

06.063

**Message
concernant la révision du code civil suisse
(Protection de l'adulte, droit des personnes et droit
de la filiation)**

du 28 juin 2006

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Nous vous soumettons, par le présent message, un projet de révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

28 juin 2006

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Moritz Leuenberger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le droit actuel de la tutelle du code civil suisse (art. 360 à 455 CC) n'a pas subi de modifications importantes depuis son entrée en vigueur en 1912, à l'exception des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a à 397f CC). Ne répondant plus à nos besoins ni aux conceptions actuelles, il est nécessaire de le réviser totalement.

L'un des buts de la révision est de favoriser le droit de la personne de disposer d'elle-même. A cet effet, le chapitre intitulé «Des mesures personnelles anticipées» (art. 360 à 373) propose deux nouvelles institutions. Il s'agit premièrement du mandat pour cause d'incapacité, qui permet à une personne capable de discernement de charger une personne physique ou morale de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Il s'agit deuxièmement des directives anticipées du patient, qui permettent à une personne capable de discernement, d'une part, de déterminer les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement et, d'autre part, de désigner une personne physique qui aura la compétence de consentir en son nom à un traitement médical, également pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Actuellement, l'aide apportée à une personne incapable de discernement, temporairement ou durablement – par exemple vers la fin de sa vie –, est pragmatique et repose sur différents systèmes. Le nouveau droit de la protection de l'adulte tient compte du fait que les proches de la personne incapable de discernement souhaitent prendre eux-mêmes certaines décisions, sans l'intervention d'une autorité. La solidarité familiale s'en trouve renforcée et l'autorité ne doit pas instituer systématiquement une curatelle. Certains des proches sont habilités – sur le modèle de quelques lois cantonales – à consentir ou non à des soins médicaux (art. 378), pour autant qu'il n'existe pas de directives anticipées du patient. Sont réservées les réglementations spéciales, comme celles dans les domaines de la stérilisation, de la médecine de la transplantation et de la recherche. En outre, le projet accorde au conjoint et au partenaire enregistré de la personne incapable de discernement le droit d'ouvrir son courrier, d'assurer l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens et d'entreprendre tous les actes juridiques généralement nécessaires pour satisfaire ses besoins ordinaires (art. 374).

Les personnes incapables de discernement vivant dans une institution ne bénéficient pas toujours de la protection dont elles ont besoin. Le présent projet remédie en partie à ces carences (art. 382 à 387). Il prévoit notamment que l'assistance apportée à une telle personne doit faire l'objet d'un contrat écrit, afin de garantir une certaine transparence des prestations fournies. Il fixe également les conditions auxquelles les mesures de contention sont autorisées. Enfin, les cantons doivent assujettir à la surveillance les institutions médico-sociales et les homes qui accueillent des personnes incapables de discernement.

Les mesures tutélaires actuelles qui doivent être instituées par l'autorité, à savoir la tutelle, le conseil légal et la curatelle, ont un contenu prédéterminé, qui ne permet pas de prendre suffisamment en compte le principe de la proportionnalité. Elles sont remplacées par une seule institution, la curatelle (art. 390 à 425). A l'avenir, une curatelle sera instituée si une personne n'est plus en mesure d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse et si l'appui fourni par des proches ou des services, privés ou publics, ne suffit pas. A l'avenir, l'autorité n'ordonnera donc plus une mesure standard, mais choisira une «mesure sur mesure», afin de limiter l'assistance étatique au strict nécessaire.

Le présent projet prévoit quatre sortes de curatelle: la curatelle d'accompagnement, de représentation, de coopération ou de portée générale. Une curatelle d'accompagnement n'est instituée qu'avec le consentement de la personne qui a besoin d'aide et elle ne limite pas l'exercice de ses droits civils. Dans le cas de la curatelle de représentation, les actes du curateur lient la personne représentée. L'autorité peut limiter ponctuellement l'exercice de ses droits civils. La curatelle de coopération est instituée si, pour sauvegarder les intérêts d'une personne, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes au consentement d'un curateur. Enfin, la curatelle de portée générale correspond à l'institution actuelle de l'interdiction (art. 369 à 372 CC). Elle prive la personne concernée de plein droit de l'exercice de ses droits civils. Elle est instituée notamment si une personne est durablement incapable de discernement.

Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées. La curatelle de portée générale couvre tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers. Dans les autres curatelles, l'autorité doit déterminer les tâches du curateur en fonction des besoins de la personne concernée.

Le placement sous autorité parentale d'enfants majeurs interdits (art. 385, al. 3, CC) n'existe plus dans le présent projet. Les parents sont nommés curateurs. Toutefois, l'autorité peut les dispenser de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir son consentement pour certains actes. Ces mêmes privilèges peuvent être accordés également au conjoint, au partenaire enregistré, à un descendant, à un frère ou à une soeur de la personne concernée ou à la personne menant de fait une vie de couple avec elle si la curatelle leur est confiée (art. 420).

La réglementation du placement à des fins d'assistance dans une institution (art. 426 à 439) renforce la protection juridique et comble les lacunes du droit actuel. Elle limite en particulier la compétence du médecin d'ordonner un placement et inscrit des règles de procédure importantes dans la loi. En outre, elle introduit le droit, pour la personne concernée, de faire appel à une personne de confiance et l'obligation pour l'autorité d'effectuer des examens périodiques pour déterminer si les conditions du maintien de la mesure sont encore remplies et si l'institution est toujours appropriée. Elle règle encore de manière exhaustive le traitement d'un trouble psychique administré, en milieu hospitalier, sans le consentement de la personne concernée, en lui garantissant, dans la mesure du possible, le droit de disposer d'elle-même. Les cantons peuvent

donner la compétence à l'autorité d'ordonner un traitement ambulatoire contre la volonté de la personne concernée.

Actuellement, l'organisation de la tutelle est compliquée et elle diffère selon les cantons. Dans les cantons romands, l'autorité tutélaire est en règle générale une autorité judiciaire, alors que dans beaucoup de cantons alémaniques c'est un organe administratif, dont les membres n'ont pas forcément les connaissances nécessaires. Les professionnels demandent depuis longtemps un changement. Certains cantons l'ont déjà opéré, d'autres l'ont entrepris. L'entrée en vigueur du nouveau droit aura pour effet de soumettre toutes les décisions en matière de protection de l'enfant ou de l'adulte à une même autorité interdisciplinaire (art. 440). L'organisation interne de l'autorité est de la compétence des cantons; ils fixent notamment le nombre des membres de ladite autorité. Contrairement à l'avant-projet, qui prévoyait que l'autorité de protection de l'adulte soit un tribunal interdisciplinaire, le présent projet propose que l'autorité soit un organe administratif ou une autorité judiciaire. Cette solution garantit autant que possible la liberté des cantons de s'organiser eux-mêmes.

Vu ce changement, le Conseil fédéral propose de renoncer à la loi spéciale réglant la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte – telle qu'elle avait été envoyée en procédure de consultation – et d'inscrire les principes fondamentaux de la procédure dans le code civil. Ces principes constituent un standard applicable partout en Suisse (art. 443 ss). Par ailleurs, la réglementation proposée par le présent projet tient compte, d'une part, de l'importance du respect des droits fondamentaux dans la protection de l'enfant et de l'adulte et, d'autre part, de l'existence dans ce domaine d'un grand nombre de cas qui peuvent et doivent être liquidés de manière simple et sans entraves bureaucratiques. Le code de procédure civile suisse s'applique, en vertu du droit fédéral, notamment au calcul des délais, aux motifs de récusation et à l'administration des preuves. Mais les cantons peuvent en disposer autrement (art. 450 f).

Selon le droit actuel de la tutelle (art. 426 ss CC), les tuteurs et les membres des autorités de tutelle assument une responsabilité primaire et répondent à titre personnel. S'ils ne peuvent pas réparer le dommage, ce sont les cantons et les communes qui sont tenus d'indemniser la victime. Le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance connaît par contre depuis 1981 la responsabilité directe de l'Etat, assortie d'un droit de recours contre les personnes ayant causé le dommage (art. 429a CC). Cette réglementation moderne de la responsabilité de l'Etat s'appliquera désormais à l'ensemble du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (art. 454 s.). Il appartient toutefois aux cantons de fixer les conditions de l'action récursoire.

Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte a un rapport étroit avec la réglementation de l'exercice des droits civils du code civil. Cette réglementation est lacunaire et difficilement compréhensible pour les citoyens. C'est la raison pour laquelle les dispositions actuelles du droit de la tutelle relatives aux actes qu'une personne sous tutelle peut accomplir seule ont été généralisées et complétées, et intégrées dans le droit des personnes (art. 19 à 19c). En outre, la tutelle des mineurs est réglée désormais dans le droit de la filiation.

Table des matières

Condensé	6636
1 Partie générale	6642
1.1 Contexte	6642
1.2 Historique de la réforme	6642
1.2.1 Travaux préliminaires	6642
1.2.2 Commission d'experts interdisciplinaire	6643
1.2.3 Loi sur la procédure	6644
1.2.4 Procédure de consultation et remaniement de l'avant-projet	6644
1.3 Points essentiels de la révision	6645
1.3.1 Encouragement de la personne à disposer d'elle-même. Mesures personnelles anticipées	6645
1.3.2 Renforcement de la solidarité familiale et réduction de l'intervention de l'Etat	6647
1.3.3 Amélioration de la protection des personnes incapables de discernement résidant dans un home ou dans une institution médico-sociale	6649
1.3.4 Mesures sur mesure	6650
1.3.5 Limitation des curatelles aux personnes physiques	6651
1.3.6 Abandon de l'autorité parentale prolongée	6652
1.3.7 Abandon de la publication de la limitation ou du retrait de la capacité d'exercer les droits civils	6653
1.3.8 Amélioration de la protection juridique et suppression des lacunes existant en matière de privation de liberté à des fins d'assistance	6653
1.3.9 Autorité interdisciplinaire de protection de l'enfant et de l'adulte	6654
1.3.10 Fixation dans le code civil des principes fondamentaux de la procédure	6655
1.3.11 Modification du droit des personnes et du droit de la filiation	6656
1.3.12 Terminologie	6657
1.4 Droit comparé et rapport avec le droit européen	6658
1.5 Dispositions édictées par le Conseil fédéral	6659
2 Partie spéciale	6659
2.1 Des mesures personnelles anticipées et des mesures appliquées de plein droit	6659
2.1.1 Du mandat pour cause d'inaptitude	6659
2.1.2 Des directives anticipées du patient	6664
2.1.3 De la représentation par le conjoint ou par le partenaire enregistré	6668
2.1.4 De la représentation dans le domaine médical	6669
2.1.5 De la personne résidant dans une institution médico-sociale ou dans un home	6671
2.2 Des mesures prises par l'autorité	6675
2.2.1 Des principes généraux	6675
2.2.2 Des curatelles	6676
2.2.3 Types de curatelle	6678
2.2.4 De la fin de la curatelle	6682

2.2.5 Du curateur	6682
2.2.6 De l'exercice de la curatelle	6685
2.2.7 Du concours de l'autorité de protection de l'adulte	6688
2.2.8 De l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte	6692
2.2.9 De la curatelle confiée à des proches	6693
2.2.10 De la fin des fonctions du curateur	6693
2.2.11 Du placement à des fins d'assistance	6695
2.3 De l'organisation de la protection de l'adulte	6705
2.3.1 Des autorités et de la compétence à raison du lieu	6705
2.3.2 Procédure devant l'autorité de protection de l'adulte	6708
2.3.3 Procédure devant l'instance judiciaire de recours	6715
2.3.4 Du rapport à l'égard des tiers et de l'obligation de collaborer	6721
2.3.5 De la responsabilité	6723
2.4 Modification d'autres dispositions du code civil	6726
2.4.1 Droit de la personnalité	6726
2.4.2 Droit de la famille	6729
2.4.3 Droit des successions	6735
2.4.4 Titre final. De l'entrée en vigueur et de l'application du code civil	6737
2.5 Modification d'autres lois	6739
2.5.1 Loi sur la nationalité	6739
2.5.2 Loi sur les documents d'identité	6739
2.5.3 Loi sur les droits politiques	6739
2.5.4 Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger	6739
2.5.5 Loi fédérale sur le Tribunal fédéral	6740
2.5.6 Loi sur la stérilisation	6740
2.5.7 Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale	6741
2.5.8 Loi fédérale sur le droit foncier rural	6741
2.5.9 Code des obligations	6741
2.5.10 Loi sur les fors	6743
2.5.11 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite	6743
2.5.12 Loi fédérale sur le droit international privé	6744
2.5.13 Code pénal	6744
2.5.14 Loi fédérale sur le droit pénal administratif	6745
2.5.15 Loi sur l'entraide pénale internationale	6745
2.5.16 Loi sur les armes	6745
2.5.17 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct	6745
2.5.18 Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes	6746
2.5.19 Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée	6746
2.5.20 Loi sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules	6746
2.5.21 Loi sur les stupéfiants	6746
2.5.22 Loi sur les produits thérapeutiques	6746
2.5.23 Loi sur le travail	6747
2.5.24 Assurances sociales et prévoyance professionnelle	6747
2.5.25 Loi fédérale en matière d'assistance	6747

2.5.26 Loi fédérale sur l'assistance des Suisses à l'étranger	6747
2.5.27 Loi fédérale sur le commerce itinérant	6748
3 Conséquences	6748
3.1 Conséquences pour la Confédération	6748
3.2 Conséquences pour les cantons et les communes	6748
3.3 Conséquences économiques	6750
3.4 Conséquences dans le secteur informatique	6750
4 Programme de la législation	6750
5 Bases juridiques	6750
5.1 Constitutionnalité	6750
5.2 Rapports avec le droit européen	6751
5.3 Délégation de compétences législatives	6751
Annexe	
Statistiques des autorités tutélaires suisses	6752
Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) (Projet)	6767

Message

1 Partie générale

1.1 Contexte

Le droit de la tutelle, réglé aux art. 360 à 455 du code civil suisse (CC)¹, n'a pas subi de modifications importantes depuis l'entrée en vigueur dudit code le 1^{er} janvier 1912, à l'exception de la réglementation sur la privation de liberté à des fins d'assistance, introduite par la loi fédérale du 6 octobre 1978 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1981. Cette dernière loi avait complété le CC par les art. 397a à 397f et, ce faisant, avait rendu le droit suisse de la tutelle compatible avec l'art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)².

Le droit actuel de la tutelle prévoit des mesures juridiques en faveur des personnes qui ne sont pas en mesure de sauvegarder elles-mêmes leurs intérêts, soit quatre mesures tutélaires: la tutelle proprement dite (art. 368 à 372 CC), le conseil légal (art. 395 CC) et la curatelle (art. 392 à 394 CC)³ – qui sont tous trois liés à l'exercice d'un mandat officiel et dont la loi fixe le contenu de manière précise –, ainsi que la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a à 397f), qui permet de placer une personne dans un établissement pour lui apporter l'aide exigée par son état.

La rigidité du catalogue des mesures prévues par la loi ne permet pas de tenir suffisamment compte des particularités de chaque cas, de sorte que le principe de la proportionnalité n'est pas respecté. Pour pallier cette difficulté, une partie des autorités a interprété la loi de manière créative. Mais cette solution a ses limites et elle creuse un fossé entre le texte légal et la pratique. Par ailleurs, le droit de la personne à disposer d'elle-même et les moyens susceptibles de développer son autonomie ont gagné en importance depuis l'adoption du code civil, en 1912. Enfin, la société et ses conceptions ont évolué. Ainsi, les décisions des pouvoirs publics sont moins facilement acceptées, les personnes à protéger sont devenues souvent plus exigeantes, la prise en charge prend de plus en plus la forme d'un partenariat et plusieurs notions du droit actuel de la tutelle sont ressenties comme discriminatoires et socialement stigmatisantes. Toutes ces raisons font que la révision du droit de la tutelle est incontournable.

1.2 Historique de la réforme

1.2.1 Travaux préliminaires

En 1993, l'Office fédéral de la justice avait constitué un groupe d'experts composé des professeurs Bernhard Schnyder, à Fribourg (*président*), Martin Stettler, à Genève, et Christoph Häfeli, recteur de la Haute Ecole pour le travail social, de Lucerne. Leur mandat consistait à élaborer des principes directeurs et des thèses

¹ RS 210

² RS 0.101

³ En ce qui concerne l'actuelle importance pratique, cf. l'annexe avec la statistique des mesures instituées par l'autorité, tenue par la Conférence des autorités cantonales de tutelle.

ainsi qu'un rapport explicatif d'une réforme fondamentale du droit suisse de la tutelle, qui tient compte de l'évolution du droit en Europe. En juillet 1995, ces experts avaient déposé leur rapport, intitulé «*A propos de la révision du droit suisse de la tutelle*», qui comprenait une importante étude de droit comparé. Leurs propositions de nouveau «droit de la protection de l'adulte» avaient été discutées par des groupes de travail lors des journées organisées à Fribourg en septembre 1995. Les avis élaborés alors avaient été évalués par l'Office fédéral de la justice.

En novembre 1996, les trois mêmes experts avaient été chargés de préparer un premier avant-projet de réforme complète du droit suisse de la tutelle. Cet avant-projet de modification du code civil (droit de la protection de l'adulte) fut livré en 1998, accompagné d'un commentaire des dispositions rédigé par le professeur Bernhard Schnyder.

1.2.2 Commission d'experts interdisciplinaire

En 1999, une commission d'experts interdisciplinaire, constituée par le Département fédéral de justice et police, a reçu le mandat d'examiner, en prenant en considération l'avant-projet de 1998, les principales questions du point de vue législatif et de présenter un projet, accompagné d'un rapport explicatif, en vue d'une procédure de consultation.

Les membres de cette commission étaient Mmes et MM. Brigitte Ambühl Braun, docteur en médecine, ancien médecin-chef en gériopsychiatrie, à Zurich; Christa Bally, avocate, secrétaire juridique du Service administratif de tutelle de la Ville de Berne; Noëlle Chatagny, tutrice générale, à Fribourg; Mario Etzensberger, docteur en médecine, médecin-chef de la clinique psychiatrique de Königsfelden; Jürg Gassmann, avocat, représentant de Pro Mente Sana, à Zurich; Thomas Geiser, docteur en droit, professeur à l'Université de St-Gall, président du comité de travail de la Conférence des autorités cantonales de tutelle; Christoph Häfeli, professeur, recteur de la Haute Ecole pour le travail social, de Lucerne; Helmut Henkel, docteur en droit, 1^{er} vice-président des autorités de tutelle de la ville de Zurich; Din Janett, tuteur officiel, à Samedan; Geneviève Joly, juge cantonal, à Neuchâtel; Reto Medici, avocat, tuteur officiel, président de l'Association suisse des tuteurs officiels, à Bellinzona; Christian Minger, avocat, Service juridique du canton du Jura, à Delémont; Annette Pfaehler, Office de la jeunesse, à Genève; Ruth Reusser, docteur en droit, directrice suppléante de l'Office fédéral de la justice, à Berne (*présidente*); Ruth Ritter-Rauch, représentante de l'Association Alzheimer Suisse, à Yverdon; Niklaus Rüttsche, secrétaire de l'Office de tutelle, à St-Gall; Susanna Schibler, représentante de Pro Senectute, à Zurich; Bernhard Schnyder, docteur en droit, professeur émérite de l'Université de Fribourg; Christa Schönbächler, avocate, représentante de insieme, Fédération suisse des associations des parents de handicapés mentaux; Martin Stettler, docteur en droit, professeur, Université de Genève.

La commission a entendu des scientifiques et des praticiens sur les expériences faites en Allemagne et en Autriche. Elle s'est également appuyée sur l'avis de divers experts suisses. Elle a, en particulier, bénéficié des connaissances acquises par le professeur Audrey Leuba, à Neuchâtel, lors de sa collaboration au projet du Fonds national intitulé «La fourniture de soins personnels et médicaux à la personne âgée». Les dispositions sur les personnes incapables de discernement résidant dans une institution s'inspirent de ses propositions. Enfin, le professeur Olivier Guillod, direc-

teur de l'Institut de droit de la santé de Neuchâtel, a collaboré aux débats relatifs à la privation de liberté à des fins d'assistance et à la représentation des personnes incapables de discernement dans le domaine médical.

La commission d'experts a adopté son avant-projet de modification du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) à l'automne 2002.

1.2.3 Loi sur la procédure

Le projet de révision du droit matériel terminé, il a été décidé d'élaborer également une loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, étant donné que la commission d'experts proposait d'instituer un tribunal interdisciplinaire spécialisé en tant qu'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. La compétence pour ce faire se fonde sur la réforme de la justice intervenue en l'an 2000 (nouvelle compétence de la Confédération en matière de procédure civile, art. 122 Cst.). L'avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte a été élaboré par M. Daniel Steck, docteur en droit, ancien juge cantonal, à Greifensee, avec le concours de plusieurs membres de la commission d'experts, de représentants de l'administration, spécialisés en droit de la procédure et de M. Kurt Affolter, avocat et notaire, à Ligerz/Gléresse.

1.2.4 Procédure de consultation et remaniement de l'avant-projet

A l'été 2003, les deux avant-projets ont été soumis à une large procédure de consultation. 72 prises de position de participants officiels ont été reçues en retour. En octobre 2004, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure et a chargé le Département fédéral de justice et police de remanier l'avant-projet sur la base des résultats obtenus et de lui soumettre un message dans le courant du premier semestre de 2006.

Dans son ensemble, l'avant-projet de révision totale du droit de la tutelle a reçu une large approbation. Seuls cinq cantons et un parti politique l'ont rejeté, estimant que le droit actuel de la tutelle avait fait ses preuves et qu'une révision partielle serait suffisante. Ils ont également fait valoir que la révision proposée engendrerait des coûts supplémentaires insoutenables et empiéterait excessivement sur l'autonomie des cantons.

Le nouveau système des «mesures sur mesure» a été très largement approuvé. Une petite minorité a toutefois relevé que des mesures trop individualisées pouvaient provoquer une insécurité juridique. Les mesures personnelles anticipées, à savoir le mandat pour cause d'inaptitude et les directives anticipées du patient, ainsi que les mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement, soit la représentation par le conjoint ou par le partenaire enregistré, la représentation des personnes incapables de discernement dans le domaine médical et la protection des personnes incapables de discernement résidant dans une institution médico-sociale ou dans un home ont reçu un large soutien.

En revanche, la proposition d'instituer un tribunal interdisciplinaire spécialisé en tant qu'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte a été accueillie de manière très diverse. Si la possibilité de faire appel à des professionnels représentant différentes disciplines, notamment pour tenir compte de la complexité croissante des situations, a été largement admise, l'institution d'un tribunal a, par contre, été largement rejetée, au motif que la professionnalisation – reconnue nécessaire – pouvait être également assurée par une autorité interdisciplinaire administrative. Le présent projet tient compte de cette critique. Il permet aux cantons, comme actuellement, d'instituer deux autorités de surveillance. Le présent projet reprend également la solution actuelle consistant à mettre les frais de la curatelle à la charge, prioritairement, de la personne sous curatelle et, subsidiairement, à celle de la collectivité publique. Il renonce en outre à régler la formation de base et la formation continue des membres des autorités et des personnes chargées de l'exécution des mesures de protection; en effet, les cantons sont tenus de confier les tâches liées à la protection des adultes à des personnes capables, indépendamment de l'existence ou non de directives fédérales.

L'avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, qui comptait 57 articles, a fait l'objet de différentes critiques. Certains participants ont proposé d'intégrer des dispositions dans le code de procédure civile suisse, dont l'élaboration est en cours. D'autres ont critiqué le grand nombre de dispositions et les coûts engendrés. Les cantons ont refusé notamment l'obligation de pourvoir d'un curateur, dans la procédure, toute personne devant être placée à des fins d'assistance et ils se sont prononcés contre l'interdiction générale d'exiger une avance de frais. Sept cantons et une organisation ont rejeté l'avant-projet par principe.

Au vu des critiques, l'idée de proposer un avant-projet de loi spéciale sur la procédure ou d'intégrer les dispositions topiques dans le futur code de procédure civile suisse a été abandonnée. Les principes fondamentaux de procédure doivent donc être inscrits dans le code civil. Le remaniement ultérieur des dispositions sur la procédure a été effectué avec la collaboration du groupe de travail qui avait élaboré l'avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte et de M. Niklaus Freivogel, secrétaire de l'Office pour la protection de l'adulte et de l'enfant de la Ville de Berne.

Les points importants contestés lors de la procédure de consultation sont abordés dans le commentaire des dispositions du présent projet.

1.3 Points essentiels de la révision

1.3.1 Encouragement de la personne à disposer d'elle-même. Mesures personnelles anticipées

Actuellement, grâce aux progrès de la médecine, des personnes souffrant de graves maladies ne décèdent plus nécessairement; elles peuvent toutefois être frappées d'une incapacité de discernement d'une durée plus ou moins longue. Par ailleurs, le risque d'être atteint par la maladie d'Alzheimer ou par une démence sénile augmente

avec l'âge⁴. C'est pourquoi toute personne devrait en prévision d'un tel cas, désigner une personne chargée de sauvegarder ses intérêts et, en particulier, une personne qui pourra, en son nom, consentir à un traitement médical ou le refuser. Elle éviterait ainsi de devoir dépendre, un jour, des autorités. Par ces mesures, le droit de la personne à disposer d'elle-même, qui est inscrit dans la Constitution (garantie de la dignité humaine et droit à la liberté personnelle), est protégé même après que la personne est devenue incapable de discernement. En outre, ces mesures évitent à l'Etat de devoir intervenir.

Les directives anticipées du patient jouent un rôle important actuellement déjà; certains cantons les ont réglées dans leur loi sur la santé publique. Elles permettent au patient, notamment vers la fin de son existence, d'exprimer sa volonté de ne pas être soumis, dans des situations déterminées, à toutes les thérapies existantes. Tous les cantons n'attribuent pas la même portée à ces directives. Il ne fait toutefois aucun doute que le droit à disposer de soi-même a des limites; ainsi, nul ne peut obliger une autre personne à l'aider à se suicider.

Les procurations données dans des domaines autres que le domaine médical soulèvent des problèmes, selon la doctrine. D'une part, lorsque la procuration n'est pas liée à la survenance d'une incapacité de discernement, la question est de savoir si elle est encore valable après que la mandant est devenu incapable de discernement. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a toutefois estimé qu'il peut être dans l'intérêt du mandant que les pouvoirs découlant d'une procuration ne s'éteignent pas de plein droit lorsqu'il devient incapable de discernement⁵. D'autre part, lorsque la procuration est donnée avant la survenance d'une incapacité de discernement, il y a le risque que le représentant agisse au nom du représenté avant que celui-ci ne devienne incapable de discernement.

Afin de remédier à cette situation juridique insatisfaisante et d'instaurer une réglementation transparente applicable dans toute la Suisse, le projet prévoit, dans le titre du droit de la protection de l'adulte consacré aux mesures personnelles anticipées, deux nouvelles institutions juridiques, à savoir le mandat pour cause d'inaptitude et les directives anticipées du patient.

Le mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 ss⁶) permet à une personne capable de discernement de désigner une personne physique ou morale qu'elle charge de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Par des directives anticipées, toute personne capable de discernement peut fixer, de manière contraignante, les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut, en outre, désigner une personne physique appelée à décider en son nom les soins médicaux à lui administrer si elle ne pouvait plus s'exprimer à ce sujet (art. 370 ss; cf. le commentaire de l'art. 372). Elle peut aussi fixer les critères sur lesquels les médecins et le représentant légal doivent se baser pour établir sa volonté présumée. La portée et la nature

⁴ En Suisse, 8 % des personnes âgées de plus de 65 ans et 30 % de celles qui ont plus de 85 ans souffrent de la maladie d'Alzheimer ou d'une autre forme de démence; 89 000 personnes sont atteintes de démence, dont plus de la moitié en raison de la maladie d'Alzheimer (Campus, Magazine de l'Université de Genève, n° 79 2006, p. 8).

⁵ ATF 4C.263/2004 du 23.5.2005.

⁶ Les articles ne se référant pas à une loi sont des articles du projet de révision du CC.

contraignante des directives anticipées du patient ne sont pas limitées à des phases déterminées d'une maladie; elles couvrent tous les cas d'incapacité de discernement.

Le risque du mandat pour cause d'incapacité est que le mandataire abuse de la confiance du mandant et exécute le mandat en violation des prescriptions du mandant. Celui-ci ne pouvant plus révoquer son mandat tant qu'il est incapable de discernement – ce qui peut poser problème en particulier en cas d'une incapacité durable –, il est nécessaire de donner à l'autorité de protection de l'adulte une possibilité d'intervenir (art. 363 et 368). L'intervention de l'autorité est également possible s'agissant des directives anticipées (art. 373).

1.3.2 Renforcement de la solidarité familiale et réduction de l'intervention de l'Etat

Le droit actuel de la tutelle ne connaît pas de mesures spécifiques pour les personnes qui deviennent incapables de discernement et perdent ainsi, de par la loi, l'exercice des droits civils (art. 17 CC). Il est dès lors impossible que la personne donne un consentement valable à des mesures d'assistance et le patrimoine n'est pas géré si aucune mesure n'a été prise avant que ne survienne l'incapacité de discernement. Toujours selon le droit de la tutelle actuel, l'autorité tutélaire doit alors nommer un tuteur ou un curateur. Comme cette procédure est lourde et que les proches redoutent généralement de s'adresser aux autorités, ils ont recours à des solutions pragmatiques. Dans la plupart des cas, ils agissent pour la personne concernée sans se demander s'ils sont habilités à le faire. Tant que la personne concernée est encore en mesure de signer, le cocontractant ne remarque souvent pas son incapacité de discernement. Dans un cercle restreint, ce mode d'agir est toléré même lorsque l'incapacité de discernement est connue, car l'on sait que l'entourage de la personne concernée est garant de l'acte.

Les actes juridiques des proches d'une personne incapable de discernement sont légitimés par une interprétation extensive de l'art. 166 CC relatif à la représentation de l'union conjugale et par l'élargissement de son champ d'application à un domaine pour lequel il n'a pas été conçu. On applique aussi – à tort – les art. 419 ss CO sur la gestion d'affaires sans mandat, en partant du principe que les actes étaient urgents et qu'ils sont conformes aux intentions présumables de la personne dépendant en permanence de l'aide de son entourage.

Dans la réalité, les personnes concernées retardent le plus possible le recours à l'autorité, notamment lorsque celle-ci est appelée à exercer un contrôle par la suite. La nouvelle autorité de protection de l'adulte devrait peut-être susciter moins de réserves de ce type, mais il est illusoire de croire que les proches seront beaucoup plus disposés à faire appel à elle avec le nouveau droit qu'avec le droit actuel. Par conséquent, le nouveau droit de la protection de l'adulte doit tenir compte du besoin des proches des personnes incapables de discernement de prendre elles-mêmes certaines décisions.

S'agissant des mesures médicales, les cantons ont comblé en partie les lacunes existantes. Ainsi, les cantons du Jura, du Tessin et de Neuchâtel prévoient dans leur loi sur la santé publique qu'un proche ou un membre de la famille peut consentir à un traitement médical au nom d'une personne adulte incapable de discernement. D'autres cantons, par exemple Argovie, Appenzell Rhodes-Extérieures, Berne et

Lucerne, confèrent au médecin le droit de décider même en dehors d'un cas d'urgence; parmi eux, certains exigent toutefois que les proches soient consultés. Cette solution ne paraît cependant pas conforme à l'art. 6 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997, que la Suisse entend ratifier⁷. C'est pourquoi il est nécessaire d'adopter une réglementation fédérale.

Le présent projet définit l'ordre dans lequel les proches d'une personne incapable de discernement sont habilités, en l'absence de directives anticipées suffisamment précises, à consentir ou non à des soins médicaux à donner à la personne incapable de discernement (art. 377 ss). Ce droit de représentation légal des proches découle du fait même de leur relation avec la personne concernée; il devrait, en règle générale, correspondre à la volonté présumée de cette dernière. Cependant, une personne peut toujours éviter la solution de la représentation légale en constituant un mandat pour cause d'incapacité ou en rédigeant des directives anticipées. Par ailleurs, le droit de représentation légal des proches ne laisse pas à ceux-ci toute latitude pour décider du traitement; c'est le médecin qui propose les soins à administrer à la personne incapable de discernement. Les proches ne peuvent pas en décider seuls. Ils font, en outre, l'objet d'un certain contrôle, dans la mesure où le personnel médical peut s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte si les proches refusent sans motif légitime le consentement à un traitement. Les dispositions des lois spéciales – par exemple de la loi sur les produits thérapeutiques ou des lois fédérales sur la transplantation, la stérilisation ou la recherche sur l'être humain – sont réservées.

Le projet confère, en outre, au conjoint ou au partenaire enregistré de la personne incapable de discernement le droit de procéder, à certaines conditions, à tous les actes juridiques généralement nécessaires pour assurer ses besoins, administrer dans une certaine mesure ses revenus et d'autres biens et ouvrir son courrier (art. 374 ss), pour autant qu'il n'existe pas de mandat pour cause d'incapacité ou une curatelle. Ce droit de représentation légal élargit harmonieusement les compétences attribuées à l'époux (art. 166 CC) et au partenaire enregistré (art. 15 de la loi sur le partenariat [Lpart])⁸. Au surplus, il est étroitement lié au devoir d'assistance entre époux (art. 159, al. 3, CC) et entre partenaires enregistrés (art. 12 LPart). La solidarité familiale est ainsi renforcée, ce qui permettra d'éviter aux autorités de devoir ordonner systématiquement des mesures de protection de l'adulte au sens des art. 388 ss.

L'extension du droit de représentation légal aux personnes faisant ménage commun en dehors d'un mariage ou d'un partenariat enregistré – comme plusieurs participants à la procédure de consultation l'ont demandée – doit être rejetée. Ces personnes n'ont entre elles aucune obligation légale d'assistance, aucun droit de représentation, aucun devoir de renseigner sur leur revenu et leurs biens et aucune obligation légale d'entretien (art. 159, 163, 166, 170 CC; art. 13, 16 LPart). Leur octroyer un droit de représentation légal constituerait une mesure légale ponctuelle, étant donné qu'elles ne forment pas une communauté juridiquement reconnue. En conséquence, il appartient aux couples vivant en union libre de trouver une solution à ce problème – et à d'autres – au moyen de contrats, de procurations ou d'un mandat pour cause d'incapacité.

⁷ Message demandant la ratification: FF **2002** 271 ss, ch. 3.3.3.3.

⁸ RS **211.231**

1.3.3

Amélioration de la protection des personnes incapables de discernement résidant dans un home ou dans une institution médico-sociale

Les personnes incapables de discernement qui vivent dans une institution médico-sociale ou dans un home ne bénéficient pas toujours de la protection nécessaire aux plans juridique et psycho-social. Ces carences alimentent périodiquement la chronique. Ce n'est toutefois pas de privations de liberté illicites dont il est le plus souvent question. Ce sont bien plus la qualité des prestations, les insuffisances de l'encadrement et le manque de transparence des rapports contractuels passés entre les résidents et l'institution qui font l'objet des remises en question les plus fréquentes. Il est aussi souvent fait état de la souffrance liée à la solitude des résidents et du manque de prise en considération des besoins de chacun.

On assiste actuellement à des développements positifs dans certaines législations cantonales. Ainsi, par exemple, la loi fribourgeoise de 1999 sur la santé contient des dispositions pertinentes sur l'accompagnement des patients en institution de santé et des personnes en fin de vie.

Le droit de la protection de l'adulte ne peut pas régler de manière exhaustive toutes les questions liées aux placements institutionnels. Le nouveau droit doit cependant tenter d'améliorer de manière ponctuelle la protection des personnes vivant dans des institutions (art. 382 ss). Il serait en effet choquant que l'on soumette à des mesures de surveillance toujours plus strictes les établissements psychiatriques, dans lesquels les personnes placées à des fins d'assistance sont beaucoup moins nombreuses, et que l'on fasse peu de cas des milliers de personnes vivant dans des institutions médico-sociales sans être entourées de garanties socio-juridiques suffisantes.

Parmi les questions qui méritent plus particulièrement l'attention du législateur figure celle de la désignation de la personne habilitée à conclure au nom du conjoint, du parent ou d'un autre proche incapable de discernement, le contrat qui fixe les prestations à fournir par l'institution et leur coût (contrat d'assistance), lequel, pour des raisons de sécurité du droit, doit revêtir la forme écrite. L'exigence de la désignation systématique d'un curateur de représentation pourrait conduire à un alourdissement difficilement tolérable du dispositif officiel de la protection de l'adulte et se heurter à l'incompréhension des familles peu disposées à accepter un tel formalisme. Inversement, le défaut de tout pouvoir légal de représentation peut placer les proches devant des responsabilités qu'ils n'ont pas les moyens d'assumer au regard de leur statut juridique. Le projet résout ce problème en octroyant le droit de conclure le contrat d'assistance à la personne qui est habilitée à représenter la personne incapable de discernement dans le domaine médical. La personne habilitée à conclure le contrat d'assistance n'a toutefois pas la compétence de placer dans une institution médico-sociale ou dans un home la personne qu'elle représente si celle-ci s'y oppose. Dans ce cas, ce sont les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance qui s'appliquent.

Le projet fixe également les conditions auxquelles des mesures limitant la liberté de mouvement peuvent être ordonnées. Il prévoit, en outre, l'obligation pour les cantons d'exercer une surveillance sur les institutions médico-sociales et les homes qui accueillent des personnes incapables de discernement. Cette surveillance vise à déceler et à empêcher les abus, à permettre de prendre des mesures contre des manques ou à remédier à une mauvaise ambiance.

1.3.4

Mesures sur mesure

L'interdiction prévue par le droit actuel, qui entraîne la perte de la capacité d'exercer les droits civils, constitue souvent une mesure disproportionnée et stigmatisante pour la personne concernée. Les facultés qu'à une personne d'agir de manière autonome ne sont pas suffisamment exploitées. Il s'ensuit un recours excessif à l'assistance étatique, ce qui peut réduire les possibilités de rétablissement. Il est inadmissible, par exemple, qu'une interdiction soit prononcée contre la volonté d'une personne souffrant d'une maladie psychique dans le but de nettoyer et de ranger son logement laissé à l'abandon.

Le conseil légal dans sa forme actuelle n'est pas non plus satisfaisant. Cette mesure ne permet d'intervenir que ponctuellement dans l'administration des biens et entraîne une privation partielle de l'exercice des droits civils. En outre, la loi ne prévoit pas la possibilité d'apporter une assistance personnelle à la personne concernée.

Avec leurs conditions rigides, tant l'interdiction que le conseil légal n'ont plus leur place dans un droit moderne de la protection de l'adulte. Il y a lieu de les remplacer par une seule institution juridique, à savoir la curatelle (art. 390 ss). Le cercle des personnes pour lesquelles une curatelle peut être instituée recouvre largement celui des personnes pour lesquelles des mesures de tutelle sont prises actuellement. Cependant, les autorités de protection de l'adulte n'ordonneront désormais plus des mesures standard, mais – conformément au principe de la proportionnalité inscrit à l'art 5 Cst. – des mesures sur mesure. L'assistance étatique sera ainsi limitée, dans chaque cas, au minimum réellement nécessaire (art. 389). Le droit à l'autodétermination et l'autonomie de la personne concernée seront dès lors sauvegardés dans toute la mesure possible, et ce également dans le cadre de mesures prises par les autorités. Le nouveau droit prévoit toutefois encore une certaine standardisation des quatre types de curatelles:

- La curatelle d'accompagnement (art. 393) correspond à la curatelle volontaire actuelle selon l'art. 394 CC. Elle suppose le consentement de la personne ayant besoin d'aide, qui n'est pas privée de l'exercice de ses droits civils. Cette condition est nécessaire par le fait que la personne sous curatelle d'accompagnement continue d'agir elle-même, le rôle du curateur étant seulement de l'aider. Le curateur ne peut donc réaliser efficacement sa tâche que si la personne concernée collabore avec lui.
- La curatelle de représentation (art. 394 et 395) s'inspire de la curatelle actuelle au sens des art. 392 et 393 CC et du conseil légal selon l'art. 395, al. 2, CC. Le curateur est le représentant légal de la personne ayant besoin d'aide. Il peut agir pour elle, c'est-à-dire en son nom et avec effet pour elle. En principe, la mesure ne limite pas l'exercice des droits civils de la personne concernée. Toutefois, l'autorité de protection de l'adulte peut prévoir une limitation ponctuelle si les circonstances l'exigent. La personne concernée est liée par les actes juridiques du curateur. L'autorité doit attribuer au curateur uniquement les tâches que la personne concernée n'est pas en mesure d'accomplir, à l'exclusion donc des affaires qu'elle peut régler elle-même (art. 391). C'est le «principe du besoin», qui s'applique également à la curatelle de coopération.

- La curatelle de coopération (art. 396) équivaut dans ses effets à l’actuel conseil légal de coopération prévu par l’art. 395, al. 1, CC. Elle est instituée lorsque, pour sauvegarder les intérêts d’une personne ayant besoin d’aide, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes au consentement du curateur. Contrairement au droit en vigueur, qui détermine de manière contraignante dans la loi les actes qui requièrent le consentement du conseil légal, il appartiendra dorénavant à l’autorité de protection de l’adulte de déterminer dans sa décision les actes qui requièrent le consentement du curateur, en fonction des besoins de la personne concernée.
- La curatelle de portée générale (art. 398) remplace l’actuelle interdiction. Comme celle-ci, elle entraîne de plein droit la privation de l’exercice des droits civils (art. 398, al. 3). Mais le champ d’application de cette curatelle – la mesure la plus rigoureuse – est très restreint. Cette mesure sera notamment instituée si la personne, en raison d’une incapacité durable de discernement, a un besoin d’aide particulièrement prononcé.

Les curatelles d’accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées (art. 397). Ces mesures flexibles permettent d’instituer une assistance juridique adaptée aux besoins, conformément à la directive: assistance étatique autant que besoin est et intervention étatique aussi rare que possible. Par ailleurs, l’assistance personnelle est plus marquée qu’auparavant, car elle peut être prévue dans n’importe quel type de curatelle (art. 391, al. 2).

1.3.5 Limitation des curatelles aux personnes physiques

Actuellement, en vertu de l’art. 393, ch. 4 et 5, CC, les autorités tutélaires sont tenues de pourvoir à la gestion des biens et d’instituer une curatelle, d’une part, lorsqu’une personne morale ne dispose pas des organes nécessaires pour son administration et, d’autre part, lorsque des fonds recueillis publiquement ne sont pas gérés correctement. Le nouveau droit, lui, limite la compétence des autorités de protection de l’enfant et de l’adulte aux personnes physiques. C’est pourquoi le nouvel art. 83 CC⁹ prévoit que si l’organisation adoptée par l’acte de fondation n’est pas suffisante, que la fondation ne possède pas les organes prescrits ou qu’un de ces organes n’est pas composé conformément aux prescriptions, l’autorité de surveillance peut notamment nommer l’organe qui fait défaut ou un commissaire. En outre, la révision du droit des Sàrl, adoptée par le Parlement le 16 décembre 2005¹⁰, contient des dispositions applicables aux sociétés et aux associations¹¹. S’agissant des fonds recueillis publiquement, le présent projet prévoit une solution de remplacement aux art. 89*b* et 89*c*.

⁹ Loi fédérale du 8 octobre 2004, (droit des fondations), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006, RO 2005 4545.

¹⁰ FF 2005 6809

¹¹ Cf. message FF 2002 2949

1.3.6

Abandon de l'autorité parentale prolongée

Actuellement, lorsqu'un adulte est interdit en vertu des art. 369 à 372 CC, l'autorité tutélaire peut soit désigner un tuteur, soit accorder aux parents de l'interdit l'autorité parentale prolongée (art. 385, al. 3, CC). L'autorité parentale prolongée implique, pour l'essentiel, que certains droits de surveillance échappent à l'autorité tutélaire, comme c'est le cas pour les parents de mineurs. Ainsi, les détenteurs de l'autorité parentale ne doivent pas rendre de comptes ni fournir de rapports périodiques. L'obligation de requérir le consentement de l'autorité tutélaire ou de l'autorité tutélaire de surveillance pour les actes énumérés aux art. 421 et 422 CC n'est pas non plus nécessaire. Le détenteur de l'autorité parentale prolongée n'est pas soumis à la surveillance de l'autorité et la mesure ne fait l'objet d'aucun contrôle régulier. Si l'autorité veut exercer un contrôle, elle doit désigner les parents comme tuteurs.

L'autorité parentale prolongée est instituée en particulier pour les personnes nées avec un handicap mental. Elle a été critiquée à maintes reprises par la doctrine. Elle pose en effet le dilemme que si les parents sont souvent les mieux placés pour s'occuper de leur enfant handicapé mental, l'autorité parentale prolongée peut cependant empêcher celui-ci d'acquérir une certaine indépendance et de se préparer à vivre sans ses parents. Or, il s'agit là d'un élément important, car, avec les années, la charge devient souvent de plus en plus lourde pour les parents, et, le jour où ils meurent, la personne handicapée mentale doit trouver de nouveaux repères.

Le nouveau droit se caractérise par le fait que les mesures peuvent être ordonnées «sur mesure». Ainsi, une curatelle de portée générale au sens de l'art. 398 – qui remplace l'interdiction du droit actuel – ne sera instituée que dans un nombre de cas relativement limité. La solution du nouveau droit permet de mieux tenir compte de la relativité de la notion de capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Les capacités intellectuelles des personnes souffrant d'un handicap mental peuvent en effet être très différentes d'une personne à l'autre, de sorte que les besoins varient également beaucoup suivant les personnes. Reprendre l'institution de l'autorité parentale prolongée dans le nouveau droit signifierait devoir, de manière atypique, la transformer en une «autorité parentale sur mesure». L'abandon d'une telle solution a été largement approuvée lors de la procédure de consultation. Ainsi, dans le nouveau droit, les parents ne peuvent être que des curateurs. Il s'ensuit que la distinction opérée entre les parents qui sont détenteurs de l'autorité parentale prolongée et qui encourent une responsabilité en vertu des règles sur le mandat (art. 398 ss CO) et ceux qui ne sont «que» des tuteurs et donc soumis aux dispositions sur la responsabilité prévues par le droit de la tutelle (art. 426 ss CC) disparaît. En lieu et place, le présent projet accorde des privilèges aux parents qui font office de curateurs. Ainsi, l'autorité de protection de l'adulte peut les dispenser, totalement ou partiellement, de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir son consentement pour certains actes. La responsabilité sera dorénavant régie, dans tous les cas, par le droit de la protection de l'adulte (art. 454 s.).

En droit suisse, l'autorité parentale est attribuée exclusivement aux parents d'une personne. Il est toutefois justifié, matériellement, d'accorder les privilèges octroyés aux parents de la personne concernée également à son conjoint, à son partenaire enregistré, à ses descendants, à ses frères et sœurs, ainsi qu'aux personnes menant de fait une vie de couple avec elle, si ces personnes sont nommées curateurs et que les circonstances le justifient.

1.3.7

Abandon de la publication de la limitation ou du retrait de la capacité d'exercer les droits civils

La publication de la mise sous tutelle ou sous curatelle d'une personne majeure dans les feuilles officielles de son domicile et de son lieu d'origine (art. 375, 377, al. 3, 397, al. 2 et 3, CC) est ressentie comme particulièrement stigmatisante. L'objectif de la publication, qui est de porter la mesure à la connaissance des partenaires commerciaux potentiels, est irréaliste dans notre société actuelle. La proportionnalité de la mesure est donc discutable. En outre, cette mesure constitue une atteinte à la liberté personnelle au sens de l'art. 10, al. 2, Cst. et au droit au respect de la sphère privée au sens de l'art. 8 CEDH. C'est pour cette raison que la publication, qui n'existe pas dans tous les droits étrangers, n'a pas été reprise dans le nouveau droit suisse. Cette solution avait fait l'objet de quelques critiques lors de la procédure de consultation, mais elle a été approuvée dans l'ensemble. Il faut d'ailleurs relever que la personne qui rend vraisemblable un intérêt peut exiger de l'autorité de protection de l'adulte qu'elle lui indique si une personne déterminée fait l'objet d'une mesure de protection (art. 451, al. 2). En outre, les personnes chargées de l'exécution des mesures de protection de l'adulte informent les tiers de l'existence d'une curatelle lorsque l'exécution des tâches qui leur sont confiées l'exige (art. 413, al. 3). Enfin, l'art. 452, al. 2, prévoit que lorsqu'une curatelle entraîne une limitation de l'exercice des droits civils, la mesure ne peut être opposée aux débiteurs de bonne foi.

1.3.8

Amélioration de la protection juridique et suppression des lacunes existant en matière de privation de liberté à des fins d'assistance

Les art. 397a ss CC relatifs à la privation de liberté à des fins d'assistance sont entrés en vigueur en 1981. Dans l'ensemble, la réglementation a fait ses preuves. Elle peut toutefois être améliorée sur certains points.

Ainsi, le présent projet introduit deux limitations importantes en ce qui concerne le placement ordonné par un médecin (cf. art. 397b, al. 2, CC). Premièrement, la décision médicale doit impérativement être confirmée, après un délai qui ne peut être supérieur à six semaines, par une décision de l'autorité de protection de l'adulte (art. 429, al. 1 et 2), même si la personne concernée n'a pas fait recours contre la décision de placement ni demandé sa libération.

Deuxièmement, les cantons ne pourront désormais habiliter à ordonner un placement que des médecins disposant des connaissances adéquates (art. 429, al. 1). La pratique a en effet révélé que les médecins qui ne sont pas spécialement préparés à cette tâche sont souvent dépassés dans ce domaine sensible. Afin de garantir la protection juridique de la personne concernée, il convient également de régler clairement dans le code civil la procédure à suivre en cas de placement ordonné par un médecin (art. 430) et d'y inscrire le droit de faire appel à une personne de confiance (art. 432). Le projet prévoit encore que l'autorité de protection de l'adulte est tenue d'examiner périodiquement si les conditions du maintien de la mesure sont toujours remplies (art. 431).

Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, priver une personne de liberté à des fins d'assistance n'autorise pas, en principe, à la traiter contre son gré. Le projet règle, dès lors, de manière uniforme et pour l'ensemble de la Suisse, le traitement d'un trouble psychique contre la volonté de la personne qui en souffre (art. 433 ss). L'objectif est que les souhaits de cette personne soient, autant que possible, pris en compte et que le traitement qui lui est administré sans son consentement constitue une *ultima ratio*; tel est le cas lorsque la personne n'a pas la capacité de saisir la nécessité du traitement et qu'elle met gravement en péril sa santé ou l'intégrité physique de tiers si elle ne reçoit pas les soins indiqués. En outre, le présent projet n'autorise un traitement sans le consentement de la personne concernée que dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance ordonné pour traiter le trouble psychique en question. Dans un tel cas, le traitement apparaît donc comme la conséquence logique de la décision de placer dans un hôpital psychiatrique une personne ayant besoin de soins.

1.3.9 Autorité interdisciplinaire de protection de l'enfant et de l'adulte

Selon le droit actuel de la tutelle, l'autorité tutélaire est responsable de l'exécution des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. Elle est également appelée à rendre des décisions de grande importance. Ainsi, en vertu du droit de la filiation, elle ordonne l'institution d'une curatelle, le retrait du droit de garde ou le retrait de l'autorité parentale (art. 308 à 310 et 312 CC) ainsi que les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'enfant (art. 318, al. 2 et 3, 320, al. 2, 322, al. 2, et 324 s. CC). La décision d'autoriser l'adoption d'un enfant (art. 265d CC), la réglementation du droit de visite en dehors de la procédure de protection de l'union conjugale ou de divorce (art. 275 CC) et la modification, sur requête commune des père et mère, des mesures relatives aux enfants (art. 134 et 315b CC) relèvent également de sa compétence.

S'agissant des adultes, l'autorité tutélaire est habilitée à ordonner une curatelle en vertu des art. 392 à 394 CC. Elle est également compétente en matière de recours contre les actes du tuteur (art. 420, al. 1, CC). Par contre, les cantons peuvent désigner librement l'instance ayant la compétence d'ordonner une interdiction ou une curatelle. Plusieurs cantons attribuent à un tribunal la compétence de trancher les litiges portant sur l'interdiction ou la mise sous curatelle d'une personne.

Dans les cantons romands ou bilingues, à l'exception des cantons du Jura, de Berne et du Valais, l'autorité tutélaire est un tribunal (GE, NE) ou un juge de paix (VD, FR). Elle est compétente pour presque toutes les décisions concernant la protection de l'enfant et de l'adulte.

Par contre, dans beaucoup de cantons de Suisse alémanique, l'autorité tutélaire est l'exécutif communal – le conseil communal – ou une commission spéciale.

Le conseil communal est composé d'hommes et de femmes, qui ont été élus pour des raisons politiques et qui n'ont pas reçu de formation spécifique en matière du droit de la tutelle. En conséquence, ils dépendent grandement du savoir de tiers ou de l'autorité tutélaire de surveillance lorsqu'ils doivent prendre des décisions difficiles. Or, celle-ci manque souvent d'expérience pratique et elle peut en outre se voir confrontée à un problème d'indépendance si elle doit statuer sur un recours portant

sur une affaire dans laquelle elle a donné des conseils. D'ailleurs, même au sein du conseil communal, l'indépendance est loin d'être toujours garantie. Si le fait que les personnes se connaissent peut être un avantage à première vue, cela peut aussi nuire à l'indépendance de la décision, en particulier dans le domaine de la protection de l'enfant, lorsqu'il s'agit de mesures susceptibles de concerner des connaissances, une personnalité locale, de bons contribuables ou des employeurs importants. En outre, les autorités de milice sont rarement en mesure de diriger et de contrôler efficacement un grand nombre de personnes assumant des fonctions tutélaires. De plus, elles peuvent difficilement agir en temps utile dans les cas d'urgence. Enfin, le nouveau droit prévoit des «mesures sur mesure», ce qui exige que les autorités qui doivent les instituer disposent de compétences particulières.

Une restructuration des autorités est par conséquent indispensable. D'autant plus qu'il est contestable, sur le plan du droit constitutionnel, qu'un conseil communal élu politiquement prenne des décisions touchant au droit fondamental de la liberté personnelle, comme, par exemple, en matière de placement d'un enfant en vue de son adoption sans l'accord des parents. En outre, l'expérience montre que les instances de recours doivent souvent casser pour des raisons procédurales les décisions prises par des autorités composées de non-professionnels. C'est pourquoi presque tous les participants à la procédure de consultation ont reconnu la nécessité de professionnaliser les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

Certains cantons ont déjà procédé à une restructuration de leurs autorités, indépendamment de la révision en cours du droit de la protection de l'adulte. D'autres l'effectuent actuellement¹². Quoiqu'il en soit, l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte aura pour effet que toutes les décisions relevant de ce droit seront prises par une seule autorité. En outre, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte sera une autorité interdisciplinaire (art. 440; pour les détails, cf. ch. 2.3.1 et 3.2), dont l'organisation interne est laissée aux cantons. Ceux-ci devront notamment fixer le nombre des membres, qui pourront exercer leur tâche à temps partiel. Contrairement à l'avant-projet qui prévoyait que l'autorité devait être un tribunal, le présent projet stipule qu'elle doit être une autorité, qui peut être soit administrative, soit judiciaire. Il garantit ainsi, autant que faire se peut, la liberté d'organisation des cantons.

1.3.10 Fixation dans le code civil des principes fondamentaux de la procédure

La protection juridique des personnes sous tutelle n'est pas assurée uniquement par le droit matériel, mais également – et de manière importante – par le droit procédural. Les auteurs du code civil en avaient déjà conscience puisqu'ils y avaient inscrit certains principes fondamentaux de la procédure (art. 374, 375, 420 CC)¹³. Selon la répartition traditionnelle des tâches, le droit matériel relève de la compétence de la Confédération, le droit procédural de celle des cantons. Les dispositions de la procédure du droit fédéral sont admises dans la mesure où elles sont indispen-

¹² Par exemple, le canton de Glaris a décidé, le 7 mai 2006, de concentrer l'organisation des autorités au niveau cantonal.

¹³ Les art. 314, 314a, 397e et 397f CC ont été adoptés par la suite.

sables à l'application du droit matériel. D'importants principes de la procédure découlent en outre directement de la Constitution fédérale.

A ce jour, seuls quelques très rares cantons ont édicté une loi spéciale réglant exhaustivement la procédure à appliquer dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte. A défaut d'une telle loi, les dispositions de la procédure concernant le domaine de la tutelle se trouvent dans les lois d'introduction du code civil ou dans des lois cantonales spéciales. Certaines se contentent de prévoir une application analogique soit de la procédure civile cantonale, soit de la procédure administrative. Cette solution présente le désavantage pour les personnes concernées de ne pas pouvoir déterminer clairement quelles sont les dispositions de la procédure applicables. D'autres renvoient tant à la procédure civile qu'à la procédure administrative, ce qui pose des problèmes difficiles dans la pratique. Enfin, ni le droit de la procédure civile ni le droit de la procédure administrative ne prennent suffisamment en compte les besoins spécifiques de l'assistance étatique.

La situation juridique actuelle n'est donc pas satisfaisante. De plus, depuis l'adoption par le peuple et les cantons, le 12 mars 2000, de la réforme de la justice, la compétence législative dans le domaine du droit de la procédure civile, y compris la juridiction gracieuse, relève de la compétence de la Confédération (nouvel art. 122, al. 1, Cst.). Par contre, la procédure administrative et la procédure administrative judiciaire sont toujours de la compétence des cantons.

A la différence de l'avant-projet de loi envoyé en consultation, le présent projet ne prévoit plus de tribunal en tant qu'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Ainsi, les cantons pourront instituer, à leur choix, une autorité administrative ou une autorité judiciaire (art. 440, al. 1 et 3). Suite à ce changement, le Conseil fédéral propose de renoncer à adopter une loi spéciale réglant la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte – telle qu'elle a été soumise en procédure de consultation – et d'inscrire les principes fondamentaux de procédure dans le code civil. Ces principes constituent un minimum standard applicable dans toute la Suisse (art. 443 ss). Par ailleurs, la réglementation proposée par le présent projet tient compte, d'une part, du rôle important des droits fondamentaux dans la protection de l'enfant et de l'adulte et, d'autre part, de l'existence dans ce domaine d'un grand nombre de cas qui peuvent et doivent être liquidés de manière simple et sans entraves bureaucratiques. En outre, le code de procédure civile suisse s'applique, en vertu du droit fédéral, notamment au calcul des délais, aux motifs de récusation et à l'administration des preuves. Les cantons peuvent toutefois en disposer autrement (art. 450f).

1.3.11 Modification du droit des personnes et du droit de la filiation

Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte a un rapport étroit avec la réglementation de l'exercice des droits civils du droit des personnes. Cette réglementation est malheureusement lacunaire et difficilement compréhensible pour les citoyens. Or, il est important que les principes fondamentaux de l'exercice des droits civils pour les mineurs et les adultes placés sous curatelle soient réglés de manière claire dans la loi. C'est à cet effet que le présent projet généralise et complète les actuels art. 410 et 411 CC régissant les actes des personnes sous tutelle et qu'il les intègre dans le droit des personnes (art. 19 à 19b). En outre, l'exercice des droits strictement

personnels sera régi dorénavant par une disposition spéciale (art. 19c); la distinction entre les droits strictement personnels absolus et les droits strictement personnels relatifs sera ainsi faite dans la loi. La majorité des participants à la procédure de consultation a approuvé ces modifications.

La révision du droit de la tutelle a pour objet principal la protection de l'adulte, alors que le droit actuel de la tutelle règle également la mise sous tutelle des mineurs (art. 368 CC), sans toutefois lui consacrer un chapitre en particulier. Le droit actuel applique la plupart des dispositions relatives au contenu de la tutelle tant aux adultes qu'aux enfants. Dans la mesure où le nouveau droit ne reprend pas l'interdiction suivie d'une mise sous tutelle, qui est la mesure classique actuelle, il n'y a plus de raison d'avoir une même réglementation pour la représentation légale du mineur et pour celle de l'adulte. C'est pourquoi le présent projet prévoit que la mise sous tutelle de mineurs soit intégrée dans le droit de la filiation, dans un nouveau chapitre cinq qui fait suite au chapitre sur la protection de l'enfant. Ainsi, la mesure la plus radicale de la protection de l'enfant – le retrait de l'autorité parentale – est suivie par les dispositions relatives à la mise sous tutelle de mineurs. Par la même occasion, le statut juridique des mineurs placés sous tutelle est aligné sur celui des mineurs sous autorité parentale (art. 327b et 327c). L'autorité compétente, la nomination du tuteur, sa surveillance et la responsabilité sont, par contre, toujours régis par les dispositions du droit de la protection de l'adulte.

1.3.12 Terminologie

Le nouveau droit de la protection de l'adulte ne peut éviter de définir les mesures et leurs conditions. Mais la doctrine souligne, avec une rare unanimité, qu'il faut trouver des expressions non stigmatisantes. Ainsi, les termes de «maladie mentale, faiblesse d'esprit, inconduite, prodigalité et mauvaise gestion» n'ont plus leur place dans un droit moderne. Cela vaut aussi pour les termes «interdiction», «mise sous tutelle» et «pupille», qui mettent une étiquette. Il ne faut toutefois pas se leurrer. Les nouveaux termes acquerront également une connotation négative avec le temps, car les personnes concernées les associeront à quelque chose de désagréable. En outre, en adoptant la seule institution de la curatelle qui couvre tous les degrés d'intervention de l'autorité, le nouveau droit peut tout aussi bien créer une nouvelle stigmatisation, car, ce faisant, il ne permet plus, contrairement au droit actuel, aux personnes soumises à une curatelle de se démarquer de celles qui sont placées sous tutelle.

Abstraction faite du placement à des fins d'assistance, le nouveau droit ne prévoit plus qu'une seule mesure, la curatelle. Le projet de révision de 1995 (cf. ch. 1.2.1) voulait – par analogie avec le «*Betreuungsrecht*» d'Allemagne – utiliser les termes de «*Betreuung*» et de «*Betreuer*» et exprimer ainsi qu'il en va de l'engagement personnel d'êtres humains en faveur d'autres êtres humains. Mais, étant donné qu'il n'existe pas de traduction satisfaisante en français et en italien et que le terme «*Betreuung*» sous-entend plus une prise en charge de la personne assistée qu'une relation de partenariat, le Conseil fédéral donne la préférence aux termes de curatelle et de curateur, utilisés par le droit en vigueur.

Dans le domaine de la protection de l'enfant, le terme de «tutelle» est cependant maintenu, afin d'éviter une confusion avec l'actuelle curatelle (art. 308 et 309 CC). Ce terme, qui n'a pas été contesté en général lors de la procédure de consultation, est

également utilisé dans les nouvelles conventions internationales, en particulier dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (notamment art. 2)¹⁴. Par ailleurs, la notion n'est pas ressentie de manière négative par les mineurs, car leur encadrement par un tuteur n'est pas la conséquence d'une faiblesse, mais résulte du fait qu'ils ne relèvent plus de l'autorité parentale, soit parce que leurs parents sont décédés, soit parce que l'autorité parentale leur a été retirée.

Pour être conforme à l'art. 5 CEDH, le code civil actuel parle de «privation de liberté à des fins d'assistance». Mais cette mesure ne couvre pas uniquement les cas qui entrent dans le champ d'application de la convention. Ainsi, la Cour européenne des Droits de l'Homme¹⁵ a estimé que la décision prise par les autorités en vertu des art. 397a ss CC de placer une femme âgée grabataire dans un établissement médico-social en raison d'un manque de soins et d'assistance à la maison ne relevait pas de l'art. 5 CEDH. La Cour a en effet jugé qu'il ne s'agissait pas d'une privation de liberté au sens de la CEDH, mais d'une mesure d'assistance adéquate. On peut, par ailleurs, se demander si une personne souffrant de phobies jouit encore de liberté. Pour ces motifs et pour souligner les éléments positifs de la mesure, le projet parle de «placement à des fins d'assistance». Ce changement terminologique a aussi l'avantage de permettre une démarcation de la mesure par rapport à la privation de liberté au sens du code pénal.

1.4 Droit comparé et rapport avec le droit européen

Ces dernières années, les réformes des régimes de protection des adultes se sont multipliées à l'étranger. La première a eu lieu en Autriche en 1983. Elles se sont ensuite succédées en Allemagne (1990), au Danemark (1995), en Espagne (2003), en Italie (2004) et en Angleterre (2005). En France, la révision est suspendue probablement jusqu'en 2007. La tendance générale de ces réformes est, d'une part, de remplacer les mesures «classiques» par des mesures personnalisées, c'est-à-dire des «mesures sur mesure», afin de mieux prendre en considération les besoins individuels de la personne à protéger et, d'autre part, de donner la possibilité aux personnes d'organiser de manière anticipée leur protection pour le cas où elles deviendraient incapables.

Les réformes opérées sont plus ou moins radicales. En Allemagne, en Angleterre, en Autriche et au Danemark, il n'existe plus qu'une seule mesure de protection, qui est adaptée aux besoins du cas particulier. Elle peut consister en une simple assistance pour un acte déterminé ou en une représentation totale de la personne concernée. Par contre, l'Espagne et l'Italie ont conservé les mesures de protection «classiques», notamment la tutelle et la curatelle, mais elles ont renforcé la protection des personnes concernées.

Les lois allemande, anglaise, espagnole et italienne permettent à une personne d'organiser sa protection de manière anticipée. Le précurseur en ce domaine est le Québec, qui a adopté en 1990, avec un énorme succès, le mandat en cas d'incapacité. Dans la première moitié de 2006, le gouvernement autrichien a soumis au Parlement un projet de loi prévoyant un mandat pour cause d'incapacité et un droit de représentation pour les proches.

¹⁴ RS 0.107

¹⁵ Jugement du 26.2.2002 en l'affaire H.M. c. la Suisse.

Le présent projet tient compte de la Recommandation n° R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, qui préconise aux Etats membres, en particulier, d'adopter un éventail de mesures afin de pouvoir prendre en compte les différentes situations possibles, d'appliquer les principes de la nécessité, de la proportionnalité et de la subsidiarité, ainsi que de respecter autant que possible les souhaits de la personne concernée. Le projet tient également compte de la Recommandation n° R (2004) 10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection des Droits de l'Homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

Le projet est également conforme à la Convention européenne des Droits de l'Homme, aux recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants et à la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

En résumé, on constate que le présent projet s'inscrit dans la ligne des nouvelles lois adoptées à l'étranger et du droit européen.

1.5 Dispositions édictées par le Conseil fédéral

Le Conseil fédéral édictera des dispositions relatives à l'inscription, par l'office de l'état civil, de la constitution d'un mandat pour cause d'incapacité dans la banque de données (art. 361, al. 3), à l'inscription des directives anticipées du patient sur sa carte d'assuré (art. 371, al. 2), ainsi qu'au placement et à la sauvegarde des biens par le curateur (art. 408, al. 3).

Pour le reste, l'exécution relève de la compétence des cantons. La Confédération peut, mais ne doit pas, édicter des dispositions relatives à la surveillance (art. 441, al. 2).

2 Partie spéciale

2.1 Des mesures personnelles anticipées et des mesures appliquées de plein droit

2.1.1 Du mandat pour cause d'incapacité

Art. 360 Principe

En vertu d'un mandat pour cause d'incapacité, le mandant peut charger une ou plusieurs personnes physiques ou morales (par ex., une banque ou Pro Senectute) de lui fournir une assistance personnelle, de gérer ses biens ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement (al. 1; cf. aussi ch. 1.3.1). Ces tâches peuvent être cumulatives ou alternatives. Si elles couvrent intégralement les trois domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers, elles correspondent à celles d'un curateur de portée générale (art. 398). Au moment où il établit un mandat pour cause d'incapacité, le mandant doit avoir l'exercice des droits civils, c'est-à-dire être majeur et capable de discernement (art. 13).

Le mandant doit désigner le mandataire nommément et décrire de manière aussi détaillée que possible les tâches qu'il lui confie. Il peut – mais ne doit pas – lui donner des directives sur la manière de les exécuter (al. 2); il peut, par exemple, lui interdire de procéder à certains placements. Il peut également charger une personne de consentir ou de s'opposer en son nom à un traitement médical. Dans ce cas, le mandataire sera exclusivement une personne physique, en raison du caractère éminemment personnel du mandat, qui, matériellement, constitue des directives anticipées (art. 370, al. 2). Si le mandant veut s'assurer que sa décision sera prise en considération le moment venu, il doit faire inscrire la constitution et le lieu de dépôt des directives sur sa carte d'assuré (art. 371, al. 2, 1^{re} phrase, et 372, al. 1, 1^{re} phrase).

Le présent projet introduit la possibilité pour le mandant de prévoir des solutions de remplacement pour le cas où le mandataire déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait (al. 3). Il pourra, par exemple, désigner un ou plusieurs remplaçants, comme il est possible de le faire pour l'exécuteur testamentaire en droit des successions ou encore se prononcer pour une curatelle.

Art. 361 Constitution

La personne qui constitue un mandat pour cause d'incapacité prend une décision d'une grande importance. Il s'avère dès lors indispensable que sa constitution soit soumise à certaines conditions quant à la forme. L'avant-projet de loi prévoyait la forme authentique ou l'enregistrement dans un procès-verbal établi par un office cantonal. Lors de la procédure de consultation, cette solution a été jugée compliquée et coûteuse. Certains participants ont demandé qu'on soumette le mandat pour cause d'incapacité à la forme écrite, d'autres aux formes prévues pour les dispositions pour cause de mort (art. 499 ss CC). Dès lors, le présent projet prévoit – comme pour le testament – les formes olographe ou authentique (al. 1). Cette solution simplifie la situation lorsqu'une personne constitue un mandat pour cause d'incapacité en même temps qu'un testament. La forme orale, soit le testament d'urgence selon l'art. 506 ss CC, n'a toutefois pas été reprise, car elle ne répond pas à une nécessité.

Comme le testament olographe (art. 505, al. 1, CC), le mandat en la forme olographe doit être entièrement écrit à la main, daté et signé de la main du mandant (al. 2). Un mandat rédigé à la machine à écrire, à l'ordinateur ou dicté n'est pas valable. Cette solution vise à empêcher qu'en particulier des personnes âgées signent simplement un texte rédigé par un tiers, sans qu'elles aient pris connaissance du contenu.

Le mandat en la forme authentique est établi par un officier public, le plus souvent un notaire, conformément aux volontés du mandant. L'officier public ne doit pas examiner si la personne désignée est disposée à accepter le mandat ni si elle semble apte à accomplir la tâche qui lui est confiée. Il est en effet inutile de procéder officiellement à ce genre de vérifications au moment de la constitution du mandat, étant donné que les circonstances peuvent changer jusqu'à ce qu'il produise ses effets; par ailleurs, le mandataire peut résilier le mandat en tout temps (cf. art. 367). Par contre, si l'incapacité de discernement du mandant devient effective, il incombe à l'autorité de protection de l'adulte de vérifier ces points (cf. art. 363).

Il appartient au mandant de prendre les dispositions pour que, le moment venu, l'autorité de protection de l'adulte et le mandataire aient connaissance du mandat. Pour ce faire, il peut notamment demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale Info-

star de la Confédération (al. 3, 1^{re} phrase). Il doit, bien entendu, communiquer son identité, mais il ne doit pas remettre le document. Cette solution simple, efficace et peu onéreuse permet d'éviter que les mandats pour cause d'incapacité ne restent lettre morte. Le Conseil fédéral édictera les dispositions nécessaires, notamment en matière d'accès aux données (al. 3, 2^e phrase).

Art. 362 Révocation

L'avant-projet de loi prévoyait que le mandat pour cause d'incapacité prendait fin automatiquement dix ans après sa constitution si l'incapacité de discernement n'était pas survenue dans l'intervalle. Cette solution visait à prendre en compte les changements de la situation personnelle du mandant et justifiait un réexamen périodique du mandat. Mais elle fut fortement critiquée lors de la procédure de consultation. En conséquence, le présent projet renonce à limiter la durée de la validité du mandat, notamment en raison du risque non négligeable que le mandant oublie de le renouveler à temps et aussi pour le motif que le testament, quant à lui, reste valable avec le temps.

Le mandat pour cause d'incapacité peut être révoqué en tout temps par le mandant s'il est capable de discernement. Il doit alors être révoqué dans l'une des formes prévues pour sa constitution: la forme olographe ou la forme authentique (al. 1). Le mandant peut également révoquer le mandat en le supprimant matériellement (al. 2, 1^{re} phrase). Il peut le déchirer, le brûler, y apposer la mention «annulé». Il doit supprimer l'original et non une copie. Si le mandant a constitué le mandat en la forme authentique, il doit en aviser la personne qui l'a établi (al. 2, 2^e phrase).

L'al. 3 présume que si le mandant constitue un nouveau mandat pour cause d'incapacité sans révoquer expressément l'ancien, celui-ci est annulé et remplacé par le nouveau. Toutefois, comme pour le testament (art. 511, al. 1, CC), cette présomption tombe s'il ne fait aucun doute que le nouveau mandat est un complément à l'ancien.

Art. 363 Constatation de la validité et acceptation

Lorsque l'autorité de protection de l'adulte apprend qu'une personne est devenue incapable de discernement et qu'elle ignore si celle-ci a constitué un mandat pour cause d'incapacité, elle s'informe de l'existence éventuelle d'un tel mandat auprès de l'office de l'état civil (al. 1). Si tel n'est pas le cas, elle prend des mesures conformément aux art. 388 ss.

S'il existe un mandat pour cause d'incapacité, l'autorité de protection de l'adulte doit se le procurer et examiner si le mandat peut déployer ses effets. Pour cela, elle vérifie la validité du mandat, par exemple la capacité de discernement du mandant ou la forme de la constitution, la réalisation des conditions de sa mise en œuvre et l'aptitude du mandataire à le remplir (al. 2, ch. 1 à 3). La personne désignée comme mandataire est libre d'accepter ou non le mandat. L'autorité ne peut s'écarter de la volonté du mandant que s'il est évident que la personne qu'il a désignée n'est pas apte à remplir le mandat.

Si les conditions relatives à la forme ne sont pas remplies, le mandat ne produit pas d'effet. L'autorité de protection de l'adulte doit alors instituer une curatelle et examiner si la personne désignée comme mandataire pour cause d'incapacité entre en ligne de compte comme curateur selon l'art. 401, al. 1. La constatation de la validité

du mandat est importante, car si le mandat ne peut être exécuté ou s'il ne porte que sur une partie des tâches à accomplir pour la personne devenue incapable de discernement, l'autorité de protection doit prendre les mesures de protection nécessaires pour assister la personne incapable de discernement (al. 2, ch. 4).

Lorsque toutes les conditions sont réalisées pour mettre en œuvre le mandat, l'autorité de protection de l'adulte rend le mandataire attentif à ses obligations (art. 365). Elle lui remet un document qui fait état de ses compétences, afin qu'il puisse attester de sa qualité de représentant de la personne incapable de discernement dans le cadre du mandat (al. 3).

Art. 364 Interprétation et complètement

Il peut arriver que le mandat manque de clarté sur certains points. Ainsi, des inexactitudes peuvent résulter du fait que des changements inattendus se sont produits depuis sa constitution. Ce genre d'imprécisions peut être une source d'insécurité pour le mandataire et peut nuire à l'efficacité de sa tâche. C'est pourquoi le projet prévoit qu'il peut demander à l'autorité de protection d'interpréter le mandat et de le compléter sur des points accessoires. L'octroi de cette compétence à l'autorité de protection de l'adulte évite à celle-ci de devoir prendre une mesure pour régler des questions de moindre importance.

Art. 365 Exécution

Selon l'al. 1, le mandataire doit se limiter aux seules tâches fixées dans le mandat pour cause d'inaptitude. Il doit s'en acquitter avec la diligence requise par les règles du code des obligations sur le mandat (art. 394 ss CO). Cela signifie notamment que le mandataire doit pouvoir rendre compte en tout temps de sa gestion (art. 400 CO). Le renvoi aux règles sur le mandat englobe également les dispositions sur la responsabilité du mandataire (art. 398 ss CO).

Même si le mandat pour cause d'inaptitude n'a été constitué que pour un domaine déterminé, le mandataire doit faire preuve d'une diligence particulière lorsqu'il s'occupe des intérêts de la personne incapable de discernement. Ainsi, s'il constate qu'il convient de régler des affaires qui ne lui ont pas été confiées par le mandat, il doit solliciter immédiatement l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte, qui prendra les mesures nécessaires (al. 2). Elle pourra notamment nommer un curateur en la personne, par exemple, du mandataire.

S'il existe un conflit d'intérêts entre le mandant et le mandataire, celui-ci sollicite immédiatement l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte; en cas de conflit d'intérêts, les pouvoirs du mandataire prennent fin de plein droit (al. 2 et 3).

Art. 366 Rémunération et frais

Le présent projet ne dit pas si le mandat pour cause d'inaptitude donne lieu ou non à une rémunération. Il laisse le mandant libre de rémunérer ou pas le mandataire. Celui-ci peut faire dépendre son acceptation du mandat de la manière dont la rémunération est réglée.

Lorsque le mandat pour cause d'inaptitude ne prévoit pas de disposition sur la rémunération du mandataire, l'autorité de protection de l'adulte fixe une indemnisation appropriée si cela apparaît justifié au regard de l'ampleur des tâches à accomplir ou

si celles-ci font habituellement l'objet d'une rémunération (al. 1). Toutes les circonstances doivent être prises en considération. On peut, par exemple, s'attendre à une prestation gratuite de la part d'un proche parent, mais pas d'un gérant de fortune professionnel.

La rémunération et le remboursement des frais justifiés sont à la charge du mandant (al. 2).

Art. 367 Résiliation

La mandataire peut résilier le mandat en tout temps, moyennant un délai de deux mois, en informant par écrit l'autorité de protection de l'adulte (al. 1). Le présent projet a introduit ce délai, qui n'était pas prévu dans l'avant-projet mis en consultation, d'une part, pour que le mandataire sache quand ses fonctions prennent fin et, d'autre part, pour que l'autorité de protection de l'adulte ait suffisamment de temps pour prendre les dispositions nécessaires, par exemple pour nommer un curateur, pour autant toutefois que le mandant n'ait pas prévu une solution de remplacement. Le droit de résilier existe indépendamment de tout motif.

S'il existe de justes motifs, le mandataire peut résilier le mandat sans respecter le préavis de deux mois (al. 2). Sont des justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger du mandataire la continuation du mandat, comme par exemple la maladie (cf. art. 337, al. 2, CO).

Art. 368 Intervention de l'autorité de protection de l'adulte

Si les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être, l'autorité de protection de l'adulte prend les mesures nécessaires. Elle peut agir d'office ou sur demande d'un proche du mandant (al. 1). L'avant-projet de loi mis en consultation prévoyait une solution plus drastique: l'autorité devait révoquer le mandat. Le présent projet, lui, tend à sauvegarder dans la mesure du possible la volonté du mandant. L'al. 2 énumère de manière non exhaustive les mesures que l'autorité peut prendre.

Art. 369 Recouvrement de la capacité de discernement

Cet article a été adopté en considération des remarques faites lors de la procédure de consultation. Il s'inspire de l'art. 405 CO relatif au mandat.

Si, contre toute attente, le mandant recouvre la capacité de discernement, le mandat pour cause d'incapacité cesse de produire ses effets de plein droit (al. 1). Il n'a pas besoin de faire une déclaration au mandataire et aucune intervention de l'autorité de protection de l'adulte n'est nécessaire.

Il peut toutefois arriver que le mandant recouvre la capacité de discernement, mais qu'il ne soit pas en mesure d'exécuter lui-même les tâches qu'il avait confiées au mandataire (par. ex., en cas d'hospitalisation à l'étranger). Si la fin des effets du mandat compromet les intérêts du mandant, le présent projet prévoit, à l'instar du mandat selon le code des obligations (art. 405, al. 2, CO), une «prolongation» temporaire du mandat. Le mandataire est ainsi tenu de continuer à remplir les tâches qui lui ont été confiées jusqu'à ce que le mandant puisse défendre ses intérêts lui-même (al. 2).

Le mandant est tenu, comme si le mandat produisait encore ses effets, des opérations que le mandataire aura faites avant d'avoir connaissance de l'extinction de son mandat (al. 3). Les opérations sont valables malgré l'absence de pouvoirs. Cette règle correspond aux art. 37 et 406 CO.

2.1.2 Des directives anticipées du patient

Art. 370 Principe

Contrairement à certaines législations cantonales, le droit fédéral n'a pas de réglementation expresse sur la validité ou la portée des directives anticipées du patient. Le nouveau droit de la protection de l'adulte comble cette lacune (cf. aussi ch. 1.3.1). Une solution valable pour toute la Suisse a été largement approuvée lors de la procédure de consultation. Elle correspond en outre à la Recommandation de la directive de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM)¹⁶. Des réglementations selon les cantons sont insatisfaisantes tant pour les patients que pour le personnel médical, d'autant plus que l'hospitalisation d'une personne n'a pas toujours lieu dans son canton.

Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, un acte médical qui porte atteinte à l'intégrité corporelle constitue une atteinte à la personnalité du patient même s'il est effectué *lege artis*. C'est pourquoi il est illicite s'il n'existe pas de motif justificatif. Selon l'art. 28, al. 2, CC, une atteinte à la personnalité est licite si elle est justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi. Le consentement est le motif justificatif le plus important. Il suppose que le patient soit capable de discernement. Pour un patient incapable de discernement, le consentement est donné par son représentant légal. Au surplus, les législations cantonales dans le domaine de la santé prévoient différentes solutions en ce qui concerne les personnes incapables de discernement (cf. ch. 1.3.2).

Par les directives anticipées, une personne détermine, de manière anticipée, les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement (al. 1). La possibilité de rédiger des directives anticipées est donnée pour toutes les circonstances où la personne concernée n'a plus sa capacité de discernement. Cette incapacité peut, par exemple, résulter d'une maladie psychique, d'une démence sénile progressive ou encore d'un accident entraînant une perte de connaissance.

Une personne peut encore désigner dans des directives anticipées une personne chargée de prendre les décisions relatives à un traitement médical au cas où elle deviendrait incapable de discernement (al. 2, 1^{re} phrase). L'avant-projet prévoyait pour ce cas un mandat pour cause d'incapacité spéciale dans le domaine médical. Suite aux remarques émises lors de la procédure de consultation, la réglementation a été simplifiée et intégrée dans les directives anticipées du patient pour des raisons de clarté. Des directives anticipées peuvent également être intégrées dans un mandat pour cause d'incapacité, qui est soumis à des prescriptions de forme plus strictes (cf. art. 361, al. 1 et 2).

¹⁶ Voir Droit des patientes et patients à l'autodétermination, Principes médico-éthiques du 24 novembre 2005 de l'ASSM, III. Commentaire, p. 9.

Le médecin donnera toutes les informations pertinentes sur le traitement médical à la personne appelée à représenter l'auteur des directives anticipées et il devra obtenir son consentement. En raison du caractère éminemment personnel du mandat, la personne désignée ne peut être qu'une personne physique. Si les directives désignent plusieurs personnes qui ne parviennent pas à avoir un avis unanime, compromettant ainsi les intérêts du patient, elles ou tout proche du patient peuvent solliciter l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte (art. 373 et 368).

Comme pour le mandat pour cause d'incapacité (art. 360, al. 3), l'auteur des directives anticipées peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où la personne désignée déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait (al. 3). Elle a la possibilité, par exemple, de désigner un remplaçant ou de demander l'application de l'art. 378 sur la représentation dans le domaine médical.

Pour rédiger des directives anticipées, il suffit d'être capable de discernement (al. 1). L'auteur des directives n'a pas besoin d'avoir l'exercice des droits civils, car il s'agit en l'occurrence de l'exercice d'un droit strictement personnel (art. 19c). Ainsi, une personne mineure capable de discernement peut également rédiger des directives anticipées.

Art. 371 Constitution et révocation

Les directives anticipées sont soumises à la forme écrite, c'est-à-dire que seule la signature doit être écrite à la main par leur auteur (art. 13 s. CO). Il n'est pas nécessaire de les soumettre aux mêmes exigences formelles que le mandat pour cause d'incapacité. L'autorité de protection de l'adulte ne doit pas examiner la validité des directives anticipées (cf. art. 363). Elles ne s'appliquent qu'au domaine médical, ce qui suppose un contrôle de la part du personnel médical. Le médecin posera le diagnostic et déterminera le traitement médical, conseillera la personne représentant l'auteur des directives et, le cas échéant, en appellera à l'autorité de protection de l'adulte (art. 373). Le consentement à lui seul ne légitime pas encore l'atteinte. Celle-ci doit en plus être indiquée sur le plan médical. Le médecin qui propose l'intervention répond également de l'indication de celle-ci.

Si les directives ne respectent pas la forme prescrite, elles ne doivent pas pour autant être ignorées sur le plan juridique. Lorsque, par exemple, des dispositions ont été prises oralement, elles ne valent pas consentement ou refus anticipé de traitement. Mais en tant qu'expression de la volonté présumée de la personne incapable de discernement, elles peuvent jouer un rôle dans la décision que le représentant de cette personne (art. 378, al. 3) est appelé à prendre.

Il appartient à l'auteur de directives anticipées de s'assurer que les destinataires en aient connaissance le moment venu. Il peut, par exemple, les déposer chez son médecin traitant, les garder sur lui, les confier à la personne qu'il a désignée pour le représenter ou à une personne de confiance. Il peut en outre faire inscrire sur sa carte d'assuré le lieu où il les a déposées (al. 2, 1^{re} phrase). Cette solution, qui donne suite à une demande exprimée lors de la procédure de consultation, garantit leur prise de connaissance par le médecin (cf. art. 372, al. 1). L'étendue des données pouvant être enregistrées sur la carte d'assuré, l'accès à ces données, leur gestion et leur suppression seront réglées dans une ordonnance du Conseil fédéral (al. 2, 2^e phrase).

Selon l'al. 3, la révocation des directives anticipées est régie par l'application analogique de la disposition prévue pour le mandat pour cause d'incapacité (art. 362).

L'on ne saurait exiger du médecin qui traite un patient incapable de discernement qu'il entreprenne toutes sortes de démarches pour savoir si celui-ci a rédigé des directives anticipées ou pas. Il incombe donc au patient de prendre lui-même les mesures pour que les destinataires en aient connaissance le moment venu. L'une d'elles est de faire inscrire le lieu de leur dépôt sur sa carte d'assuré (cf. art. 371, al. 2, 1^{re} phrase). Par contre, le médecin traitant a l'obligation de contrôler la carte d'assuré du patient (al. 1), au cas où celui-ci y aurait fait inscrire qu'il a constitué des directives anticipées (al. 1, 1^{re} phrase) et le lieu où il les a déposées (art. 371, al. 2, 1^{re} phrase).

La force obligatoire des directives anticipées qui ne se limitent pas à désigner une personne habilitée à représenter l'auteur des directives est controversée. Selon la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, les souhaits précédemment exprimés doivent seulement être «pris en compte» (art. 9). Cette disposition entend mettre en évidence le fait qu'il ne faut pas donner suite purement et simplement aux souhaits qui ont été formulés. Le médecin doit toujours s'assurer que les vœux du patient s'appliquent à la situation présente et sont toujours valables, compte tenu notamment de l'évolution de la médecine¹⁷.

Les Principes médico-éthiques du 24 novembre 2005 de l'Académie Suisse des Sciences Médicales sur le droit des patientes et patients à l'autodétermination se fondent sur le même principe. Les directives anticipées constitueraient des dispositions préalables en vue d'une situation existentielle difficilement prévisible. On ne peut donc pas les comparer, ni d'un point de vue juridique ni d'un point de vue éthique, à une déclaration du patient capable de discernement faite le moment venu. Les consentements exprimés antérieurement ne doivent pas être assortis d'exigences moins importantes que les consentements donnés dans la situation même. On ne peut parler en principe de consentement valable que lorsque le patient a reçu une information suffisante. Or les directives anticipées ne répondent souvent pas à ce critère.

Toutefois, comme le Conseil national allemand d'éthique¹⁸, le présent projet va plus loin, en ce sens qu'il oblige le médecin traitant à respecter des directives anticipées (al. 2). La volonté exprimée de manière suffisamment claire dans les directives anticipées vaut consentement ou refus du traitement. Il n'est pas nécessaire de requérir le consentement du représentant légal de la personne incapable de discernement. Lorsqu'une personne a rédigé des directives anticipées, il faut admettre qu'elle a reçu au préalable les informations nécessaires pour former sa volonté et qu'elle a renoncé à obtenir des renseignements complémentaires. Même le patient capable de discernement est en droit de ne pas vouloir d'informations et de laisser la décision au médecin traitant. En outre, l'être humain dispose d'une autonomie qui lui permet de prendre des décisions à caractère fondamental, par exemple pour s'assurer une fin de vie dans la dignité. Il se peut aussi qu'un patient ait déjà souffert d'une certaine maladie et que, par conséquent, il sache exactement de quel traitement il a besoin.

¹⁷ FF 2002 301

¹⁸ Patientenverfügung - Ein Instrument der Selbstbestimmung. Prise de position, Berlin 2005.

Par ailleurs, fixer des limites à l'obligation de respecter les directives anticipées¹⁹ est discutable d'un point de vue éthique, car une atteinte à l'intégrité corporelle de l'auteur des directives peut être comprise comme étant une atteinte à son identité personnelle et, dans ce cas, une personne doit pouvoir prendre une décision en fonction de ses principes moraux. Enfin, il faut savoir que si l'on limite la validité des directives anticipées, l'autodétermination fera place à la dépendance d'autrui. En effet, le risque est grand que les tiers prennent des décisions en fonction de leurs convictions et de leur propre sens des valeurs, qu'ils sont en mesure d'imposer puisque la personne concernée n'a plus la possibilité de s'y opposer.

Selon le présent projet, il ne peut être dérogé à des directives anticipées que dans trois cas (al. 2). Premièrement, si elles ne respectent pas des prescriptions légales (par ex., le patient demande l'euthanasie active directe, c'est-à-dire que l'on mette fin à sa vie). Deuxièmement, lorsqu'il y a des doutes fondés qu'elles soient l'expression de la libre volonté du patient. Les doutes doivent être basés sur des éléments concrets. Troisièmement, il peut être dérogé aux directives lorsqu'il existe des doutes fondés qu'elles correspondent encore à la volonté présumée du patient dans la situation donnée. Dans ce cas également, il faut des éléments concrets. Ainsi, les directives ne sauraient être remises en question chaque fois qu'elles prévoient une solution jugée inadéquate par le médecin ou le personnel soignant. Par contre, on peut admettre que les doutes sont fondés, par exemple, si l'auteur des directives, établies depuis longtemps, a exprimé plus tard une autre opinion ou si, au moment de la rédaction des directives, l'évolution de la science médicale – par exemple l'apparition de nouveaux médicaments ayant moins d'effets indésirables – était imprévisible.

Si les doutes sont fondés, les directives anticipées ne déploient pas d'effet. Il faut alors considérer la volonté présumée du patient, étant donné que, depuis le moment où il a rédigé ses directives, il est devenu incapable de discernement.

Si le médecin déroge aux directives médicales du patient, il doit en consigner les raisons dans le dossier médical du patient (al. 3). Ces données serviront à fonder un éventuel recours contre la décision du médecin de ne pas respecter les directives anticipées du patient (cf. art. 373, al. 1, ch. 1).

Dans les cas d'urgence (art. 379) et de traitement d'un trouble psychique dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance (art. 433 et 435), les directives anticipées ont, de par la loi, une portée limitée.

Art. 373 Intervention de l'autorité de protection de l'adulte

Tout proche du patient peut, en tout temps, en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte pour les motifs énumérés de manière exhaustive dans la disposition (al. 1, ch. 1 à 3). Sont également des proches, ici, le médecin traitant ou le personnel soignant.

Pour le surplus, l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte est régie par l'application par analogie de l'art. 368 relatif au mandat pour cause d'incapacité (al. 2).

¹⁹ Pour plus d'informations à ce sujet, voir la prise de position du Conseil national allemand d'éthique, op. cit., p. 18 s.

2.1.3

De la représentation par le conjoint ou par le partenaire enregistré

Art. 374 Conditions et étendue du pouvoir de représentation

Le pouvoir légal de représentation a pour but de garantir la satisfaction des principaux besoins personnels et matériels d'une personne incapable de discernement sans l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte (cf. ch. 1.3.2). Ce pouvoir est une extension du droit de représentation accordé au conjoint par l'art. 166 CC et au partenaire enregistré par l'art. 15 LPart²⁰. L'institution de ce pouvoir permet d'éviter le recours systématique à l'autorité de protection lorsqu'une personne devient incapable de discernement. Toutefois, en cas d'incapacité de discernement durable d'une personne, il faut en principe lui nommer un curateur, qui peut être le conjoint ou le partenaire enregistré de la personne concernée, pour autant qu'il remplisse les conditions légales (art. 390 et 400).

Le mariage ou un partenariat enregistré, à lui seul, ne suffit toutefois pas à fonder le pouvoir légal, pour la personne capable de discernement, de représenter son époux ou son partenaire incapable de discernement. Il faut au surplus que les deux personnes fassent ménage commun ou que l'une fournisse à l'autre une assistance personnelle régulière. L'exigence de la réalisation de l'une de ces deux conditions a pour but de prouver l'existence d'une relation réelle. Dans la réalité, il arrive souvent que ces deux conditions soient remplies. Mais il n'est pas rare que seule la condition relative à l'assistance soit réalisée. C'est le cas notamment lorsque le conjoint ou le partenaire fournit cette assistance à son conjoint ou à son partenaire incapable de discernement résidant dans une institution médico-sociale ou dans un home. Par ailleurs, le pouvoir de représentation légal n'existe que si la personne incapable de discernement n'a pas constitué de mandat pour cause d'inaptitude et n'est pas placée sous une curatelle impliquant un droit de représentation.

Le pouvoir légal de représentation est limité aux actes juridiques nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne concernée (al. 2, ch. 1) ainsi qu'à l'administration ordinaire de ses revenus et autres biens (al. 2, ch. 2). Pour différencier l'administration ordinaire de l'administration extraordinaire, il faut se référer à la doctrine et à la jurisprudence relatives aux art. 227 et 228 CC concernant le régime matrimonial de la communauté de biens. Si nécessaire, le conjoint ou le partenaire est habilité à ouvrir le courrier et à y répondre. Le terme de «poste» comprend aussi le courrier électronique, par exemple les courriels (cf. art. 13, al. 1, Cst.). «Si nécessaire» signifie que le représentant ne peut pas ouvrir le courrier du seul fait que son conjoint ou son partenaire est devenu incapable de discernement; il ne peut le faire que s'il est en droit de penser, de bonne foi, qu'une enveloppe contient une facture ou que la politesse exige de répondre à une lettre ou à un courriel sans trop attendre.

Si des tiers doutent de l'existence du pouvoir légal de représentation d'une personne, ils peuvent s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte, qui statuera sur ce pouvoir. Le cas échéant, elle remettra au représentant un document qui décrit ses compétences (art. 376, al. 1) et qui lui permettra de justifier son pouvoir.

²⁰ RS 211.231

Art. 375 Exercice du pouvoir de représentation

Les dispositions du code des obligations sur le mandat sont applicables par analogie à l'exercice du pouvoir de représentation. La même solution est prévue pour le régime matrimonial (art. 195 CC), pour les biens des enfants (art. 327, al. 1, CC) et pour le mandat pour cause d'incapacité (art. 365). Le renvoi aux dispositions du code des obligations sur le mandat englobe en particulier l'art. 398, al. 3, CO, qui prévoit que le mandataire est tenu d'exécuter le mandat personnellement. Ainsi, si un époux ou un partenaire enregistré est empêché de représenter son conjoint ou son partenaire pour une longue durée, il convient d'instituer une curatelle et de confier les tâches dévolues au conjoint et au partenaire à un autre membre de la famille ou à un tiers. S'agissant de la responsabilité du conjoint et du partenaire enregistré, l'art. 456 renvoie également aux dispositions du code des obligations sur le mandat (art. 398 CO).

Art. 376 Intervention de l'autorité de protection de l'adulte

Il n'est pas exclu que des proches ou des tiers contestent la réalisation des conditions du pouvoir de représentation du conjoint ou son étendue. Ces litiges doivent être tranchés par l'autorité de protection de l'adulte (al. 1).

Par ailleurs, lorsque les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être, l'autorité de protection de l'adulte doit pouvoir retirer, en tout ou en partie, le pouvoir de représentation au conjoint ou au partenaire enregistré (al. 2). Le juge appelé à ordonner une mesure de protection de l'union conjugale lorsqu'un époux excède son droit de représenter l'union conjugale ou se montre incapable de l'exercer a les mêmes possibilités d'intervention (art. 174 CC). Le retrait du pouvoir de représentation ne doit se faire de manière formelle que si l'autorité de protection de l'adulte n'institue pas de curatelle. En effet, l'attribution des compétences prévues à l'art. 374, al. 2, à un curateur (art. 389 s.) fait cesser automatiquement le pouvoir légal de représentation (art. 374, al. 1). Le conjoint ou le partenaire enregistré peut toutefois s'opposer à l'institution d'une curatelle en interjetant un recours (art. 450 ss).

2.1.4 De la représentation dans le domaine médical

Art. 377 et 378 Plan de traitement et représentants

Les art. 377 et 378 déterminent qui peut représenter une personne incapable de discernement dans le domaine médical et règlent la manière de procéder (cf. ch. 1.3.2). Selon l'art. 6 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, qui devrait être ratifiée par la Suisse, il est interdit de n'accorder aux proches que le droit d'être entendu et, exception faite des cas d'urgence, de laisser ainsi aux médecins ou à leurs auxiliaires le soin de décider pour leurs patients, comme le prévoient certaines lois cantonales.

Conformément au souhait exprimé par le milieu médical lors de la procédure de consultation, l'art. 377 prévoit expressément que la responsabilité du traitement incombe au médecin et qu'il doit établir un plan de traitement avec la personne habilitée à représenter le patient incapable de discernement dans le domaine médical, qui sera adapté en fonction de l'évolution de la situation (al. 1 et 4). Dans la

mesure du possible, la personne incapable de discernement doit être associée au processus de décision (al. 3). Pour éviter un formalisme inutile, le projet de loi n'oblige pas le médecin à établir le plan par écrit.

A défaut d'avoir des renseignements suffisants, les personnes habilitées à représenter la personne incapable de discernement ne sont pas en mesure d'accepter ou de refuser valablement les traitements médicaux proposés. L'art. 377, al. 2, fixe dès lors, de manière non exhaustive, les points les plus importants sur lesquels elles doivent être renseignées.

L'art. 378, al. 1, énumère les personnes habilitées à représenter la personne incapable de discernement qui ne s'est pas déterminée dans des directives anticipées et il fixe l'ordre dans lequel elles entrent en ligne de compte (art. 377, al. 1). Cette solution devrait garantir la sécurité du droit et faciliter les décisions de l'autorité. L'avant-projet envoyé en consultation prévoyait que, s'agissant des descendants, des père et mère, ainsi que des frères et soeurs de la personne incapable de discernement, le critère déterminant pour accorder le pouvoir de représentation était le lien le plus étroit découlant de la vie commune ou de la fourniture d'une assistance personnelle régulière. Il est toutefois difficile pour un médecin d'établir l'existence d'un tel lien.

Si plusieurs personnes sont habilitées à représenter en même temps une personne incapable de discernement, elles doivent prendre leurs décisions en commun. Le médecin peut toutefois, de bonne foi, partir de l'idée que chacune d'elles agit avec l'accord des autres (art. 378, al. 2). Cette réglementation est calquée sur l'art. 304, al. 2, CC relatif à la représentation parentale, qui a fait ses preuves.

La volonté exprimée par la personne concernée est décisive pour déterminer la personne habilitée à la représenter. Ainsi, le pouvoir de représentation dans le domaine des traitements médicaux revient tout d'abord à la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'incapacité si le mandat le prévoit expressément et, enfin, au curateur, si l'autorité de protection de l'adulte lui accorde le pouvoir de représentation dans le domaine médical (art. 378, al. 1, ch. 1 et 2).

S'agissant des proches (art. 378, al. 1, ch. 3 à 7), le pouvoir de représentation suppose – comme le pouvoir de représentation du conjoint ou du partenaire enregistré (art. 374, al. 1) – que le représentant fasse ménage commun avec la personne incapable de discernement ou qu'il lui fournisse une assistance personnelle régulière.

L'art. 378, al. 1, ch. 4, ne confère pas le pouvoir de représentation uniquement au concubin de la personne incapable de discernement, mais à toute personne vivant en ménage commun avec elle, comme, par exemple, dans le cas de deux amies. L'exigence de l'assistance personnelle régulière, qui est une condition qui s'ajoute à celle du ménage commun, vise à distinguer les communautés de vie des simples communautés d'habitation.

La décision du représentant quant aux soins n'est soumise à aucune forme. Elle peut dès lors résulter d'actes concluants. Des lois spéciales peuvent toutefois prévoir des conditions de forme pour certains actes médicaux. En l'absence de directives anticipées du patient, le représentant doit décider, selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, conformément à la volonté présumée et aux intérêts objectifs de la personne incapable de discernement (art. 378, al. 3).

Art. 379 Cas d'urgence

Lorsque des soins doivent être administrés en urgence et que la personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement ne peut, de ce fait, être informée ni donner le consentement nécessaire, le médecin a le droit d'agir et d'ordonner les mesures médicales nécessaires. Cette réglementation correspond à l'art. 8 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. Par «cas d'urgence», il ne faut pas entendre uniquement les cas où des soins médicaux doivent être administrés d'urgence, mais également ceux, par exemple, où l'autorité de protection de l'adulte doit désigner le représentant de la personne incapable de discernement et que les soins ne peuvent pas être différés jusqu'à la décision de l'autorité.

Art. 380 Traitement d'un trouble psychique

Selon l'art. 378, al. 1, le représentant de la personne incapable de discernement peut également consentir à l'hospitalisation de cette dernière. Toutefois, s'il s'agit de l'hospitaliser dans un établissement psychiatrique pour y traiter un trouble psychique, ce sont les dispositions sur le placement à des fins d'assistance qui s'appliquent (art. 426 ss). Cette solution a pour but de protéger la personne concernée contre son placement par ses proches dans un hôpital psychiatrique. En effet, il y a lieu de garantir la même procédure, que la personne concernée s'oppose ou non au placement, afin d'éviter des cas limites délicats. En outre, les hôpitaux qui accueillent des personnes incapables de discernement ne seront pas soumis à des réglementations juridiques différentes. Si la personne concernée ne consent pas elle-même aux soins médicaux, le traitement sera effectué conformément aux art. 433 ss.

Art. 381 Intervention de l'autorité de protection de l'adulte

Si l'autorité de protection de l'adulte est appelée à intervenir dans la désignation du représentant dans le domaine médical, elle jouit d'un pouvoir d'appréciation relativement large. Ainsi, elle peut nommer représentant la personne qu'elle considère la plus apte à cette tâche, sans être liée à l'ordre prévu par l'art. 378, al. 1. Elle peut également instituer une curatelle de représentation, qui fait cesser, de par la loi, le pouvoir de représentation des proches. Ces derniers peuvent recourir contre l'institution de la curatelle (art. 450 ss).

2.1.5 De la personne résidant dans une institution médico-sociale ou dans un home

Art. 382 Contrat d'assistance

Lorsqu'une personne est admise dans une institution médico-sociale ou dans un home, il importe que les prestations et les contre-prestations soient clairement déterminées à l'avance. Si le futur résident dispose de l'exercice des droits civils, il lui appartient de définir lui-même les éléments essentiels du contrat passé avec l'institution ou le home. La situation est plus délicate pour la personne incapable de discernement dont les intérêts doivent être sauvegardés par autrui. Dans ce cas, une protection spéciale est nécessaire. Le présent projet prévoit dès lors que si une personne incapable de discernement doit séjourner pour une durée prolongée – et

non seulement provisoirement, par exemple pour la durée d'une convalescence – dans une institution médico-sociale ou dans un home, l'assistance qui lui sera apportée doit faire l'objet d'un contrat écrit qui établit les prestations à fournir par l'institution et leur coût (al. 1). La transparence est nécessaire pour les proches et l'autorité de surveillance (art. 441). Ils doivent pouvoir savoir, par exemple, si les personnes participent à des animations ou si elles font des promenades. Par contre, les prestations médicales ne sont pas comprises dans le contrat d'assistance.

La forme écrite, prévue pour des raisons de transparence, doit en outre prévenir les risques d'abus. Elle n'est toutefois pas une condition de validité du contrat, mais un moyen de preuve.

Les vœux de la personne concernée doivent, dans la mesure du possible, être pris en considération lors de la détermination des prestations à fournir par l'institution (al. 2). Ces désirs peuvent se rapporter à l'aménagement du lieu de vie, aux soins corporels, à l'accompagnement en fin de vie ou à d'autres domaines encore. La personne concernée peut avoir exprimé ses vœux de manière anticipée, c'est-à-dire avant de devenir incapable de discernement.

La question de la représentation est relativement délicate si l'on veut éviter l'institution systématique d'une curatelle. La solution consistant à attribuer la compétence au seul conjoint ou au seul partenaire enregistré, comme prévu à l'art. 374, ne résout pas le problème, car la population résidente des institutions est composée d'un grand nombre de personnes veuves ou célibataires. C'est pourquoi l'al. 3 prévoit l'application par analogie des dispositions sur la représentation dans le domaine médical (art. 378), ce qui garantit une réglementation unitaire quant à la représentation dans ces deux domaines. Ce n'est que s'il n'existe aucune personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement ou lorsqu'aucune personne habilitée n'accepte de la représenter que l'autorité de protection de l'adulte institue une curatelle.

Le représentant n'est pas partie au contrat et son patrimoine n'est donc pas touché par les engagements, qui n'impliquent que le représenté.

L'al. 3 ne donne pas au représentant la compétence de placer une personne incapable de discernement contre son gré dans une institution médico-sociale ou dans un home. Dans un tel cas, il faut recourir au placement à des fins d'assistance selon les art. 426 ss. Toutefois, l'al. 3 s'applique lorsqu'une personne capable de discernement entre dans une institution médico-sociale ou dans un home de son plein gré, mais qu'elle n'a pas les capacités intellectuelles suffisantes pour conclure le contrat d'assistance.

Art. 383 Mesures limitant la liberté de mouvement. Conditions

Composante de la liberté personnelle, la liberté de mouvement est garantie par les art. 10, al. 2, et 31 Cst., 5 CEDH et 28 CC. Ce droit n'a toutefois pas un caractère absolu. Une personne incapable de discernement doit, à certaines conditions, pouvoir être entravée dans sa liberté de mouvement. Sont visées notamment les personnes passant les dernières années de leur vie dans une institution médico-sociale ou dans un home, qui ne peuvent plus s'orienter et se mettent ainsi en danger.

Seule une petite minorité de cantons ont créé les bases légales permettant de limiter la liberté de mouvement. C'est pourquoi l'adoption d'une base légale uniforme pour toute la Suisse a été saluée en procédure de consultation.

La Cour européenne des Droits de l'Homme fait une distinction – selon que la mesure est plus ou moins restrictive – entre la privation de liberté, qui tombe sous le coup de l'art. 5 CEDH, et la restriction de liberté²¹. De l'avis du Conseil fédéral, la soumission de toute mesure limitant la liberté de mouvement à l'exigence d'une procédure formelle de placement à des fins d'assistance – comme quelques participants à la procédure de consultation l'ont demandée – n'est pas justifiée. En outre, elle entraînerait un surcroît de travail important pour les autorités, en améliorant que peu la situation des personnes concernées. Aussi, la préférence a-t-elle été donnée à une procédure spécifique constituée notamment de l'exigence de l'établissement d'un protocole et d'une information (art. 384) ainsi que d'un moyen de recours (art. 385), qui garantissent la transparence souhaitable tant pour les proches que pour l'autorité de surveillance.

La notion de limitation de la liberté de mouvement doit être comprise dans un sens large. Ainsi, elle recouvre aussi bien la surveillance électronique, la fermeture des portes et les entraves telles que des liens ou des barrières visant à éviter les chutes. Par contre, la sédation d'une personne incapable de discernement au moyen de médicaments ne tombe pas sous le coup de cette disposition; elle est soumise aux règles prévues pour le traitement médical (art. 377 ss ou 433 ss).

Conformément au principe de la proportionnalité, la liberté de mouvement ne peut être limitée que si des mesures moins rigoureuses ont échoué ou apparaissent a priori insuffisantes. En outre, la limitation doit servir à prévenir un grave danger pour la vie ou l'intégrité corporelle de la personne incapable de discernement ou pour la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui ou à empêcher une grave perturbation de la vie communautaire (al. 1). Dans ce dernier cas, l'élément déterminant est le degré de compréhension et de tolérance qui peut être exigé des autres résidents. Il convient toutefois de relever qu'un encadrement adéquat fourni par le personnel soignant permet d'éviter des perturbations intolérables de la vie communautaire. Les différents aspects du principe de la proportionnalité méritent en ce domaine une attention particulière, des mesures de contention ne pouvant être justifiées en principe par le seul souci de réduire l'effectif du personnel.

Sous réserve d'un cas d'urgence, la personne concernée doit, avant la mise en place d'une mesure limitant la liberté de mouvement, être informée du déroulement de la mesure, de ses raisons, de sa durée probable, ainsi que du nom de la personne qui prendra soin d'elle durant cette période (al. 2). Le personnel soignant est amené ainsi à étudier avec soin chaque cas et à ne pas prendre une décision trop hâtive. D'autre part, l'information doit réduire le stress et les frustrations de la personne concernée. L'incapacité de discernement d'une personne ne l'empêche pas nécessairement de saisir les raisons de la mesure et de se faire une idée de sa durée probable ni d'identifier la personne qui prendra soin d'elle durant cette période.

Il appartient à l'institution de déterminer dans un règlement interne les personnes autorisées à ordonner une mesure limitant la liberté de mouvement. Elle peut en attribuer la compétence au directeur, mais également à un chef de service.

La durée de la mesure est fixée en fonction du cas particulier. Mais la justification de la mesure doit être reconsidérée à intervalles réguliers (al. 3).

²¹ Cf. jugement du 6 novembre 1980 dans l'affaire Guzzardi c. Italie.

Art. 384 Protocole et devoir d'information

Une protection efficace contre les abus ne peut être assurée que si les mesures limitant la liberté de mouvement font l'objet d'un protocole et que si la personne habilitée à représenter la personne concernée dans le domaine médical est avisée de la mesure. Cette personne est connue de l'institution, car c'est à elle qu'il appartient de conclure le contrat d'assistance pour la personne incapable de discernement (art. 382).

Le protocole doit mentionner notamment le nom de la personne ayant pris la décision, le type de mesure, sa durée et son but (al. 1). Ces données correspondent à ce que prévoient les recommandations de bonne pratique. Le protocole est protégé par le droit fédéral ou le droit cantonal de la protection des données. Il reste dans les mains de l'institution.

La personne habilitée à représenter la personne concernée dans le domaine médical doit être avisée de la mesure limitant la liberté de mouvement; elle peut prendre connaissance du protocole en tout temps (al. 2). Il ne lui serait sinon pas possible d'exercer un contrôle sur ce que fait l'institution et d'interjeter éventuellement un recours auprès de l'autorité de protection de l'adulte. Une information systématique de cette autorité serait par contre une mesure disproportionnée. Lorsqu'une personne n'a pas de proches, l'institution doit selon l'art, 386, al. 2, en aviser l'autorité de protection de l'adulte, qui devra instituer une curatelle.

Art. 385 Intervention de l'autorité de protection de l'adulte

Toute mesure limitant la liberté de mouvement doit pouvoir être contestée auprès de l'autorité de protection de l'adulte (al. 1). L'exigence de la forme écrite est prévue pour des raisons de sécurité du droit. Par contre, l'octroi d'un délai ne se justifie pas, étant donné que la mesure n'est pas prise dans le cadre d'une procédure formelle et qu'elle n'est pas communiquée par écrit à la personne concernée. Sont habilités à recourir la personne qui subit la mesure limitant la liberté de mouvement et tout proche (al. 1). Dans la plupart des cas, le recours sera interjeté par un proche, puisque la personne qui subit la mesure est incapable de discernement. Mais si celle-ci est en mesure de communiquer par écrit qu'elle conteste la mesure, sa capacité d'ester en justice est reconnue. Le cercle des personnes habilitées à recourir est ainsi identique à celui prévu par l'art. 438 pour le placement à des fins d'assistance.

Si l'autorité de protection de l'adulte constate que la mesure n'est pas conforme à la loi, elle peut la modifier, la lever ou ordonner une mesure relevant de sa compétence (al. 2, 1^{re} phrase). Si nécessaire, elle en informe l'autorité de surveillance de l'institution concernée (al. 2, 2^e phrase); elle devrait le faire, par exemple, lorsqu'elle constate des violations graves ou répétées des dispositions légales.

Toute requête sollicitant une décision de l'autorité de protection doit lui être transmise immédiatement (al. 3). La personne incapable de discernement dépend en effet étroitement du souci que ses proches manifestent d'assurer au mieux la sauvegarde de ses intérêts.

Art. 386 Protection de la personnalité

S'inspirant du droit du contrat de travail (art. 328, al. 1, CO), l'al. 1 oblige l'institution à protéger la personnalité de la personne incapable de discernement et à favoriser autant que possible les relations avec des personnes de l'extérieur. Ainsi,

l'institution doit s'assurer du bien-être quotidien des résidents, en tenant compte de leurs besoins particuliers, et faire tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer leur solitude et soulager toute forme de souffrance physique ou psychique.

Si les personnes habilitées à représenter la personne incapable de discernement assument consciencieusement leurs tâches, les résidents devraient pouvoir compter sur un certain appui venant de l'extérieur. Pour ceux qui ne l'ont pas, l'al. 2 prévoit que l'institution doit en aviser l'autorité de protection de l'adulte afin qu'elle institue une curatelle.

L'al. 3 garantit un autre élément de la liberté personnelle, celui du libre choix du médecin. Il est en effet important qu'une personne puisse conserver le médecin avec lequel elle a développé un rapport de confiance depuis des années. L'institution ne peut déroger à ce principe que si des circonstances spéciales le justifient, par exemple l'éloignement géographique ou l'impossibilité pour le médecin choisi de se rendre à l'institution en cas d'urgence.

Art. 387 Surveillance des institutions

L'exigence selon laquelle les cantons doivent soumettre à la surveillance les institutions qui accueillent des personnes incapables de discernement (al. 1) découle de la nécessité de protéger ces personnes. Actuellement déjà, les cantons doivent exercer la surveillance sur les institutions qui accueillent des mineurs, en vertu de l'ordonnance fédérale du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants²², qui est basée sur l'art. 316 CC. Mais, contrairement à ce que prévoit cette ordonnance, se sont les cantons qui règlent les détails, notamment la forme de la surveillance, la fréquence des contrôles et les sanctions en cas de violation.

La réserve faite en faveur de la surveillance garantie par d'autres réglementations fédérales vise à éviter les cas de concours, notamment avec la surveillance sur les institutions qui bénéficient de l'aide de l'assurance-invalidité. Le traitement de données personnelles est soumis en outre à la surveillance des autorités de protection des données.

2.2 Des mesures prises par l'autorité

2.2.1 Des principes généraux

Art. 388 But

L'objectif premier du droit de la tutelle a toujours été le bien du pupille. Le nouveau droit de la protection de l'adulte poursuit le même but. Ainsi, les mesures prises par l'autorité doivent garantir «l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide» (al. 1).

Le droit de la protection de l'adulte doit trouver un équilibre entre liberté et prise en charge. Si le droit à l'autonomie demeure l'expression fondamentale de la dignité de la personne, il est des circonstances dans lesquelles l'autorité de protection de l'adulte est obligée, pour le bien de la personne qui a besoin d'aide, de remettre certaines décisions entre les mains de tiers. Les mesures prises par l'autorité doivent

cependant favoriser autant que possible l'autonomie de la personne concernée (al. 2).

Art. 389 Subsidiarité et proportionnalité

Le principe de la subsidiarité, qui a fait ses preuves, doit être inscrit dans les dispositions sur la protection de l'adulte (al. 1), comme il l'est dans la législation relative à la protection de l'enfant (art. 307 à 311 et art. 324 s. CC). L'appui doit être fourni d'abord par la famille et d'autres proches et ensuite par les services publics ou privés compétents. L'autorité ne peut prendre des mesures que si l'aide dont nécessite la personne concernée ne peut être procurée par le cercle de ces personnes (al. 1, ch. 1). La simple éventualité qu'une aide d'un autre genre puisse être accordée dans un avenir lointain ne doit en revanche pas dissuader l'autorité de protection de l'adulte de prendre les mesures qu'elle juge nécessaires.

Les personnes incapables de discernement ont toujours besoin d'aide. Le mandat pour cause d'incapacité et le pouvoir légal de représentation priment les mesures de protection de l'adulte (al. 1, ch. 2).

Au vu de son importance dans le domaine de la protection de l'adulte, le principe de la proportionnalité, ancré dans l'art. 5, al. 2, Cst., est repris à l'al. 2 et concrétisé dans les normes qui régissent l'institution de mesures par l'autorité (cf. art. 390 à 392 et 426). Une mesure de protection qui n'est ni nécessaire ni appropriée ne peut jamais être raisonnable; il n'y a dès lors pas lieu de prévoir expressément ce dernier élément, bien qu'il soit souvent considéré comme une condition de la proportionnalité.

2.2.2 Des curatelles

Art. 390 Conditions

L'al. 1, ch. 1, définit les conditions subjectives de l'institution d'une curatelle. La faiblesse à elle seule ne suffit pas. Il faut encore que la personne soit, de ce fait empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts ou de désigner un représentant pour gérer ses affaires.

Par *déficiences mentales*, on entend les déficiences de l'intelligence, congénitales ou acquises, de degrés divers. Dans le droit actuel (art. 369, al. 1, CC), cette condition est appelée «faiblesse d'esprit». Le terme stigmatisant de «maladie mentale» a été remplacé par l'expression «trouble psychique», qui englobe toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie, à savoir les psychoses et les psychopathies ayant des causes physiques ou non ou encore les démences, notamment la démence sénile. A la différence du droit actuel, qui mentionne l'«ivrognerie» (art. 370 CC), le présent projet ne mentionne pas spécialement les dépendances telles que la toxicomanie, l'alcoolisme ou la pharmacodépendance, car il est aujourd'hui reconnu qu'elles relèvent du trouble psychique. La formulation large «autre état de faiblesse affectant sa condition personnelle» permet de protéger plus particulièrement les personnes âgées souffrant de déficiences similaires à celles qui affectent les personnes ayant un handicap mental ou des troubles psychiques. La disposition peut aussi s'appliquer aux cas extrêmes d'inexpérience ou de mauvaise gestion, ainsi qu'aux

cas rares de handicaps physiques, comme de paralysie grave ou de cécité doublée d'une surdité.

L'al. 1, ch. 2, remplace le ch. 1 de l'actuel art. 392 CC et contient la base légale pour l'institution d'une curatelle pour cause d'absence ou d'incapacité passagère de discernement d'une personne majeure. L'expression «affaire urgente» du droit actuel a été remplacée par «affaires qui doivent être réglées». Cette formulation englobe les affaires qui ne sont pas forcément urgentes, mais qui ne sauraient toutefois être reportées indéfiniment.

La charge et la protection des proches et des tiers ne justifient pas, à elles seules, l'institution d'une curatelle, mais l'autorité de protection de l'adulte doit en tenir compte (al. 2). La disposition exprime clairement que les exigences en ce qui concerne l'appui fourni par les proches à la personne ayant besoin d'aide (cf. art. 389, al. 1, ch.1) doivent rester dans des limites acceptables. L'actuel droit de la tutelle protège accessoirement aussi la famille et la sécurité des tiers (art. 369, 370 et 370a CC).

L'autorité de protection de l'adulte institue la curatelle d'office ou à la requête de la personne concernée ou d'un proche (al. 3).

Art. 391 Tâches

L'art. 391 exprime clairement que la curatelle est une «mesure sur mesure». L'autorité de protection de l'adulte fixe dans chaque cas d'espèce les tâches à exécuter par le curateur en fonction des besoins de la personne concernée (cf. ch. 1.3.4). Il s'agit là d'un principe fondamental du nouveau droit. L'autorité de protection de l'adulte ne doit toutefois pas énumérer toutes les tâches à exécuter dans le cadre de la curatelle; elle peut se limiter à indiquer un ou plusieurs domaines. Une énumération détaillée entraînerait en effet une charge administrative excessive et limiterait trop l'autonomie du curateur. Le nombre de tâches d'un curateur et leur ampleur peuvent être très différentes suivant les cas, dans la mesure où il peut être appelé à effectuer des tâches uniques et durables ou un ensemble de tâches, comme l'assistance personnelle ou la représentation auprès des autorités et des assurances.

La personnalisation de la mesure s'opère de deux manières. Premièrement, par le choix du type de curatelle, qui peut être d'accompagnement, de représentation, de coopération ou de portée générale. Deuxièmement, par le choix des domaines qui font l'objet de la curatelle; ainsi, par exemple, une curatelle de gestion peut suffire s'agissant du salaire, alors qu'une curatelle de coopération s'impose pour les donations. Les autorités de protection de l'adulte devront donc décrire de manière claire et compréhensible les domaines d'activité du curateur. Avec le temps, les tâches seront probablement standardisées; l'autorité de protection de l'adulte ne sera cependant en aucun cas liée par un tel catalogue.

Le curateur peut être appelé à ouvrir le courrier de la personne sous curatelle ou à entrer dans son appartement, par exemple pour enlever les ordures ménagères. Il incombe à l'autorité de protection de l'adulte de l'y autoriser expressément. Cette solution tient compte du fait que la sphère privée, en particulier le respect de la correspondance et des communications, est un droit fondamental garanti par la Constitution (art. 13, al. 1, Cst.) et que toute restriction d'un droit fondamental doit, selon l'art. 36 Cst., être fondée sur une base légale expresse.

La curatelle de portée générale ne nécessite aucune description des tâches puisque son contenu est fixé de par la loi (art. 398, al. 2).

Art. 392 Renonciation à une curatelle

Selon l'actuel art. 393 CC, l'autorité tutélaire est tenue de pourvoir elle-même à la gestion des biens dont le soin n'incombe à personne, exception faite des cinq cas énumérés aux ch. 1 à 5 où, là, elle doit instituer une curatelle. A l'avenir, l'autorité de protection de l'adulte aura la compétence d'agir directement dans tous les domaines et plus seulement lorsque des biens ne sont pas gérés. Dans la pratique, l'action directe de l'autorité de protection de l'adulte répond en effet à un besoin réel pour les cas peu complexes, qui ne demandent pas un investissement important en temps. Si, dans ce type de cas, l'autorité estime que l'institution d'une curatelle serait une mesure manifestement disproportionnée, elle peut assumer elle-même ces tâches, notamment consentir à un acte juridique (ch. 1), sans instituer une curatelle de coopération.

Lorsqu'il s'agit d'une seule tâche, l'autorité de protection de l'adulte peut en confier l'exécution à un tiers, soit à une personne physique, soit à une personne morale (ch. 2). L'exécution de cette tâche est un mandat au sens du code des obligations, qui se rapporte uniquement à une tâche déterminée. La condition selon laquelle l'institution d'une curatelle doit être «manifestement» disproportionnée (phrase introductive) a pour but de mettre un frein au pouvoir de l'autorité, afin d'éviter qu'elle prenne spontanément des mesures excessives sur la base de l'art. 392. Il n'est pas question d'écarter les curateurs en leur substituant des mandataires de droit privé.

En outre, l'autorité de protection de l'adulte peut, aux mêmes conditions, désigner une personne ou un office qualifiés qui auront un droit de regard et d'information dans certains domaines (ch. 3). Cette disposition s'inspire de l'art. 307, al. 3, CC concernant la protection de l'enfant. La personne ou l'office désignés peuvent, par exemple, se renseigner auprès de la caisse-maladie pour savoir si les primes ont été payées ou obtenir des renseignements de la banque, sans que la personne concernée ne les y ait autorisés expressément. Faut-il accorder un droit général de regard et d'information ou donner la compétence à l'autorité de délimiter ce droit? Selon le présent projet, l'autorité de protection de l'adulte doit limiter le droit de regard et d'information à certains domaines. Elle ne peut pas donner un droit en général. Ainsi, l'autorité devra préciser les domaines concernés dans sa décision. Cette mesure peut être utile notamment lorsqu'une curatelle prend fin formellement, mais qu'un certain contrôle apparaît encore nécessaire.

2.2.3 Types de curatelle

Art. 393 Curatelle d'accompagnement

La curatelle d'accompagnement, qui s'inspire de l'art. 394 CC, suppose que la personne concernée consente à son institution. C'est la forme de curatelle la moins contraignante; elle ne limite pas l'exercice des droits civils de la personne concernée. Elle n'entre en ligne de compte que pour les personnes disposées à collaborer et qui souhaitent l'aide et l'assistance d'autrui. Selon l'avant-projet soumis à consul-

tation, la curatelle d'accompagnement pouvait être ordonnée même sans le consentement de la personne concernée. Cette solution a été fortement critiquée. Certains ont demandé de renoncer à cette institution, d'autres ont exigé que la loi prévoie le consentement de la personne qui a besoin d'aide. Comme, actuellement, il est fréquemment fait usage de la possibilité de demander une curatelle volontaire (art. 394 CC), le présent projet maintient l'institution en prévoyant cependant l'exigence du consentement.

Art. 394 Curatelle de représentation. En général

Dans la curatelle de représentation, le curateur représente la personne sous curatelle dans le cadre des tâches qui lui sont confiées (art. 391). Ainsi, dans l'accomplissement de ses tâches, il agit au nom de la personne qui a besoin d'aide et ses actes produisent leurs effets pour celle-ci (al. 1). Tant que la personne sous curatelle est capable de discernement, la capacité de représentation du curateur ne peut pas s'étendre aux droits strictement personnels (art. 19c).

Le pouvoir de représentation du curateur peut être non exclusif ou exclusif. Dans la seconde hypothèse, la personne sous curatelle est limitée dans l'exercice de ses droits civils (al. 2). La décision de l'autorité de protection de l'adulte doit en faire mention. Il y a lieu de souligner que la personne concernée est liée par les actes du curateur même lorsque l'autorité de protection de l'adulte ne limite pas l'exercice de ses droits civils (al. 3). C'est d'ailleurs la solution prévue par les actuels art. 392 et 393 CC en cas de représentation ou de gestion de biens, mais, à la différence du nouveau droit, la curatelle instituée dans ces cas n'a aucune influence sur l'exercice des droits civils de la personne concernée (art. 417, al. 1, CC).

Bien que prenant expressément en considération l'éventualité d'actes concurrents (cf. art. 417 CC), le droit actuel de la tutelle ne régit pas les effets juridiques de ces actes. Le nouveau droit de la protection de l'adulte ne règle pas non plus cette question, qui est étroitement liée à la partie générale du code des obligations, car l'expérience a montré que cette solution ne pose pas de problèmes dans la pratique.

La personne privée de l'exercice des droits civils selon l'al. 2 n'a plus le droit de s'obliger et/ou de disposer dans les affaires confiées au curateur par l'autorité de protection de l'adulte. Par contre, si la personne est propriétaire d'un immeuble, l'autorité de protection de l'adulte peut lui retirer le droit de signer des contrats de bail, mais la personne concernée aura toujours le droit de disposer de l'immeuble. Une telle restriction du droit de s'obliger n'est toutefois judicieuse que si cette mesure paraît suffisante compte tenu de l'état de faiblesse spécifique de la personne à protéger.

Art. 395 Curatelle de représentation. Gestion du patrimoine

La gestion du patrimoine par le curateur n'est concevable que si le curateur a la compétence de représenter la personne placée sous curatelle. La curatelle réglée à l'art. 395 sous le titre «gestion du patrimoine» est dès lors une forme spéciale de curatelle de représentation. Afin de mettre en évidence ses aspects spécifiques, le projet lui consacre un article spécial.

Le terme patrimoine doit être compris au sens large. Il recouvre tant la fortune que le revenu (al. 1). A moins que l'autorité de protection de l'adulte n'en décide autre-

ment, les pouvoirs de gestion du curateur s'étendent à l'épargne constituée sur les revenus et au produit de la fortune gérée (al. 2).

Par gestion, il faut comprendre tout acte, notamment juridique, qui, de par sa nature, est apte à préserver le patrimoine ou à l'accroître ou à permettre d'atteindre le but auquel il est destiné. Le curateur chargé de la gestion peut contracter une obligation, disposer d'un bien, mais également engager un procès. Les art. 408 à 410 précisent les droits et les obligations du curateur.

Selon le droit actuel, la curatelle de gestion porte toujours sur l'ensemble du patrimoine de la personne à protéger (art. 393, ch. 2, CC). Le présent projet est plus souple. Il donne à l'autorité de protection de l'adulte la faculté de déterminer les biens sur lesquels portent les pouvoirs du curateur dans le cas d'espèce. Très souvent, la curatelle de gestion aura pour objet le salaire ou les rentes de la personne sous curatelle. Le curateur peut, avec effet libératoire, assurer la réception des prestations dues par des tiers (art. 408, al. 2, ch. 1). Lorsque la curatelle restreint la capacité civile de la personne sous curatelle en ce qui concerne la gestion de ses biens (art. 394, al. 2), le débiteur a, en règle générale, l'obligation de fournir sa prestation au curateur, à condition toutefois qu'il ait été informé de l'institution de la curatelle. Avant cette information, la mesure ne peut pas être opposée aux débiteurs de bonne foi (art. 452, al. 2). Selon le droit actuel, l'interdiction est le seul moyen d'obliger la personne concernée à accepter une mesure de gestion de salaire.

En principe, la curatelle de représentation est une mesure qui se caractérise par une double compétence. Elle ne limite en effet l'exercice des droits civils de la personne sous curatelle que si l'autorité de protection de l'adulte l'a décidé expressément (art. 394, al. 2). Il s'ensuit que le curateur et la personne sous curatelle ont en principe tous les deux la compétence, par exemple, de retirer de l'argent de la banque. Mais pour protéger la personne sous curatelle, il est nécessaire de pouvoir la priver de l'accès à certains de ses biens (al. 3). Cette mesure est cependant soumise à des restrictions: d'une part, elle ne prend pas effet automatiquement, mais uniquement sur décision de l'autorité de protection de l'adulte; d'autre part, elle ne touche que «certains éléments du patrimoine» – par exemple des fonds ou des comptes bancaires –, qui doivent être spécifiés dans la décision de l'autorité. La restriction elle-même est qualifiée de «privation de la faculté d'accéder» aux biens. Comme la personne sous curatelle n'est ici pas restreinte dans l'exercice de ses droits civils et qu'elle peut donc en principe disposer de son patrimoine, la mesure peut être assimilée à un blocage de compte. Elle n'aboutit cependant pas à la création d'un patrimoine séparé, puisque les biens auxquels la personne sous curatelle n'a plus accès n'échappent pas, de ce fait, à sa responsabilité pour les obligations contractées.

Le curateur informe les tiers de l'existence d'une curatelle lorsque l'exécution des tâches qui lui sont confiées l'exige (art. 413, al. 3). Si l'autorité de protection de l'adulte prive la personne concernée de la faculté de disposer d'un immeuble, elle fait annoter la mesure au registre foncier (al. 4). Il s'agit là d'une mesure de sûreté au sens de l'art. 178, al. 3, CC.

Art. 396 Curatelle de coopération

En droit actuel, il est possible de priver une personne de l'exercice d'une partie de ses droits civils en la pourvoyant d'un conseil légal, dont le concours est nécessaire pour tous les actes énumérés de façon exhaustive à l'art. 395, al. 1, ch. 1 à 9, CC. Cette solution ne laisse pas grand choix à l'autorité tutélaire: soit elle ordonne la

mesure, qui s'applique alors pour tous les neuf cas énumérés, soit elle y renonce. Le concours du conseil légal est nécessaire pour que l'acte qui y est soumis soit légalement valable. Concrètement, «concours» signifie donc approbation de l'acte en cause. C'est toutefois la personne sous conseil légal qui continue d'agir. Le consentement du conseil légal peut être exprès ou tacite. Il peut être donné au préalable, sous la forme d'une autorisation, ou après coup, sous la forme d'une approbation. Le conseil légal n'est pas un représentant légal. En effet, contrairement au représentant légal d'une personne mineure ou interdite, il ne peut pas agir à la place de la personne dont il s'occupe; celle-ci doit agir elle-même. La coopération n'est dès lors possible que si la personne placée sous curatelle est capable de discernement dans le domaine en question. Le curateur ne peut pas suppléer par ses propres actes le défaut de capacité de discernement de la personne sous curatelle.

La curatelle de coopération est très fortement inspirée du droit actuel. Elle s'en distingue cependant dans la mesure où elle n'est pas instituée dans des cas strictement définis, mais uniquement en fonction des besoins spécifiques de la personne à protéger (art. 391).

Les actes soumis au consentement du curateur («certains actes») doivent être spécifiés dans la décision de l'autorité de protection de l'adulte. Au cas où le curateur n'apporterait pas la coopération requise, les conséquences juridiques seraient déterminées par une application analogique des art. 19a, al. 2, et 19b, c'est-à-dire comme en cas de défaut de consentement du représentant légal. La curatelle de coopération ne peut pas porter sur les droits strictement personnels.

Art. 397 Combinaison de curatelles

Le système des «mesures sur mesure» exige qu'une personne puisse être soumise, en fonction de ses besoins et des domaines pour lesquels une assistance est nécessaire, à une combinaison de mesures d'accompagnement, de représentation et de coopération. La curatelle de portée générale est la seule qui ne peut pas être combinée avec une autre.

Art. 398 Curatelle de portée générale

La curatelle de portée générale remplace l'actuelle interdiction, qui a toujours pour conséquence l'institution d'une tutelle. Elle couvre tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers (al. 2), sous réserve toutefois de l'exercice des droits strictement personnels (art. 19c).

La curatelle de portée générale est instituée uniquement si la personne en cause a un besoin d'aide particulièrement prononcé, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement (al. 1). Cette curatelle vise plus particulièrement les personnes souffrant d'une grave démence. Une personne durablement incapable de discernement n'a pas l'exercice des droits civils (art. 17 CC). Selon le présent projet, elle en est privée de par la loi. La solution consistant à l'en priver par une décision de l'autorité de protection de l'adulte n'a pas été retenue. Si l'incapacité de discernement durable est citée en exemple, c'est dans le but d'établir clairement que la curatelle de portée générale est une *ultima ratio*. Pour des personnes handicapées mentales notamment, elle est loin d'être nécessaire dans tous les cas. Il importe en

effet que ces personnes soient elles aussi protégées par une mesure adaptée à leurs besoins spécifiques.

La curatelle de portée générale s'impose dans deux sortes de cas. Premièrement, pour les personnes que l'on veut sciemment priver de l'exercice des droits civils parce qu'il serait irresponsable de continuer à les laisser accomplir des actes juridiques et, deuxièmement, pour celles qui ne sont plus capables d'agir seules et qui, de toute manière, n'ont donc plus l'exercice des droits civils. Il n'est cependant pas nécessaire que cette distinction figure expressément dans la loi (al. 3).

2.2.4 De la fin de la curatelle

Art. 399

La curatelle prend fin de plein droit au décès de la personne concernée (al. 1). Selon le droit actuel, lorsqu'une personne sous tutelle meurt, le tuteur administre la succession à moins qu'il n'en soit ordonné autrement (art. 554, al. 3, CC). La fonction d'administrateur de la succession ne lui revient cependant pas automatiquement, mais seulement sur décision de l'autorité. Il est prévu que cette disposition s'applique à tous les curateurs chargés de la gestion de biens (art. 554, al. 3). Comme actuellement, l'exercice de la fonction d'administrateur de la succession est subordonné à deux conditions: d'une part, l'administration doit avoir été ordonnée par l'autorité compétente et, d'autre part, celle-ci doit en avoir donné mandat au curateur. L'autorité doit donc seulement vérifier si le curateur est la personne adéquate pour exercer cette tâche. Elle est libre cependant de lui préférer une autre personne ou de renoncer à ordonner l'administration de la succession.

Contrairement à l'actuel art. 439, al. 1, CC et à l'avant-projet soumis à consultation, la curatelle ne prend pas fin de plein droit lorsque la tâche pour laquelle elle a été instituée est exécutée, mais seulement lorsque l'autorité de protection de l'adulte décide formellement de la lever. Cette solution se justifie par le fait qu'il est souvent difficile de déterminer avec précision le moment où une tâche est exécutée et qu'il faudrait, dès lors, examiner dans chaque cas si la tâche a été correctement accomplie.

L'un des principes du droit actuel de la tutelle et du présent projet est que la curatelle doit être levée ou remplacée par une autre mesure appropriée dès la disparition du motif qui avait justifié son institution (al. 2). La mise en oeuvre des mesures devrait en effet, avec le temps, permettre de lever toute mesure (cf. aussi art. 388, al. 2). La levée de la mesure marque la fin des fonctions du curateur. Sa libération n'interviendra cependant qu'après l'approbation du rapport et des comptes finaux par l'autorité de protection de l'adulte (art. 425).

2.2.5 Du curateur

Art. 400 Nomination

La description des qualités requises pour l'exercice de la fonction de curateur (al. 1) est plus détaillée que celle prévue par l'actuel art. 379 CC. Comme aujourd'hui, seules des personnes physiques entrent en ligne de compte pour l'exercice d'un

mandat de curateur. Elles doivent posséder les aptitudes et les connaissances adaptées aux tâches prévues, c'est-à-dire les qualités personnelles et relationnelles ainsi que les compétences professionnelles nécessaires pour les accomplir. Peuvent être chargés d'une curatelle une personne exerçant la fonction à titre privé, un collaborateur d'un service social privé ou public ou une personne exerçant la fonction de curateur à titre professionnel. C'est à dessein que la loi n'établit pas une hiérarchie entre les différentes catégories de personnes entrant en ligne de compte. Le critère déterminant pour la nomination d'une personne est en effet son aptitude à accomplir les tâches qui lui seront confiées. Il serait en outre impossible de délimiter de manière précise les différents groupes. La nécessité de continuer à confier des curatelles à des personnes privées n'est contestée ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence. Cette solution présente en effet l'avantage de contraindre quelque peu la tendance consistant à déléguer la responsabilité d'aider son prochain à des professionnels et à des institutions. Il convient toutefois de relever que la complexité de certaines tâches limite le recours à des non-professionnels, même si ceux-ci sont bien préparés et conseillés durant l'exercice de leur mandat (al. 3). Les membres de l'autorité de protection de l'adulte et leurs auxiliaires ne peuvent être nommés curateurs, étant donné qu'ils sont chargés de la surveillance.

La mention expresse de la condition selon laquelle le curateur doit disposer du temps nécessaire pour accomplir son mandat est justifiée dans la mesure où les qualités personnelles et les compétences professionnelles ne garantissent pas à elles seules que le mandat soit exercé dans l'intérêt de la personne sous curatelle.

L'obligation faite au curateur d'accomplir personnellement les tâches qui lui sont confiées (al. 1, 1^{re} phrase) veut remédier aux effets néfastes de l'institution du tuteur général, lequel administre des centaines, voire des milliers de mandats sans avoir de contacts avec les personnes dont il s'occupe. En effet, les mandats sont délégués à des «assistants» qui, au surplus, ne disposent d'aucun pouvoir de décision. Le présent projet maintient par contre la possibilité de répartir les tâches entre deux ou plusieurs personnes. Il est, par exemple, possible d'attribuer la gestion des affaires personnelles et la gestion de la fortune à deux personnes différentes, notamment en cas de placement dans un home.

Le présent projet reprend la possibilité de désigner plusieurs curateurs (al. 1, 2^e phrase), comme le prévoit l'actuel art. 379, al. 2, CC. Cette solution est en effet conforme au nouveau système des «mesures sur mesure».

L'al. 2 est l'expression de l'esprit de solidarité qui doit prévaloir dans le domaine de la protection de l'adulte, malgré l'évolution de la société. Le principe de l'obligation d'accepter un mandat de curatelle (art. 382, al. 1, CC) doit donc, en principe, être maintenu. La liste des motifs de dispense prévue par le droit actuel (art. 383 CC) est remplacée par la formule générale «sous réserve de justes motifs». Peuvent constituer des justes motifs notamment de lourdes charges professionnelles ou familiales existantes ou imminentes ou encore l'exercice de fonctions publiques. Selon le droit actuel (art. 382, al. 1, CC), les personnes qui n'ont aucun lien de parenté avec la personne nécessitant une curatelle n'ont l'obligation d'accepter un mandat de curatelle que si elles habitent dans l'arrondissement tutélaire. La formulation ouverte du nouveau droit permet de renoncer à cette condition.

Art. 401 Vœux de la personne concernée ou de ses proches

L'art. 401 reprend le principe posé par l'actuel art. 381 CC. En tenant compte des vœux de la personne ayant besoin d'aide, on respecte le principe de l'autonomie de la personne et l'on prend en considération le fait que les chances de succès de la curatelle augmentent lorsque la personne concernée peut choisir comme curateur une personne en laquelle elle a confiance (al. 1). L'autorité de protection de l'adulte accède aux désirs de la personne si elle juge la personne proposée apte à exercer le mandat et si celle-ci l'accepte.

Les vœux de la famille ou d'autres proches sont pris en considération lorsque la personne sous curatelle ne veut ou ne peut pas se prononcer elle-même ou lorsque la personne qu'elle propose ne possède pas les aptitudes nécessaires et que l'entourage est en mesure de trouver un curateur compétent. L'autorité de protection de l'adulte acceptera autant que possible la proposition de ces personnes, mais elle n'est pas tenue de le faire (al. 2). Par contre, elle ne pourra refuser la proposition de la personne ayant besoin d'aide que si la personne désignée ne possède pas les aptitudes requises.

L'al. 3 est, lui aussi, l'expression du principe de l'autonomie de la personne concernée. Selon cette disposition, l'autorité doit, autant que possible, tenir compte des objections que la personne concernée soulève à la nomination d'une personne déterminée. Le droit de refuser la nomination d'une personne n'est cependant pas absolu, car il y a lieu d'éviter que des refus répétés empêchent d'instituer la curatelle.

Art. 402 Curatelle confiée à plusieurs personnes

L'art. 402 reprend la réglementation de l'actuel art. 379, al. 2 et 3, CC. Lorsque la curatelle est confiée à plusieurs personnes, l'autorité de protection de l'adulte doit décider s'il est préférable que les tâches soient réparties entre les différents curateurs ou s'il vaut mieux qu'elles soient assumées en commun. La deuxième solution n'est toutefois possible que si tous les curateurs y consentent. Lorsque la curatelle est confiée aux parents de la personne concernée, ils l'exercent en principe ensemble.

Art. 403 Empêchement et conflit d'intérêts

La réglementation du présent projet correspond à celle prévue par le droit actuel dans la curatelle de représentation en cas d'empêchement d'agir du représentant légal (art. 392, ch. 3, CC) et de conflit d'intérêts entre le mineur ou l'interdit et le représentant légal (art. 392, ch. 2, CC). Par contre, la possibilité d'intervenir pour l'autorité de protection de l'adulte est nouvelle (art. 392, ch. 1). L'utilisation du terme «substitut» a pour but de faire la différence entre celui-ci et le curateur de représentation «ordinaire» au sens de l'art. 394 CC.

L'al. 2 offre une protection supplémentaire contre une représentation illégale dans le cas où le conflit d'intérêts n'est constaté qu'après coup ou si l'autorité n'intervient pas ou pas assez rapidement après en avoir eu connaissance. Dans chacun de ces cas, le contrat conclu ne lie pas la personne sous curatelle. Le droit de la filiation prévoit une norme équivalente (art. 306, al. 2 et 3).

Art. 404 Rémunération et frais

En droit actuel, la rémunération du curateur est prélevée sur les biens du pupille (art. 416 CC), y compris les prétentions d'entretien qu'il a contre ses parents et son conjoint. Si ces biens ne suffisent pas, la rémunération est à la charge de la collectivité publique. L'avant-projet soumis à consultation prévoyait que la rémunération du curateur devait être prise en charge en premier lieu par la collectivité publique. Cette solution a été critiquée notamment par les cantons. Il n'y a en effet pas de raisons suffisantes pour justifier un changement de système. Aussi, le présent projet reprend-il en principe la réglementation actuelle. Dans la mesure où la curatelle est instituée dans l'intérêt de la personne concernée, il n'est pas choquant de lui faire supporter les frais occasionnés par l'intervention étatique.

Selon le droit actuel, la rémunération fixée par l'autorité tutélaire (art. 416 CC) doit être remise au tuteur et non pas à la collectivité publique qui l'a engagé. En règle générale, le droit régissant la fonction publique prévoit que la rémunération est versée à la caisse de l'office des tutelles. Le nouvel al. 3 simplifie la situation.

2.2.6 De l'exercice de la curatelle

Art. 405 Entrée en fonction du curateur

Contrairement au droit actuel, dont les sept articles (art. 398 à 404 CC) concernent exclusivement le patrimoine, le présent projet commence par la présente disposition qui pose le principe général, suivant lequel le curateur doit réunir les informations nécessaires à l'accomplissement de sa fonction et prendre personnellement contact avec la personne concernée (al. 1). Cette disposition exprime l'importance accordée aux contacts personnels dans le nouveau droit.

Selon l'al. 2, le curateur est tenu de dresser un inventaire si sa fonction inclut la gestion de fortune. Comme le prévoit déjà le droit actuel (art. 398, al. 1, CC), l'inventaire doit être établi avec le concours de l'autorité de protection de l'adulte. Comme actuellement (art. 398, al. 3, CC), cette autorité peut ordonner un inventaire public si les circonstances le justifient (al. 3; cf. art. 580 ss CC). Tel est notamment le cas si la situation matérielle de la personne sous curatelle n'est pas claire.

L'al. 4 oblige les tiers à fournir toutes les informations nécessaires à l'établissement de l'inventaire. La même solution est prévue à l'actuel art. 581, al. 2, CC. En principe, les renseignements doivent être fournis gratuitement.

Art. 406 Relations avec la personne concernée

Les intérêts de la personne concernée doivent toujours être au centre des préoccupations. Le curateur doit, dans la mesure du possible, tenir compte de l'avis de la personne concernée et respecter sa volonté d'organiser son existence comme elle l'entend (al. 1).

Le curateur doit également s'employer à établir une relation de confiance avec elle. Il s'agit là d'une condition indispensable au succès de sa tâche. Ce succès ne dépend toutefois pas seulement du curateur et de ses qualités humaines ou de ses compétences professionnelles, mais aussi de la personne concernée. Enfin, le curateur doit,

dans la mesure du possible, prévenir une détérioration de l'état de faiblesse ou à en atténuer les effets (al. 2).

Ces principes correspondent à ceux qui sous-tendent l'aide sociale professionnelle moderne.

Art. 407 Sauvegarde de l'autonomie

L'art. 407 n'a pas de contenu propre. Il répète, à des fins de transparence, ce que disent les art. 19 à 19c. La personne concernée capable de discernement peut, même privée de l'exercice des droits civils, s'engager par ses propres actes dans les limites prévues par le droit des personnes et exercer des droits strictement personnels.

Art. 408 Gestion du patrimoine. Tâches

Selon cet article, le curateur chargé de la gestion du patrimoine a non seulement l'obligation générale d'administrer avec diligence la fortune de la personne sous curatelle, mais aussi le droit général d'accomplir les actes juridiques liés à la gestion (al. 1; cf. art. 413, al. 1, CC). L'al. 2 énumère en outre trois compétences importantes qui reviennent au curateur chargé de la gestion de fortune. La plus significative dans la pratique est sans doute celle qui autorise le curateur à représenter, si nécessaire, la personne concernée pour ses besoins courants. Comme en matière de représentation de l'union conjugale selon l'art. 166, al. 1, CC, elle permet au curateur d'accomplir les actes juridiques nécessaires au quotidien et dans le cadre des affaires courantes de la personne concernée et, en cas de besoin, d'entamer le patrimoine administré. Bien que visant la gestion du patrimoine au sens de l'art. 395, l'art. 408 peut aussi, par analogie, s'appliquer aux curatelles dont le mandat inclut la gestion de fortune.

Il a été renoncé par principe à prévoir des dispositions relatives aux différents types de placements, comme le fait le droit actuel aux art. 399 à 404 CC. Afin d'uniformiser l'application du droit fédéral, il appartiendra désormais au Conseil fédéral et non plus aux cantons, comme c'était le cas jusqu'à présent (art. 425, al. 2, CC), d'édicter les dispositions relatives au placement et à la sauvegarde des biens (al. 3).

Art. 409 Montants à libre disposition

Cette disposition doit être mise en relation avec la possibilité pour l'autorité de protection de l'adulte de limiter la personne sous curatelle dans l'exercice de ses droits civils ou, pour le moins, de la priver de la faculté de disposer de certains éléments de son patrimoine (art. 395, al. 3). En considération des principes de la proportionnalité et de l'autonomie de la personne concernée, le curateur est tenu de mettre des montants appropriés à la libre disposition de celle-ci. Pour déterminer concrètement ce que sont des montants appropriés, il faut notamment tenir compte de la fortune de la personne sous curatelle et des éléments patrimoniaux qu'elle continue d'administrer elle-même ou auxquels elle continue d'avoir accès. Bien que visant essentiellement la gestion du patrimoine au sens de l'art. 395, cette disposition est aussi applicable par analogie aux autres mesures impliquant la gestion du patrimoine.

Art. 410 Comptes

L'al. 1 correspond à l'actuel art. 413, al. 2, CC.

L'al. 2 concrétise l'actuel art. 413, al. 3, CC. Le curateur renseigne la personne concernée sur les comptes; il le fera toutefois dans les limites posées par la capacité de celle-ci à les comprendre. A la demande de la personne sous curatelle, le curateur doit en outre lui fournir une copie des comptes. La disposition a été formulée ainsi pour éviter que la copie soit remise à des personnes incapables de discernement et risque de tomber en de mauvaises mains. Le curateur est néanmoins libre, s'il le juge opportun, de remettre une copie à la personne dont il s'occupe, sans que celle-ci en ait fait la demande expresse. Cette disposition garantit le respect de la personne et du principe de la transparence.

Art. 411 Rapport d'activité

Le présent projet distingue entre le rapport comptable (art. 410) et le rapport sur l'exercice de la curatelle et sur l'évolution de la situation de la personne concernée (art. 411, al. 1), afin de bien faire ressortir toute l'importance que l'on accorde aux rapports personnels. Le curateur doit là aussi, dans toute la mesure du possible, associer la personne sous curatelle à l'élaboration du rapport et, à sa demande, lui en remettre une copie (al. 2).

L'exigence d'un rapport sur la curatelle en général et sur la gestion de fortune ainsi que sur les contacts personnels en particulier poursuit un double objectif: d'une part, ce rapport permet à l'autorité de protection de l'adulte de contrôler et de surveiller l'activité du curateur; d'autre part, il permet de faire le point et de s'assurer de la nécessité et de l'utilité de la mesure. Il s'agit en effet d'analyser l'exercice révolu et de fixer les objectifs pour le suivant, en collaboration, si possible, avec la personne sous curatelle. Le rapport doit faire état des succès et des échecs que la personne sous curatelle a connus durant la période couverte par le rapport. Il doit en outre mentionner les limites de son autonomie et les besoins qui en résultent en matière d'aide et d'assistance. Le degré de précision exigé dépend de la nature et de l'étendue du mandat. Cela peut aller du rapport bref et sommaire à la description circonstanciée de l'état de la personne sous curatelle et de son évolution. Un rapport détaillé s'impose en particulier dans les situations complexes ou problématiques ou encore lorsque les pronostics sont défavorables, notamment lorsque d'autres mesures doivent être prises ou ne peuvent être exclues dans un proche avenir.

Art. 412 Affaires particulières

L'al. 1 correspond à l'actuel art. 408 CC, à cette différence près que cet article interdit les donations «de quelque valeur». N'entrent pas dans cette catégorie les donations qui peuvent être considérées comme usuelles au vu de leur valeur et leur nature, comme, par exemple, les cadeaux de Noël ou d'anniversaire. Le présent projet exprime cette idée plus clairement que le droit actuel, en prévoyant expressément, comme le fait l'art. 527, al. 3, CC, que seuls les «présents d'usage» ne constituent pas des donations. Cette réglementation vaut aussi pour les détenteurs de l'autorité parentale (cf. art. 304, al. 3).

Dans le cadre d'une curatelle de coopération (art. 396), l'autorité de protection de l'adulte peut toutefois soumettre de tels actes au consentement du curateur. Cette

solution permet de tenir compte de manière optimale de la situation particulière et des aptitudes spécifiques de la personne sous curatelle.

Selon l'actuel art. 400, al. 2, CC, les objets mobiliers qui ont une valeur d'affection pour le pupille ne sont vendus qu'exceptionnellement. L'actuel art. 404, al. 1, CC prévoit, par contre, que les immeubles ne sont vendus que si l'intérêt du pupille l'exige, et ceci indépendamment de la valeur d'affection qu'ils pourraient avoir pour ce dernier. Selon le nouveau droit, la valeur particulière que des «biens» – mobiliers ou immobiliers – peuvent avoir pour la personne concernée ou pour sa famille peut être économique ou affective (al. 2).

Aujourd'hui, une réglementation des modes de vente – vente aux enchères publiques ou vente de gré à gré (art. 404, al. 2 et 3, CC) – n'est plus nécessaire.

Art. 413 Devoir de diligence et obligation de conserver le secret

Le curateur accomplit ses tâches avec le même devoir de diligence qu'un mandataire au sens du code des obligations (al. 1). La responsabilité, en revanche, est régie par les art. 454 s.

L'al. 2 s'inspire du droit de la protection des données et soumet le curateur à une obligation de garder le secret, à moins que des intérêts prépondérants de la personne concernée, de tiers ou de la collectivité publique ne justifient sa levée. Ainsi, par exemple, le curateur d'un jeune malade mental pourra communiquer à ses parents des faits importants sans violer son obligation de garder le secret. L'obligation de garder le secret pour l'autorité de protection de l'adulte est réglée à l'art. 451, al. 2.

Le présent projet ne prévoit pas de sanction pour la violation de l'obligation de garder le secret. Une telle violation est soumise notamment aux dispositions générales sur la responsabilité civile (art. 454 s.). Les curateurs professionnels au service de la collectivité publique sont en outre soumis au secret de fonction (art. 320 CP).

L'obligation de garder le secret et le pouvoir d'appréciation connaissent toutefois des limites. Ainsi, lorsque l'exécution des tâches qui sont confiées au curateur l'exige, celui-ci doit informer des tiers de l'existence d'une curatelle (al. 3). Le curateur ne pourra, par exemple, pas se prévaloir de son pouvoir de représentation sans donner des informations sur l'étendue de sa tâche et sur les conséquences juridiques de la curatelle.

Art. 414 Faits nouveaux

L'art 414 concrétise l'art. 406 et complète les principes de la subsidiarité et de la proportionnalité (art. 389). Inspiré de l'art. 433, al. 2, CC, il sous-entend l'obligation pour l'autorité d'adapter au plus vite une mesure aux changements intervenus.

2.2.7 Du concours de l'autorité de protection de l'adulte

Art. 415 Examen des comptes et des rapports

L'art. 415 est une version remaniée de l'art. 423, al. 1 et 2, CC. Il règle les tâches de l'autorité de protection de l'adulte en ce qui concerne les comptes et les rapports d'activité qui lui sont soumis. L'autorité examine si les comptes du curateur

(art. 410) sont formellement exacts et si l'administration est appropriée et conforme aux dispositions légales. Les rapports périodiques (art. 411) permettent à l'autorité de contrôler si le curateur exerce son mandat en fonction de la situation de la personne concernée et des buts prévus par la loi (art. 388). En outre, ils livrent à l'autorité des informations permettant de vérifier si la curatelle s'impose encore, si elle doit être levée ou s'il y a lieu d'adopter une autre mesure.

L'approbation des comptes et des rapports par l'autorité n'a en principe aucun effet juridique pour les tiers.

Art. 416 Actes nécessitant le consentement de l'autorité de protection de l'adulte. De par la loi

La réglementation proposée est inspirée des art. 421 et 422 CC. La nouveauté est que la compétence d'approuver certains actes n'est plus partagée entre l'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance, mais qu'elle est confiée uniquement à l'autorité de protection de l'adulte. Toutefois, à la différence du droit actuel, certains actes ne nécessitent plus de consentement. Ce sont:

- le contrat de mariage (art. 421, ch. 9, CC), car le consentement du curateur (art. 183, al. 2) est jugé suffisant, conformément à ce qui est prévu pour la curatelle de coopération (art. 396, al. 1, CC);
- l'adoption (art. 422, ch. 1, CC), car les personnes sous curatelle de portée générale nécessitent déjà l'autorisation de l'autorité de protection de l'enfant selon l'art. 266, al. 3, en rapport avec l'art. 265, al. 3;
- le cas rare de l'acquisition d'un droit de cité ou de la renonciation à un tel droit (art. 422, ch. 2, CC), car l'accord du représentant légal est jugé suffisant;
- la constitution d'un nouveau domicile au pupille (art. 421, ch. 14, CC), car le changement de domicile d'une personne sous curatelle de portée générale n'intervient qu'au moment où la nouvelle autorité a repris la mesure (cf. art. 26, en rapport avec art. 442, al. 1);
- l'autorisation du pupille à exercer une profession ou une industrie (art. 421, ch. 7, CC), car cette réglementation ne correspond pas au principe des «mesures sur mesure» qui caractérise le nouveau droit;
- l'autorisation pour passer un contrat d'apprentissage (art. 421, ch. 12, CC), car la disposition ne vise que les contrats d'apprentissage au sens de l'art. 344 CO et qu'il n'est pas justifié de prévoir une réglementation spéciale pour ces contrats.

La formulation «au nom de la personne concernée» utilisée dans la phrase introductive de l'al. 1 exprime clairement que la disposition ne s'applique pas dans le cadre de la curatelle de coopération. En effet, si la personne soumise à une telle curatelle doit avoir le consentement du curateur pour accomplir certains actes, elle agit néanmoins elle-même.

Ch. 1: Il s'agit d'une nouvelle disposition. La liquidation du ménage est une opération lourde de conséquences pour la personne concernée. Il y a dès lors lieu de la mentionner expressément. La résiliation du contrat de bail provoque elle aussi des changements irrévocables dans la vie de la personne sous curatelle. Elle doit donc être mûrement réfléchie.

Ch. 2: Cette disposition est également nouvelle. L'autorité de protection de l'adulte doit décider si le placement de la personne sous curatelle dans une institution médico-sociale est la solution adéquate et si elle n'a pas été choisie que pour des raisons d'économie. Il arrive en effet régulièrement que des personnes souffrant, par exemple, de démence soient transférées d'un établissement spécialisé dans un home bon marché uniquement pour épargner. La disposition ne s'applique pas seulement aux contrats de longue durée conclus avec une institution médico-sociale, mais plus généralement à toutes les conventions relatives au «placement de la personne sous curatelle» et, donc aussi au placement familial. Par l'expression «contrat de longue durée», le présent projet veut préciser que la disposition ne s'applique pas aux prises en charge passagères, par exemple pour la durée des vacances. La disposition porte en outre exclusivement sur une compétence juridique et non sur la détermination de la résidence ou sur un placement à des fins d'assistance. Le cas de l'art. 382, al. 3, ne requiert aucune autorisation.

Ch. 3: Cette disposition correspond aux actuels art. 421, ch. 9, seconde partie, et 422, ch. 5, CC. La formulation «lorsqu'une déclaration expresse est nécessaire» tient compte du fait que l'acceptation et la répudiation d'une succession (art. 566 CC) ne nécessitent pas une déclaration de volonté. Le terme «pacte successoral» vise le cas dans lequel la personne sous curatelle est partie à un pacte non pas en tant que disposant, mais comme autre partie contractante représentée par son curateur.

Ch. 4: Cette disposition correspond à l'actuel art. 421, ch. 1, CC. Les termes utilisés dans celui-ci («acheter, vendre») ont cependant été jugés trop restrictifs. Ils ont été remplacés par «acquérir ou aliéner». Ainsi, l'échange, par exemple, tombe lui aussi sous le coup de cette disposition. La norme s'applique également à la construction de bâtiments allant au-delà des besoins de l'administration ordinaire, qui est aujourd'hui réglée par l'art 421, ch. 3, CC. La notion d'acte d'administration ordinaire utilisée dans cette disposition correspond à celle de l'actuel art. 647a CC.

Ch. 5: Cette règle correspond en principe à l'actuel art. 421, ch. 2, CC. Ce qui est nouveau, c'est que le projet requiert le consentement de l'autorité de protection de l'adulte pour grever d'un usufruit non seulement un immeuble, mais également d'autres biens. La notion d'administration ordinaire doit être interprétée de la même manière que l'administration ordinaire dans le régime matrimonial de la communauté de biens (art. 227, al. 2, CC).

Ch. 6: Cette disposition correspond au droit actuel (art. 421, ch. 4 et 5, CC). Le consentement de l'autorité de protection de l'adulte n'est toutefois nécessaire que pour les prêts «importants». La détermination de l'importance d'un prêt doit être faite en fonction de la situation financière de la personne sous curatelle. Ce n'est qu'à partir du moment où la personne sous curatelle a contracté des dettes considérables que son curateur se trouve confronté à des problèmes particuliers. Il est notamment possible, par exemple, qu'une carte de crédit soit assortie d'une option de crédit ou qu'un découvert soit temporairement toléré sur un compte bancaire. Il serait excessif de vouloir exiger l'accord de l'autorité dans tous les cas.

Ch. 7: Le «contrat dont l'objet est une pension» (art. 422, ch. 4, CC) ne figure plus dans la disposition parce qu'il est un contrat de rente viagère au sens des art. 521 ss CO. Le consentement de l'autorité de protection de l'adulte n'est pas nécessaire si le contrat portant sur une assurance-vie ou sur une rente viagère est régi par la loi sur le

libre passage²³ et s'il est lié à un contrat de travail. La marge d'appréciation dans ce genre de contrats est en effet minime. Le consentement de l'autorité de protection de l'adulte est en revanche indispensable lorsque l'institution de prévoyance d'un employeur ne tombe pas sous le coup du deuxième pilier et n'est donc pas régie par la LFLP. Il est également nécessaire dans les cas où l'institution de prévoyance tombe sous le coup de la LFLP, mais indépendamment d'un contrat de travail.

Ch. 8: Cette disposition correspond à l'actuel art. 422, ch. 3, CC.

Ch. 9: Cette disposition reprend les actuels art. 421, ch. 8 et 10, CC.

L'al. 2 a pour modèle l'actuel art. 419, al. 2, CC. La question déterminante est de savoir si l'autorité de protection de l'adulte a limité l'exercice des droits civils pour les transactions en question. Si tel n'est pas le cas et que la personne sous curatelle n'a pas agi personnellement, le curateur peut conclure l'acte en question soit avec le consentement de l'autorité de protection de l'adulte, soit avec celui de la personne sous curatelle, sur la base de la présomption que celle-ci est capable de discernement.

S'agissant de savoir si les contrats passés entre la personne concernée et le curateur sont ou non soumis au consentement de l'autorité de protection de l'adulte, l'al. 3 apporte une réponse nuancée. Ainsi, le consentement de l'autorité est en principe requis, quelles que soient la nature de la curatelle et les compétences du curateur. Contrairement au droit actuel (cf. art. 422, ch. 7, CC), le présent projet n'exige pas le consentement de l'autorité lorsque le mandat donné au curateur par la personne sous curatelle est gratuit. La personne sous curatelle peut, par exemple, charger son curateur de régler certaines factures périodiques ou d'autres affaires. Le cas échéant, de tels mandats rendent superflue une extension de la mesure par l'institution d'une curatelle de représentation. L'exception prévue à l'al. 3 ne porte que sur les mandats gratuits et ne s'applique donc ni aux mandats confiés à titre onéreux ni à d'autres contrats gratuits.

Art. 417 Sur décision

Complémentaire à l'art. 416, cette disposition est conforme à un régime de mesures modulables en fonction des besoins individuels. Elle permet à l'autorité de protection de l'adulte de décider que d'autres actes lui seront soumis pour approbation s'il existe des justes motifs pour ce faire.

Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet de loi mis en consultation, le curateur ne peut pas solliciter le consentement de l'autorité de protection de l'adulte. Dans le cas contraire, il s'ensuivrait une confusion inacceptable des responsabilités.

Art. 418 Défaut de consentement

Cette disposition constitue un renvoi. Matériellement, elle correspond à l'art. 424 CC actuel. Comme les art. 410 et 411 CC sont transférés dans le droit des personnes et deviennent les art. 19a et 19b, il y aura lieu, à l'avenir, de se référer à ceux-ci.

Art. 419

L'art. 419 remplace l'actuel art. 420, al. 1, CC. Selon cette dernière disposition, les actes du tuteur peuvent faire l'objet d'un recours à l'autorité tutélaire. L'al. 2 de l'actuel art. 420 CC prévoit en outre que les décisions de l'autorité tutélaire peuvent à leur tour être contestées devant l'autorité de surveillance. Ce recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'adulte sera régi désormais par les art. 450 ss.

La qualité pour former recours appartient en particulier à la personne sous curatelle. La loi n'exige pas expressément qu'elle soit capable de discernement (cf. art. 420, al. 1, CC), car il va de soi qu'une personne n'ayant pas la capacité de discernement ne peut pas interjeter un recours. La capacité de discernement ne doit pas être établie sur la base de conditions excessives. Pour qu'une personne soit considérée comme capable de discernement, il suffit qu'elle exprime clairement son désaccord avec un certain acte ou une certaine omission de son curateur.

Le recours peut aussi être interjeté par un proche désireux de défendre les intérêts de la personne sous curatelle. La définition du cercle des proches n'obéit pas à des règles strictes. Le critère déterminant est l'étroitesse du lien qui unit les deux personnes. La notion de proches est reprise de l'actuel art. 397d, al. 1, CC.

Pour qu'un tiers soit légitimé à interjeter un recours auprès de l'autorité de protection de l'adulte, il faut qu'il justifie d'un «intérêt juridique». Comme pour le recours de droit public, le simple espoir d'obtenir des avantages de fait ne suffit pas. Si quelqu'un dilapide sa fortune et que le curateur n'intervient pas comme le lui permettrait sa fonction, la personne à laquelle incombe l'obligation d'entretien selon le droit de la famille (art. 328 CC) est légitimée à interjeter recours pour défendre son propre intérêt juridique. Les intérêts en matière de succession, en revanche, ne sont pas pertinents, car, avant l'ouverture de la succession, il ne s'agit que d'une expectative qui n'est pas reconnue juridiquement en tant que telle.

Le recours peut porter non seulement sur des actes, mais aussi sur les omissions du curateur. Il s'agit là uniquement d'une modification de libellé. Sur le plan matériel, la disposition est conforme à l'actuel art. 420, al. 1, CC. Il est également possible de faire appel à l'autorité de protection de l'adulte dans les cas où celle-ci a confié un mandat à un tiers ou à un office.

Le but du recours est que l'autorité de protection de l'adulte rende une décision selon une procédure simple et rapide. Conformément au droit actuel (art. 420, al. 1, CC), le recours contre des actes ou des omissions du curateur n'est soumis à aucun délai. Cependant, le recours n'est plus recevable dès le moment où il n'a plus aucun sens parce que l'acte ne peut plus être corrigé ou parce qu'il n'est plus possible de remédier à l'omission, excepté s'il s'agit d'une question de principe dont la clarification est dans l'intérêt de la jurisprudence. Les prétentions en réparation du préjudice sont cependant réservées.

2.2.9 De la curatelle confiée à des proches

Art. 420

L'institution de l'autorité parentale sur un enfant majeur interdit n'est pas reprise dans le présent projet (cf. ch. 1.3.6). En revanche, un statut privilégié est accordé non seulement aux père et mère, mais aussi à d'autres proches appelés à exercer la fonction de curateur. Ce statut spécial est l'expression de la considération sociale particulière généralement accordée à ces relations. Il tient compte également de l'art. 8 CEDH, qui garantit le respect de la vie privée et de la vie de famille. Il convient néanmoins de relever que les dispenses de certaines obligations tutélaires prévues dans ces cas ne libèrent pas l'autorité de protection de l'adulte du devoir général de surveillance qu'elle doit exercer sur les curateurs. Les dispositions sur la responsabilité (art. 454 s.) s'appliquent aussi à ce genre de mandats et engagent la responsabilité directe de l'Etat.

Lorsque la curatelle est confiée à des proches, l'autorité de protection de l'adulte peut dispenser ces personnes de l'obligation de remettre un inventaire (art. 405, al. 2), d'établir des rapports (art. 411) et des comptes (art. 410) ainsi que de requérir son consentement pour certains actes (art. 416). Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet soumis à consultation, le conjoint et les père et mère ne sont plus dispensés de ces obligations de par la loi, mais par une décision de l'autorité de protection de l'adulte si elle estime une telle dispense opportune. Cette solution est justifiée, car le risque d'abus peut être accru du fait de l'existence d'une relation plus étroite entre le curateur et la personne sous curatelle et du défaut de distance que cette relation peut engendrer.

2.2.10 De la fin des fonctions du curateur

Art. 421 De plein droit

Cette disposition règle la fin automatique («de plein droit») des fonctions du curateur. Selon le droit actuel, l'autorité fixe la durée des fonctions, qui peut être prolongée par simple confirmation (art. 415, al. 1 et 2, CC). Le présent projet prévoit que l'autorité de protection de l'adulte est libre de limiter ou non la durée des fonctions du curateur. L'autorité pourra renoncer à fixer la durée des fonctions, notamment lorsque le curateur est désigné en la personne d'un parent.

Art. 422 Libération. Sur requête du curateur

Il importe de distinguer clairement entre la levée de la curatelle (art. 399, al. 2) et la libération du curateur (art. 422 s.). La libération dépend exclusivement de la personne du curateur.

En principe, le curateur ne peut pas demander sa libération s'il n'a pas exercé ses fonctions pendant quatre ans au moins (al. 1). La solution proposée correspond à la réglementation actuelle (art. 415, al. 3, CC). Le curateur ne peut être libéré avant cette échéance que s'il fait valoir de justes motifs (al. 2). A elle seule, la lassitude ne constitue pas un juste motif.

Art. 423 Autres cas

L'autorité de protection de l'adulte décide, d'office ou sur requête de la personne sous curatelle ou de l'un de ses proches (al. 2), de libérer le curateur de ses fonctions s'il n'est plus apte à remplir les tâches qui lui sont confiées (al. 1, ch. 1) ou s'il survient un autre juste motif de libération (al. 1, ch. 2). Le fait que le curateur ne remplisse plus les conditions de nomination prévues par l'art. 400, al. 1, constitue un juste motif pour le libérer.

Art. 424 Gestion transitoire

En vertu de l'art. 444 CC, le tuteur est tenu de faire les actes indispensables d'administration jusqu'à ce que son successeur soit entré en fonction. D'un point de vue pratique, il est important que cette règle soit reprise dans le nouveau droit. C'est pourquoi l'art. 424 prévoit que le curateur est tenu d'assurer la gestion des affaires dont le traitement ne peut être différé jusqu'à l'entrée en fonction de son successeur, à moins que l'autorité de protection de l'adulte n'en décide autrement (1^{re} phrase). Toutefois, celle-ci doit trouver une autre solution lorsque le curateur n'est plus apte à remplir les tâches qui lui sont confiées. Cette règle ne s'applique pas au curateur professionnel (2^e phrase).

Art. 425 Rapport et comptes finaux

L'art. 425 correspond très largement aux actuels art. 451 à 453 CC. Au terme de ses fonctions, le curateur adresse à l'autorité de protection de l'adulte un rapport final. Le «cas échéant», il y joint les comptes finaux (al. 1, 1^{re} phrase). Cette obligation vaut pour les cas où la curatelle inclut la gestion de fortune. Si le curateur manque à son devoir, l'autorité de protection de l'adulte lui fixe un délai pour satisfaire à ses obligations, si nécessaire en le menaçant de la peine prévue pour insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP). L'autorité de protection de l'adulte peut dispenser le curateur professionnel d'établir un rapport final ou des comptes finaux si ses rapports de travail prennent fin (al. 1, 2^e phrase).

L'autorité de protection de l'adulte examine et approuve le rapport et les comptes finaux de la même façon que les rapports et les comptes périodiques (al. 2). Dans ce contexte, elle doit aussi s'interroger sur l'opportunité d'intenter une action en responsabilité.

Selon l'al. 3, l'autorité de protection de l'adulte adresse le rapport et les comptes finaux à la personne concernée, à ses héritiers ou, le cas échéant, au nouveau curateur, en les rendant attentifs aux dispositions sur la responsabilité (art. 454 s., cf. en particulier le commentaire de l'art. 455). Si la libération du curateur ne coïncide pas avec la levée de la mesure, le rapport et les comptes finaux doivent être remis également au nouveau curateur.

L'autorité de protection de l'adulte communique à la personne sous curatelle ou à ses héritiers et, le cas échéant, également au nouveau curateur, la décision qui libère l'ancien curateur de ses fonctions ou la décision qui refuse l'approbation du rapport final ou des comptes finaux (al. 4). Si elle approuve les comptes finaux, il n'est pas nécessaire qu'elle notifie la décision. La décision de libérer le curateur de ses fonctions implique en effet que les comptes finaux ont été adoptés.

Art. 426 Mesures. Placement à des fins d'aide ou de traitement

Selon l'actuel art. 397a CC, une personne majeure ou interdite peut être placée ou retenue dans un établissement approprié lorsque, en raison de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle nécessaire ne peut lui être fournie d'une autre manière. Les conditions devant être réunies pour un placement au sens du nouvel art. 426 sont, quant au fond, très proches du droit actuel. Comme à l'art. 390, les termes «faiblesse d'esprit» et «maladie mentale» ont cependant été remplacés par «déficience mentale» et «trouble psychique» (al. 1). Ce dernier inclut les dépendances, comme par exemple la toxicomanie, l'alcoolisme et la pharmacodépendance²⁵. Il y a grave état d'abandon (al. 1) lorsque la condition d'une personne est telle qu'il y aurait atteinte à sa dignité si elle n'était pas placée dans une institution afin de lui apporter l'assistance dont elle a besoin. En réalité, il est rare qu'une personne soit placée pour cette raison, car l'état d'abandon se double souvent d'une déficience mentale ou de troubles psychiques.

Selon les travaux préparatoires, l'art. 397a CC permet également le placement à des fins d'expertise psychiatrique. Cette question est réglée dans le chapitre relatif à la procédure (art. 449, al. 2). Lorsque l'expertise ne peut être réalisée de manière ambulatoire, la durée du placement dans l'établissement doit être impérativement limitée au temps réellement nécessaire à sa réalisation. Il est interdit de procéder à un traitement selon l'art. 433 s.

Comme en droit actuel, l'état de faiblesse d'une personne ne pourra pas, à lui seul, justifier un placement à des fins d'assistance. Cette mesure doit en effet être considérée comme une *ultima ratio* qui peut être envisagée uniquement s'il n'est pas possible de fournir à la personne concernée le traitement ou l'assistance nécessaire d'une autre manière (al. 1). Il s'agit là de l'expression des principes de la proportionnalité et de l'opportunité de la mesure, que l'on trouve déjà dans le droit actuel. Ainsi, le placement à des fins d'assistance n'est légitime que si la personne concernée ne peut être protégée au moyen d'une mesure moins contraignante. La mesure prise doit en outre être appropriée au vu de l'objectif visé. Il faut donc, en d'autres termes, que la personne concernée puisse être placée dans une institution adéquate (al. 1). Le terme d'institution doit être compris dans un sens large.

Le présent projet reprend la formulation actuelle «peut être placée» (al. 1). Mais il est clair que lorsque les conditions de placement sont réunies, l'autorité de protection de l'adulte est tenue d'ordonner la mesure et ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation.

L'autorité qui examine les conditions de placement doit prendre en considération la charge que la personne représente pour ses proches et pour des tiers ainsi que leur besoin de protection (al. 2; cf. art. 397a, al. 2, CC). Bien que le placement à des fins d'assistance soit destiné à protéger la personne concernée et non son entourage, il faudra tenir compte des intérêts en présence. Si le fait de s'occuper de la personne à protéger représente une charge excessive pour les proches ou pour des tiers, par

²⁴ Cf. aussi ch. 1.3.8 et 1.3.12.

²⁵ La Cour européenne des Droits de l'Homme a interprété de manière large le terme d'alcoolisme en l'affaire Witold Litwa c. Pologne, Rec. 2000-III, § 61.

exemple pour le personnel des soins à domicile, il est nécessaire de trouver d'autres solutions. La protection des tiers est un facteur qui doit lui aussi être pris en compte lors de l'appréciation de la situation, même s'il n'est pas déterminant à lui seul. Empêcher une personne n'ayant plus tous ses esprits de commettre un crime grave fait partie du mandat qu'a l'autorité de protéger la personne concernée.

Le placement au sens de l'art. 426 ne dépend pas du fait que la personne soit capable ou incapable de discernement. Il y sera recouru chaque fois qu'une personne s'oppose au placement. Dans le cas d'une personne capable de discernement, on aura recours à cette disposition si elle refuse de donner son accord au placement. Par ailleurs, le placement d'une personne incapable de discernement dans un établissement psychiatrique est toujours régi, selon l'art. 380, par les règles sur le placement à des fins d'assistance, indépendamment du fait que la personne concernée s'oppose ou pas à la mesure.

L'art. 378 marque clairement que le consentement d'une personne incapable de discernement à son placement dans un hôpital en raison d'une maladie somatique ne doit pas être considéré comme un placement à des fins d'assistance au sens des art. 426 ss ou comme une privation de liberté. Il en va de même, par exemple, pour le placement d'une personne souffrant d'un grave handicap mental dans une institution protégée en vue de sa formation, à condition toutefois que la personne concernée ne s'oppose pas à la mesure. Ces placements peuvent faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité de protection de l'adulte lorsque le consentement a été donné par une personne habilitée à représenter la personne concernée dans le domaine médical ou par le curateur (art. 419 et 381). La décision de l'autorité de protection de l'adulte peut être attaquée par un recours devant le tribunal (art. 450 ss).

Aux termes de l'al. 3, la personne concernée doit pouvoir quitter l'institution dès que les conditions du placement ne sont plus réunies. Cela signifie que l'assistance ou le traitement nécessaires peuvent être fournis de manière ambulatoire. Le présent projet réglemente la libération de manière un peu plus restrictive que le droit actuel, qui prévoit que la personne concernée doit être libérée dès que son état le permet (art. 397a, al. 3, CC). Il est vrai que la situation actuelle n'est pas satisfaisante dans la mesure où les patients quittent l'institution dès que la crise grave qui a motivé leur placement est plus ou moins surmontée. Ils ne prennent pas le temps d'attendre que leur état se stabilise ou que l'encadrement nécessaire hors de l'institution ait pu être mis en place. Il s'ensuit qu'ils se retrouvent hospitalisés peu de temps après. C'est pourquoi notamment l'Association de familles de malades souffrant de schizophrénie ou de troubles psychiques a demandé une réglementation mieux adaptée.

Enfin, la personne concernée ou l'un de ses proches peut demander sa libération en tout temps (al. 4) et, le cas échéant, en appeler au juge si la demande est rejetée (art. 439, al. 1, ch. 3 et 450). Les demandes de libération doivent être traitées et jugées sans retard (al. 4, 2^e phrase). Cela ressort des art. 31, al. 4, Cst. («dans les plus brefs délais») et 5, al. 4, CEDH («à bref délai»). Les dispositions précitées n'excluent pas que les demandes de libération soient d'abord jugées par une autre autorité non judiciaire²⁶. Dans ces cas, le principe de célérité ne vaut pas uniquement pour le tribunal, mais également pour l'autorité compétente à laquelle la demande a

²⁶ Cf. p. ex. la décision de la Commission européenne des Droits de l'Homme du 21 janvier 1998 dans l'affaire S.M. c. la Suisse, concernant une privation de liberté à des fins d'assistance dans le canton de Bâle-Ville, JAAC 1998 IV n° 91.

été soumise – le médecin, l’institution ou l’autorité de protection de l’adulte²⁷. Le principe de célérité vaut donc aussi pour les instances intervenant en amont, raison pour laquelle il convient de l’inclure de manière générale dans cet article.

Art. 427 Maintien d’une personne entrée de son plein gré

La manière dont le droit en vigueur régit le maintien en institution de personnes entrées de leur plein gré n’est pas satisfaisante (art. 397a CC). Toute personne entrée dans une institution de son plein gré doit en effet pouvoir en sortir en tout temps. La seule exception à ce principe prévue par le présent projet concerne le cas d’une personne traitée pour trouble psychique (art. 427). Sur ordre du médecin-chef, elle peut être retenue pendant trois jours au maximum si elle met en danger sa vie ou son intégrité personnelle ou si elle met gravement en danger la vie ou l’intégrité corporelle d’autrui (al. 1). Passé ce délai, elle peut quitter l’institution, à moins qu’une décision exécutoire de placement n’ait été ordonnée selon l’art. 426 (al. 2). La décision peut être rendue soit par l’autorité de protection de l’adulte (art. 428), soit par le médecin compétent (art. 429). La personne concernée doit être informée par écrit de son droit de saisir le tribunal (al. 3).

Art. 428 Compétence de l’autorité de protection de l’adulte

L’autorité de protection de l’adulte est compétente pour ordonner le placement d’une personne à des fins d’assistance ou pour en prononcer la mainlevée (al. 1).

L’al. 2 prévoit expressément que l’autorité de protection de l’adulte peut, dans des cas particuliers, déléguer sa compétence de la libérer, pour ne pas perdre de temps lorsque les conditions de la libération sont remplies. Cette solution correspond à la pratique actuelle. La décision relative à une demande de libération doit être rendue sans délai, indépendamment du fait que la compétence en revienne à l’autorité de protection de l’adulte ou à l’institution (art. 426, al. 4, 2^e phrase).

Art. 429 Compétence des médecins

Aux termes de l’actuel art. 397b, al. 2, CC, les cantons peuvent, pour les cas de péril en la demeure ou de maladie psychique, attribuer la compétence d’ordonner le placement à d’autres offices appropriés. La plupart des cantons ont fait usage de cette possibilité en donnant cette compétence aux médecins autorisés à pratiquer soit sur le territoire cantonal, soit dans toute la Suisse. Certains ont limité la compétence des médecins aux cas urgents, alors que d’autres l’ont donnée d’une manière générale pour toutes les personnes souffrant de troubles psychiques. Sont considérés comme offices appropriés non seulement les médecins, mais également d’autres personnes ou des autorités.

L’al. 1, 1^{re} phrase, autorise les cantons à désigner des médecins disposant des connaissances adéquates qui, outre l’autorité de protection de l’adulte, sont «habilités» à ordonner un placement. Une intervention en cas de simple crise n’exige pas les mêmes compétences qu’un placement plus ou moins long. Le rôle des cantons est de veiller à ce que les médecins compétents reçoivent les instructions nécessaires pour accomplir leur tâche et soient en mesure de mener la procédure correctement. Une

²⁷ Cf. p. ex. l’arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 20 février 2003 dans l’affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, CEDH 2003-IV, par. 75 ss.

étude²⁸ a montré que les médecins non spécialisés qui sont rarement confrontés à la nécessité d'ordonner un placement contre la volonté de leur patient sont souvent dépassés par cette situation, fréquemment délicate tant sur le plan juridique que sur le plan psychologique. C'est pourquoi l'art. 430 du présent projet prévoit des règles de procédure pour le placement ordonné par un médecin.

La compétence du médecin vaut pour le placement à des fins d'aide ou de traitement selon l'art. 426. Un placement à des fins d'expertise psychiatrique ne peut être ordonné que par l'autorité de protection de l'adulte (art. 449, al. 2), étant donné que ce cas ne constitue pas une urgence.

Le placement ordonné par un médecin est limité dans le temps. Contrairement à l'avant-projet, le présent projet prévoit seulement un délai maximal de six semaines. Il appartient au droit cantonal de fixer la durée du placement dans les limites de cette durée maximale (al. 1, 1^{re} phrase). Au terme du délai prévu par le droit cantonal, le placement prend fin, à moins que l'autorité de protection de l'adulte ne le prolonge par une décision exécutoire (al. 2). Le droit cantonal peut attribuer la compétence de prolonger le placement à un médecin, pour autant toutefois que la durée du placement n'excède pas les six semaines prévues par le droit fédéral (al. 1). Ainsi, le droit cantonal peut, par exemple, attribuer au médecin une large compétence pour ordonner un placement de courte durée en cas de crise et prévoir que le placement peut être prolongé par décision d'un médecin spécialisé. Si le délai de six semaines peut paraître long, il ne faut pas oublier que la personne concernée ou l'un de ses proches peut recourir contre la décision de placement (art. 439, al. 1, ch. 1) et présenter une demande de libération en tout temps (art. 426, al. 4) qui, si elle est rejetée par l'institution, doit être traitée immédiatement par le tribunal. Ce délai a été fixé compte tenu, d'une part, de la discrétion souhaitée par les patients qui ne veulent pas recourir contre la décision de placement et, d'autre part, du fait qu'une majorité des personnes placées sont libérées avant l'échéance du délai de six semaines. En outre, le nouveau droit veut mettre fin à la situation actuelle qui autorise les cantons à ne pas fixer de limite temporelle à la compétence des médecins.

La compétence du tuteur d'ordonner le placement s'il y a péril en la demeure (art. 405a, al. 1, CC) est supprimée purement et simplement.

Art. 430 Procédure

Cette disposition a pour but de garantir que le placement ordonné par un médecin sera effectué selon une procédure juridique correcte. Comme la mesure de placement porte atteinte à la liberté individuelle, la décision doit être prise avec le plus grand soin. Le principe de base est que le médecin doit procéder lui-même à l'examen médical (al. 1). Il ne peut pas se contenter d'informations fournies par des tiers. Il doit en effet se faire sa propre idée de la situation. En outre, la personne concernée doit, dans la mesure du possible, pouvoir faire valoir son droit d'être entendue (al. 1). Elle doit donc être informée de manière compréhensible sur les motifs rendant nécessaire son placement dans une institution et pouvoir donner son avis si elle est en mesure de le faire.

L'al. 2 énumère les principaux éléments que la décision de placement doit mentionner. Outre le nom du médecin qui a ordonné le placement, doivent figurer le lieu et

²⁸ Thomas Maier, Die Praxis der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Praxis. Schweizerische Rundschau für Medizin 2001 no 37.

la date de l'examen médical. La décision de placement doit aussi faire état des résultats de l'examen ainsi que des raisons et du but du placement. La personne ordonnant le placement doit notamment expliquer comment elle est entrée en contact avec le patient, mentionner le motif de la mesure, indiquer si elle dispose de données anamnestiques permettant de mieux cerner la situation et décrire l'état dans lequel se trouve la personne concernée. Les raisons et le but du placement – traitement ou assistance – en institution doivent ressortir de ces explications. Enfin, la décision de placement doit indiquer les voies de recours. Il va de soi qu'elle doit également mentionner les noms et l'adresse de la personne concernée. Si celle-ci n'est pas en mesure de les fournir elle-même, cela doit être mentionné. Dans la pratique, les médecins pourront utiliser des formulaires préimprimés pouvant être remplis à la main, qui faciliteront le respect des conditions de forme.

En dérogation au principe général qui veut qu'un recours ait un effet suspensif (art. 450c), mais en conformité avec l'art. 450e, al. 2, et l'art. 397e, ch. 4, CC, l'al. 3 prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif, à moins que le médecin ou le tribunal ne l'accorde.

Un exemplaire de la décision de placement est remis à la personne concernée, un autre à l'institution lors de l'admission (al. 4). L'institution est ainsi informée d'emblée des motifs du placement et peut donc réagir en conséquence.

Selon l'al. 5, le médecin, dans la mesure du possible, communique par écrit la décision de placement à l'un des proches de la personne concernée et il l'informe qu'il a la possibilité de recourir contre cette décision. Le choix du proche revient en premier lieu à la personne concernée. Si celle-ci n'exprime aucune préférence, il appartient au médecin de choisir la personne en vertu de son pouvoir d'appréciation. Il privilégiera le conjoint ou la personne vivant maritalement avec la personne concernée ou un proche parent ou une personne faisant ménage commun avec celle-ci. Il n'est pas nécessaire de mener de longues recherches pour trouver une personne. Mais en aucun cas, le médecin informera une personne proche que la personne concernée ne souhaite pas voir mise au courant.

Selon le droit actuel (art. 397e, ch. 2, CC), toute personne qui entre dans un établissement doit être immédiatement informée par écrit de son droit d'en appeler au juge contre son maintien dans cet établissement ou contre le rejet d'une demande de libération. Ce devoir général d'information est inopportun pour les institutions qui n'accueillent qu'à titre exceptionnel des personnes qui font l'objet d'une mesure de privation de liberté à des fins d'assistance, comme par exemple un home pour personnes âgées. Par ailleurs, le nouveau droit n'autorise le maintien d'une personne contre son gré dans l'institution qu'à de strictes conditions (art. 427), il instaure une protection générale (cf. en particulier art. 429 à 431) et il exige l'indication des voies de recours en cas de décision de maintien contre son gré d'une personne dans l'institution ou en cas de rejet d'une demande de libération. En conséquence, le présent projet renonce purement et simplement au devoir général d'information. En compensation, il prévoit le droit de faire appel à une personne de confiance (art. 432).

Art. 431 Examen périodique

L'autorité de protection de l'adulte ne devrait toutefois pas intervenir seulement lorsqu'elle est contactée par l'institution ou lorsqu'elle reçoit une demande de libération. Elle doit procéder d'office à des examens périodiques afin de s'assurer que

les conditions de placement sont toujours réalisées et que l'institution est toujours appropriée (al. 1). Le premier examen doit avoir lieu au plus tard six mois à compter de la date du placement (al. 1). Un deuxième examen doit être effectué au cours des six mois suivants. Par la suite, l'examen doit avoir lieu au moins une fois par année (al. 2). Cette solution a été choisie pour éviter que l'examen devienne une affaire de routine et soit finalement peu efficace. Dans le cas des personnes souffrant de démence sénile, notamment, l'examen a plus pour but de s'assurer que l'institution est toujours adéquate que d'étudier la possibilité d'une vie en dehors de l'institution.

Art. 432 Personne de confiance

Les personnes placées contre leur gré dans une institution dans le cadre d'une mesure de placement à des fins d'assistance se trouvent dans une situation difficile pour plusieurs raisons. D'une part, elles souffrent d'un état de faiblesse qui a motivé leur placement. D'autre part, elles peuvent éprouver des difficultés à s'adapter à un environnement nouveau. Certaines d'entre elles n'ont alors plus la force de faire usage de leurs droits de manière autonome. Il est donc important qu'elles aient le soutien de quelqu'un de l'extérieur. Le présent projet tient compte de cette nécessité en ouvrant les voies de droit non seulement aux personnes concernées, mais aussi à leurs proches (art. 430). En complément, l'art. 432 prévoit que toute personne placée dans une institution a le droit de faire appel à une personne de confiance de son choix, qui l'assistera pendant la durée de son séjour et jusqu'au terme des procédures en rapport avec celui-ci.

La personne de confiance a pour tâche d'informer la personne concernée de ses droits et de ses obligations, de l'aider à formuler ses demandes et de les transmettre à qui de droit, de s'entremettre en cas de conflit et de l'assister dans le cadre d'éventuelles procédures. Elle contribue ainsi à décharger l'institution. Munie d'une procuration de la personne concernée, elle a, en outre, accès à tous les documents concernant celle-ci. La personne de confiance doit pouvoir rendre visite à la personne placée en institution même si le droit de visite a été restreint. Au surplus, elle a un rôle particulier à jouer dans l'établissement du plan de traitement d'une personne souffrant de troubles psychiques (art. 433). L'institution doit faire en sorte que les entretiens aient lieu en présence de la personne de confiance, pour autant que celle-ci soit disponible dans un délai correct.

La personne placée dans une institution est entièrement libre dans le choix de sa personne de confiance. Elle choisira le plus souvent un membre de sa famille ou un proche, mais elle peut aussi désigner un défenseur des patients ou, par exemple, un collaborateur d'un service social. Les cantons peuvent édicter des dispositions complémentaires et, par exemple, charger un service indépendant de mettre des personnes de confiance à disposition des patients qui le souhaitent.

La fonction de la personne de confiance n'est pas assimilable à celle de l'avocat. L'Etat n'est pas tenu de la rémunérer ni de lui rembourser ses frais.

Art. 433 Soins médicaux en cas de trouble psychique. Plan de traitement

Lorsqu'une personne est placée dans une institution pour y subir un traitement en raison d'un trouble psychique, le médecin traitant établit par écrit un plan de traitement avec elle et, le cas échéant, avec sa personne de confiance (al. 1). Les cas d'urgence sont réservés (art. 435). Selon le «modèle bio-psycho-social» de la santé

mentale reconnu en psychiatrie, le traitement d'un trouble psychique exige la collaboration des personnes importantes pour le patient, comme des membres de la famille, des proches ou des spécialistes en soins ambulatoires ou des membres des autorités (cf. art. 432).

La personne concernée et la personne de confiance sont renseignées sur tous les éléments essentiels des soins médicaux envisagés, en particulier sur les raisons, le but, la nature, les modalités, les risques et les effets secondaires du traitement, ainsi que sur les conséquences d'un renoncement aux soins et sur l'existence éventuelle d'autres traitements (al. 2).

Contrairement à l'opinion généralement répandue, la plupart des personnes atteintes dans leur santé mentale ne sont pas placées dans une institution dans le cadre d'une privation de liberté à des fins d'assistance. Actuellement, il est déjà habituel que le médecin établisse le plan de traitement avec son patient, que ce soit oralement ou par écrit. Ce plan de traitement fait état des examens prévus, pose un diagnostic provisoire ou confirmé, décrit le traitement possible avec ses risques et ses effets secondaires et, le cas échéant, établit un pronostic. Il doit également mentionner d'autres traitements envisageables ainsi que les conséquences d'un rejet du traitement. Le plan de traitement doit être établi de la même manière pour une personne placée dans une institution pour y traiter un trouble psychique. Le placement d'une personne n'implique en effet pas le droit de la traiter. Il faut au contraire tenter d'obtenir le consentement de la personne concernée au traitement envisagé; il s'agit là d'une condition primordiale au succès du traitement. Cela signifie donc que ses souhaits en matière de traitement doivent être pris en compte dans toute la mesure du possible. Le patient ne doit cependant pas abuser de ce droit aux fins d'empêcher son traitement. Le plan de traitement est ensuite soumis pour consentement à la personne concernée (al. 3, 1^{re} phrase). Si elle est incapable de discernement, le médecin traitant tient compte d'éventuelles directives anticipées (al. 3, 2^e phrase). En conséquence, il y a lieu de prendre en considération, dans la mesure du possible, les vœux exprimés par la personne concernée lorsqu'elle était encore capable de discernement. Mais le respect des vœux ne peut pas faire renoncer à un traitement adéquat lorsqu'un placement à des fins d'assistance a été ordonné, étant donné qu'un traitement administré sans le consentement de la personne concernée ne peut être effectué qu'aux strictes conditions fixées par l'art. 434, à savoir que le défaut de traitement met gravement en péril la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui.

Pour assurer la transparence de la situation pour tous les intéressés, le plan de traitement doit être établi par écrit (al. 1). En outre, il doit être adapté à l'évolution de l'état de la personne concernée (al. 4).

Art. 434 Traitement sans consentement

Si la personne concernée ne peut pas ou ne veut pas donner son consentement, le médecin-chef du service concerné peut prescrire par écrit les soins médicaux prévus par le plan de traitement si les conditions suivantes sont remplies cumulativement.

1. Le défaut de traitement met gravement en péril la santé de la personne concernée (al. 1, ch. 1). Cette règle fait exception au principe selon lequel le consentement de la personne habilitée à représenter une personne incapable de discernement (art. 378) suffit pour prodiguer à cette dernière des soins qui sont dans son intérêt. La compétence du médecin-chef du service concerné

est ainsi limitée aux situations dans lesquelles il y a péril pour la santé de la personne. Elle est de ce fait conforme à l'art. 7 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, tout en étant plus restrictive dans la mesure où le traitement doit avoir été précédé d'un placement à des fins d'assistance et où – contrairement à la convention précitée – la personne concernée doit être incapable de discernement.

Donnant suite à une demande exprimée dans le cadre de la procédure de consultation, le présent projet étend la possibilité de traiter une personne sans avoir obtenu son consentement au cas où le défaut de traitement met gravement en péril la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui (al. 1, ch. 1). En effet, limiter la possibilité de traiter une personne sans avoir obtenu son consentement au seul cas où elle met en péril sa santé aurait eu pour conséquence que la personne atteinte d'une maladie psychique qui met gravement en péril la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui aurait dû être placée à des fins d'assistance pour une certaine durée, voire durablement, si elle avait refusé de donner son consentement à un traitement ou si elle n'avait pas été en mesure de le faire. Les hôpitaux psychiatriques seraient devenus ainsi de simples institutions d'internement sans compétence thérapeutique.

2. L'une des conditions de l'avant-projet de loi pour prescrire un traitement sans le consentement de la personne concernée était que celle-ci s'oppose au traitement parce qu'elle n'avait pas la capacité d'en saisir la nécessité. Cette solution fut critiquée lors de la procédure de consultation: elle était discutable au regard du droit de la personne concernée à disposer d'elle-même et elle conférerait au médecin un pouvoir d'appréciation quasi discrétionnaire. C'est pourquoi le présent projet utilise la notion établie de capacité de discernement (cf. art. 16 CC). Il s'agit là d'une notion relative. Elle s'appréciera donc *in concreto*, c'est-à-dire par rapport à la nécessité du traitement dans un cas donné (al. 1, ch. 2). Cette disposition s'applique aux personnes qui ont besoin d'un traitement nécessitant un placement à des fins d'assistance et qui ne sont pas en état de donner leur consentement au traitement envisagé. C'est le cas, par exemple, des patients qui n'ont pas la capacité de jugement nécessaire, par exemple en raison de démence, d'une déficience grave de l'intelligence ou de troubles de la personnalité, et ne peuvent donc exprimer ni leur consentement ni le rejet de la mesure. Il peut s'agir également de patients qui souffrent d'une maladie, par exemple de schizophrénie, qui perturbe leur perception ou qui les rend incapables de prendre une décision, par exemple dans le cas d'une dépendance. Bien que comprenant de quoi il s'agit, ces patients ne sont pas en mesure de consentir à un traitement approprié et ils expriment leur opposition verbalement ou même physiquement, parce qu'ils ne sont pas à même d'évaluer raisonnablement leur situation en raison d'un état de faiblesse affectant leur condition personnelle.

Pour les patients du premier groupe, l'intervention en tant que telle est admise généralement sans problème. Par contre, les personnes appartenant au second groupe sont souvent vues comme de pauvres êtres manipulés et martyrisés qu'il faut aider à se défendre contre une psychiatrie toute-puissante. Les expériences faites pendant plusieurs années par les proches de tels malades, par le personnel soignant et par d'autres personnes ayant à faire à ce genre de malades, par exemple des voisins, des autorités, des juristes, etc., démontrent à quel point il peut être préjudiciable de ne pas les traiter.

Les personnes bien intentionnées qui défendent la liberté de ces malades ne se rendent souvent pas compte que cela fait bien longtemps que cette liberté n'existe plus en raison de la maladie.

3. Il n'existe pas de mesures appropriées moins rigoureuses (al. 1, ch. 3). Ainsi, le traitement doit être proportionné à la cause du placement et conforme aux connaissances médicales les plus récentes. Des mesures incertaines ou contestées sur le plan scientifique, tout comme des interventions chirurgicales, n'entrent pas en ligne de compte si la personne concernée n'y a pas donné son consentement. La disposition vise plus généralement la prescription de médicaments, le mode de vie ou encore l'alimentation forcée.

La décision est communiquée par écrit à la personne concernée et à sa personne de confiance; elle doit indiquer les voies de droit (al. 2).

En psychiatrie, comme dans les autres branches de la médecine, lorsqu'il n'y a pas péril pour la santé de la personne concernée ou pour la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui et que la personne concernée ne donne pas son accord au traitement envisagé, le patient doit être autorisé à rentrer chez lui. Les hôpitaux psychiatriques ne sont pas des institutions dans lesquelles on peut retenir des personnes sans traitement afin de les tenir à l'écart de la société.

Art. 435 Cas d'urgence

En cas d'urgence, des soins médicaux indispensables peuvent être administrés immédiatement si la protection de la personne concernée ou d'autrui l'exige (al. 1). On considère communément comme cas d'urgence les personnes souffrant d'affections soudaines les plus diverses comme les infarctus, les attaques cérébrales, les blessures et hémorragies graves, les infections foudroyantes ou les empoisonnements. Dans ces situations, l'intervention médicale est généralement incontestée. En conformité avec l'art. 8 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, le présent projet constituera désormais la base légale nécessaire à une telle intervention (art. 379).

Dans le domaine de la psychiatrie, les situations d'urgence se présentent de manière quelque peu différente. Une personne souffrant de troubles psychiques peut soudainement menacer de se tuer ou de se blesser, de tuer ou de blesser quelqu'un d'autre ou se déchaîner, par exemple, sur des fenêtres, des portes, des meubles, etc. Dans ce genre de cas, il importe de pouvoir prendre des mesures thérapeutiques immédiates. Ne peuvent être traitées que les personnes dont le comportement est dû à une maladie. Les personnes violentes pour d'autres motifs devront faire l'objet de mesures de police. Dans les institutions gérées de manière professionnelle, le respect de la proportionnalité va de soi. Sont ainsi autorisées uniquement les mesures médicales qui sont indiquées et qui ne peuvent pas être remises à plus tard. Lorsque l'institution sait comment la personne entend être traitée, notamment parce que cette question a été abordée dans le cadre de l'entretien de sortie (art. 436), elle doit prendre en considération sa volonté (al. 2; cf. aussi art. 433, al. 3).

Art. 436 Entretien de sortie

Avant de quitter un hôpital, le patient a, en règle générale, un entretien avec le médecin traitant. Selon l'art. 436, s'il existe un risque de récurrence, le médecin traitant doit tenter de prévoir avec la personne concernée, avant sa sortie de l'institution,

les soins de base à lui administrer en cas de nouvelle hospitalisation (al. 1). Cette solution contribue à clarifier et à simplifier la situation lorsque la maladie survient à nouveau. L'entretien de sortie doit être consigné par écrit (al. 2).

Art. 437 Droit cantonal

Le traitement ambulatoire administré contre la volonté de la personne concernée n'était pas réglé dans l'avant-projet de loi, notamment parce que peu de cantons ont jugé nécessaire, jusqu'à présent, de régler ce traitement et qu'il est pratiquement impossible de forcer une personne à se soumettre à une mesure ambulatoire. Cependant, cette position a été fortement critiquée lors de la procédure de consultation. Il a été relevé que tous les traitements ne nécessitaient pas une hospitalisation. Ainsi, dans le cas de certains troubles psychiques engendrés par exemple par l'arrêt du traitement médical décidé par la personne elle-même ou par une intoxication, une mesure ambulatoire est moins radicale et stigmatisante qu'un placement à des fins d'assistance. Il a également été observé qu'il n'est pas conforme au système du nouveau droit de ne pas prévoir une gradation des mesures aussi dans le traitement des troubles psychiques.

Pour tenir compte de ces remarques pertinentes, le présent projet fait une réserve expresse en faveur du droit cantonal. Ainsi, il appartient aux cantons de prévoir des mesures ambulatoires (al. 2) et de régler la prise en charge de la personne concernée à sa sortie de l'institution (al. 1).

Art. 438 Mesures limitant la liberté de mouvement

Les règles sur les mesures limitant la liberté de mouvement d'une personne résidant dans une institution médico-sociale ou dans un home (art. 383 ss) s'appliquent par analogie aux mesures limitant la liberté de mouvement de la personne placée dans une institution à des fins d'assistance (1^{re} phrase). La possibilité de faire appel au juge en tout temps est réservée (2^e phrase; art. 439, al. 1, ch. 5, et al. 2, 2^e phrase).

Art. 439 Appel au juge

Le contrôle judiciaire selon l'actuel art. 397d CC est une disposition centrale en matière de privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a ss CC). Le futur droit doit maintenir une protection juridique étendue dans le domaine du placement à des fins d'assistance (art. 426 ss).

Selon l'avant-projet de loi, le placement ordonné par l'autorité de protection de l'adulte pouvait être attaqué par un recours auprès du tribunal; par contre, le placement ordonné par le médecin pouvait faire l'objet d'un double recours: tout d'abord auprès de l'autorité de protection de l'adulte et ensuite devant le tribunal. Mais contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, l'autorité de protection de l'adulte ne doit plus obligatoirement être un tribunal. En conséquence, pour être conforme avec l'art. 5 CEDH, le placement ordonné par le médecin doit pouvoir être attaqué directement devant le tribunal désigné par le canton (al. 1, ch. 1). Cette solution remplit l'exigence selon laquelle un tribunal doit se prononcer le plus rapidement possible sur la légalité du placement. Un tel recours est également possible en cas de maintien de la personne par l'institution (al. 1, ch. 2), de rejet d'une demande de libération par l'institution (al. 1, ch. 3), de traitement d'un trouble psychique sans le consentement de la personne concernée (al. 1, ch. 4) et de mesures limitant la liberté

de mouvement (al. 1, ch. 5). Selon l'al. 3, les dispositions de la procédure devant l'instance judiciaire de recours (art. 450 ss) s'appliquent par analogie. La compétence à raison du lieu pour les cas visés par l'art. 439, al. 1, ch. 2 à 5 est le tribunal au siège de l'institution (cf. aussi art. 385, al. 1).

L'al. 1, ch. 4, prévoit la possibilité d'un recours devant le tribunal contre «le traitement d'un trouble psychique» administré sans le consentement de la personne concernée. Le «traitement» comprend, d'une part, le traitement effectué dans un cas d'urgence (art. 435). Le recours doit alors établir, par exemple, qu'il n'y avait pas urgence ou que les soins médicaux administrés n'étaient pas proportionnés à la cause du placement. Le traitement recouvre, d'autre part, le plan de traitement en tant que tel (art. 433) et les soins prévus par ce plan et administrés sans le consentement de la personne concernée (art. 434, al. 2), auxquels la personne concernée ou un proche peut aussi s'opposer.

Comme actuellement (art. 397*d*, al. 1, CC), le recours doit être interjeté par écrit (al. 1) et signé par la personne qui fait recours (art. 14 CO). Il n'est pas nécessaire qu'elle dépose une demande formelle ou motivée (voir art. 450*e*, al. 1). L'exigence de la forme écrite sert à la sécurité du droit. Il est possible de mettre à disposition des formules pour demander un contrôle judiciaire. La capacité de discernement nécessaire pour recourir selon le droit fédéral est reconnue dans la mesure où la personne concernée est capable de rédiger sa demande par écrit.

Conformément à l'art. 397*e*, ch. 3, CC, toute requête de contrôle judiciaire doit être transmise immédiatement au juge compétent (al. 4).

Comme en droit actuel (art. 397*d*, al. 1, CC), le recours doit être déposé devant le tribunal dans un délai de dix jours à compter de la date de la notification de la décision (al. 2, 1^{re} phrase). Si ce délai n'est pas respecté, il n'est pas entré en matière sur le recours; celui-ci est alors considéré comme une demande de libération qui peut être déposée en tout temps (art. 426, al. 4). Aucun délai n'est prévu pour le recours contre des mesures limitant la liberté de mouvement (al. 2, 2^e phrase). Une personne retenue sur ordre du médecin-chef dans une institution dans laquelle elle est entrée de son plein gré peut la quitter après trois jours si aucune décision exécutoire de placement n'a été ordonnée (art. 427).

Selon les art. 450 ss, les décisions de l'autorité de protection de l'adulte peuvent être attaquées devant le tribunal désigné par le droit cantonal.

2.3 De l'organisation de la protection de l'adulte

2.3.1 Des autorités et de la compétence à raison du lieu

Art. 440 Autorité de protection de l'adulte

La résolution des problèmes psychosociaux de plus en plus complexes qui se posent dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que la prescription, dans le futur, de «mesures sur mesure» requièrent des exigences élevées des membres de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (cf. ch. 1.3.9). C'est pourquoi lors de la procédure de consultation, l'exigence de la professionnalisation et de l'interdisciplinarité a été largement approuvée. Mais il a aussi été demandé avec insistance de garantir autant que possible la liberté d'organisation des cantons et de

ne pas prévoir au niveau du droit fédéral l'obligation de constituer un tribunal spécialisé interdisciplinaire. Le présent projet tient compte de cette demande en stipulant que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit être une autorité interdisciplinaire (al. 1 et 3). Les cantons sont ainsi libres de prévoir comme autorité de protection de l'enfant et de l'adulte soit un organe administratif, soit une autorité judiciaire. Ce qui importe c'est que les membres de cette autorité soient élus en fonction des compétences nécessaires pour remplir leur tâche. La compétence peut toutefois aussi s'acquérir par une formation continue et la pratique. Mais, dans tous les cas, l'autorité doit comprendre un juriste afin de garantir une application correcte du droit. En outre, selon le cas à régler, les membres devraient disposer de compétences psychologiques, sociales, pédagogiques, comptables, actuarielles ou médicales. Pour les questions se rapportant à la gestion des biens ou à l'approbation des comptes, il serait souhaitable que l'autorité comprenne aussi des personnes disposant de connaissances en gestion de biens ou de comptabilité.

Il appartient aux cantons de décider si l'autorité doit être organisée au niveau de la commune, du district, de l'arrondissement ou de la région. Il ne faut en effet pas négliger le fait que les petites communes sont pratiquement dans l'impossibilité d'organiser une autorité interdisciplinaire. C'est pourquoi elles peuvent s'associer et constituer une autorité commune. Le droit fédéral permet également d'adopter une solution à l'instar de celle du canton du Tessin, qui a formé des arrondissements tutélaires; l'autorité tutélaire est composée de deux membres permanents et d'un membre délégué au lieu de domicile ou de séjour de la personne concernée.

Il appartient également aux cantons de décider s'ils veulent que les membres de l'autorité soient des professionnels ou des non-professionnels, ou s'ils veulent un mélange des deux systèmes. Il est aussi du ressort des cantons de fixer le nombre des membres. Afin de garantir une certaine interdisciplinarité et en considération notamment de la portée importante des mesures prises, le droit fédéral prévoit uniquement que l'autorité doit, en règle générale, siéger à trois membres au moins (al. 2, 1^{re} phrase). Les cantons peuvent fixer un plus grand nombre de membres et prévoir la composition en fonction du cas à juger.

L'autorité doit faire preuve de compétence en particulier dans le domaine principal de la protection de l'enfant et de l'adulte, qui est la prescription des mesures; dans ce domaine, les décisions doivent être prises par l'ensemble des membres de l'autorité. Mais il existe une série de procédures où le pouvoir d'appréciation est moins important; dans ces cas, il est possible pour des raisons de flexibilité et de célérité de renoncer à l'exigence de la collégialité. C'est pourquoi les cantons peuvent prévoir des exceptions pour des affaires déterminées et les soumettre à la compétence d'un seul membre de l'autorité (al. 2, 2^e phrase). Contrairement à l'art. 12 de l'avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, le présent projet, dans ce domaine aussi, laisse aux cantons la compétence organisationnelle et renonce à déterminer les cas relevant de la compétence d'un seul membre de l'autorité.

L'autorité de protection de l'adulte fait également office d'autorité de protection de l'enfant (al. 3). Les deux autorités sont ainsi composées des mêmes personnes.

Art. 441 Autorité de surveillance

Les cantons désignent l'autorité chargée de surveiller la ou les autorités de protection de l'adulte (al. 1). Ils peuvent confier cette fonction soit à un organe administratif, soit à une autorité judiciaire. Ils peuvent, comme actuellement, prévoir deux autorités: une autorité inférieure et une autorité supérieure (art. 361, al. 2, CC).

L'autorité de protection doit de façon générale veiller à ce que le droit soit appliqué correctement et de manière uniforme. Elle peut dès lors intervenir d'office lorsqu'elle a connaissance d'un acte ou d'une omission illicites de l'autorité de protection de l'adulte et indirectement également des curateurs. Il ne lui appartient toutefois pas de corriger une décision prise par l'autorité de protection de l'adulte dans un cas particulier. En effet, seul le tribunal désigné par le droit cantonal peut rejuger l'affaire et modifier la décision dans le cadre d'une procédure de recours selon l'art. 450.

Le Conseil fédéral peut édicter des dispositions d'exécution en matière de surveillance (al. 2) et concrétiser les différentes tâches afin de garantir une surveillance administrative uniforme et de qualité.

Comme l'autorité de protection de l'adulte sera désormais une autorité interdisciplinaire et que les mesures ordonnées constituent une atteinte au principe fondamental de la liberté personnelle, ses décisions ne pourront plus faire l'objet d'un recours auprès d'un organe administratif. En procédure de recours, elles doivent être jugées directement par le tribunal désigné par le droit cantonal (pour plus de détails, cf. art. 450 ss; cf. aussi art. 29 Cst. qui garantit à toute personne le droit fondamental à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable). Les cantons peuvent confier la surveillance générale à l'instance judiciaire de recours ou prévoir deux instances judiciaires de recours.

Le terme «tribunal» ne doit pas être compris au sens formel. Il doit s'agir d'un organe qui répond aux exigences de l'art. 6, al. 1, CEDH, à savoir qu'il doit être indépendant et impartial. Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, les caractéristiques de cet organe sont qu'il détermine lui-même les faits juridiquement pertinents, qu'il applique les normes juridiques aux faits et enfin qu'il rende un jugement obligatoire. Par contre, il ne doit pas être composé uniquement de juges professionnels.

Art. 442 Compétence à raison du lieu

L'art. 442 règle la compétence à raison du lieu de l'autorité de protection de l'adulte. La compétence à raison du lieu dans le domaine de la protection de l'enfant est déterminée en principe par le droit de la filiation (art. 275 et 315 CC).

L'autorité de protection compétente est celle du lieu de domicile de la personne concernée (al. 1, 1^{re} phrase). Quant au fond, la disposition correspond au droit actuel (art. 376, al. 1, et 396, al. 1, CC). Elle est fondée sur les dispositions relatives au domicile figurant aux art. 23 à 26. Lorsqu'une procédure est en cours, la compétence à raison du lieu reste acquise jusqu'au terme de la procédure (al. 1, 2^e phrase), même si la personne concernée a changé de domicile entretemps.

Comme en droit de la filiation (art. 315, al. 2 et 3, CC), à l'avenir, lorsqu'il y aura péril en la demeure (al. 2, 1^{re} phrase), sera compétente en matière de protection de l'adulte en général – et plus seulement dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397b, al. 1, CC) – l'autorité du lieu où réside la personne

concernée. Le cas échéant, elle doit informer l'autorité du lieu de domicile qu'elle a ordonné une mesure; la procédure est alors transférée à l'autorité du lieu de domicile, qui décidera de la suite à lui donner (cf. al. 2, 2^e phrase).

L'al. 3 prévoit, en outre, une compétence au lieu où la majeure partie du patrimoine est administrée (cf. art. 396, al. 2, CC), qui est toutefois limitée au cas prévu par l'art. 390, al. 1, ch. 2.

Selon l'al. 4, les cantons peuvent décréter que leurs ressortissants domiciliés sur leur territoire sont soumis à l'autorité de protection de l'adulte de leur lieu d'origine (cf. art. 376, al. 2, CC). Cette compétence s'applique également au domaine de la protection de l'enfant. En effet, en 1978, l'art. 315, al. 1, CC a codifié l'opinion juridique d'alors selon laquelle les mesures de protection de l'enfant relèvent de la compétence de l'autorité du lieu de domicile de l'enfant, sans exclure toutefois expressément la compétence du lieu d'origine²⁹.

Lorsqu'une personne faisant l'objet d'une mesure de protection change de domicile, la compétence est transférée immédiatement à l'autorité du nouveau lieu de domicile, à moins qu'un juste motif ne s'y oppose (al. 5). Pour tenir compte des multiples contingences pratiques appelant une certaine souplesse des autorités, il y a lieu de leur accorder une marge de manoeuvre. C'est pourquoi il a été renoncé à prévoir dans la loi un délai pour transférer la mesure.

2.3.2 Procédure devant l'autorité de protection de l'adulte

Les règles de procédure prévues dans le deuxième chapitre pour les autorités de protection de l'adulte et le recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'adulte (art. 443 ss) s'appliquent également à l'autorité de protection de l'enfant, conformément aux art. 440, al. 3, et 314, al. 1.

Art. 443 Droit et obligation d'aviser l'autorité

Toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide et qu'il faudrait instituer une mesure (al. 1). Un tel principe contribue à l'efficacité de la protection de l'adulte. En outre, les personnes soumises au secret professionnel doivent demander à être déliées du secret professionnel selon l'art. 321, ch. 2, CP avant d'aviser l'autorité.

L'al. 2 reprend, en les étendant, les art. 368, al. 2, et 369, al. 2, CC sur le devoir d'annoncer. La procédure devant l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est soumise à la maxime inquisitoire, comme cela ressort expressément de l'art. 446, al. 1 et 2. De cette procédure découle une obligation d'aviser l'autorité, qui s'adresse exclusivement aux personnes exerçant une activité officielle. Ces personnes sont tenues d'annoncer les cas dont elles ont connaissance dans l'exercice de leur fonction (al. 2, 1^{re} phrase). L'expression «dans l'exercice de leur fonction» doit être comprise dans un sens large. Elle recouvre l'activité de toute personne qui exerce des compétences de droit public, même si elle n'occupe pas une fonction de fonctionnaire ou d'employée dans une collectivité publique. La disposition est une

²⁹ FF 1974 II 1

prescription minimale de droit fédéral. Les cantons peuvent soumettre d'autres personnes à l'obligation d'aviser l'autorité (al. 2, 2^e phrase).

L'art. 443 correspond à l'art. 448, al. 1 à 3, dont les destinataires sont les personnes parties à la procédure et les tiers.

Art. 444 Examen de la compétence

La disposition se rattache à l'art. 442, mais elle s'applique tant à la compétence quant au lieu qu'à la compétence quant à la matière. Conformément à la maxime inquisitoire (art. 446, al. 1) et à la maxime d'office (art. 446, al. 3), les compétences quant au lieu et quant à la matière de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit, comme dans le droit en vigueur (art. 314 ss, 376 s. et 397b CC), être examinée d'office (al. 1). Si l'autorité estime clairement qu'elle n'est pas compétente, elle doit transmettre l'affaire dans les plus brefs délais à l'autorité qu'elle considère compétente (al. 2). Elle ne peut en principe pas entrer en matière, mais des exceptions peuvent être prévues. Des incertitudes sur la compétence sont possibles, par exemple en ce qui concerne les tribunaux civils qui doivent ordonner des mesures de protection de l'enfant ou en ce qui concerne l'art. 442, al. 1 à 3. L'échange de vues prévu par l'al. 3 n'est pas inconnu dans le droit actuel³⁰.

L'al. 4 règle le conflit de compétence négatif. Selon le droit actuel, les conflits de compétence entre autorités sont réglés au niveau cantonal; il n'est pas possible de porter le conflit devant le Tribunal fédéral³¹. Un conflit de compétence intercantonal doit être résolu au moyen d'une réclamation de droit public (art. 83, let. b et e, OJ). Cette voie est longue, compliquée et lourde. La solution prévue par l'al. 4 simplifie la procédure et vaut aussi bien pour les conflits de compétence intracantonaux qu'intercantonaux. La décision de l'instance de recours lie en principe les autorités des autres cantons. Le canton perdant peut toutefois interjeter un recours de droit civil contre cette décision auprès du Tribunal fédéral³².

Art. 445 Mesures provisionnelles

Les mesures prises par l'autorité doivent garantir l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide (art. 388, al. 1). A cet effet, il est important que les mesures nécessaires soient ordonnées et prises à temps. Pour que le but de la loi puisse être réalisé, il est souvent indispensable d'ordonner les mesures nécessaires pendant la procédure en cours (cf. pour le droit actuel art. 386 CC). C'est pourquoi l'al. 1 autorise l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte à prendre des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure. Le principe de la proportionnalité n'est pas spécialement mentionné dès lors qu'il peut être considéré comme inhérent au but d'une mesure provisoire dont la durée est limitée à celle de la procédure et qui sera probablement remplacée ultérieurement par une mesure définitive.

L'al. 2 règle les mesures superprovisionnelles. Il appartient au droit cantonal de décider si le président ou un membre de l'autorité a la compétence d'ordonner seul de telles mesures. Si on notifie la mesure à une personne partie à la procédure, il y a

³⁰ Cf. par ex. art. 8 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021) ou art. 30, al. 2, de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; FF 2005 3829).

³¹ ATF 110 II 92

³² Art. 72, al. 2, ch. 5 à 7, en rapport avec art. 120, al. 2, LTF.

lieu de lui garantir aussi le droit d'être entendu, comme le prévoit le projet de code de procédure civile suisse.

Selon l'al. 3, toute décision relative aux mesures provisionnelles peut faire l'objet d'un recours. Contrairement à ce que prévoit l'art. 450*b*, al. 1, le délai de recours est seulement de dix jours, à compter de la notification de la décision; les autres dispositions sur la procédure devant l'instance judiciaire de recours s'appliquent sans modification. Dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte – contrairement à ce que prévoit le projet de code de procédure civile suisse – il est possible de former un recours également contre des mesures superprovisionnelles, étant donné qu'elles peuvent porter une atteinte profonde à la personnalité de la personne concernée et que la procédure pour ordonner une mesure provisoire ordinaire, lorsque plusieurs personnes parties à la procédure doivent être entendues, peut être relativement longue. Mais cette procédure de recours n'aura en principe pour objet que de vérifier si les conditions des mesures superprovisionnelles étaient réalisées. Il y a lieu de noter que l'intérêt légitime pour recourir n'existe plus à partir du moment où la mesure superprovisionnelle est levée.

Le droit cantonal détermine (cf. art. 450*f*) si les décisions relatives aux mesures provisionnelles doivent être motivées par écrit. Une motivation est toutefois indispensable lorsque la décision peut faire l'objet d'un recours.

Art. 446 Maximes de la procédure

En vertu du principe fondamental de la protection du bien de l'enfant, la législation en vigueur dans le domaine du droit de l'enfant respecte de manière conséquente la maxime inquisitoire et la maxime d'office, soit en vertu de prescriptions expresses du code civil valables pour certains domaines (art. 145, 254 et 280 CC), soit en application de règles de droit fédéral non écrites, par exemple dans le cas de mesures de protection de l'enfant (art. 307 ss CC). Dans le droit de la tutelle actuel, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent elles aussi ces maximes dans les procédures d'interdiction et de mise sous curatelle, de privation de liberté à des fins d'assistance, mais aussi, dans les autres procédures lorsque la cause le justifie.

La maxime inquisitoire et la maxime d'office, désormais valables pour toutes les procédures, sont expressément inscrites dans les al. 1 et 3. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte a donc le devoir d'établir les faits. Les personnes parties à la procédure et les tiers sont également tenus de collaborer à l'établissement des faits selon l'art. 448 (cf. aussi art. 443).

L'al. 2 concrétise la maxime inquisitoire. L'établissement des faits en sera ainsi facilité. Certaines tâches pourront être confiées à des personnes compétentes, qui ne sont pas membres de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, par exemple à des greffiers, des assistants sociaux, des médecins ou à d'autres experts. Les membres de l'autorité peuvent ainsi être déchargés des affaires de routine. Sous réserve d'une dérogation fédérale, il appartient aux cantons de déterminer les affaires qui relèvent de la seule compétence des membres de l'autorité, comme par exemple l'audition de témoins ou l'instruction des experts. La compétence décisionnelle reste toutefois exclusivement à l'autorité, qui, selon l'art. 440, al. 1, doit être une autorité interdisciplinaire. L'art. 440, al. 2, 1^{re} phrase, prévoit qu'elle prend ses décisions en siégeant à trois membres au moins. Les cantons peuvent cependant prévoir des exceptions pour des affaires déterminées; ils peuvent ainsi fixer dans la loi que la compétence de décider appartient à un seul membre de l'autorité (art. 440, al. 2,

2^e phrase). Toutefois, il est interdit de faire échouer par ce biais le but de la révision exprimé par l'art. 440, al. 1. Ainsi, les décisions qui limitent l'exercice des droits civils de la personne concernée ou qui, d'une autre manière, portent atteinte gravement à sa liberté personnelle relèvent en principe de la compétence de l'autorité collégiale, à moins qu'il ne s'agisse de mesures provisionnelles urgentes (art. 445, al. 2). En outre, il est permis de conférer la compétence décisionnelle à un seul membre de l'autorité pour des raisons de flexibilité et de gain de temps, par exemple pour des affaires qui ne nécessitent pas un grand pouvoir d'appréciation et qui présentent beaucoup de similitude avec les décisions rendues selon la procédure sommaire en matière de droit civil.

Si l'autorité n'a pas les connaissances nécessaires pour traiter un cas, elle doit faire appel à un expert. Cela peut s'avérer indispensable en particulier pour le placement à des fins d'assistance et la limitation de l'exercice des droits civils en raison d'un trouble psychique ou d'une déficience mentale (al. 2, 3^e phrase). Conformément à la pratique actuelle relative à l'art. 397e, ch. 5, CC³³, mais en dérogation par rapport à l'art. 374, al. 2, CC³⁴, il n'y a pas lieu de faire obligatoirement appel à un expert externe si l'un des membres de l'autorité qui participe à la prise de décision dispose des connaissances nécessaires.

L'al. 4 prévoit que l'autorité doit appliquer le droit d'office. Cela signifie que l'autorité n'est pas liée par les arguments juridiques présentés par les parties à la procédure et que le droit de procédure doit lui aussi être appliqué d'office.

Art. 447 Droit d'être entendu

Selon l'art. 29, al. 2, Cst., toutes les personnes parties à la procédure ont le droit d'être entendues. Le droit de la personne concernée d'être entendue en personne va au-delà du simple droit d'être entendu. L'al. 1 prévoit pour l'autorité l'obligation générale d'entendre la personne concernée en personne, qui ne peut être contournée ni par une prise de position écrite, ni par la représentation par un avocat ou un curateur appelé à représenter la personne dans la procédure. Pour des informations sur le droit des enfants d'être entendu en personne, il faut se référer à l'art. 314a.

L'obligation d'entendre la personne concernée est une concrétisation de l'art. 388, selon lequel les mesures prises par l'autorité ont pour but de garantir l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide, ainsi que de maintenir et de développer autant que possible l'autonomie de la personne concernée. C'est pourquoi, d'un point de vue procédural, il est en règle générale indispensable d'entendre la personne concernée personnellement lorsqu'une mesure est ordonnée. Cela vaut en particulier dans le cas d'une limitation de l'exercice des droits civils, lorsque la mesure envisagée porte atteinte au droit de la personnalité ou lorsque la personne concernée exige expressément d'être entendue. L'audition en personne est aussi souvent indispensable pour établir les faits. Cependant, des exceptions au principe de l'audition en personne sont permises si elle paraît disproportionnée au vu de l'ensemble des circonstances (art. 4 CC). C'est le cas, par exemple, lorsque des décisions complémentaires doivent être prises et qu'une opinion personnelle n'est plus de nature à les influencer ou lorsqu'une mesure existante doit être étendue,

³³ ATF 110 II 123 s.

³⁴ Selon cette disposition, un rapport d'un expert externe est le plus souvent nécessaire pour établir les faits.

alors que la personne concernée ne peut plus s'exprimer, par exemple lorsqu'il y a lieu d'ordonner une gestion des biens pour une personne sous curatelle de représentation qui se trouve dans le coma. Il peut également être renoncé à l'audition personnelle pour la levée d'une mesure.

Le fait que la santé physique ou psychique de la personne concernée rende l'audition personnelle plus difficile ne suffit pas, à lui seul, à justifier que l'on y renonce d'emblée. L'autorité ne peut pas alors se contenter de mener une procédure «à distance». Le droit d'être entendu au sens de l'al. 1 est réputé aussi être respecté lorsque la personne habilitée à procéder à l'audition se rend chez la personne concernée, alors même qu'un entretien avec elle n'est plus possible en raison de son état physique ou psychique. Mais même dans de tels cas un contact personnel au sens de l'art. 388 peut être justifié. Par contre, il y a toujours lieu de respecter le refus d'une audition personnelle émis par une personne capable de discernement.

L'audition personnelle peut, conformément au droit cantonal, être réalisée par un seul membre de l'autorité ou – contrairement au droit actuel³⁵, mais en conformité avec l'art. 446, al. 2 – par une autre personne qualifiée. Il est toutefois indispensable de veiller à ce que l'interdisciplinarité préconisée par l'art. 440, al. 1, soit garantie dans chaque cas. Pour les placements à des fins d'assistance, l'al. 2 prévoit par contre que l'audition doit en règle générale être réalisée par l'ensemble des membres de l'autorité. Contrairement au droit actuel (art. 397f, al. 3, CC), la possibilité de déléguer est admise exceptionnellement³⁶. Dans ce cas également, il pourrait être renoncé à une audition personnelle parce que, par exemple, la personne concernée la refuse ou parce que sa réalisation est rendue impossible pour d'autres motifs³⁷.

Art. 448 Obligation de collaborer et assistance administrative

L'obligation de collaborer prévue à l'al. 1 découle de la maxime inquisitoire (cf. art. 446, al. 1). Les personnes parties à la procédure et les tiers doivent notamment fournir, oralement ou par écrit, les renseignements nécessaires, témoigner, produire les documents requis et se soumettre à des examens médicaux, à des perquisitions officielles ou à des inspections locales. En cas de nécessité, l'autorité de protection de l'adulte ordonne que l'obligation de collaborer soit accomplie sous la contrainte. Cette mesure doit toutefois être prise dans le respect du principe de la proportionnalité. Cela signifie qu'elle doit être tolérable au vu des circonstances et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé. Il est indispensable que les moyens de contrainte soient réglés au niveau d'une loi. Selon l'art. 450f, les dispositions de la procédure civile leur sont applicables par analogie, à moins que les cantons n'en disposent autrement. Comme l'exécution de l'obligation de collaborer porte souvent atteinte aux droits de la personnalité, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit, dans chaque cas, après avoir procédé à une pesée des intérêts, prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts dignes de protection.

Selon l'art. 321, ch. 3, CP, la Confédération et les cantons peuvent adopter des dispositions qui statuent l'obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice pour les personnes soumises au secret professionnel selon l'art. 321, ch. 1,

³⁵ ATF 117 II 132

³⁶ Cf. ATF 110 II 122, 124 c. 4

³⁷ Cf. ATF 116 II 406 s.

CP. L'al. 3 énumère les personnes qui ne sont pas tenues de collaborer. Dispenser en principe ces personnes de l'obligation de collaborer se justifie au regard d'une pesée d'intérêts générale et abstraite. Les personnes concernées sont en principe celles prévues par l'art. 321 CP, mais avec en plus les médiateurs et les précédents curateurs nommés pour la procédure (cf. art. 139, al. 3, CC).

Selon l'al. 2, les personnes du milieu médical, soit les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires, ne sont tenues de collaborer que si le détenteur du secret les y a autorisées ou que, à la demande de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, l'autorité supérieure les ait déliées du secret professionnel (art. 321, ch. 2, CP). Les cas tombant sous le coup de l'art. 358^{ter} CP³⁸ (cf. aussi art. 443) n'exigent pas que les personnes concernées soient déliées du secret professionnel.

L'al. 4 complète l'art. 446, al. 1. Pour établir les faits de manière complète, il est souvent indispensable que les autorités administratives et les tribunaux fournissent les documents en leur possession et communiquent les informations requises, à moins que des intérêts dignes de protection ne s'y opposent. Les documents et les informations reçus par l'assistance administrative font partie du dossier. L'obligation de garder le secret est levée exceptionnellement en ce qui concerne l'information obtenue par l'assistance administrative. Le droit pour la personne concernée de consulter le dossier (art. 449b) peut ainsi porter atteinte à des intérêts privés de tiers ou à des intérêts publics. L'autorité appelée à apporter l'assistance administrative requise doit, dans un tel cas, procéder à une pesée des intérêts en présence et, le cas échéant, prendre les mesures de protection nécessaires. C'est pourquoi une demande d'assistance administrative devrait en principe être faite en la forme écrite et être motivée³⁹.

Art. 449 Expertise effectuée dans une institution

L'al. 1 complète l'art. 426, al. 1, et constitue la base légale pour pouvoir placer une personne dans une institution afin d'y effectuer une expertise psychiatrique indispensable qui ne peut pas être faite de manière ambulatoire. Une telle mesure est admise si le principe de la proportionnalité est respecté. L'al. 2 garantit la même protection qu'en cas de placement à des fins d'assistance.

Art. 449a Représentation

La disposition a pour modèle l'art. 397f, al. 2, CC relatif à la privation de liberté à des fins d'assistance et vaut pour toutes les procédures, qu'elles se rapportent tant à la protection de l'adulte qu'à la protection de l'enfant (cf. art. 314, al. 1, et 314b, al. 1). Le droit d'être assisté par un curateur dans la procédure est une composante du droit d'être entendu qui est garanti par la Constitution fédérale (art. 29, al. 2, Cst.). Les termes «si nécessaire» confère un pouvoir d'appréciation à l'autorité. La jurisprudence fédérale relative à l'article constitutionnel est déterminante. Un curateur nommé pour la procédure doit en principe être désigné lorsque la personne concernée n'est pas en mesure de défendre elle-même ses intérêts et de désigner un représentant. La nomination a lieu soit sur demande, soit d'office. Les raisons énu-

³⁸ Suite à l'entrée en vigueur de la modification du 13 décembre 2002 du code pénal suisse (dispositions générales, adoption et application de la loi), art. 364 CPS.

³⁹ Cf. aussi ch. 2.5.24.

mérées à l'art. 146 CC (et selon l'art. 294 P PCS), qui justifient que l'autorité ordonne la représentation de l'enfant dans une procédure de divorce, exigent également une représentation de l'enfant dans la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant (art. 314, al. 1). La représentation ne doit pas nécessairement être assurée par un avocat; il est seulement exigé, comme à l'art. 147 CC, que «la personne dispose d'expérience en matière d'assistance et dans le domaine juridique». Les questions financières, soit l'indemnisation du curateur et la répartition des frais, seront réglées en principe par le droit cantonal (art. 404, al. 3; cf. toutefois aussi art. 147, al. 3, CC). Il en sera de même pour la question de savoir s'il y a un droit à disposer gratuitement d'un curateur pour la procédure, étant souligné qu'il y a lieu dans ce cas de respecter les exigences du droit fédéral (art. 29, al. 3, Cst.) et de la jurisprudence y relative⁴⁰. La présente disposition vaut en principe pour toute la procédure, y compris la procédure de recours. Ce principe est exprimé expressément à l'art. 450e, al. 4, pour la procédure de recours en cas de placement à des fins d'assistance ou d'expertise psychiatrique effectuée dans une institution (cf. art. 449, al. 2).

Art. 449b Consultation du dossier

Le droit de consulter le dossier concrétise le droit constitutionnel d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst.). Pour des raisons d'équité, les personnes parties à la procédure doivent savoir sur quelles bases les autorités ont pris leur décision. Cela suppose que tous les documents soient saisis de manière systématique et que le dossier soit tenu à jour (cf. aussi art. 46 LPG⁴¹). Le droit de consulter le dossier peut être invoqué en principe même une fois la procédure close. Un tiers qui porterait plainte n'aurait pas le droit de consulter le dossier s'il n'est pas aussi une personne partie à la procédure.

Le droit de consulter le dossier peut être restreint s'il en va de la protection d'intérêts privés prépondérants au maintien du secret ou d'autres intérêts – également publics –, par exemple la protection de la personne concernée. Si une personne partie à la procédure se voit refuser la consultation d'une pièce pour l'une de ces raisons, cette pièce ne peut, selon l'al. 2, être utilisée que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire. Le droit d'être entendu exige que la personne concernée puisse se prononcer sur le refus de consulter la pièce (pour le principe, cf. aussi art. 48 LPG⁴²).

Art. 449c Obligation de communiquer

Tous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus qui ne sont pas interdits pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit ont les droits politiques en matière fédérale (art. 136, al. 1, 1^{re} phrase, Cst.). Selon l'art. 2 du projet de la loi fédérale sur les droits politiques⁴³, les interdits exclus du droit de vote sont les personnes mentionnées par la disposition constitutionnelle qui, en raison d'une incapacité durable de discernement, sont protégées par une curatelle de portée générale (art. 398) ou par un mandat pour cause d'inaptitude (art. 363). La communication de ces cas à l'état civil, qui se base matériellement sur les art. 40 ss OEC⁴⁴, a

⁴⁰ TF, 12.1.2006, I 501/05

⁴¹ RS 830.1

⁴² RS 830.1

⁴³ Cf. annexe au projet.

⁴⁴ RS 211.112.2

pour but de garantir que l'autorité qui gère le fichier des électeurs en ait connaissance. Cette disposition ne s'applique pas aux autres personnes incapables de discernement.

2.3.3 Procédure devant l'instance judiciaire de recours

Le nouveau droit prévoit différents moyens de recours. Le deuxième sous-chapitre sur la procédure devant l'instance judiciaire de recours (art. 450 ss) règle la procédure applicable par le tribunal désigné par le droit cantonal aux recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 450, al. 1). Il s'agit là du cas normal.

Par contre, l'appel au juge selon l'art. 439 constitue un cas particulier. Le but de cette norme est, entre autres, d'harmoniser le droit suisse avec les exigences posées par l'art. 5 CEDH. En cas de placement à des fins d'assistance, il est possible d'en appeler directement au juge lorsque le placement a été ordonné par un médecin ou lorsqu'il s'agit de certaines décisions prises par l'institution (art. 439, al. 1, ch. 1 à 5). Le délai d'appel est de dix jours à compter de la date de la notification de la décision; pour les mesures limitant la liberté de mouvement, il peut en être appelé au juge en tout temps (art. 439, al. 2). Il s'agit là d'un recours d'un genre particulier. Selon l'art. 439, al. 3, les dispositions relatives à la procédure devant l'instance judiciaire de recours (art. 450 ss) s'appliquent par analogie.

Si l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est, selon le droit cantonal, un tribunal, il est possible de lui octroyer la compétence décisionnelle pour les cas prévus à l'art. 439. Par contre, si elle est un organe administratif, les cantons doivent prévoir une compétence judiciaire spéciale, qui ne doit toutefois pas être l'instance judiciaire de recours qui se prononce sur les recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 450 ss).

Enfin, selon l'art. 419 (et art. 314, al. 1), la personne concernée, l'un de ses proches ou toute personne qui justifie d'un intérêt juridique peut en appeler à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte contre les actes ou les omissions du curateur. Ce recours peut être interjeté en tout temps. Il correspond au recours à l'autorité tutélaire prévu par l'actuel art. 420, al. 1, CC. A l'avenir, il s'appliquera également lorsque l'autorité de protection de l'adulte donnera mandat à un tiers ou à un office d'accomplir des tâches particulières selon l'art. 392. Il ne s'agit pas d'une procédure de recours au sens technique. Ce sont les dispositions de procédure applicables en première instance qui s'appliquent (art. 443 ss). La procédure de première instance s'applique aussi aux actes qualifiés par le projet d'«intervention de l'autorité de protection de l'adulte» (art. 385, cf. en outre art. 368, 373, 376 et 381). La décision de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte peut faire l'objet d'un recours auprès du tribunal conformément aux art. 450 ss.

Le droit fédéral ne prévoit qu'une seule voie de droit contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte: le recours. Ce recours a un effet dévolutif en ce qu'il transfère à l'instance de recours la compétence, c'est-à-dire la procédure et tous les documents qui s'y rapportent. L'autorité de recours examine d'office la décision de la première instance, en appliquant la maxime inquisitoire et la maxime d'office (art. 446), en règle générale en se limitant seulement à l'étendue du recours; le cas échéant, elle procède, à la lumière de la maxime inquisitoire et de

la maxime d'office ainsi que du principe de l'application d'office du droit, à un examen complet des points attaqués, au niveau des faits et du droit, et rend une nouvelle décision. Conformément au but de protection ancré dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (cf. art. 388 s. et 426, al. 1 et 2) et compte tenu de la possibilité d'annuler ou de modifier en tout temps la mesure ordonnée (cf. art. 383, 414, 415, 426, al. 3, et 431), les notions de force de chose jugée formelle et matérielle n'ont ici pas une importance décisive – contrairement à ce qui vaut en procédure civile – et l'on peut en particulier renoncer au moyen de droit extraordinaire que constitue la révision.

Art. 450 Objet du recours et qualité pour recourir

Toutes les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (al. 1, en rapport avec art. 314, al. 1), de même que toutes les décisions relatives aux mesures provisionnelles (art. 445, al.) peuvent faire l'objet d'un recours. Le recours contre les décisions préjudicielles, par exemple celles sur la récusation, la nomination d'un curateur, la suspension de la procédure ou l'obligation de collaborer, n'est pas réglé par le présent projet. Si le droit cantonal ne prévoit pas de réglementation, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie, conformément à l'art. 450*f*.

La réglementation de la qualité pour recourir se base matériellement sur l'art. 420 CC. Selon l'al. 2, ch. 1 à 3, peuvent former un recours les personnes parties à la procédure, les proches de la personne concernée et les personnes qui ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. Pour former un recours, la personne concernée doit être capable de discernement⁴⁵, alors que les proches et les autres personnes doivent avoir l'exercice des droits civils. La notion de personne proche est déjà connue en droit actuel (cf. art. 397*d*, al. 1, CC). Selon la doctrine et la jurisprudence, le proche est une personne qui connaît bien la personne concernée et qui, grâce à ses qualités et, le plus souvent, grâce à ses rapports réguliers avec celle-ci, paraît apte à en défendre les intérêts. L'existence d'un rapport juridique entre les deux personnes n'est toutefois pas requise. C'est le lien de fait qui est déterminant. La légitimation du proche ne suppose pas nécessairement que des intérêts de la personne concernée doivent être sauvegardés⁴⁶. Peuvent être des proches les parents, les enfants, d'autres personnes étroitement liées par parenté ou amitié à la personne concernée, le partenaire, mais également le curateur, le médecin, l'assistant social, le prêtre ou le pasteur, ou une autre personne qui a pris soin et s'est occupée de la personne concernée⁴⁷. La personne de confiance selon l'art. 432 peut être un proche. Il est envisageable que plusieurs proches soient parties à la procédure indépendamment l'une de l'autre.

D'autres personnes également, soit des tiers, qui ne peuvent pas être qualifiées de proches, peuvent être légitimées à recourir. La légitimation à recourir des tiers s'inspire de l'art. 419, selon lequel les tiers peuvent former recours contre une action ou une omission du curateur pour autant qu'ils aient un intérêt juridique. Le tiers peut recourir aux mêmes conditions contre la décision de première instance de l'autorité de protection de l'adulte. La légitimation à recourir suppose un intérêt juridique qui doit être sauvegardé par le droit de la protection de l'adulte; un simple intérêt de fait ne suffit pas. C'est pourquoi un tiers n'est dès lors habilité à recourir

⁴⁵ Concernant la capacité de discernement des enfants, cf. TF, 9.10.2003, 6P.121/2003.

⁴⁶ ATF 122 I 18 ss 30

⁴⁷ ATF 114 II 213, 217 c. 3

que s'il fait valoir une violation de ses propres droits; il n'aura pas la qualité pour recourir s'il prétend défendre des intérêts de la personne concernée, alors qu'il n'est en réalité pas un proche de celle-ci⁴⁸.

Selon l'al. 3, le recours doit être dûment motivé et interjeté par écrit. Les exigences formelles ne peuvent toutefois pas être trop élevées. Ainsi, il suffit que la personne concernée capable de discernement signe un texte écrit et brièvement motivé qui fasse ressortir l'objet du recours et dont on peut déduire la volonté de contester, en tout ou en partie, la décision prise par l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Les vices de forme, par exemple l'absence de signature ou de procuration etc., doivent être rectifiés dans un délai raisonnable. Ici également, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie sur la base de l'art. 450f si les cantons n'en disposent pas autrement.

Art. 450a Motifs

Le recours est une voie de droit complète. Selon l'al. 1, le recours permet d'attaquer toute violation du droit, toute constatation fautive ou incomplète des faits pertinents et toute inopportunité de la décision. L'al. 2 prévoit en outre que le déni de justice ou le retard injustifié peut également faire l'objet d'un recours. On est en présence d'un déni de justice lorsque l'autorité ne prend aucune décision tout en étant juridiquement tenue de le faire, alors qu'on est en présence d'un retard injustifié lorsque l'autorité ne règle pas l'affaire dans un délai raisonnable. Dans ces cas, le recours ne suppose pas qu'il y ait une décision à attaquer. Le déni et le retard sont assimilés à des décisions attaquables⁴⁹. L'al. 2 n'est pas applicable lorsque le grief ne s'adresse pas à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, mais vise un acte ou une omission du curateur. Dans ces cas, il y a lieu de faire appel à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, conformément à l'art. 419.

Art. 450b Délais

Le délai de recours est de 30 jours à compter de la notification de la décision (al. 1, 1^{re} phrase), en conformité avec l'art. 100, al. 1, LTF, mais en dérogation avec l'art. 420, al. 2, CC. Par contre, pour les mesures provisionnelles et le placement à des fins d'assistance, le délai de recours est de dix jours (art. 445, al. 3, et 450b, al. 2). Les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie, en complément, à la notification et au délai si les cantons n'en disposent pas autrement.

Selon la doctrine relative à l'actuel art. 420 CC, pour les personnes auxquelles la décision n'a pas été notifiée, par exemple un proche qui n'était pas partie à la procédure de première instance, le délai commence à courir le jour où elles en prennent connaissance. Si la décision n'est pas attaquée dans les délais par les personnes ayant participé à la procédure de première instance et si aucune autre personne légitimée à recourir n'attaque la décision dans le même délai, celle-ci devient alors exécutable. Cela vaut en principe également lorsqu'une personne ayant qualité pour recourir (art. 450) fait usage ultérieurement de son droit de recourir parce qu'elle n'a pris connaissance de la décision que tardivement. Dans le souci de clarifier les rapports, le présent projet prévoit, sur le modèle de l'art. 397d, al. 1, CC, que le délai de 30 jours s'applique également aux personnes légitimées à former recours, aux-

⁴⁸ Cf. aussi ATF 121 III 1.

⁴⁹ Cf. aussi art. 97, al. 2, OJ et art. 94 LTF du 17 juin 2005.

quelles la décision ne doit pas être notifiée (al. 1, 2^e phrase). Au terme de ce délai, ces personnes peuvent encore requérir la levée ou la modification de la mesure. Si la notification doit être faite à plusieurs personnes, le délai commence à courir lorsque la notification a été faite à la dernière personne.

Selon l'al. 3, le déni de justice ou le retard injustifié de la part de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte peut faire l'objet d'un recours en tout temps.

Art. 450c Effet suspensif

Cette disposition contient le principe généralement valable, selon lequel le recours a un effet suspensif de par la loi. Toutefois, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou l'autorité judiciaire de recours peut le retirer dans des cas particuliers. C'est pourquoi, conformément à la doctrine relative à la procédure civile, le recours peut être considéré dans cette mesure comme une voie de recours ordinaire.

Par contre, conformément au droit actuel (art. 397e, ch. 4, CC), l'art. 450e, al. 2, prévoit qu'en ce qui concerne le placement à des fins d'assistance et l'expertise psychiatrique effectuée dans une institution (cf. art. 449, al. 2), le principe est que la décision est immédiatement exécutoire. Il confère toutefois à l'autorité de protection de l'adulte ou au tribunal le pouvoir de décider d'accorder l'effet suspensif.

Art. 450d Consultation de la première instance et reconsidération

L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ne participe pas à la procédure de recours. Selon l'al. 1, le tribunal doit toutefois l'inviter à donner son avis. En règle générale, elle est libre de donner ou de ne pas donner suite à cette invitation. Mais le tribunal peut également l'obliger à se déterminer si cela est indispensable pour établir les faits. Le droit d'être entendu exige que toutes les personnes parties à la procédure puissent se prononcer sur l'avis de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.

L'al. 2 accorde à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte – s'écartant en cela du principe de l'effet dévolutif (cf. commentaire précédant l'art. 450) – la possibilité de renoncer à donner son avis et de communiquer à l'autorité de recours, en lieu et place, qu'elle reconsidérera la décision attaquée et prendra une nouvelle décision⁵⁰. Cette possibilité n'est pas liée à l'interdiction de la *reformatio in peius* prévue actuellement par quelques cantons, en vertu de laquelle le recourant ne doit pas se retrouver dans une situation plus défavorable. Un réexamen n'est en principe admissible qu'aussi longtemps que les autres parties à la procédure n'ont pas pris position sur le recours. Dans le cas contraire, la procédure de recours doit être poursuivie. Une nouvelle décision suite au réexamen du cas peut être justifiée lorsque l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte constate seulement au moment du recours qu'elle a commis des erreurs qui peuvent être corrigées rapidement et à moindres frais. Dans certains cas, cela permettra d'éviter des procédures devant la deuxième instance. L'autorité judiciaire de recours suspendra alors provisoirement la procédure en cours – avant de demander la prise de position selon l'art. 450d par écrit ou par oral – jusqu'à la nouvelle décision de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Si cette dernière prend une nouvelle décision qui annule la précédente, la procédure de recours devient sans objet puisque le motif de recours n'existe plus.

⁵⁰ Cf. aussi art. 53, al. 3, LPGA et art. 58 PA.

Art. 450e Dispositions spéciales concernant le placement à des fins d'assistance

L'objet du recours est ici la décision de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte au sens de l'art. 428, al. 1. S'il est fait appel au juge (art. 439) à propos d'une décision qui relève de la compétence du médecin (art. 428, al. 2, et 429 s.), la voie de droit est différente, mais la procédure est régie par les dispositions sur la procédure de recours prévue par les art. 450 ss (cf. aussi commentaire précédant l'art. 450).

Tous les recours sont réglés par les mêmes normes de procédure. Mais compte tenu du fait que le placement à des fins d'assistance est un domaine particulièrement sensible et qu'il porte une atteinte grave à la liberté personnelle de la personne concernée, il est indispensable de prévoir des dispositions complémentaires.

Selon l'al. 1, le recours formé contre une décision prise dans le domaine du placement à des fins d'assistance ne doit pas être motivé, contrairement à ce que prévoit l'art. 450, al. 3. Toutefois, l'exigence de la forme écrite (art. 450, al. 3, cf. aussi art. 439, al. 1) doit être maintenue, comme en droit actuel (art. 397*d*, al. 1, CC).

Contrairement à l'art. 450*e*, mais conformément au droit actuel (art. 397*e*, ch. 4, CC), l'al. 2 prévoit que le recours n'a en principe pas d'effet suspensif. Cette règle est justifiée par le fait qu'un placement se fait souvent dans une situation de crise et ne supporte donc aucune attente. Le recours interjeté contre une décision de refus de libération n'a, en règle générale, pas non plus d'effet suspensif. Ainsi, le recours a, dans cette mesure, le caractère d'une voie de droit extraordinaire. Toutefois, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que l'instance judiciaire de recours peuvent ordonner l'effet suspensif. La motivation du recours est réglée par la disposition générale de l'art. 450*a*.

Il y a lieu de savoir si l'expert doit impérativement être une personne externe ou s'il peut être membre du tribunal saisi de l'affaire. L'art. 397*e*, ch. 5, CC qui dispose qu'une décision touchant un malade psychique ne peut être prise qu'avec le concours d'experts correspond à la seconde conception. Mais selon un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme de 2001, cette dernière solution se trouve en conflit avec la CEDH. La Cour a jugé que l'impartialité du tribunal exigée par l'art. 5, al. 4, CEDH doit être objectivement remise en question si ce tribunal doit apprécier les preuves fournies sous la forme d'une expertise de l'un de ses membres⁵¹. Par ailleurs, le Tribunal fédéral avait également jugé délicat le lien entre les fonctions d'expert et de juge⁵². C'est pourquoi, à l'avenir, la décision relative à un trouble psychique devra être prise sur la base d'un rapport d'expertise (al. 3). Cette formulation montre clairement que l'expert ne peut pas être membre de l'instance judiciaire de recours. Si l'autorité de protection de l'adulte a déjà demandé une expertise indépendante, l'instance judiciaire de recours peut se baser sur celle-ci.

L'al. 4, 1^{re} phrase, correspond à l'actuel art. 397*f*, al. 3, CC et à l'art. 447, al. 2. Par ailleurs, il énonce clairement que l'autorité judiciaire de recours également doit, en règle générale, entendre la personne concernée en tant qu'autorité collégiale. La seconde phrase répète le principe déjà contenu dans la norme générale de l'art. 449*a* (cf. art. 397*f*, al. 2, CC). L'avant-projet prévoyait encore une mise sous

⁵¹ Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 29 mars 2001 dans l'affaire D.N. c. Suisse, CEDH 2001-III, p. 21ss (=VPB 2001 n°122).

⁵² ATF 119 Ia 260, 262

curatelle obligatoire. Cette solution a été abandonnée en raison des critiques émises par les cantons dans la procédure de consultation. Une curatelle obligatoire serait en effet une mesure disproportionnée en considération de la multitude des cas et du droit de la personne concernée de faire appel à une personne de confiance (art. 432).

L'al. 5 exige de l'instance judiciaire de recours qu'elle statue immédiatement; il ne fixe toutefois pas de délai à cet effet. L'art. 397f, al. 1, CC du droit actuel prévoit en outre que le juge doit statuer suivant une procédure simple. Dans le nouveau droit, ce principe est garanti par l'art. 450e, al. 1 (pas de motivation du recours) et l'art. 446 (établissement d'office des faits).

Art. 450f Dispositions communes

Le présent projet se limite à réglementer de manière ponctuelle et succincte la procédure devant les première et deuxième instances pour les domaines où une application du droit matériel exige une solution au niveau fédéral. Ainsi, une grande partie de la procédure relève de la compétence des cantons, qui doivent toutefois respecter les normes fédérales minimales prévues par le présent projet et le droit supérieur (Constitution fédérale, CEDH), ainsi que la jurisprudence fédérale y relative. Sur le plan du droit fédéral, il est prévu que si les cantons n'en disposent pas autrement, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie en complément. Ainsi, comme auparavant, les cantons sont libres de régler la procédure dans leur code de procédure administrative ou civile ou dans d'autres lois. S'ils ne font pas usage de cette possibilité, ce sont, de par le droit fédéral, les dispositions de procédure cantonales – dans le futur le code de procédure civile suisse – qui s'appliquent par analogie. Ainsi, seront réglés en détail par le droit cantonal notamment la litispendance, la conduite de la procédure et l'instruction, le déroulement de la procédure en première et deuxième instance, les délais et les notifications, l'établissement des procès-verbaux, les frais et les dépens, l'assistance judiciaire gratuite ainsi que la forme dans laquelle les décisions doivent être rendues. Bien que l'organisation des autorités et de la jurisprudence soient en principe l'affaire des cantons (art. 122, al. 2, Cst. dans la version de l'arrêt fédéral du 8 octobre 1999, pas encore en vigueur),⁵³ ceux-ci doivent respecter les art. 440, al. 1, et 441.

Art. 450g Exécution

Selon l'al. 1, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte exécute d'office ou sur demande toutes les décisions (de première et de deuxième instance). Elle doit également exécuter les mesures de protection de l'enfant ordonnées dans une procédure de droit matrimonial ou une procédure de divorce, pour autant que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte soit chargée de cette tâche dans le futur (cf. art. 315a, al. 1).

L'al. 2 prévoit expressément que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou l'instance judiciaire de recours peuvent ordonner les mesures d'exécution déjà dans la décision; elles sont alors immédiatement exécutoires. Si elles ne le font pas, l'autorité de protection de l'adulte doit rendre une décision d'exécution. L'al. 3 ancre l'admission légale des mesures de contrainte. Les mesures de contrainte directes doivent, en règle générale, faire l'objet d'un avertissement préalable (al. 3, 2^e phrase), mais il peut arriver, dans des cas exceptionnels, qu'il faille y renoncer

⁵³ Cf. FF 1999 7831

pour ne pas faire échouer le but de protection de la mesure. En outre, l'art. 450f est également applicable par analogie à l'exécution.

2.3.4 Du rapport à l'égard des tiers et de l'obligation de collaborer

Art. 451 Secret et information

En droit actuel, l'obligation de principe pour les organes de la tutelle de garder le secret envers les autorités et les particuliers est un principe de droit fédéral général et non écrit⁵⁴. L'obligation du secret est une condition essentielle pour la réussite et le maintien d'un lien de confiance avec la personne concernée, lequel contribue de manière importante au succès de la mesure. C'est pourquoi le secret en matière de tutelle doit *de lege ferenda* être inscrit expressément dans la loi. Par conséquent, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, de même que le curateur selon l'art. 413, al. 2, sont tenus en principe de garder le secret (al. 1).

L'obligation de garder le secret n'est toutefois pas absolue. D'une part, il est possible de divulguer certaines informations, à moins que des intérêts prépondérants – de la personne concernée, de tiers ou d'intérêt public – ne s'y opposent (al. 1). Il est dès lors indispensable de procéder à une pesée des intérêts sur la base du pouvoir d'appréciation. D'autre part, l'al. 2 fixe les conditions auxquelles un tiers peut exiger de l'autorité de protection de l'adulte qu'elle lui indique si une personne déterminée fait l'objet d'une mesure de protection. L'autorité de protection de l'adulte doit donner l'information si le tiers rend vraisemblable un intérêt.

L'obligation de garder le secret et l'intérêt à la révélation d'informations sont souvent conciliables grâce à une divulgation sélective des informations, complétée par un rapport contenant l'essentiel des informations refusées, pour autant que cette manière de faire ne porte pas atteinte à des intérêts dignes de protection.

L'obligation de garder le secret selon l'art. 413, al. 2, et 451, al. 1, ne vaut pas pour le mandataire pour cause d'incapacité ni pour le conjoint ou le partenaire enregistré d'une personne incapable de discernement ni pour le représentant dans le domaine médical, à moins que ces trois dernières personnes n'agissent comme curateur. Par contre, pour l'autorité de protection de l'adulte l'obligation de garder le secret ne vaut pas seulement pour les «mesures prises par l'autorité» (art. 388 ss), mais aussi lorsqu'elle doit intervenir (art. 368, 373, 376, 381 et 385), notamment en ce qui concerne un mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss), des directives anticipées du patient (art. 370 ss) ou des mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement (art. 374 ss).

Si la personne qui divulgue un secret est soumise au secret de fonction (art. 320 CP), les exceptions à l'obligation de garder le secret prévues par les al. 1 et 2 constituent un motif justificatif selon l'art. 32 CP, qui prévoit que l'acte ordonné par la loi ou

⁵⁴ Par rapport à la divulgation d'informations à la personne protégée par une mesure de protection de l'adulte, le principe est plutôt de lui révéler des informations que de les garder secrètes, ceci dans le souci de favoriser la relation de confiance.

par un devoir de fonction ou de profession ne constitue pas une infraction; il en est de même de l'acte que la loi déclare permis ou non punissable⁵⁵.

Art. 452 Effet des mesures à l'égard des tiers

Selon le droit actuel, les mesures qui limitent ou retirent l'exercice des droits civils de la personne concernée doivent, en principe, être publiées (art. 375, 377, al. 3, et 397, al. 2 et 3, CC). Le nouveau droit renonce à cette publication (cf. ch. 1.3.7). Il prévoit cependant que les personnes qui rendent vraisemblable un intérêt peuvent exiger que l'autorité de protection de l'adulte lui indique si une personne fait l'objet d'une mesure de protection (art. 451, al. 2). La publication ne présente plus de réel intérêt dans la société d'aujourd'hui. Les personnes qui concluent des affaires avec la personne protégée n'ont généralement pas connaissance de la publication de la mesure. Il existe ainsi un déséquilibre important entre l'utilité supposée de la publication pour des tiers et la stigmatisation que représente une mesure pour la personne qui la subit.

Le nouveau droit pose le principe que l'existence d'une mesure de protection de l'adulte est opposable même aux tiers de bonne foi (al. 1). Ainsi, comme dans le droit actuel, il y a lieu de donner plus d'importance à la protection de la personne concernée et à l'efficacité de la mesure ordonnée qu'aux rapports juridiques. Le présent projet prévoit cependant une réglementation particulière pour les débiteurs d'une personne dont l'exercice des droits civils est limité par une curatelle. Dans ce cas, le débiteur ne peut s'acquitter valablement de sa dette – à partir du moment où il a connaissance de la mesure – qu'en mains du curateur. Il est toutefois justifié de protéger le débiteur de bonne foi à qui il n'a pas été donné connaissance de l'existence de la mesure (al. 2). En exigeant que la limitation de l'exercice des droits civils par une curatelle soit communiquée aux débiteurs de la personne protégée, le législateur sauvegarde aussi bien les intérêts de la personne protégée que ceux des tiers de bonne foi. Ceux-ci échappent ainsi au risque d'avoir à payer deux fois la même dette, étant entendu qu'ils ne peuvent invoquer la bonne foi qu'aussi longtemps qu'ils n'ont pas connaissance de la curatelle.

S'agissant de la sécurité des affaires, le présent projet reprend le principe posé par l'actuel art. 411, al. 2, CC, selon lequel la personne qui s'est faussement donnée pour capable, alors qu'elle fait l'objet d'une mesure de protection de l'adulte, répond envers les tiers du dommage qu'elle leur a causé (al. 3). Le même principe est prévu dans les dispositions générales sur la capacité civile (art. 19b, al. 2).

Art. 453 Obligation de collaborer

Dans des situations exceptionnelles, il est nécessaire que l'autorité de protection de l'adulte collabore avec les services concernés et avec la police pour protéger des tiers ou la personne ayant besoin d'aide (al. 1). Une action coordonnée empêche en particulier des mesures contradictoires, ce qui est aussi dans l'intérêt de la personne qui a besoin d'aide. En outre, la collaboration permet implicitement un échange d'informations. L'obligation de collaborer est une tâche de l'autorité de protection de l'adulte; elle peut toutefois la déléguer au curateur. Les mandataires pour cause d'inaptitude ou les proches disposant du pouvoir de représentation ne tombent pas

⁵⁵ Suite à l'entrée en vigueur de la modification du 13 décembre 2002 du code pénal suisse (dispositions générales, adoption et application de la loi), art. 14 CPS.

sous le coup de cette disposition. L'expression «services concernés» recouvre toutes sortes de services, comme par exemple, les services sociaux et psychiatriques, l'aide aux victimes, les soins à domicile, le conseil en matière de dettes, l'institution de l'assurance sociale, les tribunaux, les autorités de poursuite et les autorités d'exécution des peines.

Les personnes soumises au secret de fonction ou au secret professionnel sont autorisées, aux conditions prévues, à communiquer les informations nécessaires à l'autorité de protection de l'adulte (al. 2), sans qu'elles doivent auparavant requérir le consentement de l'autorité supérieure. Dans le futur, il sera ainsi plus facile pour l'autorité de protection de l'adulte d'obtenir les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.

2.3.5 De la responsabilité

Le droit en vigueur prévoit un système compliqué de responsabilité en cascade (art. 426 ss CC). Ainsi, les curateurs et les membres des autorités assument une responsabilité primaire et répondent à titre personnel. S'ils ne peuvent pas réparer le dommage, ce sont les cantons et les communes qui sont tenus d'indemniser la victime. La doctrine et la jurisprudence permettent toutefois aux cantons de renoncer à la subsidiarité de leur responsabilité. Lors de la révision de la réglementation sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a ss CC) de 1978, le législateur fédéral a en outre instauré pour ce domaine une responsabilité directe de l'Etat.

Comme le droit actuel, le présent projet ne règle que la responsabilité civile. Une responsabilité pénale relèverait du code pénal, qui n'est pas modifié par la présente révision. Si les personnes qui ont causé le dommage sont des employés de l'administration publique, la responsabilité peut aussi découler du droit qui régit les rapports de service liant l'Etat à ses employés. Cette responsabilité est régie par le droit public cantonal (art. 6 CC).

Le présent projet se fonde sur la conception actuelle de la responsabilité de l'Etat, selon laquelle celui-ci doit avoir une responsabilité primaire, indépendamment d'une faute individuelle. Ainsi, la personne lésée n'a pas à rechercher le curateur ou le membre de l'autorité responsable du dommage. L'Etat a toutefois la possibilité de se retourner contre la personne fautive sur la base du droit cantonal. Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, ne doit pas être pris en compte seulement le dommage matériel, mais également le dommage immatériel, de sorte qu'une réparation pour tort moral peut être exigée en plus des dommages-intérêts.

Cette conception correspond à la réglementation de la responsabilité en vigueur dans le domaine de l'état civil (art. 46 CC), du registre foncier (art. 955 CC) et de la poursuite (art. 5 ss LP). Elle a été largement acceptée par les cantons lors de la procédure de consultation.

Comme l'autorité de protection de l'adulte fonctionne également comme autorité de protection de l'enfant et qu'elles sont constituées des mêmes personnes (art. 440, al. 3), il va de soi que les dispositions sur la responsabilité s'appliquent aussi dans le domaine de la protection de l'enfant.

L'al. 1 s'applique uniquement aux mesures de la protection de l'adulte prises par l'autorité, c'est-à-dire aux curatelles (art. 390 ss) et au placement à des fins d'assistance (art. 426 ss), y compris les soins médicaux administrés dans ce contexte (art. 433 ss), que la personne concernée ait pu ou non donner son consentement. La responsabilité concerne les actes ou les omissions non seulement des curateurs et des personnes chargées directement des mesures, mais aussi des autorités. Dans la mesure où il assume une fonction de surveillance, le canton répond d'un manquement dans cette fonction.

Selon l'al. 2, la responsabilité du canton est également engagée lorsque l'autorité a agi illicitement dans d'autres domaines que ceux couverts à l'al. 1, notamment lorsqu'elle n'a pas exercé son devoir de surveillance, alors qu'elle avait connaissance de manquements.

Les conditions de la responsabilité sont celles prévues en général en matière de responsabilité objective. La personne lésée doit prouver qu'elle a subi un dommage causé de manière illicite dans le cadre des tâches attribuées. Elle doit également établir le rapport de causalité adéquate. La personne lésée a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale – comme en matière de responsabilité extra-contractuelle (art. 49 CO) – pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie.

Le canton a une responsabilité exclusive et directe; la personne lésée n'a aucun droit à réparation envers l'auteur du dommage (al. 3). Le canton répond pour les personnes agissant en tant que membre de l'autorité ou sur demande de l'autorité, indépendamment du fait qu'elle exerce sa fonction à titre professionnel ou à titre privé. L'autorité de protection de l'adulte n'exerce pas de fonction de surveillance permanente en ce qui concerne le mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 ss). Une fois qu'elle a reconnu la validité du mandat, elle n'intervient en principe plus. Sa seule tâche est de vérifier la validité du mandat et la réalisation des conditions de sa mise en oeuvre, ainsi que d'adopter, si nécessaire, d'autres mesures de protection (art. 363 s.). Dès lors, la responsabilité de l'Etat en cas de faute du mandataire n'est engagée que si l'autorité a fait preuve de négligence dans la vérification de la validité du mandat, en particulier lorsque l'aptitude du mandataire n'a pas fait l'objet d'une vérification suffisante (art. 363, al. 2, ch. 3). Au surplus, le canton répond lorsque l'autorité de protection de l'adulte apprend que les intérêts du mandant sont compromis et qu'il ne prend pas les mesures nécessaires comme il est de son devoir (art. 368, al. 1).

Le canton n'encourt aucune responsabilité pour les actes du conjoint représentant son époux. La représentation par le conjoint existe de plein droit et ne nécessite aucune autorisation de l'autorité (art. 374 ss). Toutefois, le canton est responsable lorsque l'autorité commet une erreur soit en statuant sur le pouvoir de représentation du conjoint (art. 376, al. 1), soit en ne lui retirant pas, alors qu'elle sait qu'il excède son pouvoir (art. 376, al. 2). Mais la responsabilité du canton n'est engagée que pour les actes ou les omissions de l'autorité, et non de l'époux. La situation est identique pour la représentation du partenaire enregistré (art. 374 ss) et dans le domaine médical (art. 377 ss, en particulier art. 381).

Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, le présent projet ne règle que les rapports externes entre le canton et la personne lésée. La réglementation de l'action récursoire du canton contre l'auteur du dommage relève de la compétence des cantons, à l'instar de ce que prévoit l'art. 5, al. 3, LP. Le législateur fédéral n'intervient

pas dans ce domaine. Il appartient aux cantons de régler l'action récursoire. En considération de l'art. 455, al. 3, il serait justifié de soumettre l'action récursoire contre le curateur à un délai de prescription relatif et absolu.

Art. 455 Prescription

L'al. 1 reprend la solution prévue en droit de la responsabilité extracontractuelle (cf. aussi art. 6 LP) et, ainsi également, le principe de celle du droit actuel de la tutelle. La prescription est d'un an à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage. Outre ce délai de prescription relatif, le présent projet prévoit un délai de prescription absolu de dix ans, qui commence à courir dès le jour où le fait dommageable s'est produit; peu importe que la personne lésée en ait eu connaissance ou pas et que le dommage se soit déjà produit ou pas.

Les mesures de caractère durable sont réservées. L'al. 3 prévoit que la prescription de l'action contre le canton ne court pas avant la fin de la mesure de caractère durable. Cette restriction s'applique tant à la prescription relative d'un an qu'à la prescription absolue de dix ans. L'autorité de protection de l'adulte doit prendre en considération cette situation pour l'élaboration des règles sur l'archivage, car dans une procédure en responsabilité il peut être déterminant de pouvoir consulter des documents personnels ou des pièces comptables datant de plusieurs dizaines d'années.

Lorsqu'une mesure est transférée à une autorité de protection de l'adulte d'un autre canton, la prescription commence en principe avec la notification du rapport final approuvé. Si la nouvelle autorité omet de faire valoir le dommage, un nouveau droit prend naissance pour la personne sous curatelle, en vertu duquel la prétention à des dommages-intérêts existe jusqu'au terme de la mesure, sans préjudice pour la personne sous curatelle.

Selon l'al. 2, si le fait dommageable est non seulement illicite, mais aussi punissable pénalement, l'action civile est soumise à la prescription du droit pénal si celle-ci est de plus longue durée que la prescription civile. Cette disposition correspond à l'art. 60, al. 2, CO et art. 6, al. 2, LP.

Le calcul, le respect, la suspension et l'interruption des délais sont réglés par le code des obligations (art. 132 ss CO). L'art. 134, al. 1, ch. 2, CO doit être adapté au nouveau droit (cf. annexe au projet CC).

Art. 456 Responsabilité selon les règles du mandat

Cette disposition renvoie aux règles du code des obligations sur le mandat en ce qui concerne la responsabilité pour les mesures qui ne sont pas prises par l'autorité. Elle s'applique au mandataire pour cause d'inaptitude (art. 360 ss), ainsi qu'à l'époux ou au partenaire enregistré d'une personne incapable de discernement (art. 374 ss) et au représentant dans le domaine médical (art. 370, al. 2, 377 ss), lorsque ces trois derniers n'agissent pas en qualité de curateur.

2.4 Modification d'autres dispositions du code civil

2.4.1 Droit de la personnalité

Art. 13 et 14

Ne concerne que le texte allemand.

Art. 16 Discernement

Conformément au nouveau droit de la protection de l'adulte (art. 390, al. 1, ch. 1), les termes de «maladie mentale» et de «faiblesse d'esprit», jugés stigmatisants, sont remplacés par ceux de «déficience mentale» et de «trouble psychique», qui sont des notions plus globales. Le terme d'«ivresse» du droit actuel est maintenu, car, contrairement au terme «Trunkenheit» en allemand, c'est une notion large, qui recouvre non seulement l'incapacité de discernement passagère provoquée par l'absorption d'alcool ou par la prise de stupéfiants, mais également celle provoquée, par exemple, par l'hypnose.

Art. 17 Incapacité d'exercer les droits civils

Les «interdits» selon le droit actuel seront à l'avenir des «personnes sous curatelle de portée générale».

Art. 19, al. 1 et 2 Personnes capables de discernement qui n'ont pas l'exercice des droits civils

L'al. 1 décrit, conformément à l'art. 19, al. 1, et à l'art. 410, al. 1, CC, la situation juridique des personnes privées en principe de l'exercice des droits civils, mais qui peuvent néanmoins faire produire des effets juridiques à certains de leurs actes du fait de leur capacité de discernement. Ces personnes sont les mineurs ainsi que les majeurs sous curatelle de portée générale (art. 398, al. 3).

Sans le consentement de leur représentant légal, les personnes qui n'ont pas l'exercice des droits civils, mais qui sont capables de discernement peuvent d'une part – conformément à l'art. 19, al. 2, CC – acquérir à titre purement gratuit et, d'autre part, «régler les affaires mineures se rapportant à leur vie quotidienne» (al. 2). Ce dernier point s'inspire du droit allemand (§ 1903, al. 3, 2^e phrase du code civil allemand) et tient compte des besoins de la pratique. L'exercice des droits strictement personnels (art. 19, al. 2, CC) sera désormais réglé par l'art. 19c.

Art. 19a (nouveau) Consentement du représentant légal

L'al. 1 règle le consentement du représentant légal de la même manière que l'art. 410, al. 1, CC.

L'al. 2 fixe les effets de la non-ratification d'un acte de la même manière que l'art. 410, al. 2, CC.

Art. 19b (nouveau) Défaut de consentement

L'art. 19b règle les effets d'un acte accompli sans le consentement du tuteur par une personne capable de discernement, mais privée de l'exercice des droits civils. Cette réglementation est celle de l'art. 411 CC, qui est transférée dans le droit des personnes afin qu'elle s'applique à toutes les personnes capables de discernement qui n'ont pas l'exercice des droits civils.

Art. 19c (nouveau) Droits strictement personnels

Selon l'actuel art. 19, al. 2, CC, les personnes qui n'ont pas l'exercice des droits civils sont capables d'exercer les droits «strictement personnels», soit les droits «en rapport étroit avec leur personnalité». Ainsi, elles peuvent exercer ces droits sans le consentement de leur représentant légal, ce qui n'exclut cependant pas forcément le concours du représentant légal. Le nouvel art. 19c ne change rien à cette situation juridique puisqu'il réserve les cas où la loi lie au consentement du représentant légal la validité de l'acte strictement personnel effectué par une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils (cf. art. 90, al. 2, 260, al. 2, et 468, al. 2). Il y a lieu de noter que seuls les cas pour lesquels la loi exige le consentement du représentant légal (al. 1) sont réservés. Ainsi, il n'est pas possible d'en admettre d'autres sur la base d'une interprétation extensive de la loi.

Lorsque – contrairement à ce qui est prévu à l'art. 19, al. 2, CC et à l'art. 19c, al. 1, – la personne qui n'a pas l'exercice des droits civils est incapable de discernement, elle ne peut agir valablement ni seule ni avec le consentement du représentant légal. Selon la doctrine et la pratique, en présence de droits strictement personnels, il faut vérifier s'il s'agit d'un droit strictement personnel au sens absolu, c'est-à-dire d'un droit qui ne souffre aucune représentation par le représentant légal et qui, dès lors, ne peut pas être exercé en cas d'incapacité de discernement, ou s'il s'agit d'un droit strictement personnel au sens relatif, qui peut être exercé par le représentant légal en cas d'incapacité de discernement de la personne concernée (al. 2). La distinction entre droits strictement personnels absolus et droits strictement personnels relatifs est admise par la doctrine et la pratique.

Art. 19d (nouveau) Exercice restreint des droits civils

Cette disposition rappelle que l'exercice des droits civils peut être restreint par une mesure de la protection de l'adulte. Dans la curatelle de représentation, il appartient à l'autorité de protection de l'adulte de limiter l'exercice des droits civils (art. 394, al. 2). Par contre, dans la curatelle de coopération (art. 396, al. 2) et dans la curatelle de portée générale (art. 398, al. 3), l'exercice des droits civils est limité de par la loi.

Art. 23, al. 1, 2^e partie de la phrase

Alors que l'art. 23, al. 1, CC formule de manière positive que le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir, l'art. 26 CC dispose de manière négative que le fait d'être placé notamment dans un établissement d'éducation ou un hospice ne constitue pas le domicile. Le nouvel art. 23^{bis}, al. 1, 2^e partie de la phrase, règle le séjour à des fins spéciales – en apportant uniquement une modification formelle par rapport au droit en vigueur – à la bonne place du point de vue de la systématique. L'art. 26 CC peut ainsi être supprimé.

La disposition précise, conformément à la pratique actuelle, que le séjour à des fins spéciales ne constitue en soi pas le domicile. Cette formulation met en évidence que la personne concernée peut toutefois, dans certains cas, résider dans cette localité avec l'intention de s'y établir au sens de l'art. 23, al. 1, CC, et donc y constituer son domicile. Cela vaut en particulier pour les personnes majeures et capables de discernement qui entrent de leur plein gré dans une institution médico-sociale pour y passer les dernières années de leur vie, et qui ont donc l'intention de s'y établir durablement. Il convient cependant de noter que, selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin⁵⁶, le «séjour dans un établissement» ne constitue pas un domicile d'assistance officiel, même s'il est volontaire.

Art. 25, al. 2, et 26 Domicile des mineurs. Domicile des majeurs sous curatelle de portée générale

Selon l'actuel art. 25, al. 2, CC, le domicile des mineurs et des personnes sous tutelle est au siège de l'autorité tutélaire et non au domicile de leur tuteur. Il est justifié de maintenir dans le nouveau droit un domicile dérivé pour les mineurs sous tutelle et pour les majeurs sous curatelle de portée générale. Cette solution présente en effet les avantages de faciliter la constatation du domicile et de lui conférer une certaine stabilité, ainsi que de simplifier la tâche de l'autorité appelée à s'occuper de la personne nécessitant une aide dans des procédures administratives ou judiciaires.

Art. 89b (nouveau) Défaut d'administration

L'actuel art. 393, ch. 5, CC prévoit l'institution d'une curatelle «lorsqu'il n'est pas pourvu à la gestion ou à l'emploi de fonds recueillis publiquement pour une œuvre de bienfaisance ou d'utilité générale». Cette disposition n'a plus sa place dans le nouveau droit de la protection de l'adulte, étant donné qu'il règle exclusivement l'assistance à des personnes physiques (cf. ch. 1.3.5). On ne saurait toutefois renoncer à toute réglementation en la matière, d'une part, parce que les fonds recueillis en Suisse constituent des sommes importantes et, d'autre part, parce qu'une partie des cantons n'exerce aucune surveillance sur les fonds recueillis et qu'une intervention de l'Etat dans ce domaine paraît nécessaire. Enfin, la solution proposée n'a pas été contestée en procédure de consultation.

Le nouvel art. 89b contient une prescription minimale de droit fédéral concernant le contrôle des fonds recueillis publiquement pour une œuvre d'utilité publique. En vertu de l'art. 6 CC, les cantons conservent la possibilité d'édicter des dispositions de droit public plus restrictives; ils peuvent, par exemple, prévoir l'obligation d'obtenir une autorisation et, à défaut, la saisie des fonds recueillis.

L'al. 1 fixe les conditions d'intervention de l'autorité. En fait, l'actuel art. 393, ch. 5, CC n'est modifié que dans sa forme. Le terme de «bienfaisance» a été abandonné au profit de celui d'«utilité publique», qui inclut la notion de bienfaisance. La disposition oblige l'autorité – comme le prévoit la phrase introductive de l'actuel art. 393 CC – à prendre les mesures nécessaires. Des mesures préventives peuvent être envisagées, telles que le blocage de comptes en banque ou l'interdiction de disposer des fonds recueillis.

⁵⁶ RS 851.1

L'al. 2 énumère les principales mesures que l'autorité peut prendre. D'une part, elle peut nommer un commissaire de l'administration. Il s'agit là d'une nouvelle notion, qui a été introduite parce que, selon le nouveau droit de la protection de l'adulte, une curatelle ne peut être instituée que pour une personne physique. Le commissaire de l'administration doit procéder à l'inventaire des fonds recueillis, les administrer et les employer conformément à leur objectif. D'autre part, l'autorité peut transmettre les fonds recueillis à une association ou à une fondation ayant un but aussi semblable que possible à celui dans lequel ils ont été recueillis. Cette compétence se fonde sur l'art. 83, al. 3, CC. Elle doit permettre de liquider rapidement des cas simples, en particulier lorsque la récolte des fonds est terminée et que l'inventaire a été effectué.

Selon l'al. 3, les dispositions sur la protection de l'adulte sont applicables par analogie au commissaire. S'appliquent ainsi les dispositions sur la curatelle de représentation ayant pour objet la gestion du patrimoine, sur la nomination du curateur, sur l'exercice de la curatelle et sur la responsabilité.

Art. 89c (nouveau) Autorité compétente

Selon l'al. 1, l'autorité compétente pour exercer la surveillance des fonds recueillis est celle du canton où étaient administrés la plus grande partie des biens. Cette règle se base sur l'actuel art. 396, al. 2, CC.

La réglementation de la compétence à raison de la matière est nouvelle. L'institution d'une curatelle pour des fonds recueillis étant très rare, il est justifié d'attribuer la compétence à une autorité cantonale qui connaît les problèmes liés à la surveillance sur des biens privés d'utilité publique. C'est pourquoi l'al. 2 prévoit que la surveillance des fonds relève de la compétence de l'autorité cantonale de surveillance des fondations, à moins que le canton ne la confie à une autre autorité, par exemple celle qui a autorisé la récolte des fonds. Il appartient aux cantons de régler la voie de recours.

2.4.2 Droit de la famille

Art. 90, al. 2

Selon le droit actuel, les fiançailles n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si son représentant légal y a consenti (art. 90, al. 2, CC). Le nouveau droit maintient cette disposition pour les mineurs.

Le présent projet n'exigeant plus le consentement du curateur pour le mariage des majeurs sous curatelle de portée générale (actuel art. 94, al. 2, CC), il y a lieu de renoncer également au consentement obligatoire pour les fiançailles.

Art. 94, al. 2

Selon le droit actuel, l'interdit capable de discernement ne peut contracter mariage sans le consentement de son représentant légal (art. 94, al. 2, 1^{re} phrase, CC). Mais ce dernier ne peut refuser son autorisation que pour des raisons compatibles avec l'art. 14 Cst. relatif au droit au mariage. Seuls des motifs liés à l'assistance tutélaire peuvent être pris en considération, comme, par exemple, les intérêts économiques de l'interdit ou les risques que le mariage peut lui faire encourir sur les plans de sa

santé mentale et physique ou de sa moralité. Dans la pratique, le consentement n'est que très rarement refusé. C'est pourquoi le présent projet renonce à cette disposition. Ainsi, une personne sous curatelle de portée générale pourra se marier sans devoir obtenir le consentement de son curateur, à condition toutefois qu'elle soit capable de discernement. Cette solution a été approuvée en procédure de consultation.

Art. 102, al. 1, 133, al. 1, 2^e phrase, 134, al. 4, 135, al. 2, et 176, al. 3

Le terme d'«autorité tutélaire» est remplacé par celui d'«autorité de protection de l'adulte» dans le droit de la protection de l'adulte et par celui d'«autorité de protection de l'enfant» dans le droit des mineurs.

Art. 183, al. 2

Selon l'actuel art. 183, al. 2, CC, le mineur et l'interdit ne peuvent conclure un contrat de mariage qu'avec le consentement de leur représentant légal. Le nouveau droit maintient cette exigence. Le texte subit toutefois quelques modifications formelles. Ainsi, dans le texte allemand, le terme d'«Unmündige» est remplacé par celui de «Minderjährige». En outre, le terme d'«interdit» n'étant plus utilisé dans le nouveau droit, la personne interdite sera désormais une «personne sous curatelle de portée générale» (art. 398) ou par une autre curatelle incluant la conclusion d'un contrat de mariage (cf. art. 394, al. 1).

Contrairement à la réglementation actuelle (art. 421, ch. 9, CC), le contrat de mariage ne fait plus partie des affaires nécessitant de par la loi le consentement de l'autorité de protection de l'adulte (cf. art. 416, al. 1). Par contre, le consentement doit être donné tant par le curateur que par la personne sous curatelle.

Art. 260, al. 2

Tant en allemand qu'en français et en italien, les «interdits» deviennent des «personnes sous curatelle de portée générale» ou des personnes pour lesquelles l'autorité de protection de l'adulte a ordonné une mesure correspondante (cf. art. 398 et 396, al. 1). Par ailleurs, les notions de «parents» ou de «tuteur» sont remplacées par celle de «représentant légal». Pour les mineurs, ce terme désigne les parents (art. 304, al. 1, CC) ou le tuteur (art. 327a); pour les personnes majeures, il désigne le curateur.

Art. 266, titre marginal, et al. 1, phrase introductive

Le titre «B. Adoption de majeurs et d'interdits» est remplacé, pour des raisons de terminologie, par «B. Adoption de majeurs».

Pour être conforme au nouveau titre marginal, la phrase introductive de l'al. 1 commence par «En l'absence de descendants, une personne majeure peut être adoptée». Le fond n'est pas modifié.

Art. 269c, al.2, 2^e partie de la phrase

Le «placement par les organes de la tutelle» devient le «placement par l'autorité de protection de l'enfant».

Art. 296

L'actuel al. 2 prévoit que les «mineurs» et les «interdits» n'ont pas l'autorité parentale. Le concept d'«interdits» n'est pas repris dans le nouveau droit. Il est remplacé par celui de «curatelle de portée générale» (art. 398). Comme probablement, à l'avenir, il sera moins institué de curatelles de portée générale que ce qu'il a été institué de tutelles, cette disposition devrait avoir un champ d'application réduit. Si les parents sont sous une autre curatelle qu'une curatelle de portée générale, l'autorité parentale pourra leur être retirée sur la base des art. 311 s.

Art. 298, al. 2 et 3 (nouveau)

En allemand, en français et en italien, l'expression «interdite» est remplacée par celle de «sous curatelle de portée générale». En outre, l'expression «autorité tutélaire» est remplacée par celle d'«autorité de protection de l'enfant».

Si les parents ne sont pas mariés, l'autorité de protection de l'enfant pourra désormais, sur leur requête conjointe, transférer l'autorité parentale au père (al. 3). Cette disposition, qui s'inspire de l'art. 134, al. 3, CC, comble une lacune du droit actuel.

Art. 298a, al. 2 et 3 (nouveau)

A l'al. 2, l'expression «autorité tutélaire de surveillance» est remplacée par celle d'«autorité de protection de l'enfant». Le nouvel al. 3 règle le cas où les père et mère non mariés ont l'autorité parentale conjointe et que l'un des deux décède. Dans cette situation, l'autorité parentale doit revenir de plein droit au parent survivant. Cette solution correspond à la réglementation prévue à l'art. 297, al. 3, CC concernant les parents mariés et à l'interprétation de l'art. 134, al. 3, CC relatif au décès d'un des parents divorcés qui, en vertu de l'art. 133, al. 3, CC exerçait l'autorité parentale conjointement avec son partenaire divorcé.

Art. 304, al. 3

L'art. 304, al. 3, CC est superflu. Il renvoie pour la représentation de l'enfant soumis à l'autorité parentale aux dispositions sur la représentation du pupille (art. 408 à 411 CC), à l'exception de celles sur le consentement à donner par l'autorité tutélaire (art. 421 et 422 CC).

- L'art. 408 CC est remplacé par l'art. 304, al. 3, en vertu duquel la réglementation du droit de la protection de l'adulte concernant les affaires auxquelles le curateur ne peut pas procéder (art. 412, al. 1) s'applique également dans le droit de la filiation.
- L'actuel art. 409, al. 1, CC est superflu, compte tenu du devoir général pour les parents de prendre en considération autant que possible l'avis de l'enfant pour les affaires importantes, selon l'art. 301, al. 2, CC. Le principe posé à l'al. 2 de l'art. 409 CC va de soi et il est donc inutile de le mentionner dans la protection de l'adulte.
- Les actuels art. 410 et 411 CC sont remplacés par les art. 19 ss.

Art. 305, titre marginal et al. 1 Statut juridique de l'enfant

Selon l'art. 305, al. 1, actuel, la capacité de l'enfant soumis à l'autorité parentale est la même que celle du mineur sous tutelle. Dans le nouveau droit, il y a lieu de se référer au droit des personnes (art. 19 à 19c) et non plus au droit de la tutelle. Matériellement, la disposition correspond à l'art. 407. Le titre marginal est adapté en conséquence.

Art. 306, al. 2 et 3 (nouveau)

La réglementation du droit de la protection de l'adulte relative aux empêchements et aux conflits d'intérêts (art. 403) est applicable également en droit de la filiation.

Art. 311, titre marginal, al. 1, Retrait de l'autorité parentale d'office
phrase introductive, 312, titre marginal et ou avec le consentement des parents
phrase introductive

Les art. 311 et 312 CC attribuent la compétence de retirer l'autorité parentale à plusieurs autorités. Dans les cas graves où le bien de l'enfant est menacé, elle appartient à l'autorité tutélaire de surveillance et dans les cas moins graves à l'autorité tutélaire. Dans le nouveau droit, le caractère spécialisé de l'autorité de protection de l'enfant justifie de lui attribuer la compétence générale de retirer l'autorité parentale et de prévoir le retrait d'office et le retrait sur requête des parents.

Art. 314 et 314a Procédure. En général. Audition de l'enfant

Les dispositions relatives à la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte (art. 443 ss) s'appliquent par analogie à la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant (art. 314, al. 1). Pour celle-ci, le projet prévoit en outre des dispositions spéciales (art. 314, al. 2 et 3, 314a), notamment – par analogie avec le code de procédure civile suisse (cf. art. 292, al. 2, P CPC) – la possibilité de chercher une solution à l'amiable avec l'aide d'un médiateur. L'art. 314a, al. 1, relatif à l'audition de l'enfant reprend la réglementation prévue par l'art. 144, al. 2, CC pour la procédure de divorce.

Art. 314b Placement dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique

Cette disposition remplace l'art. 314a CC concernant la procédure en cas de privation de liberté à des fins d'assistance. Elle règle le cas de l'enfant soumis à l'autorité parentale qui, dans le cadre d'une procédure de retrait du droit de garde dont font l'objet ses parents, doit être placé dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique. Les conditions matérielles pour le placement à des fins d'assistance de l'enfant sont fixées à l'art. 310, al. 1, CC, qui inclut «l'éducation surveillée» et le traitement d'un trouble psychique au sens de l'art. 5, al. 1, let. d et e, CEDH. En outre, les dispositions de la protection de l'adulte sur le placement à des fins d'assistance s'appliquent par analogie (al. 1).

Selon l'actuel art. 314a, al. 2, CC, le contrôle judiciaire de la privation de liberté à des fins d'assistance ne peut être demandé par l'enfant concerné que s'il a atteint l'âge de 16 ans révolus. La fixation d'un âge minimum dans la loi sert, certes, à la sécurité du droit, mais elle pose un problème, car les enfants et les jeunes, selon le

droit constitutionnel, exercent «eux-mêmes» leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement (art. 11, al. 2, Cst.). Le présent projet renonce dès lors à fixer une limite d'âge et prévoit à l'al. 2 – conformément aux souhaits exprimés dans la procédure de consultation – que l'enfant capable de discernement peut lui-même interjeter recours.

Art. 315, al. 1

La disposition prévoit la compétence de l'autorité de protection de l'enfant à la place de celle des autorités de tutelle.

Art. 315a, al. 1 et 3, phrase introductive, et 315b, al. 2

Pour être en conformité avec l'art. 311, l'expression «autorités de tutelle» est remplacée par celle d'«autorité de protection de l'enfant».

Art. 318, al. 2 et 3

Selon l'actuel art. 318, al. 2, CC, le père ou la mère qui exerce seul l'autorité parentale (art. 297, al. 2 et 3, et 298 CC) doit remettre à l'autorité tutélaire un inventaire des biens de l'enfant. Cette disposition s'applique essentiellement aux parents non mariés, au parent dont le conjoint est décédé ou aux parents divorcés qui n'ont pas l'autorité parentale conjointe. Elle ne se justifie pas du point de vue matériel et elle est dès lors mal acceptée par les personnes concernées. Au moment de sa naissance, l'enfant de parents non mariés n'a généralement pas de biens; un inventaire est donc superflu. L'obligation absolue d'établir un inventaire est une mesure disproportionnée, même en cas de divorce, car les biens de l'enfant sont rarement importants. Le juge du divorce peut en outre ordonner des mesures en vue de protéger les biens de l'enfant (art. 315a, 318, al. 3, 324 et 325 CC). Le présent projet limite donc l'obligation de remettre un inventaire au cas du décès de l'un des parents (al. 2). Si l'un des parents mariés d'un enfant décède et que l'autorité nomme un curateur afin de défendre les intérêts de l'enfant dans le cadre du partage successoral avec le parent survivant, le contrat de partage successoral ne peut être conclu qu'avec le consentement de l'autorité de protection de l'enfant (art. 416, al. 1, ch. 3). Ce contrat mentionne les biens hérités par l'enfant. Pour déterminer le patrimoine total de l'enfant, il suffit que le parent survivant indique les éventuels autres biens de l'enfant.

Selon l'art. 318, al. 3, CC, l'autorité de protection de l'adulte peut, à titre préventif, ordonner la remise périodique de comptes et de rapports pour protéger les biens de l'enfant. Le présent projet prévoit au surplus la possibilité de faire établir un inventaire. L'autorité peut ainsi ordonner la prise d'un inventaire si l'ensemble des circonstances d'un cas le justifie. Elle peut l'ordonner seule ou avec la remise périodique de comptes et de rapports.

Art. 326 Fin de l'administration. Restitution

Cette disposition subit quelques changements de terminologie. En allemand, en français et en italien, l'expression «représentant légal» remplace celles de «tuteur» et de «curateur». La nouvelle expression de «représentant légal» comprend en effet non seulement le tuteur et le curateur nommé pour une personne majeure selon le nouveau droit (art. 390 ss), mais aussi le curateur au sens de l'art. 325, al. 1, CC.

Art. 327a ss (nouveaux) Des mineurs sous tutelle

Selon le présent projet, la troisième partie du droit de la famille (art. 360 à 456) sera désormais consacrée uniquement à la protection de l'adulte. En conséquence, les dispositions relatives à la tutelle des mineurs sont transférées dans le droit de la filiation. Elles constituent le dernier chapitre (Chap. V) du Titre huitième («Des effets de la filiation»; art. 270 à 327 CC). Dans le domaine de la protection des mineurs, il s'agit en premier lieu de suppléer l'autorité parentale déficiente, de sorte que la tutelle est une mesure de protection de l'enfant qui concerne non seulement la personne du mineur, mais aussi ses biens. Néanmoins, certaines corrélations demeurent entre la protection de l'adulte et la tutelle instituée pour les mineurs, qui garde son nom (cf. ch. 1.3.12).

Art. 327a (nouveau) Principe

Cette disposition reprend le contenu de l'art. 368, al. 1, CC, qui prévoit que tout mineur qui n'est pas sous autorité parentale sera pourvu d'un tuteur.

Art. 327b (nouveau) Statut juridique du mineur

L'enfant sous tutelle a la même capacité que l'enfant soumis à l'autorité parentale. Il est ainsi fait référence tout d'abord aux art. 17 et 19 ss, qui ne font pas de distinction entre les mineurs sous tutelle et ceux qui ne le sont pas. Le renvoi comprend cependant aussi l'art. 323, al. 1, CC relatif au produit du travail et au fonds professionnel de l'enfant. Le législateur apporte ainsi une réponse positive à la question, controversée en doctrine, de savoir si l'art. 323, al. 1, CC s'applique aussi aux mineurs sous tutelle.

Art. 327c (nouveau) Statut juridique du tuteur

L'al. 1 prévoit que le tuteur a, en principe, les mêmes droits que les parents. C'est déjà le cas actuellement en ce qui concerne les soins personnels prévus à l'art. 405, al. 2, CC. Comme jusqu'à présent, cette disposition ne doit pas être interprétée au pied de la lettre; ainsi, le tuteur n'est pas tenu – comme cela est prévu pour les parents à l'art. 302, al. 1, CC – d'élever l'enfant en tenant compte «de sa propre capacité». La doctrine a déjà opéré cette distinction. Par ailleurs, selon le nouveau droit, les droits du tuteur se rapportent aussi à la représentation de l'enfant et à l'administration de ses biens.

Le renvoi prévu à l'al. 2 englobe notamment les dispositions du droit de la protection de l'adulte concernant la nomination du curateur (art. 400 à 402), l'exercice de la curatelle (art. 405 à 414) et le concours de l'autorité de protection de l'adulte (art. 415 à 418). Les conditions auxquelles la curatelle d'un adulte peut être ordonnée ne sont évidemment pas applicables aux enfants sous tutelle.

L'al. 3 précise que le nouveau droit n'accorde plus au tuteur la compétence d'ordonner la privation de liberté à des fins d'assistance en cas de péril en la demeure. Le placement doit dans tous les cas être ordonné par un médecin ou par l'autorité de protection de l'enfant. Ainsi, les dispositions du droit de la protection de l'adulte sur la privation de liberté à des fins d'assistance sont applicables par analogie.

Art. 333, al. 1 et 2

La responsabilité du chef de la famille selon l'art. 333 CC est basée sur le dommage causé par un mineur, un interdit, une personne atteinte de maladie mentale ou par un faible d'esprit placé sous son autorité. Le nouveau droit de la protection de l'adulte ayant remplacé l'institution de l'interdiction par celle de la curatelle de portée générale (art. 398), l'art. 333 est modifié en conséquence. Sur le plan de la terminologie, les termes de «maladie mentale» et de «faible d'esprit» ont été remplacés par ceux de «déficience mentale» et de «trouble psychique» (cf. art. 390, al. 1, ch. 1).

2.4.3 Droit des successions

Art. 468 Pacte successoral

Selon le droit en vigueur, pour conclure un pacte successoral (art. 468 CC), le disposant doit être capable de discernement, avoir 18 ans révolus et ne pas être interdit. La représentation et le consentement ne sont pas possibles, car il s'agit d'un droit strictement personnel. Le nouveau droit maintient la condition relative à l'âge de 18 ans. Pour cette raison et pour être conforme à la formulation adoptée pour le testament (art. 467 CC), l'al. 1 aura désormais la teneur suivante: «Pour conclure un pacte successoral, le disposant doit être capable de discernement et être âgé de 18 ans révolus.»

Selon le droit actuel, une personne interdite, même si elle est capable de discernement, ne peut prendre des dispositions pour cause de mort que par testament et non par pacte successoral. Le présent projet étend la possibilité de conclure un pacte successoral aux personnes dont la curatelle s'étend à la conclusion d'un pacte successoral, à la condition toutefois qu'elles aient obtenu le consentement de leur curateur (al. 2). Le consentement de l'autorité de protection de l'adulte n'est pas nécessaire. L'art. 416, al. 1, ch. 3, ne concerne que le pacte successoral dans lequel la personne sous curatelle n'est pas le disposant. La solution proposée se justifie par le fait qu'il peut être dans l'intérêt de la personne sous curatelle de conclure un pacte successoral, par exemple avec son époux. La personne sous curatelle doit évidemment posséder la capacité de discernement nécessaire pour conclure un pacte successoral.

Une personne dont la curatelle s'étend à la conclusion d'un pacte successoral ne peut conclure un tel pacte qu'avec le consentement du représentant légal. A cette fin, seule une curatelle de coopération (art. 396) entre en ligne de compte; la curatelle de représentation (art. 394) est exclue, car le pacte successoral est un droit strictement personnel au sens de l'art. 19c, qui interdit toute représentation.

Art. 492a et 531

Les père et mère d'enfants gravement handicapés mentalement sont souvent confrontés au dilemme de vouloir léguer leur fortune à leur enfant handicapé, tout en trouvant peu sensé que des personnes qui ne se sont parfois jamais occupées de leur enfant héritent à la mort de celui-ci, conformément au droit des successions.

En droit suisse des successions, les dispositions pour cause de mort constituent un droit strictement personnel, ce qui exclut toute représentation, que ce soit dans la formation ou dans la déclaration de la volonté. Le disposant doit donc agir person-

nellement. Si l'enfant n'acquiert jamais la capacité de disposer pour cause de mort, sa part héréditaire est obligatoirement répartie entre les héritiers désignés par la loi. Les parents ne peuvent disposer que de leur propre masse successorale et non de celle de leur enfant handicapé mental. Cette règle doit être maintenue en principe.

Selon l'art. 488, al. 1, CC, le disposant a la faculté de grever l'héritier institué de l'obligation de rendre la succession à un tiers, l'appelé. La pratique admet également la substitution d'héritiers limitée au surplus. Ainsi, le disposant peut libérer en partie ou totalement l'héritier grevé des obligations et des limites légales liées à son statut. L'appelé hérite de ce qui reste de la succession au moment de l'ouverture de la substitution, soit au moment du décès du grevé, sauf disposition contraire. L'étendue du droit du grevé de disposer de la succession qui lui est échue est déterminée par le disposant. Le principe est que l'héritier grevé peut disposer de son héritage comme bon lui semble pour son entretien personnel. Toutefois, il ne peut pas procéder à des donations ni prendre des dispositions pour cause de mort concernant les biens restants, ce qui est de toute manière impossible pour une personne handicapée mentale incapable de discernement.

Selon le droit actuel, toutes clauses de substitution sont nulles à l'égard de l'héritier, dans la mesure où elles grevent sa réserve (art. 531 CC). Le présent projet veut modifier cet état de droit. Ainsi, l'art. 492a, al. 1, prévoit que le disposant peut ordonner une substitution fidéicommissaire pour le surplus si un héritier réservataire est durablement incapable de discernement. Les parents d'un enfant handicapé mental pourront dès lors, dans une disposition pour cause de mort, instituer leur enfant comme héritier grevé et une autre personne comme appelé pour le surplus, y compris pour les réserves. L'art. 531 CC est modifié en conséquence.

En outre, le projet introduit deux nouvelles règles, dont les objectifs pourraient toutefois être atteints également au moyen d'une condition résolutoire. Selon la première, la substitution fidéicommissaire pour le surplus n'est pas valable si un héritier réservataire, durablement incapable de discernement, laisse des héritiers réservataires, notamment son conjoint (al. 1). Selon la seconde, la substitution s'éteint de plein droit lorsque l'héritier réservataire devient capable de discernement (al. 2).

Art. 510, al. 1

L'actuel art. 510, al. 1, CC est complété par une disposition prévoyant, à l'instar de la deuxième phrase de l'art. 362, al. 2, que le disposant qui supprime un testament fait par acte public doit en aviser l'officier public qui l'a établi.

Art. 544, al. 1^{bis} (nouveau)

Cette disposition complète l'actuel art. 544 CC concernant la position de l'enfant conçu en matière de succession, en ce sens que l'autorité de protection de l'enfant aura désormais la compétence de lui instituer une curatelle si la sauvegarde de ses intérêts l'exige (al. 1^{bis}). Toutefois, dans certains cas, notamment lorsqu'il y a conflit d'intérêts entre la mère et le nasciturus, la nomination d'un curateur est indispensable. Ainsi, l'art. 393, ch. 3, CC, selon lequel l'autorité tutélaire est tenue d'instituer une curatelle pour sauvegarder les intérêts d'un enfant conçu lorsque la gestion des biens n'incombe à personne, devient superflu. Par contre, l'art. 605, al. 1, CC, qui prévoit que s'il y a lieu de prendre en considération les droits d'un enfant conçu le partage est ajourné jusqu'à la naissance, demeure inchangé.

Art. 553 al. 1, et 554, al. 3

Ces deux dispositions sont adaptées aux nouvelles mesures prévues par le droit de la protection de l'adulte et à la nouvelle terminologie.

2.4.4 Titre final. De l'entrée en vigueur et de l'application du code civil

Art. 14 et 14a Protection de l'adulte

Les dispositions actuelles du Titre final du code civil sont valables également pour des révisions ultérieures, sous réserve de l'adoption de règles de droit transitoire spéciales. Il n'est donc pas nécessaire d'édicter des dispositions transitoires spéciales pour les articles du droit des personnes, du droit de la famille, du droit des successions et des droits réels qui ont été modifiés. Les art. 5, 12 et 16, al. 3, du Titre final du code civil s'appliquent en plus des art. 2 et 3.

Le droit transitoire concernant le droit de la protection de l'adulte est réglé à l'art. 14 du Titre final du présent projet. L'art. 14a sur la privation de liberté à des fins d'assistance (modification du CC du 6 octobre 1978) peut donc être supprimé. L'art. 14a régle les procédures pendantes.

L'art. 14, al. 1, du Titre final du présent projet reprend le contenu du droit transitoire relatif au droit de la tutelle adopté en 1907 et prévoit que la protection de l'adulte est régie par le nouveau droit dès son entrée en vigueur. En conséquence, les personnes privées de l'exercice des droits civils selon l'ancien droit seront sous curatelle de portée générale selon le nouveau droit (art. 14, al. 2, 1^{re} phrase, P Tit. fin. CC), indépendamment de la nomination d'un tuteur ou de l'attribution de l'autorité parentale prolongée aux parents (cf. art. 385, al. 3, CC). Les parents sont toutefois dispensés de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir le consentement de l'autorité de protection de l'adulte pour certains actes aussi longtemps que celle-ci n'en a pas décidé autrement (art. 14, al. 2, 3^e phrase, P Tit. fin. CC).

Compte tenu des «mesures sur mesure» du nouveau droit, il se peut qu'il ne soit pas nécessaire d'instituer une curatelle de portée générale et qu'une autre curatelle suffise. C'est pourquoi l'art. 14, al. 2, 2^e phrase, du Titre final du présent projet oblige l'autorité de protection de l'adulte à procéder d'office et dès que possible aux adaptations nécessaires. Cela signifie qu'elle devra revoir chaque cas et se demander notamment si une mesure moins radicale peut suffire. Il convient de rappeler que, selon l'art. 399, al. 2, CC, qui sera immédiatement applicable avec l'entrée en vigueur du nouveau droit, la curatelle de portée générale devra être levée d'office par l'autorité de protection de l'adulte si elle n'est plus justifiée. Par ailleurs, la personne concernée peut demander la levée ou la modification de l'interdiction.

Les curatelles du droit actuel (art. 392 ss CC) ont des parallèles dans le nouveau droit. Mais elles ne peuvent pas être transformées de plein droit en une nouvelle mesure. C'est pourquoi, selon l'art. 14, al. 3, du Titre final du présent projet, elles s'appliquent encore pendant trois ans au maximum après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Si, dans ce délai, aucune mesure du nouveau droit n'a été instituée, les curatelles instituées selon l'ancien droit tombent de par la loi. Même les curatelles qui restent soumises pendant une certaine durée à l'ancien droit tombent sous

le coup du nouveau droit en ce qui concerne l'exercice de la curatelle et les voies de recours. Lors de la procédure de consultation, quelques cantons ont jugé le délai de trois ans trop court et ont proposé de le prolonger à cinq ans. Il n'a pas été donné suite à cette proposition, car des principes relevant de l'état de droit exigent que l'on examine dès que possible si la mesure est encore justifiée. Un tel examen peut être effectué à l'occasion de l'approbation des comptes et des rapports d'activité du curateur, qui doivent être soumis à l'autorité au moins tous les deux ans (art. 410 et 411). Par ailleurs, les autorités sont libres de procéder à un premier examen déjà avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et de préparer à l'avance la transformation de la mesure de l'ancien droit en une mesure du nouveau droit.

Les conditions de la privation de liberté à des fins d'assistance correspondent en principe à celles du placement à des fins d'assistance. La mesure ordonnée sous l'ancien droit reste valable juridiquement, même si elle l'a été par une autorité qui n'est plus compétente selon le nouveau droit. Le traitement d'un trouble psychique est régi, dans tous les cas, par les art. 433 ss dès l'entrée en vigueur du nouveau droit. S'agissant d'une décision de privation de liberté à des fins d'assistance ordonnée par un médecin au sens de l'art. 397b, al. 2, CC à l'encontre d'un malade psychique, il y a lieu de noter que si la mesure a été ordonnée pour une durée indéterminée, elle est maintenue; la personne concernée peut toutefois en demander la mainlevée et, en cas d'éventuel rejet, exiger un examen judiciaire. L'institution communique à l'autorité de protection de l'adulte six mois au plus tard après l'entrée en vigueur du nouveau droit si elle estime que les conditions du placement sont encore remplies. L'autorité de protection de l'adulte procède aux éclaircissements nécessaires selon les dispositions sur l'examen périodique et, le cas échéant, confirme la décision de placement (art. 14, al. 4, P Tit. fin. CC).

Les procédures pendantes à l'entrée en vigueur du nouveau droit relèvent de la compétence des nouvelles autorités compétentes dès l'entrée en vigueur du nouveau droit. Elles sont soumises au nouveau droit de procédure. L'autorité décide si et dans quelle mesure la procédure actuelle doit être complétée (art. 14a P Tit. fin. CC).

Art. 52 al. 3 et 4

Selon le projet, les dispositions cantonales d'exécution ne sont plus soumises à l'approbation de la Confédération, mais doivent seulement être portées à sa connaissance. La réglementation prévue par l'actuel art. 52, al. 4, n'est en effet pas convaincante. En outre, l'importance des dispositions cantonales diminuera avec l'adoption du code de procédure civile suisse. Par contre, les règles cantonales portant sur le droit des registres (registre de l'état civil, registre foncier et registre du commerce) devront encore être soumises à l'approbation de la Confédération.

2.5 Modification d'autres lois

2.5.1 Loi sur la nationalité⁵⁷

Ne concerne que le texte allemand.

2.5.2 Loi sur les documents d'identité⁵⁸

Ne concerne que le texte allemand.

2.5.3 Loi sur les droits politiques⁵⁹

L'art. 136, al. 1, de la nouvelle Constitution fédérale – entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 – prévoit que les personnes «interdites» pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit ne jouissent pas des droits politiques en matière fédérale. L'art. 2 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques édictant la même règle n'a dès lors plus de sens et il a été abrogé par la loi fédérale du 21 juin 2002.

Toutefois, le nouveau droit sur la protection de l'adulte ayant remplacé l'institution de l'interdiction par celle de la curatelle de portée générale, alors que la Constitution a maintenu la notion d'interdiction, il est nécessaire d'introduire dans la loi fédérale sur les droits politiques une disposition qui interprète la Constitution dans le sens que les personnes durablement incapables de discernement n'ont pas le droit de vote. Ainsi, pour être exclue du droit de vote, la personne doit, en raison de son incapacité, être soumise à une curatelle de portée générale (art. 398) ou être protégée par un mandat pour cause d'inaptitude. Dans ce dernier cas, l'incapacité de discernement de la personne concernée est officiellement reconnue par une autorité (art. 363, al. 2, ch. 2).

2.5.4 Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger⁶⁰

Selon l'art. 4 de cette loi, sont exclues du droit de vote en matière fédérale les personnes qui, selon le droit suisse, sont frappées d'interdiction pour cause de maladie ou de faiblesse d'esprit, ainsi que les personnes qui, pour les mêmes motifs, sont frappées à l'étranger d'une interdiction qui aurait aussi pu être prononcée en vertu du droit suisse. Le présent projet propose d'exclure du droit de vote les interdits au sens de l'art. 136, al. 1, Cst., à savoir les personnes qui, selon le droit suisse, sont sous curatelle de portée générale ou qui sont représentées par un mandataire pour cause d'inaptitude, ainsi que les personnes qui, selon le droit étranger, sont incapables de discernement et font l'objet d'une mesure de protection de l'adulte qui les prive de l'exercice des droits civils.

⁵⁷ RS 141.0

⁵⁸ RS 143.1

⁵⁹ RS 161.1

⁶⁰ RS 161.5

2.5.5 **Loi fédérale sur le Tribunal fédéral**⁶¹

L'art. 72, al. 2, let. b, relatif au recours en matière civile doit être adapté au nouveau droit. L'actuel ch. 7 concernant les décisions rendues dans le domaine de la protection de l'enfant s'appliquera désormais aussi à la protection de l'adulte et deviendra le ch. 6. Cette modification permet d'abroger le ch. 7. Par ailleurs, le nouveau ch. 6 s'applique également aux décisions prises dans la procédure de recours selon l'art. 450, de sorte que le renvoi du ch. 5 à la surveillance des autorités de tutelle, qui prend en considération l'actuel art. 420 CC, peut être supprimé.

2.5.6 **Loi sur la stérilisation**⁶²

La loi sur la stérilisation prévoit l'intervention de l'autorité tutélaire de surveillance dans de nombreux cas. Dans un domaine aussi sensible que celui de la stérilisation, il est en effet nécessaire d'attribuer la compétence à une instance neutre et spécialisée dans le domaine de la protection de l'adulte, qui connaît notamment les problèmes liés à une incapacité durable de discernement. Comme l'autorité de protection de l'adulte sera désormais une instance formée de spécialistes, il est judicieux de lui conférer également les tâches prévues par la loi sur la stérilisation (art. 6, al. 2, let. b, et al. 3, 7, al. 2, let. g, 8, titre, 10, al. 1, P LStér).

Art. 6, titre et al. 1, 1^{re} phrase Stérilisation de personnes sous curatelle de portée générale

L'expression d'«interdits» est remplacée par celle de «personnes sous curatelle de portée générale» (art. 398).

Art. 8, al. 1

L'autorité de protection de l'adulte vérifie, sur requête de la personne concernée ou de l'un de ses proches, si les conditions requises pour la stérilisation sont remplies (art. 8, al. 1, P LStér). La disposition ne fait plus référence expresse au tuteur, car le nouveau droit prévoit la nomination d'un tuteur uniquement pour les mineurs qui ne sont pas soumis à l'autorité parentale (art. 327a). Le tuteur et le curateur pourront toutefois encore présenter une requête en tant que «proches» de la personne concernée.

Art. 9 Contrôle judiciaire de la décision de l'autorité de protection de l'adulte

La personne concernée ou l'un de ses proches peuvent attaquer la décision de l'autorité de protection de l'adulte devant l'instance judiciaire de recours compétente selon le droit cantonal (art. 450 ss), et non plus devant le «tribunal cantonal compétent». Le tuteur, qui n'est plus mentionné expressément, et le curateur sont des «proches» de la personne concernée; ils peuvent dès lors aussi attaquer la décision.

⁶¹ RS 173.110; RO 2005 1205

⁶² RS 211.111.1

Art. 10, al. 2

L'obligation d'annoncer la stérilisation ne concerne plus seulement les interdits, mais toutes les personnes sous curatelle de portée générale au sens de l'art. 6 P LStér.

2.5.7 Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale⁶³

Le terme d'«autorité tutélaire» est remplacé par celui d'«autorité de protection de l'enfant» (art. 7, al. 3, 11, al. 2, 17, al. 1 et 3, 18, 19, al. 3, P LF-CLaH).

2.5.8 Loi fédérale sur le droit foncier rural⁶⁴

Ne concerne que le texte allemand.

2.5.9 Code des obligations⁶⁵

Art. 35, al. 1

Selon le droit actuel, les pouvoirs de représentation découlant d'un acte juridique s'éteignent, à moins que le contraire n'ait été «convenu» (art. 35, al. 1, CO). Cette solution correspond à l'ancienne doctrine, qui considérait que le pouvoir conféré est un aspect du mandat. La doctrine plus récente fait par contre une distinction entre le mandat et le pouvoir et considère que celui-ci est un acte juridique unilatéral du représenté. Le terme «convenu» est dès lors remplacé par celui d'«ordonné».

Dans le droit actuel, la perte de l'exercice des droits civils du représentant ou du représenté entraîne l'extinction des pouvoirs de représentation. Désormais, la «perte de l'exercice des droits civils» résultera de l'institution d'une curatelle de portée générale (art. 398) ou d'une curatelle de représentation (art. 394), qui couvrent les domaines qui font l'objet, *in casu*, de la représentation.

Art. 134, al. 1, ch. 2

Le nouveau droit introduit aux art. 454 ss la responsabilité directe de l'Etat envers toute personne qui, dans le cadre de mesures prises par l'autorité de protection de l'adulte, est lésée par un acte ou par une omission illicites de cette autorité ou par un acte illicite de cette même autorité dans le cadre d'autres domaines de la protection de l'adulte. Selon l'art. 455, al. 3, la prescription de l'action contre le canton ne court pas avant que la mesure n'ait pris fin ou qu'elle n'ait été transférée à un autre canton. L'art. 134, al. 1, ch. 2, CO doit être adapté à cette nouvelle situation juridique. Une réglementation spéciale sur l'interruption et la suspension de la prescrip-

⁶³ RS 211.221.31

⁶⁴ RS 211.412.11

⁶⁵ RS 220

tion en droit des obligations ne se justifie plus qu'à l'égard des créances de la personne incapable de discernement contre le mandataire pour cause d'incapacité, qui encourt une responsabilité selon les règles du code des obligations sur le mandat (art. 363 ss et art. 456).

Art. 240, al. 2 et 3

Le droit en vigueur prévoit que les donations de quelque valeur faites par le représentant légal d'un enfant (art. 304, al. 3, CC) ou d'une personne interdite (art. 408 CC) ne sont pas valables (art. 240, al. 2, CO). L'art. 240, al. 2 et 3, CO est adapté aux art. 304, al. 3, et 412, al. 1, qui déterminent les actes auxquels le curateur ne peut pas procéder.

Selon le droit actuel, si le donateur est interdit pour cause de prodigalité, l'autorité tutélaire peut demander l'annulation de la donation (art. 240, al. 3, CO). Cette action, calquée sur l'*actio pauliana*, n'est plus nécessaire dans le nouveau droit.

Art. 397a (nouveau) Devoir d'information

L'art. 397a proposé prévoit, sous le titre marginal «Devoir d'information», une nouvelle obligation du mandataire visant à protéger la personne qui a besoin d'aide. Lorsque le mandant est frappé d'une incapacité de discernement probablement durable, le mandataire doit en informer l'autorité de protection de l'adulte du domicile du mandant, pour autant que la démarche paraisse appropriée au regard de la sauvegarde des intérêts du mandant.

Art. 405, al. 1

L'art. 405, al. 1, CO concernant le mandat constitue le pendant de l'art. 35, al. 1, CO relatif à la représentation. Il doit dès lors prévoir – comme en matière de représentation – que le mandat finit par la «perte de l'exercice des droits civils» du mandant ou du mandataire.

Art. 545, al. 1, ch. 3

Selon le droit actuel, la société simple prend fin par le fait que la part de liquidation d'un associé est l'objet d'une exécution forcée, ou que l'un des associés tombe en faillite ou est frappé d'interdiction (art. 545, al. 1, ch. 3, CO). La notion d'interdiction doit être remplacée par celle de curatelle de portée générale.

Art. 619, al. 2, 2^e phrase

L'expression «interdiction du commanditaire» est remplacée par celle de «mise sous curatelle de portée générale du commanditaire».

Art. 928, al. 2

L'art. 928, al. 2, CO règle la responsabilité des autorités de surveillance sur le registre du commerce par le renvoi aux dispositions sur la responsabilité des organes de la tutelle (art. 426 à 430 CC). Cette disposition doit être abrogée, étant donné que la responsabilité en cascade en matière de tutelle est supprimée.

2.5.10 **Loi sur les fors**⁶⁶

Désormais, seront réservées les dispositions sur la compétence «en matière de protection de l'enfant et de l'adulte» (art. 1, al. 2, let. a, P LFors) et non plus celles «en matière de protection de l'enfant et de droit de tutelle».

2.5.11 **Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite**⁶⁷

Art. 60, 1^{re} phrase

Dans le nouveau droit, l'autorité de protection de l'adulte ne doit plus nommer un représentant au débiteur condamné à une peine privative de liberté, comme le prévoit l'actuel art. 371 CC. C'est pourquoi il faut supprimer la mention de ce cas à l'art. 60 LP.

Art. 68c et 68d Débiteur mineur. Débiteur majeur sous une mesure de protection de l'adulte

Le droit actuel distingue entre la poursuite dirigée contre un débiteur sous autorité parentale ou sous tutelle (art. 68c, note marginale LP) et la poursuite dirigée contre un débiteur sous curatelle (art. 68d, note marginale LP). Le présent projet propose de faire désormais une distinction entre la poursuite dirigée contre un débiteur mineur et celle dirigée contre un débiteur majeur sous une mesure de protection de l'adulte.

Si le débiteur est mineur, les actes de poursuite sont notifiés à son représentant légal (art. 68c, al. 1, 1^{re} phrase, P LP). Dans le cas d'une curatelle instituée sur la base de l'art. 325 CC, la notification est faite tant au curateur qu'au détenteur de l'autorité parentale, pour autant que la nomination du curateur ait été communiquée à l'office des poursuites (art. 68c, al. 1, 2^e phrase, P LP). Le renvoi aux art. 412 et 414 CC n'est donc plus nécessaire (art. 68c, al. 2, LP). Au surplus, l'al. 3 de l'art. 68c LP doit être abrogé, car la privation de l'administration des biens selon l'art. 395, al. 2, CC correspondra désormais à la curatelle de représentation et tombera ainsi sous le coup de l'art. 68d P LP.

S'agissant d'un débiteur majeur, le présent projet prévoit que s'il est pourvu d'un curateur ou d'un mandataire pour cause d'incapacité ayant la compétence de gérer le patrimoine et que la nomination en ait été communiquée à l'office des poursuites, les actes de poursuite sont notifiés au curateur ou au mandataire pour cause d'incapacité (art. 68d, al. 1, P LP). Les actes de poursuite doivent être notifiés également au débiteur s'il n'est pas limité dans l'exercice des droits civils (art. 68d, al. 2, P LP).

Art. 111, al. 1, ch. 2 et 3, et al. 2

L'adoption du nouveau droit de la protection de l'adulte a pour effet que seuls ont le droit de participer à la saisie sans poursuite préalable les enfants du débiteur en raison de leurs créances résultant de l'autorité parentale et les personnes majeures en

⁶⁶ RS 272

⁶⁷ RS 281.1

raison de leurs créances résultant d'un mandat pour cause d'inaptitude (al. 1, ch. 2). En effet, les créances résultant de la tutelle ne seront plus des créances contre le curateur ou le tuteur d'un mineur, mais des créances directes contre l'Etat.

2.5.12 Loi fédérale sur le droit international privé⁶⁸

Dans le nouveau droit, la tutelle étant limitée aux enfants qui ne sont pas soumis à l'autorité parentale (art. 327a), le titre de l'art. 85 LDIP («Tutelle et autres mesures protectrices») sera désormais «Tutelle, protection de l'adulte et autres mesures protectrices».

2.5.13 Code pénal⁶⁹

Art. 30, al. 2, 2^e phrase

Lorsque la personne lésée est sous tutelle (art. 327a) ou sous curatelle de portée générale (art. 398), le droit de porter plainte appartient non seulement au représentant légal, mais également à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.

Art. 30, al. 3

Selon le nouveau droit, le lésé mineur ou sous curatelle de portée générale a le droit de porter plainte s'il est capable de discernement.

Art. 62c, al. 5

Dorénavant, l'autorité compétente n'ordonnera plus une «mesure tutélaire», mais une «mesure de protection de l'adulte». La communication ne sera plus adressée à l'«autorité tutélaire», mais à l'«autorité de protection de l'adulte».

Art. 349, al. 1, let. b

S'agissant de l'entraide, la tâche de la police ne consistera plus en l'«internement dans le cadre de l'exécution d'une mesure tutélaire ou privative de liberté à des fins d'assistance», mais en l'«internement dans le cadre de l'exécution d'une mesure de protection de l'enfant ou de l'adulte».

Art. 363 et 364 Obligation d'aviser. Droit d'aviser

L'avis ne sera plus adressé à l'«autorité tutélaire», mais à l'«autorité de protection de l'adulte».

⁶⁸ RS 291

⁶⁹ RS 311.0

Art. 365, al. 2, let. k

Cette disposition est adaptée au nouveau droit de la protection de l'adulte. Ainsi, le casier judiciaire servira dorénavant à la prise et à la levée de «mesures de protection de l'enfant ou de l'adulte» et plus à la prise ou à la levée de «mesures tutélaires ou de mesures de privation de liberté à des fins d'assistance».

Dispositions transitoires, ch. 2, al. 2, 4^e phrase

L'expression «mesure du droit des tutelles» est remplacée par celle de «mesure de protection de l'adulte» et la communication devra être faite à l'«autorité de protection de l'adulte» et non plus à l'«autorité tutélaire».

2.5.14 Loi fédérale sur le droit pénal administratif⁷⁰

A l'art. 23, al. 3, P DPA, l'expression «puissance paternelle» est remplacée par celle d'«autorité parentale».

2.5.15 Loi sur l'entraide pénale internationale⁷¹

Ne concerne que le texte allemand.

2.5.16 Loi sur les armes⁷²

Le permis d'acquisition d'armes ne sera désormais plus refusé à des personnes «qui sont interdites», mais à des personnes qui sont «sous curatelle de portée générale» ou qui sont protégées par un mandat pour cause d'incapacité (art. 8, al. 2, let. b, P LArm).

2.5.17 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct⁷³

L'obligation de collaborer du représentant légal d'une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils est réglée conformément à la nouvelle terminologie. Ainsi, les «héritiers mineurs ou interdits» deviennent des «héritiers mineurs ou sous curatelle de portée générale» (art. 157, al. 4, P LIFD) et la notion d'«autorité tutélaire» est remplacée par celle d'«autorité de protection de l'adulte» (art. 159, al. 2, 1^{re} phrase, P LIFD).

⁷⁰ RS 313.0

⁷¹ RS 351.1; RO ... (annexe ch. 4)

⁷² RS 514.54; RO ... (FF 2006 2643)

⁷³ RS 642.11

2.5.18 Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes⁷⁴

Ne concerne que le texte allemand.

2.5.19 Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée⁷⁵

Ne concerne que le texte allemand.

2.5.20 Loi sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules⁷⁶

Ne concerne que le texte allemand.

2.5.21 Loi sur les stupéfiants⁷⁷

Selon le droit actuel, les personnes dépendantes peuvent être placées ou retenues dans une institution appropriée en vertu des dispositions du code civil suisse sur le placement à des fins d'assistance (art. 15*b*, al. 1, LStup). Désormais, une telle mesure prise dans le but de combattre l'abus de stupéfiants, qui comprendra également le traitement, sera ordonnée, selon l'art. 15*b*, al. 1, P LStup, en vertu des dispositions sur le placement à des fins d'assistance (art. 314*b*, 327*c*, al. 3, et 426 ss).

2.5.22 Loi sur les produits thérapeutiques⁷⁸

La loi sur les produits thérapeutiques contient des dispositions visant à protéger les personnes qui nécessitent une protection particulière lors d'essais cliniques, notamment en cas d'urgence (art. 55 et 56 LPTh). La définition des personnes à protéger doit être adaptée au nouveau droit. L'expression «interdits» est remplacée par celle de «personnes sous curatelle de portée générale» (art. 55, titre, al. 1, phrase introductive, al. 1, let. c, al. 2, phrase introductive, 56, let. a, ch. 1, P LPTh). Ces personnes sont des «majeurs» (art. 55, al. 1, phrase introductive, al. 2, phrase introductive, P LPTh); cela ressort du fait que la curatelle de portée générale est une mesure du droit de la protection de l'adulte (art. 388 ss, 398). En outre, à l'art. 56, let. a, ch. 1, P LPTh, il y a lieu de mentionner également les personnes incapables de discernement, qui sont représentées conformément à l'art. 377.

⁷⁴ RS 642.14

⁷⁵ RS 810.11

⁷⁶ RS 810.21; RO ... (FF 2004 5115)

⁷⁷ RS 812.121

⁷⁸ RS 812.21

2.5.23 Loi sur le travail⁷⁹

Ne concerne que le texte allemand.

2.5.24 Assurances sociales et prévoyance professionnelle

Les données, en particulier les expertises, obtenues dans les différentes assurances sociales (LES⁸⁰, LAVS⁸¹, LAI⁸², LAMal⁸³, LCD⁸⁴, LAM⁸⁵, LACI⁸⁶) et en matière de prévoyance professionnelle (LPP⁸⁷) peuvent se révéler utiles également dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte. C'est pourquoi il y a lieu de permettre de déroger à l'obligation de garder le secret et de fournir dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée l'assistance administrative nécessaire selon l'art. 448, al. 4 (art. 34a, al. 1, let. e [nouvelle] P LES, 50a, al. 1, let. e, ch. 6 [nouveau] P LAVS, 86a, al. 1, let. f [nouvelle] P LPP, 84a, al. 1, let. h, ch. 5 [nouveau] P LAMal, 97, al. 1, let. i, ch. 5 [nouveau] P LCD, 95a, al. 1, let. i, ch. 7 [nouveau] P LAM, 97a, al. 1, let. f, ch. 6 [nouveau] P LACI). La loi sur l'assurance-invalidité ne nécessite aucune adaptation, car elle prévoit que les dispositions de la LAVS concernant le traitement de données personnelles sont applicables par analogie (art. 66 LAI).

2.5.25 Loi fédérale en matière d'assistance⁸⁸

Les modifications apportées à la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin sont des adaptations à la systématique et à la terminologie du nouveau droit de la protection des adultes, qui n'ont aucun effet sur le droit matériel. Ainsi, il ne sera plus fait référence aux personnes «interdites», ni aux «organes de tutelle» – ces termes sont biffés (art. 5, 9, al. 3, P LAS) –, ni à l'«autorité tutélaire» – cette notion est remplacée par celle d'«autorité de protection de l'enfant» (art. 7, al. 3, let. a, P LAS). En outre, le terme d'«établissement» est remplacé par celui d'«institution» (art. 5, 9, al. 3, P LAS).

2.5.26 Loi fédérale sur l'assistance des Suisses à l'étranger⁸⁹

Ne concerne que le texte allemand.

- 79 RS 822.11
- 80 RS 823.11
- 81 RS 831.10
- 82 RS 831.20
- 83 RS 832.10
- 84 RS 832.20
- 85 RS 833.1
- 86 RS 837.0
- 87 RS 831.40
- 88 RS 851.1
- 89 RS 852.1

Art. 1, al. 3, 2^e phrase (nouveau)

Les dispositions du code civil sur les fonds recueillis (art. 89b s.) sont réservées en ce qui concerne les collectes à des fins d'utilité publique soumises au droit cantonal.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Les conséquences économiques pour la Confédération peuvent se chiffrer à environ 250 000 francs (voir ch. 3.4).

Dans plusieurs domaines, le projet délègue des compétences législatives au Conseil fédéral (cf. ch. 5.3). Les décisions y relatives du Conseil fédéral peuvent être préparées par l'administration fédérale sans qu'il soit nécessaire d'engager du personnel supplémentaire. En outre, la fixation des tarifs des émoluments en matière d'état civil devra dorénavant prendre en considération l'art. 361, al. 3, relatif à l'inscription du mandat pour cause d'incapacité dans la banque de données centrale Infostar.

Actuellement, il est déjà possible, sur la base de l'art. 42a, al. 4, LAMal⁹¹, de mentionner l'existence d'un mandat pour cause d'incapacité (art. 371, al. 2) parmi les données personnelles qui peuvent être enregistrées sur la carte d'assuré.

Dorénavant, l'administration fédérale sera déchargée de l'examen des dispositions cantonales d'exécution soumises à l'approbation de la Confédération; celles-ci devront seulement être portées à la connaissance de l'Office fédéral de la justice (art. 52, al. 4, P Tit. fin. CC).

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Il est difficile d'évaluer les conséquences du projet pour les cantons. C'est le cas, en particulier, en ce qui concerne les nouvelles exigences posées par le droit fédéral relativement à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 440). Chaque canton devra examiner si l'autorité tutélaire actuelle remplit les conditions posées par le nouveau droit. Des réorganisations seront certainement indispensables dans les cantons où l'autorité tutélaire est le conseil communal. Elles pourraient avoir pour conséquence une régionalisation des autorités. Même si le droit fédéral ne prescrit pas que les membres des autorités doivent occuper leur fonction à plein temps et que les cantons jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'organisation des autorités, toute amélioration des structures a son prix, tout comme les structures actuelles ont le leur (cf. ch. 2.3.1). Pour estimer ce prix, il y a lieu de prendre en considération non seulement les coûts effectifs directs, mais également les coûts indirects, qui résultent du fait qu'une personne ayant besoin d'aide ne la reçoit pas ou tardivement ou qu'elle est l'objet d'une mesure inadéquate. Au surplus, l'exigence de «mesures sur mesure» requiert des compétences plus élevées de la part

⁹⁰ RS 943.1

⁹¹ RS 832.10

des autorités. Enfin, le projet aura pour effet d'accélérer la réorganisation des autorités de tutelle que les cantons auraient dû entreprendre tôt ou tard. D'ailleurs, certains cantons l'ont déjà opérée ou commencée.

Il faut toutefois relever que le nouveau droit de la protection de l'adulte apporte également des simplifications. Ainsi, certaines affaires peuvent être liquidées par un seul membre de l'autorité de protection de l'adulte (art. 440, al. 2, 2^e phrase). Au surplus, la réunion de l'autorité de la protection de l'enfant et de l'adulte en une seule autorité interdisciplinaire déchargera d'autres autorités et tribunaux de tâches difficiles. Enfin, les nouvelles institutions prévues dans le chapitre «mesures personnelles anticipées» (art. 360 ss) et les droits de représentation des proches (art. 374 ss) devraient alléger les tâches des autorités et de leurs auxiliaires. Par contre, le système des «mesures sur mesure» entraînera un surcroît de travail pour les autorités, tout au moins pendant la «période de rodage» du nouveau droit. Mais il est probable que des solutions standard s'imposeront avec le temps, en ce sens qu'à chaque type de curatelle correspondront des tâches typiques et que chaque catégorie de personnes nécessitant une aide fera l'objet de mesures typiques. Le travail des autorités s'en trouvera ainsi simplifié. Par contre, leurs tâches augmenteront avec l'obligation de vérifier périodiquement si les conditions de placement à des fins d'aide ou de traitement sont encore remplies (art. 431).

Les art. 441 et 450 ss, relatifs à l'autorité de surveillance et à l'instance judiciaire de recours⁹², n'entraînent pas de nouveaux coûts, étant donné que l'autorité supérieure de surveillance est déjà un tribunal puisqu'elle exerce la fonction d'instance de recours, et que la surveillance administrative pourra encore être confiée à une autorité administrative.

Les cantons qui connaissent l'institution du tuteur général devront réorganiser l'autorité tutélaire conformément au nouveau droit (art. 400, al. 1), ce qui n'engendrera pas nécessairement des coûts supplémentaires. L'actuel tuteur général peut en effet devenir le chef d'une unité formée de ses auxiliaires actuels, qui auront toutefois une responsabilité propre pour les cas qui leur seront confiés.

Les cantons ne doivent pas craindre une forte augmentation des coûts liés aux tâches d'assistance. En effet, comme actuellement (art. 416 CC), la rémunération du curateur et le remboursement de ses frais sont prélevés en premier lieu sur les biens de la personne concernée (art. 404, al. 1, 1^{re} phrase). Une réglementation analogue est prévue pour le mandat pour cause d'incapacité (art. 366, al. 2). S'agissant d'un curateur professionnel, ces prétentions échoient à son employeur (art. 404, al. 1, 2^e phrase).

Pour l'inscription du mandat pour cause d'incapacité dans la banque de données centrale (art. 361, al. 3), l'office de l'état civil exigera des émoluments couvrant ses coûts, excepté pour les personnes ne disposant pas de moyens. Le tarif fédéral des émoluments devra être adapté en ce sens.

L'extension de la responsabilité directe de l'Etat à tout le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte (art. 454 ss) – le droit actuel connaît déjà ce système pour la privation de liberté à des fins d'assistance – ne devrait pas charger les cantons de manière importante, car les cas de responsabilité sont rares dans la pratique. En outre, certains cantons ont déjà adopté ce type de responsabilité.

⁹² ATF 118 Ia 473

L'obligation d'assujettir à la surveillance les institutions qui accueillent des personnes incapables de discernement (art. 387) n'est pas nouvelle pour tous les cantons. Le contenu concret de cette obligation n'est pas fixé par le droit fédéral, de sorte que les cantons auront un large pouvoir d'appréciation dans l'accomplissement de cette tâche. Les cantons ne sauraient cependant renoncer à toute surveillance, car il s'agit de protéger les personnes incapables de discernement, qui sont les membres les plus faibles de notre société.

Enfin, les cantons auront des tâches législatives, car ils devront adapter leurs lois et ordonnances au nouveau droit (cf. art. 89c, al. 2, 404, al. 3, 429, al. 1, 437, 440, al. 1 et 2, 441, al. 1, 442, al. 4, 443, al. 2, 2^e phrase, 450f et 454, al. 4).

3.3 Conséquences économiques

Compte tenu de l'évolution démographique probable, on peut partir de l'idée que même si la protection de l'adulte engendre des coûts, les économies réalisées par les caisses publiques, notamment dans le domaine de l'assistance sociale, permettront de tirer un bilan positif.

3.4 Conséquences dans le secteur informatique

La possibilité de faire inscrire la constitution du mandat pour cause d'inaptitude dans la banque de données centrale (art. 361, al. 3) exige des adaptations du logiciel du registre électronique de l'état civil. Les frais ainsi engendrés sont à la charge de la Confédération, car il ne s'agit pas d'une tâche typique de l'état civil tombant sous le coup de l'art. 45a, al. 2, CC. L'adaptation du logiciel du Centre de service informatique du Département fédéral de justice et police pourrait occasionner des coûts d'environ 250 000 francs.

4 Programme de la législature

Le présent projet est prévu dans le Rapport sur le Programme de la législature 2003–2007.⁹³

5 Bases juridiques

5.1 Constitutionnalité

Le présent projet se fonde sur l'art. 122 Cst., en vertu duquel la législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération. Cette compétence inclut le droit pour la Confédération d'édicter des dispositions de procédure si elles sont indispensables à l'application du droit matériel. Par ailleurs, l'art. 122, al. 1, Cst – réforme de la justice attribuée à la Confédération la compétence de légiférer plus seulement en droit civil, mais également en droit de la procédure civile.

⁹³ FF 2004 1084

5.2

Rapports avec le droit européen

Le projet tient compte de la Recommandation R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

Les dispositions sur le placement à des fins d'assistance (art. 426 ss) tiennent compte des prescriptions de l'art. 5 CEDH et des recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'organisation des autorités (art. 440 s. et 450) est réglée conformément à l'art. 6 CEDH relatif au droit à un procès équitable. En outre, les dispositions sur les directives anticipées du patient (art. 370), sur la représentation dans le domaine médical (377 ss) et sur le traitement d'un trouble psychique dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance (art. 433 ss) transposent les art. 6 à 9 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. Le Conseil fédéral a déjà soumis au Parlement le message relatif à la ratification de cette Convention⁹⁴.

5.3

Délégation de compétences législatives

Le projet délègue au Conseil fédéral la réglementation de:

- l'adoption des dispositions relatives à l'enregistrement, par l'office de l'état civil, des données concernant les mandats pour cause d'incapacité dans la banque de données centrale (art. 361, al. 3, 2^e phrase);
- l'adoption des dispositions relatives à l'enregistrement des données concernant les mandats pour cause d'incapacité sur la carte d'assuré (art. 371, al. 2);
- l'adoption des dispositions relatives au placement et à la sauvegarde des biens (art. 408, al. 3);
- l'adoption éventuelle de dispositions en matière de surveillance des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 441, al. 2).

⁹⁴ FF 2002 271

Statistiques des autorités tutélaires suisses

(Source: Conférence des autorités cantonales de tutelle. Les présentes statistiques sont établies sur la base des données fournies par les 26 cantons de la Suisse.)

Mesures en vigueur – Adultes

	Art. 369	Art. 370	Art. 371	Art. 372	Art. 385 ³	Art. 392	Art. 393	Art. 392/393	Art. 394	Art. 395	Art. 397a*	Total
1996	13 123	1 300	131	5 827		3 102		11 065	11 687	4 691		50 926
1997	12 995	1 290	126	5 699		3 100		11 049	11 547	4 670		50 476
1998	13 320	1 195	97	5 918		2 637		11 800	12 799	4 781		52 547
1999	13 746	1 261	109	6 464		3 191		12 594	14 135	5 023		56 523
2000	13 849	1 224	74	6 674		3 153		12 887	14 810	4 839		57 510
2001	13 903	1 199	56	6 553		3 220	2 799	10 858	15 342	5 050		58 980
2002	13 793	1 118	70	6 530		3 199	3 341	10 619	16 353	5 020		60 043
2003	13 960	1 114	70	6 523		3 622	3 736	11 093	17 741	4 711		62 570
2004	14 003	975	118	6 652	3 488	3 954	4 686	10 856	18 368	4 440		67 540

Nouvelles mesures instituées – Adultes

	Art. 369	Art. 370	Art. 371	Art. 372	Art. 385 ³	Art. 392	Art. 393	Art. 392/393	Art. 394	Art. 395	Art. 397a*	Total
1996	898	77	5	526	266	1 070		2 348	2 661	646		10 493
1997	658	113	15	461	253	1 048		2 425	2 231	627		9 828
1998	696	97	12	473	260	1 132		2 414	2 367	610		10 059
1999	732	76	10	529	198	1 414		2 671	2 463	542		10 634
2000	794	95	8	553	263	1 403		2 638	2 870	605		11 229
2001	850	96	8	560	279	1 049	543	2 499	2 817	586		11 288
2002	876	140	16	522	289	921	611	2 305	3 182	572		11 436
2003	790	103	6	534	233	1 150	629	2 372	3 470	536		11 826
2004	825	105	5	624	320	1 092	656	2 543	3 579	538		10 287

* Les données cantonales par rapport à la FFE ne seront plus publiées, car les bases de saisie, en particulier lorsque la FFE est ordonnée par un médecin, sont très différentes d'un canton à l'autre et ne permettent pas de faire une étude comparative valable.

Mesures en vigueur – Enfants

	Art. 307	Art. 308	Art. 309	Art. 309/ 308	Art. 310	Art. 310/ 308	Art. 311/ 312	Art. 318 ³	Art. 324	Art. 325	Art. 368	Art. 392	Art. 146/ 147	Total
1996	1 642	11 008	1 783		1 544		540		984	209	3 112	2 468		25 286
1997	1 655	11 085	1 495		1 499		462		1 137	326	2 869	2 504		25 029
1998	1 680	12 675	1 520		1 490		574		502	251	3 033	2 738		26 461
1999	1 801	14 223	1 811		1 845		560		611	296	3 284	2 933		29 363
2000	1 731	16 016	1 870		1 940		548		604	312	3 305	2 862	73	31 188
2001	1 847	16 310	1 031	1 413	1 398	1 497	513		576	293	3 335	3 106	169	33 320
2002	1 930	17 363	594	2 039	1 547	1 727	573		172	334	3 292	3 376	202	34 949
2003	2 043	18 896	632	2 129	1 529	1 943	387		212	339	3 263	3 390	195	36 766
2004	1 953	19 273	362	2 017	1 306	2 001	264	822	131	404	2 796	3 918	261	35 508

Nouvelles mesures instituées – Enfants

	Art. 307	Art. 308	Art. 309	Art. 310	Art. 309/ 308	Art. 310/ 308	Art. 311/ 312	Art. 318 ³	Art. 324	Art. 325	Art. 368	Art. 392	Art. 146	Art. 298 ^a	Total
1996	384	2 835	829	474			85		400	71	795	1 429			9 298
1997	434	2 800	743	498			74		180	75	691	1 393			8 885
1998	394	3 143	941	505			115		147	50	853	1 754			9 900
1999	471	3 393	1 038	544			99		145	64	946	1 836			10 535
2000	420	4 038	1 087	613			101		61	51	865	1 541	112	539	11 428
2001	418	4 019	513	499	792	405	104		31	65	928	1 537	128	872	12 312
2002	483	4 296	243	485	1 078	428	96		42	75	861	1 743	136	1 130	13 098
2003	495	4 755	223	505	1 042	396	69		85	73	802	1 761	120	1 139	13 468
2004	664	4 833	181	508	1 054	621	88	363	105	97	779	1 822	87	1 594	12 796

Mesures en vigueur au 31 décembre 2004 (Adultes)

	Article 369	Article 370	Article 371	Article 372	Article 385 ³	Article 392	Article 393	Article 392/393	Article 394	Article 395	Total	Population résidente perma- nente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habi- tants**
UR	75	11	0	15	14	11	42	32	90	46	336	35 083	9.58
femmes	41	1	0	4	6	6	21	20	42	27	168		
hommes	34	10	0	11	8	5	21	12	48	19	168		
SZ*	218	39	1	40	31	58	92	204	270	79	1 032	135 989	7.59
femmes													
hommes													
NW*	51	0	0	13	7	9	7	55	47	26	215	39 497	5.44
femmes	21	0	0	5	4	2	4	30	31	13	110		
hommes	30	0	0	8	3	7	3	25	16	13	105		
OW*	88	15	0	15	20	3	10	42	92	44	329	33 162	9.92
femmes													
hommes													
LU*	990	51	1	228	318	78	122	223	1 021	365	3 397	354 731	9.58
femmes													
hommes													
ZG	163	6	0	44	63	15	21¹	51	159	32	554	105 244	5.26
femmes	67	1	0	17	31	8	16	37	84	17	278		
hommes	96	5	0	27	32	7	5	14	75	15	276		
GL*	98	11	1	32	21	27	4	52	93	45	384	38 317	10.02
femmes													
hommes													
GR	180	24	5	38	24	45	85	99	109	166	775	187 812	4.13
femmes	86	7	0	16	14	24	37	54	56	75	368		
hommes	94	17	5	23	10	21	48	45	53	91	407		
SG*	1 110	52	2	251	281	120	135	845	1 048	174	4 018	458 821	8.76
femmes													
hommes													

Article 369	Article 370	Article 371	Article 372	Article 3853	Article 392	Article 393	Article 392/393	Article 394	Article 395	Total	Population résidente perma- nente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habi- tants**
412	17	4	78	116	75	38	341	654	150	1 885	232 978	8.09
TG* femmes hommes												
135	7	1	35	29	37	69	50	279	33	675	73 788	9.15
SH** femmes hommes												
69	1	0	10	22	22	40	27	150	14	333		
66	6	1	25	15	15	29	23	129	19	313		
24	1	2	16	15	19	0	19	58	7	161	15 029	10.71
AI femmes hommes												
12	0	4	6	6	10	0	12	26	1	90		
12	1	2	12	9	9	0	7	32	6			
130	7	0	24	40	33	45	52	164	23	518	52 841	9.80
AR femmes hommes												
73	1	0	12	25	21	20	36	80	10	278		
57	6	0	12	15	12	25	16	84	13	240		
2 441	93	3	467	519	341	140	3 688	1 970	397	10 059	1 261 810	7.97
ZH* femmes hommes												
843	24	6	268	253	190	348	369	949	503	3 753	565 122	6.64
AG* femmes hommes												
539	5	0	200	160	103	179	335	778	222	2 521	247 379	10.19
SO* femmes hommes												
470	5	0	96	76	396	400	272	904	240	2 859	265 305	10.78
BL* femmes hommes												
95	6	0	367	27	124	373	270	321	74	2 059	186 753	11.03
BS femmes hommes												
41	3	0	143	11	69	460	146	145	39	1 057		
54	3	0	224	16	55	313	124	178	35	1 002		
155	14	2	62	0	14	116	86	308	17	774	69 091	11.20
JU* femmes hommes												

	Article 369	Article 370	Article 371	Article 372	Article 385 ³	Article 392	Article 393	Article 392/393	Article 394	Article 395	Total	Population résidente perma- nente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habi- tants**
BE	1 802	76	62	763	341	354	654	1 610	3 983	311	9 956	955 378	10.42
femmes	790	32	27	326	141	155	352	822	1 879	126	4 650		
hommes	1 012	44	35	437	200	199	302	788	2 104	185	5 306		
FR*	524	102	7	856	0	107	164	88	1 382	471	3 701	250 377	14.78
femmes													
hommes													
VS	579	226	8	218	164	66	231	92	258	664	2 506	287 976	8.70
femmes	281	85	3	95	63	32	104	48	129	302	1 142		
hommes	298	141	5	123	101	34	127	44	129	362	1 364		
VD*2	1 169	95	10	1 495	503	433	0	1 122	1 799	214	6 840	647 382	10.57
femmes													
hommes													
GE	767	29	0	76	79	590	10	695	343	33	2 622	427 396	6.13
femmes	343	4	0	38	30	316	6	467	164	17	1 385		
hommes	424	25	0	38	49	274	4	228	179	16	1 237		
NE	467	37	2	457	188	40	114	2	496	80	1 883	167 910	11.21
femmes	218	14	0	183	92	20	53	2	244	53	879		
hommes	249	23	2	274	96	20	61	0	252	27	1 004		
TI	478	22	1	498	199	666	887	162	791	24	3 728	319 931	11.65
femmes	229	7	0	195	98	316	495	101	409	12	1 862		
hommes	249	15	1	303	101	350	392	61	382	12	1 866		
Total	14 003	975	118	6 652	3 488	3 954	4 686	10 856	18 368	4 440	67 540	7 582 149	8.91

* Pas de statistiques selon le sexe (f/h).

** Statistiques selon le sexe incomplètes.
¹ En plus, 5 cas de curatelle instituée pour une personne morale selon l'art. 393 CC.
² Suite à la réorganisation territoriale des justices de paix, il n'est pas possible de fournir des statistiques exactes pour l'année 2004.

Mesures en vigueur au 31 décembre 2004 (Enfants)

Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Article	Total	Population résidents au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habitants**
307	308	309	309/308	310	310/308	311/312	318 ³	324	325	368	392	146/147						
UR	0	23	0	0	0	1	2	0	0	3	0	0	0	0	29	35 083	0.83	
filles	0	13	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	15			
garçons	0	10	0	0	0	1	0	0	0	3	0	0	0	0	14			
SZ*	19	176	7	26	18	9	1	15	6	60	46	1		384	135 989	2.82		
filles																		
garçons																		
NW	1	47	1	2	0	8	1	5	0	8	8	5	5	86	39 497	2.18		
filles	0	23	0	0	1	1	2	0	0	6	7	5	5	45				
garçons	1	24	1	2	0	7	0	3	0	2	1	0	0	41				
OW*	4	38	1	0	3	3	0	0	0	5	6	0		60	33 162	1.81		
filles																		
garçons																		
LU**	23	873	4	83	20	140	3	15	3	16	109	158	26	1 473	354 731	4.15		
filles							10	5				12	14	24				
garçons														17				
ZG	5	124	3	8	1	14	0	3	0	6	35	31	0	230	105 244	2.19		
filles	4	63	1	3	0	9	0	1	0	2	13	17	0	113				
garçons	1	61	2	5	1	5	0	2	0	4	22	14	0	117				
GL*	9	110	3	0	22	0	0	0	1	2	9	5	25	186	38 317	4.85		
filles																		
garçons																		
GR	33	140	6	19	13	23	0	16	8	4	14	20	1	297	187 812	1.58		
filles	12	53	1	6	4	9	0	7	2	0	6	12	0	112				
garçons	21	87	5	13	9	14	0	9	6	4	8	8	1	185				
SG*	41	2 063	7	128	36	187	15	25	15	34	129	179	11	2 870	458 821	6.26		
filles																		
garçons																		

	Article 307	Article 308	Article 309	Article 309/308	Article 310	Article 310/308	Article 311/312	Article 318 ³	Article 324	Article 325	Article 368	Article 392	Article 146/147	Total	Population résidents perma- nents au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habi- tants**
TG* filles garçons	45	620	3	143	37	92	21	1	26	27	61	56	3	1 134	232 978	4.87
SH filles garçons	21	200	0	20	0	28	4	9	3	4	32	63	0	384	73 788	5.20
AI filles garçons	0	30	0	0	2	0	0	4	0	0	6	0	0	42	15 029	2.79
AR filles garçons	2	212	1	18	8	6	1	15	1	2	8	29	5	308	52 841	5.83
ZH* filles garçons	94	3 473	6	477	109	639	37	141	18	58	355	594	52	6 053	1 261 810	4.80
AG* filles garçons	16	1 011	19	87	36	33	20	56	2	21	214	131	21	1 667	565 122	2.95
SO* filles garçons	25	805	25	14	20	73	11	181	3	15	70	54	2	1 298	247 379	5.25
BL² filles garçons	46	368	144	13	18	93	0	0	0	1	111	87	1	882	186 753	4.72
JU* filles garçons	22	166	71	4	4	53	0	0	0	1	57	50	1	429		
	24	202	73	9	14	40	0	0	0	0	54	37	0	453		
	3	336	0	10	3	3	0	0	3	6	46	105	20	523	69 091	7.57

	Article 307	Article 308	Article 309	Article 309/308	Article 310	Article 310/308	Article 311/312	Article 318 ³	Article 324	Article 325	Article 368	Article 392	Article 146/147	Total	Population résidents permanente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habitants**
BE	66	2 912	27	312	22	162	16	10	8	33	356	353	6	4 283	955 378	4.48
filles	38	1 269	13	149	8	76	5	6	4	6	138	147	3	1 862		
garçons	28	1 643	14	163	14	86	11	4	4	27	218	206	3	2 421		
FR*	239	923	30	77	55	15	41	0	12	22	174	145	12	1 745	250 377	6.97
filles																
garçons																
VS	145	589	30	28	57	14	6	41	0	14	93	59	10	1 086	287 976	3.77
filles	69	278	13	14	27	4	3	19	0	6	42	34	6	515		
garçons	76	311	17	14	30	10	3	22	0	8	51	25	4	571		
VD*4	366	1 000	0	200	263	0	9	165	9	25	373	664	14	3 088	647 382	4.77
filles																
garçons																
GE	58	1 554	5	253	0	241	15	29	0	47	238	675	44	3 159	427 396	7.39
filles	31	741	3	139	0	131	11	18	0	16	112	324	30	1 556		
garçons	27	813	2	114	0	110	4	11	0	31	126	351	14	1 603		
NE	12	1 086	36	0	236	191	12	99	0	7	137	91	5	1 907	167 910	11.36
filles	5	489	17	0	100	80	7	54	0	4	49	50		855		
garçons	7	597	19	0	136	111	5	45	0	3	88	41		1 052		
TI	683	560	4	99	330	30	50	6	7	54	150	359	2	2 334	319 931	7.30
filles	329	265	3	42	158	16	26	3	5	18	62	139	1	1 067		
garçons	354	295	1	57	172	14	24	3	2	36	88	220	1	1 267		
Total	1 953	19 273	362	2 017	1 306	2 001	264	822	131	404	2 796	3 918	261	35 508	7 582 149	4.68

* Pas de statistiques selon le sexe (f/h).

** Statistiques selon le sexe incomplètes.

1 Pas de statistiques cantonales concernant l'art. 318,

al. 3, CC.

2 Le canton de Bâle-Campagne ne saisit pas les mesures protectrices de l'enfance de manière centralisée.

3 Pas de statistiques cantonales concernant les art. 307, 310, 324 et 298a CC.

4 Suite à la réorganisation territoriale des justices de paix, il n'est pas possible de fournir des statistiques exactes pour l'année 2004.

5 Pas de statistiques cantonales concernant les art. 146 et 147 CC.

Nouvelles mesures instituées au 31 décembre 2004 (Adultes)

	Article 369	Article 370	Article 371	Article 372	Article 385 ³	Article 392	Article 393	Article 392/393	Article 394	Article 395	Total	Population résidente perma- nente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habi- tants**
UR	13	1	0	1	2	1	0	6	28	17	69	35 083	1.97
femmes	8	0	0	0	1	1	0	5	16	11	42		
hommes	5	1	0	1	1	0	0	1	12	6	27		
SZ *	8	4	0	2	1	18	16	51	65	6	171	135 989	1.26
femmes													
hommes													
NW *	10	0	0	2	0	3	1	20	10	4	50	39 497	1.27
femmes													
hommes													
OW *	5	0	0	3	2	0	0	0	15	2	27	33 162	0.81
femmes													
hommes													
LU *	43	2	0	22	24	37	17	78	198	30	451	354 731	1.27
femmes													
hommes													
ZG	11	0	0	3	4	8	7¹	13	35	1	82	105 244	0.78
femmes	2	0	0	1	2	2	5	9	18	1	40		
hommes	9	0	0	2	2	6	2	4	17	0	42		
GL *	6	3	0	6	2	9	0	9	16	8	59	38 317	1.54
femmes													
hommes													
GR	10	2	0	5	3	25	16	22	24	22	129	187 812	0.69
femmes	7	1	0	2	2	16	8	14	12	10	72		
hommes	3	1	0	3	1	9	8	8	12	12	57		
SG *	87	4	0	14	33	61	23	192	186	16	616	458 821	1.34
femmes													
hommes													

Article 369	Article 370	Article 371	Article 372	Article 3853	Article 392	Article 393	Article 392/393	Article 394	Article 395	Total	Population résidente perma- nente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habi- tants**
18	2	0	9	24	42	8	60	151	15	329	232 978	1.41
TG*												
femmes												
hommes												
6	0	0	0	2	6	1	10	38	1	64	73 788	0.87
SH**												
femmes												
hommes												
1	0	0	1	1	7	0	4	7	0	21	15 029	1.40
AI												
femmes												
hommes												
5	2	0	3	1	9	6	9	23	4	62	52 841	1.17
AR												
femmes												
hommes												
1	2	0	3	1	2	4	1	13	3	30	1 261 810	1.16
ZH*												
femmes												
hommes												
69	4	1	33	17	118	69	127	314	124	876	565 122	1.55
AG*												
femmes												
hommes												
22	0	0	30	11	31	25	93	177	19	408	247 379	1.65
SO*												
femmes												
hommes												
25	1	0	1	14	46	24	54	109	9	283	265 305	1.07
BL*												
femmes												
hommes												
4	0	0	18	4	53	100	78	64	4	325	186 753	1.74
BS												
femmes												
hommes												
2	0	0	10	3	28	38	37	38	1	157	69 091	1.42
JU*												
femmes												
hommes												

	Article 369	Article 370	Article 371	Article 372	Article 385 ³	Article 392	Article 393	Article 392/393	Article 394	Article 395	Total	Population résidente permanente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habitants**
BE	59	5	0	34	17	127	83	324	762	23	1 434	955 378	1.50
femmes	25	3	0	15	7	52	35	137	342	10	626		
hommes	34	2	0	19	10	75	48	187	420	13	808		
FR *	24	4	0	93	13	55	33	27	267	52	568	250 377	2.27
femmes													
hommes													
VS	75	45	1	42	41	26	31	24	50	113	448	287 976	1.56
femmes	43	17	0	12	19	20	19	15	22	62	229		
hommes	32	28	1	30	22	6	12	9	28	51	219		
VD *²	88	11	2	162	40	118	0	222	324	12	979	647 382	1.51
femmes													
hommes													
GE	78	7	0	12	24	86	5	217	91	2	522	427 396	1.22
femmes	36	0	0	7	8	51	2	155	42	2	303		
hommes	42	7	0	5	16	35	3	62	49	0	219		
NE	31	3	0	46	0	9	23	1	102	17	232	167 910	1.38
femmes	20	1	0	20	0	7	12	1	51	13	125		
hommes	11	2	0	26	0	2	11	0	51	4	107		
TI	38	2	0	48	21	67	108	62	172	1	519	319 931	1.62
femmes	20	0	0	11	11	32	70	39	96	0	279		
hommes	18	2	0	37	10	35	38	23	76	1	240		
Total	825	105	5	624	320	1 092	656	2 543	3 579	538	10 287	7 582 149	1.36

* Pas de statistiques selon le sexe (f/h).

** Statistiques selon le sexe incomplètes.

1 En plus, 5 cas de curatelle instituée pour une personne morale selon l'art. 393 CC.

2 Suite à la réorganisation territoriale des justices de paix, il n'est pas possible de fournir des statistiques exactes pour l'année 2004.

Nouvelles mesures instituées au 31 décembre 2004 (Enfants)

	Article 307	Article 308	Article 309	Article 310	Article 309/308	Article 310/308	Article 311/312	Article 318 ⁵	Article 324	Article 325	Article 368	Article 392	Article 146/147	Article 298a	Total	Population résidente perma- nente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habi- tants**
UR	0	8	0	0	0	0	1	0	0	0	2	1	0	0	12	35 083	0.34
filles	0	4	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	6		
garçons	0	4	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1	0	0	6		
SZ *	3	73	3	4	6	4	1	1	26	2	13	21	1	45	202	135 989	1.49
filles																	
garçons																	
NW	1	25	0	1	4	1	0	0	0	0	3	3	0	3	41	39 497	1.04
filles																	
garçons																	
OW *	2	5	1	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	8	19	33 162	0.57
filles																	
garçons																	
LU **	16	240	1	6	49	31	2	5	0	3	29	85	7	52	526	354 731	1.48
filles								3						21	24		
garçons								2						31	33		
ZG	3	31	2	2	3	5	0	0	0	0	10	21	0	3	80	105 244	0.76
filles	3	14	1	0	2	3	0	0	0	0	4	11	0	2	40		
garçons	0	17	1	2	1	2	0	0	0	0	6	10	0	1	40		
GL *	4	59	2	11	0	0	0	0	0	1	2	2	15	0	96	38 317	2.51
filles																	
garçons																	
GR	14	48	4	13	11	2	1	18	1	0	4	23	0	9	148	187 812	0.79
filles	5	20	1	3	4	1	1	12	0	0	0	11	0	4	62		
garçons	9	28	3	10	7	1	0	6	1	0	4	12	0	5	86		
SG *	22	487	4	35	65	67	5	12	5	9	32	104	4	25	876	458 821	1.91
filles																	
garçons																	

	Article 307	Article 308	Article 309	Article 310	Article 309/308	Article 310/308	Article 311/312	Article 318 ⁵	Article 324	Article 325	Article 368	Article 392	Article 146/147	Article 298a	Total	Population résidente permanente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habitants**
TG * filles	26	168	2	13	65	28	7	1	3	12	16	43	1	44	428	232 978	1.84
garçons																	
SH filles	4	30	0	0	2	6	0	0	0	0	1	28	0	21	92	73 788	1.25
filles	2	17	0	0	0	4	0	0	0	0	1	12	0	36	36		
garçons	2	13	0	0	2	2	0	0	0	0	0	16	0	35	35		
AI filles	0	4	0	0	0	0	0	2	0	0	3	0	0	0	9	15 029	0.60
filles	0	1	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	3	3	
garçons	0	3	0	0	0	0	0	1	0	0	2	0	0	0	6	6	
AR filles	1	46	0	6	3	0	1	0	0	1	3	26	2	5	94	52 841	1.78
filles	0	27	0	2	1	0	1	0	0	0	2	16	1	3	53		
garçons	1	19	0	4	2	0	0	0	0	1	1	10	1	2	41		
ZH * filles	48	745	7	90	185	134	13	32	0	15	84	346	27	586 ²	2 312	1 261 810	1.83
garçons																	
AG * filles	6	371	6	9	79	19	4	3	1	18	86	71	3	22	698	565 122	1.24
garçons																	
SO * filles	9	206	7	1	11	37	1	30	3	4	12	33	4	53	411	247 379	1.66
garçons																	
BL 2 filles															0	265 305	0.00
garçons																	
BS filles	7	128	64	8	1	43	0	0	0	0	28	35	0	30	344	186 753	1.84
filles	1	60	23	3	0	19	0	0	0	0	15	19	0	14	154		
garçons	6	68	41	5	1	24	0	0	0	0	13	16	0	16	190		
JU * filles	4	63	0	4	3	4	0	0	4	0	9	45	6	4	126	69 091	1.82
garçons																	

	Article 307	Article 308	Article 309	Article 310	Article 309/308	Article 310/308	Article 311/312	Article 318 ⁵	Article 324	Article 325	Article 368	Article 392	Article 146/147	Article 298a	Total	Population résidente permanente au 31.12.2004*	Cas pour 1000 habitants**
BE	49	722	16	29	267	60	7	4	0	2	70	170	5	373	1 774	955 378	1.86
filles	16	316	8	9	134	14	1	2	0	0	27	72	1	115	715		
garçons	33	406	8	20	133	46	6	2	0	2	43	98	4	88	889		
FR*	75	287	33	28	63	13	17	0	11	5	47	98	3	67	747	250 377	2.98
filles																	
garçons																	
VS	58	167	13	27	10	5	2	9	46	1	37	40	0	24	439	287 976	1.52
filles	25	79	6	11	4	2	2	6	23	1	16	22	0	12	209		
garçons	33	88	7	16	6	3	0	3	23	0	21	18	0	12	230		
VD*4	81	199	0	58	65	0	5	24	9	7	79	233	6	87	847	647 382	1.31
filles																	
garçons																	
GE	27	414	4	0	127	81	6	0	0	0	100	195	9	61	1 024	427 396	2.40
filles	13	200	4	0	70	46	2	0	0	0	52	90	7	27	511		
garçons	14	214	0	0	57	35	4	0	0	0	48	105	2	34	513		
NE	2	197	12	90	0	78	6	223	0	4	53	46	7	7	711	167 910	4.23
filles	1	91	6	38	0	32	4	105	0	2	13	21			313		
garçons	1	106	6	52	0	46	2	118	0	2	40	25			398		
TI	206	110	0	77	35	4	9	1	0	13	56	153	0	76	740	319 931	2.31
filles	91	50	0	38	18	2	4	0	0	6	23	54	0	31	317		
garçons	115	60	0	39	17	2	5	1	0	7	33	99	0	45	423		
Total	664	4 833	181	508	1 054	621	88	363	105	97	779	1 822	87	1 594	12 796	7 582 149	1.69

* Pas de statistiques selon le sexe (f/h).

** Statistiques selon le sexe incomplètes.

1 Pas de statistiques cantonales concernant l'art. 318, al. 3, CC.

2 Dont 529 basés sur l'art 298a et 57 sur l'art. 134, al. 3, CC.

3 Le canton de Bâle-Campagne ne saisit pas les mesures protectrices de l'enfance de manière centralisée.

4 Pas de statistiques cantonales concernant les art. 307, 310, 324 et 298a.

5 Suite à la réorganisation territoriale des justices de paix, il n'est pas possible de fournir des statistiques exactes pour l'année 2004.

6 Pas de statistiques cantonales concernant les art. 146 et 147.

7 Pas de statistiques cantonales concernant les art. 146, 147 et 298a.

