so nahe nebeneinander zu liegen als in der Altenpflege. Altenpflege ist ein perfektioniertes System, Millionen teuer, bis ins Kleinste geregelt. Alles ist zugewiesen. Zumindest strukturell. Manchmal stört nur eins die Pflege: die Alten.

Altern macht - irgendwann - hilflos. Die Pflegeheime in Luxemburg sind gut besetzt. Sie sind die Endstation von Menschen, die nicht allein ihre Wohnung aufgeben sondern auch Eigenarten, die sie Ihr Leben lang entwickelt haben. Sie verlieren Handlungsspielräume, die nun andere für sie erledigen: die Pfleger.

Diese haben oft reichlich Mühe die Pflegebedürftigen, die ihre eigene Welt im Kopf tragen, gelegentlich verschüttet durch Vergesslichkeit, Alzheimer oder andere dementielle Erkrankungen, im Griff zu behalten. Schimpfen, Nörgeln, Verweigern von Nahrung und Medikamenten bis hin zum Randalieren gehören zum Alltag in den Altenpflegeheimen.

Verunsichert werden die Pfleger dadurch, dass der Gesetzgeber - ansonsten scheinbar übereifrig in der Regulierung unseres Alltags - es tatsächlich bis dato versäumt hat, den Handlungsraum oder Rechtsrahmen in Sachen „Altenpflege“ zu definieren. Dies mag Auswirkungen auf die Pflege selbst haben. Konfrontiert mit einem randalierenden Pflegebedürftigen könnte der Pfleger zögern: Soll er nun den „Randalierer“ zu seinem eigenen Schutz und dem der Mitbewohner des Altenheims, „ruhigstellen“ oder macht er sich hier mit dem Gebrauch von „freiheitsentziehenden Maßnahmen“ schuldig und setzt sich rechtlichen Schritten des Opfers oder dessen Angehörigen aus?

In Abwesenheit spezifischer Gesetze gibt es keine *juristische* Definition freiheitsentziehender Maßnahmen. In der Altenpflege hingegen spricht man von freiheitseinschränkenden Maßnahmen, „*wenn ein Bewohner gegen seinen natürlichen Willen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise in seiner Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigt wird und er diese Beeinträchtigung nicht ohne fremde Hilfe überwinden kann*“.⁸

In der Praxis drücken sich freiheitsentziehende Maßnahmen durch Fixierungsmaßnahmen (an das Bett, mittels Fixierdecken, an einen Rollstuhl...), Einsperren in einen Spezialraum, Zufügen von Psychopharmaka, Aussprache von Verboten, Strafen, Ausübung von psychischem Druck oder diskriminierenden Sprachgebrauch aus.

Manche dieser Maßnahmen mögen sich wohl zum Schutz alter und/oder dementer Menschen rechtfertigen, aber wo liegt die Grenze zwischen Schutz und Freiheitsentzug, zwischen Notwendigkeit und Missbrauch? Kein spezifischer Gesetzestext gibt hier Aufschluss. Man muss demnach das Allgemeinrecht konsultieren, um eventuell herauszufinden, ob bestimmte Handlungsarten rechtswidrig sind oder nicht.

Der Luxemburger „Code Civil“ legt als Grundprinzip fest, dass Jeder für den Schaden aufzukommen hat, den er durch sein Fehlverhalten einem Anderen zugefügt hat⁹. Fügt demnach ein Pfleger einem Bewohner einen körperlichen Schaden bei einer gewalttätigen Fixierung am Bett oder bei der Zufügung eines falschen oder eines

⁸ Billen, W. (2010), Freiheitsentziehende Maßnahmen in Luxemburger Altenpflegeheimen. Université du Luxembourg: Mémoire de fins d'études M.

⁹ Artikel 1382 und flg. des lux.Code Civil

falsch dosierten Medikaments zu, hat er für den entstandenen Schaden die Verantwortung zu tragen und muss das Opfer im Klagefall entschädigen.

Dieses Prinzip kennt allerdings eine wichtige Ausnahme: im Falle eines Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitgeber, demnach das Pflegeheim, für die Fehler seiner Arbeitnehmer – also der Pfleger oder des sonstigen Personals - aufkommen. Lediglich grobe Fehler hat der Arbeitnehmer selbst zu verantworten.

Ohnehin trägt das Pflegeheim - in seiner Eigenschaft als Vertragspartner eines Pflegevertrags mit seinen Bewohner - eine vertragliche Verantwortung zur ordentlichen Ausführung dieses Vertrags. Die Hauptverpflichtungen, an die das Pflegeheim in diesem Vertrag gebunden ist, sind - neben einer ordentlichen Pflege - die Sicherheit, die Beherbergung sowie die Aufsicht. Entstehen durch die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen Schäden, müssen diese durch das Pflegeheim soweit wie möglich kompensiert werden.

Neben dieser zivilrechtlichen Verantwortung besteht jedoch noch ein zweite Art von Verantwortung, dessen Konsequenzen weitreichender sein können: die strafrechtliche Verantwortung.

Wo die zivilrechtliche Verantwortung auf die Entschädigung zielt, ist die Finalität des Strafrechts, wie das Wort es selbst sagt, zu *bestrafen*. Strafrecht besteht aus einer Aufzählung von Verhaltensmustern (sog. Delikten), die verboten sind und durch Geld- oder Gefängnisstrafen bestraft werden, falls sie begangen werden.

Das Strafrecht ist allgegenwärtig - auch in Pflegeheimen. Bei Handgreiflichkeiten droht „Körperverletzung“, bei Zufügung falscher Medikamente „Vergiftung“, bei verbalen Ausbrüchen „Beleidigung“ und/oder „Verleumdung“ und bei Fixierungen oder Einsperren „Freiheitsberaubung“. Sogar der „Totschlag“ findet seinen Platz im Alltag der Pflegeheime – traurige Beispiele hierfür sind „Strangulierung“ oder der plötzliche Herztod durch Stress ausgelöst durch falsche oder sogar „richtige“, d.h. fachgerechte, Fixierungen.

Während die zivilrechtliche Verantwortung in den meisten Fällen beim Arbeitgeber liegt, sind die Parameter im Strafrecht anders: der „Straftäter“ ist hier *persönlich* für die begangene Straftat verantwortlich und im Klagefall droht die Verurteilung ihm allein.

Zivil- und Strafrecht haben als gemeinsamen Nenner, dass ein Verfahren nur dann in Gang kommt, wenn Klage erhoben wird. Dies können das Opfer selbst oder dessen Angehörige tun. Mit Blick auf strafrechtliche Delikte kann auch ein – mehr oder weniger unbeteiligter - Dritter Strafanzeige erstatten. Der Richter, der mit dieser Angelegenheit befasst ist, hat dann zu entscheiden, was rechtens war. Ihm steht es letztendlich zu, zu be- und zu verurteilen und dem Pflegepersonal mitzuteilen, ob es den pflegebedürftigen Kläger geschützt oder geschädigt hat.

Angesichts dieser Risiken scheint es erstaunlich, dass das Pflegepersonal den Mut nicht verliert. Zu Recht! Der juristische Alltag zeigt, dass kaum Klagen aus Altenpflegeheimen eingereicht werden, sieht man von einigen wenigen Einzelfällen ab, bei denen oftmals die berufliche Überbelastung eine bedeutsame Rolle spielte.

Die Ursache mangelnder Klagen könnte jedoch auch eine andere sein: Oft sind alte oder demente Menschen nicht mehr in der Lage, ihre Klagen zum Ausdruck zu bringen. Zudem dürfte es ebenfalls nicht allzu schwierig sein, „streitsüchtige Störenfriede“ - unter gesundheitlichem Vorwand - anhand von Medikamenten ruhigzustellen oder eben deren Starrsinn auf Kosten des Alters, der Demenz oder sonstigen Krankheit herunterzuspielen.

Hinzu kommt, dass der Kläger die Beweislast für das Fehlverhalten des Pflegers hat. Dies kann schnell zum „Hürdenlauf“ ausarten - angesichts der verminderten Glaubwürdigkeit, welche man einem pflegebedürftigen Kranken unterstellen mag.

Ein spezifisches – für die Altenpflege maßgeschneidertes – Gesetz hätte im Vergleich zu dem zur Zeit anwendbaren Allgemeinrecht den Vorteil, dass einerseits das Handeln der Pfleger strafrechtlich entschärft werden könnte und andererseits die Grenzen zwischen schützenden und schädigenden Maßnahmen besser definiert werden könnten.

Dies wäre ein Idealfall der, wie so oft, in der Praxis schwer um- und durchsetzbar sein könnte. Wie umfangreich müsste in der Tat ein solches Gesetz sein, um jede denkbare Situation zu erfassen? Jedes Bett, jedes Gitter, jede Fixierung müssten genauestens genormt werden, um ja nur zu vermeiden, dass ein Bewohner sich zwischen diesen Gittern einklemmen könnte, zu hoch aus dem Bett fallen oder sich an den Gurten schneiden oder strangulieren könnte ...

Das Allgemeinrecht hat dem gegenüber den Vorteil, der realen Lebenspraxis und den konkreten Fällen und Situationen sozusagen „menschlicher“ und weniger „technisch“ zu begegnen. Es lässt dem Richter einen größeren Spielraum für sein persönliches Einschätzungsvermögen, und es erlaubt ihm, einen Sachverhalt „*in concreto*“ zu beurteilen – d.h. mit Blick auf dessen Ablauf und auf das Verhalten und die Absichten der involvierten Parteien. Gegenüber der Orientierung an allzu streng verfassten Texten erlaubt ein solches Vorgehen nicht zuletzt auch ein Mehr an Entscheidungsspielräumen und auch ein Mehr an „Kulanz“, die in ein entsprechendes Urteil eingehen können.

Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass bis ins kleinste Detail reglementierende Texte oft riskieren, eigene Initiativen sowie zwischenmenschliche Beziehungen, auf welchen die Altenpflege beruht, letztendlich zu hemmen. Sie können damit vertrauensabweisend wirken, da sie die Pfleger zum strikten Begehen vorgetretener Pfade zwingen und deren Handlungsraum stark beeinträchtigen.

Im Übrigen gibt es keinen Grund dazu, den Pflegern nicht vollstes Vertrauen im Umgang mit den Pflegebedürftigen zu schenken da die Wahl dieser Profession doch oft einer ‘Berufung’ nachgeht, beruhend auf einer gesunden Portion Humanismus welche selten Gesetze zur vollen Austragung benötigt.

5) L’empoisonnement

Article 421 du Code pénal : sera puni d’un emprisonnement de 8 jours à 1 an et d’une amende de 250 à 2.000.-€ qui aura volontairement causé à autrui une maladie ou incapacité de travail en lui administrant des substances qui sont de nature à donner la mort ou à altérer gravement la santé.

Exemple : injection ou administration d’un mauvais médicament, d’un médicament mal dosé ou bien d’un médicament périmé.

6) Les abstentions coupables : non assistance à personne en danger et omission de porter secours

Articles 410-1 et 410-2 du Code pénal : sera puni d’un emprisonnement de 8 jours à 5 ans et d’une amende de 251 à 10.000.-€, ou d’une de ces peines seulement celui qui, sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui, **s’abstient volontairement de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à péril grave** ... ou bien celui qui sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui **refuse ou néglige de porter à une personne en péril le secours dont il est requis**.

Exemple : a ainsi été déclaré responsable de non assistance à personne en danger une infirmière qui avait abandonné la surveillance d'un enfant qui lui était confié afin de pouvoir intervenir auprès d'un autre patient. Le tribunal estimait que cela n'empêchait nullement l'infirmière d'assurer par un moyen ou par un autre la continuation de cette surveillance de l'enfant qui lui était confié et qu'il n'aurait ainsi pas subi de dommages.

Cet exemple est projetable sur la surveillance de personnes âgées.

Notons finalement qu'une personne âgée peut elle-même devenir l'auteur de certaines infractions citées supra. Sa responsabilité pénale sera dès lors engagée. Il en sera cependant différent si la personne auteur de l'infraction n'a plus son discernement. Dans ce cas, l'article 71 du Code pénal dispose en effet que :

„ n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, de troubles mentaux ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes“.

B. La dénonciation des infractions pénales

Si la victime ou ses proches souhaitent que des poursuites pénales soient engagées, la dénonciation d'infraction pénale se fait sous forme de **plainte** soit auprès de la police, du parquet ou du juge d'instruction. Une enquête sera ouverte à l'occasion de laquelle les autorités saisies doivent vérifier la réalité des faits reprochés à l'auteur et en rassembler des éléments de preuve.

Une fois l'enquête terminée, l'affaire passera devant le Tribunal correctionnel / criminel pour y voir juger l'auteur.