

**Commission d'experts**  
**pour la**  
**révision totale du droit de la tutelle**

# **Protection de l'adulte**

**Rapport**  
**relatif à la révision du code civil**  
**(Protection de l'adulte, droit des personnes et droit**  
**de la filiation)**

**Juin 2003**

## Condensé

*Le droit actuel de la tutelle du code civil suisse (CC; art. 360 à 455) 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 et à nos conceptions actuels, il est nécessaire de le réviser totalement.*

*L'un des buts de la révision est de favoriser l'autodétermination. A cet effet, l'avant-projet propose trois nouvelles institutions sous le titre "Des mesures personnelles anticipées" (art. 360 à 373). Il s'agit tout d'abord du mandat pour cause d'incapacité, qui permet à une personne capable de discernement de charger une ou plusieurs personnes physiques ou morales de sauvegarder ses intérêts et de la représenter pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Ce mandat peut être limité au domaine médical et s'intitule alors mandat dans le domaine médical. Dans ce cas, une personne donne la compétence à une personne physique de consentir en son nom à un traitement médical si elle devenait incapable de discernement. Il s'agit enfin des directives anticipées du patient, qui permettent à une personne capable de discernement de déterminer les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.*

*Les mesures tutélaires actuelles qui doivent être instituées par l'autorité, à savoir la tutelle, la curatelle et le conseil légal, ont un contenu prédéterminé, ce qui ne permet pas de prendre suffisamment en compte le principe de la proportionnalité. Elles sont remplacées par une seule institution, la curatelle (art. 377 à 415). Elle est instituée lorsqu'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 que 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.*

*L'avant-projet prévoit quatre sortes de curatelles: les curatelles d'accompagnement, de représentation, de coopération et de portée générale. Ces curatelles sont une forme modernisée des mesures actuelles prises par l'autorité. Les curatelles d'accompagnement et de représentation sont une version modifiée de la curatelle selon les art. 392 à 394 CC. La curatelle d'accompagnement ne limite pas l'exercice des droits civils de la personne sous curatelle. Dans le cas de la curatelle de représentation, les actes du curateur lient la personne représentée. L'autorité peut limiter ponctuellement l'exercice des droits civils. La curatelle de coopération correspond dans ses effets au conseil légal au sens de l'art. 395, al. 1, CC. Elle est instituée lorsque, 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 de plein droit de l'exercice des droits civils. Elle est instituée notamment lorsqu'une personne est durablement incapable de discernement.*

*Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées entre elles. La curatelle de portée générale couvre tous les domaines de l'assistance personnelle et de la gestion du patrimoine. Dans les autres curatelles, les tâches du curateur doivent être déterminées de cas en cas par l'autorité.*

*Le placement sous autorité parentale d'enfants majeurs interdits (art. 385, al. 3, CC) n'existe plus dans le nouveau droit. En lieu et place, celui-ci prévoit un certain nombre de privilèges pour les père et mère qui sont nommés curateurs de leur enfant*

(art. 408). Ils sont en particulier dispensés de remettre un inventaire et d'établir des rapports et des comptes périodiques. Ainsi, sur le plan du droit matériel, ils ont presque la même position que s'ils étaient détenteurs de l'autorité parentale. Ces mêmes privilèges seront désormais attribués également au conjoint (et dans le futur aussi au partenaire enregistré). Dans les deux cas, l'autorité peut toutefois ordonner une surveillance ponctuelle ou générale, pour autant qu'elle soit adaptée aux circonstances. En outre, lorsque la curatelle est confiée au partenaire, à un descendant, à un frère ou à une sœur, l'autorité peut, si les circonstances le justifient, les dispenser de certaines tâches (art. 409).

La réglementation relative au placement à des fins d'assistance (art. 416 à 430) renforce la protection juridique et comble les lacunes du droit actuel. Elle limite en particulier la compétence du médecin d'ordonner un placement et ancre dans la loi des règles de procédure importantes. En outre, elle introduit le droit de faire appel à une personne de confiance et l'obligation pour l'autorité d'effectuer des examens périodiques pour déterminer en particulier si les conditions du maintien de la mesure sont encore réalisées. La décision de l'instance qui ordonne un placement doit mentionner s'il s'agit d'un placement à des fins d'assistance ou de traitement d'un trouble psychique ou d'un placement à des fins d'expertise. L'avant-projet règle encore de manière exhaustive le traitement d'un trouble psychique, en garantissant, dans la mesure du possible, l'autodétermination de la personne concernée. Il est interdit à l'autorité de protection de l'adulte d'ordonner un traitement ambulatoire contre la volonté de la personne concernée.

Actuellement, l'aide apportée à une personne incapable de discernement, temporairement ou durablement – notamment vers la fin de sa vie –, est pragmatique et repose sur différents systèmes. Le nouveau droit de la protection de l'adulte prend en considération le besoin des proches de la personne incapable de discernement de prendre eux-mêmes certaines décisions, sans l'intervention d'une autorité. La solidarité au sein de la famille s'en trouve renforcée et l'autorité ne doit pas instituer systématiquement une curatelle. Les proches sont habilités – sur le modèle de certaines lois cantonales – à consentir à des soins médicaux pour la personne incapable de discernement (art. 434 à 436), pour autant qu'il n'existe pas de mandat pour cause d'incapacité ou de directives anticipées suffisamment précises. Sont réservées les réglementations spéciales, comme par exemple celles dans les domaines de la stérilisation, de la médecine de la transplantation et de la recherche. En outre, l'avant-projet accorde au conjoint (dans le futur également au partenaire enregistré) de la personne incapable de discernement le droit d'ouvrir le courrier, d'assurer l'administration ordinaire des revenus et des autres biens et d'entreprendre tous les actes juridiques nécessaires à l'entretien courant (art. 431 à 433).

Les personnes incapables de discernement vivant dans une institution ne bénéficient pas toujours de la protection juridique ou psycho-sociale dont elles ont besoin. L'avant-projet remédie en partie à ces carences (art. 437 à 442). 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 homes et les établissements médico-sociaux qui accueillent des personnes incapables de discernement.

Actuellement, l'organisation de la tutelle est très compliquée et très différente selon les cantons. Dans les cantons romands, l'autorité tutélaire est en règle générale un tribunal, alors que dans certains cantons alémaniques l'autorité tutélaire est le conseil communal, dont les membres n'ont pas forcément des connaissances en droit de

*la tutelle. Les gens de la profession demandent depuis longtemps une professionnalisation de la tutelle. Certains cantons l'ont déjà réalisée, d'autres l'ont entreprise. L'avant-projet attribue la compétence en matière de protection de l'enfant et de l'adulte à une autorité interdisciplinaire (art. 443). Celle-ci doit rendre ses décisions de manière indépendante et établir les faits d'office. Elle constitue ainsi un tribunal au sens des art. 5 et 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH).*

*Sur la base de la nouvelle compétence attribuée à la Confédération dans le domaine du droit de la procédure civile, la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte est réglée dans un avant-projet de loi séparé. Cette solution améliore la protection juridique et permet d'éliminer du code civil les dispositions sur le for et la procédure.*

*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 déjà la responsabilité directe de l'Etat, assortie d'un droit de recours contre les personnes qui ont 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'adulte et de l'enfant (art. 451 à 454).*

*Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte a un rapport étroit avec la réglementation sur l'exercice des droits civils du code civil. Cette réglementation est lacunaire et difficilement compréhensible pour les citoyens. Les dispositions actuelles du droit de la tutelle relatives aux actes qu'une personne sous tutelle peut accomplir seule sont généralisées et complétées. Elles sont intégrées dans le droit des personnes (art. 19 à 19c AP CC).*

# 1 Partie générale

## 1.1 Droit actuel de la tutelle

Le droit de la tutelle, réglé dans les art. 360 à 455 du code civil suisse (CC; RS 210), n'a pratiquement pas subi de modification depuis l'entrée en vigueur de ce code le 1<sup>er</sup> 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, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1981. Cette loi a rendu le droit de la tutelle compatible avec les exigences de l'art. 5 CEDH (RS 0.101). Le CC a ainsi été complété par les art. 397a à 397f.

L'actuel droit de la tutelle prévoit trois mesures liées à l'exercice d'un mandat officiel: la tutelle (art. 368 à 372 CC), le conseil légal (art. 395 CC) et la curatelle (art. 392 à 394 CC). La privation de liberté à des fins d'assistance constitue une autre mesure permettant de placer dans un établissement une personne ayant besoin d'aide.

Le droit de la tutelle

- pourvoit d'un tuteur le mineur qui n'est pas sous autorité parentale (art. 368 CC);
- veille à ce que certains adultes ayant besoin d'une aide durable
  - soient protégés contre des actes inconsidérés par la privation de l'exercice de leurs droits civils (interdiction au sens de l'art. 369 ss CC) ou par la privation de l'exercice de leurs droits civils restreinte à des domaines déterminés relevant du droit patrimonial (conseil légal coopérant au sens de l'art. 395, al. 1, CC ou conseil légal gérant au sens de l'art. 395, al. 2, CC);
  - soient représentés dans une large mesure (art. 369 ss CC) ou dans une mesure restreinte (art. 395, al. 2, CC) par d'autres personnes;
  - ne gèrent plus eux-mêmes leurs biens (curatelle selon l'art. 393, ch. 2, CC; conseil légal selon l'art. 395, al. 2, CC);
  - soient pris en charge, le cas échéant sans leur consentement ou contre leur gré (en particulier dans les cas de privation de liberté à des fins d'assistance selon les art. 397a et 406 CC);
- pourvoit à la gestion de biens non administrés sans qu'il s'agisse pour autant d'adultes dits "faibles" (curatelle au sens de l'art. 393 CC);
- pourvoit à une représentation, lorsque des adultes ou des représentants légaux se trouvent passagèrement dans une incapacité de fait d'agir (curatelle au sens de l'art. 393, ch.1 et 2, CC), et
- retire le pouvoir de représentation de représentants légaux en cas de conflits d'intérêts et pourvoit à leur remplacement (art. 392, ch. 2, CC).

L'actuel droit de la tutelle protège en premier lieu

- les mineurs;
- des catégories déterminées d'adultes, tels que "les malades mentaux, les faibles d'esprit, les drogués et autres toxicomanes, les personnes dans un état d'abandon, les personnes faisant état d'inconduite, les prodigues, les personnes incapables de gérer leurs biens, les personnes touchées par une peine privative de liberté, souffrant de sénilité, d'une infirmité ou d'inexpérience" (art. 369 à 372 et 397a CC);

- les biens non administrés, qu'il s'agisse de biens d'une personne physique ou morale ou de fonds recueillis (art. 393 CC), et
- les personnes empêchées d'agir (art. 392, ch. 1 et 3, CC).

A titre secondaire, le droit de la tutelle protège la famille et des tiers (art. 369; 370; 397a; 375; 387, al. 2; 397, al. 2; 398, al. 3; 410, al. 2, et 411 CC).

## 1.2 Carences du droit actuel

Le droit de la tutelle est axé principalement sur la question de savoir comment les personnes diminuées par de graves états de faiblesse peuvent participer à la vie juridique et comment elles peuvent être assistées. Notre conception de l'être humain se fonde sur la dignité humaine, partant, sur le droit de chaque personne à l'autodétermination. Le droit de la tutelle ne peut toutefois pas éviter de conférer un pouvoir de décision à autrui. Ces interventions ne sont pas contestées lorsqu'une personne ayant besoin d'aide n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté. Le problème surgit lorsqu'il s'agit d'assister une personne contre sa volonté. Le droit actuel l'autorise, comme le futur droit. Celui qui refuse ces interventions de tiers parce qu'il prône le respect inconditionnel du droit à l'autodétermination risque de priver les personnes affectées par un état de faiblesse de l'assistance dont elles ont un urgent besoin.

Le législateur doit cependant tout mettre en œuvre pour que les interventions fondées sur un pouvoir de décision conféré à autrui respectent et préservent la dignité de l'être humain. Il doit veiller à ce que les mesures qui sont indispensables soient fondées sur une base légale claire et à ce qu'elles soient ordonnées dans le cadre de procédures inattaquables dans un Etat de droit. La protection des droits fondamentaux joue dès lors un rôle particulier dans le droit matériel ainsi que dans la procédure de tutelle. Ces droits ont été développés et précisés au cours des dernières décennies. Il est important de relever que les restrictions des droits fondamentaux doivent être apportées dans le respect du principe de la proportionnalité (art. 36, al. 3, de la Constitution fédérale, Cst.; RS 101). Or, les catégories de mesures d'interdiction plus ou moins drastiques appliquées aujourd'hui, à savoir le retrait de la capacité civile, le conseil légal en cas de privation ponctuelle de la capacité civile dans le domaine patrimonial et la curatelle, qui n'a aucune influence sur la capacité civile, ne satisfont plus à cette exigence.

Il y a encore lieu de constater que le droit de la tutelle présente également des lacunes au regard du développement des droits fondamentaux. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, une privation de liberté à des fins d'assistance n'est, par exemple, pas légitime en tant que telle pour le traitement d'un trouble psychique si la personne concernée n'y a pas donné son consentement. Une telle mesure n'est licite que si et dans la mesure où le droit cantonal dispose d'une base légale suffisante à cet effet. Il est ainsi patent qu'une réglementation uniforme de droit fédéral s'impose.

Le droit de la tutelle en vigueur n'est en outre plus en concordance avec l'évolution de la société et ses conceptions. Le droit à l'autodétermination et les moyens susceptibles de développer l'autonomie d'une personne ont aujourd'hui un autre poids que lors de l'adoption du code civil il y a plus de 90 ans. Les décisions des pouvoirs publics sont moins facilement acceptées, les personnes à protéger sont devenues souvent plus exigeantes, la prise en charge revêt de plus en plus le caractère d'un partenariat, le travail social exercé à titre professionnel est devenu indispensable et

diverses notions du droit de la tutelle en vigueur sont ressenties comme étant discriminatoires et socialement stigmatisantes.

La jurisprudence a partiellement tenté de tenir compte de l'évolution de la société et de ses conceptions en procédant à une interprétation extensive et créative de la loi. Il en est résulté des inégalités de traitement et de grands écarts entre la loi et la réalité juridique. Ainsi, par exemple, selon la conception du législateur de 1912, la tutelle constitue la mesure principale pour assurer la protection des personnes et des biens. C'est pourquoi la majorité des articles de la loi sont consacrés à cette institution, exclusivement ou dans une mesure prépondérante. Or, l'importance de la tutelle a régressé dans la pratique. En effet, les curatelles constituent aujourd'hui plus de la moitié des mesures liées à l'exercice d'un mandat officiel (cf. statistique tenue par la Conférence des autorités cantonales de tutelle; annexe). Cette situation montre que le principe de la proportionnalité est appliqué et que la gradation des mesures prévues par le droit de la tutelle est prise en considération. Mais, sous le couvert de ces mesures, des affaires concernant des personnes ayant besoin d'aide sont liquidées aujourd'hui d'une manière qui n'est pas prévue par la loi.

La doctrine et la jurisprudence estiment dès lors qu'une refonte totale du droit de la tutelle est nécessaire.

### **1.3 Historique de la réforme**

#### **1.3.1 Travaux préliminaires**

En septembre 1993, l'Office fédéral de la justice a constitué un groupe d'experts chargé d'élaborer un avant-projet de loi portant sur la révision totale du droit suisse de la tutelle. Ce groupe était constitué des professeurs BERNHARD SCHNYDER, Fribourg (*président*), et MARTIN STETTLER, Genève, ainsi que de CHRISTOPH HÄFELI, recteur de la Haute Ecole pour le travail social, Lucerne. Le mandat consistait à élaborer des principes directeurs et un document à thèses ainsi qu'un rapport explicatif pour une réforme fondamentale du droit suisse de la tutelle tenant compte de l'évolution du droit en Europe. Il y avait lieu en particulier de faire ressortir les carences importantes du droit en vigueur, de déterminer les exigences auxquelles doit satisfaire un droit de la tutelle moderne et les mesures de prise en charge susceptibles de satisfaire à ces exigences, ainsi que d'établir l'organisation requise pour l'exécution d'un droit de la tutelle moderne. En juillet 1995, les trois experts ont déposé leur rapport intitulé: "*A propos de la révision du droit suisse de la tutelle*". Les propositions relatives à un nouveau "droit à l'assistance" – certaines rédigées de toutes pièces – ont été présentées et discutées dans des groupes de travail lors des journées ouvertes organisées à Fribourg les 11 et 12 septembre 1995. Les prises de position élaborées à cette occasion ont été évaluées par l'Office fédéral de la justice.

En novembre 1997, l'Office fédéral de la justice a chargé les trois mêmes experts de préparer un premier avant-projet de réforme complète du droit suisse de la tutelle. Cet avant-projet de modification du CC (droit de la protection de l'adulte) a été livré en juin 1998. Le professeur BERNHARD SCHNYDER a rédigé le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet sous la forme d'un bref commentaire des dispositions proposées.

### 1.3.2 Commission d'experts

En février 1999, une commission d'experts interdisciplinaire, instituée par le Département fédéral de justice et police, a commencé ses travaux. Elle avait pour mandat d'examiner, en se fondant sur l'avant-projet de juin 1998, les questions essentielles et de présenter un avant-projet, accompagné d'un rapport explicatif, en vue d'une procédure de consultation.

Les membres de la commission étaient Brigitte AMBÜHL BRAUN, docteur en médecine, ancienne médecin-chef en gérontopsychiatrie, Zurich; CHRISTA BALLY, avocate, secrétaire juridique, Service administratif de tutelle de la ville de Berne; NOËLLE CHATAGNY, tutrice générale, Fribourg; MARIO ETZENSBERGER, docteur en médecine, médecin-chef de la clinique psychiatrique de Königsfelden; JÜRIG GASSMANN, avocat, représentant de Pro Mente Sana, 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, Lucerne; HELMUT HENKEL, docteur en droit, 1<sup>er</sup> vice-président des autorités de tutelle de la ville de Zurich; DIN JANETT, tuteur officiel, Samedan; GENEVIEVE JOLY, juge cantonal, Neuchâtel; RETO MEDICI, avocat, tuteur officiel, président de l'Association suisse des tuteurs officiels, Bellinzzone; CHRISTIAN MINGER, avocat, Service juridique du canton du Jura, Delémont; ANNETTE PFAEHLER, Office de la Jeunesse, Genève; RUTH REUSSER, docteur en droit, directrice-suppléante de l'Office fédéral de la justice, Berne (*présidente*); RUTH RITTER-RAUCH, représentante de l'Association Alzheimer Suisse, Yverdon; NIKLAUS RÜTSCHKE, secrétaire de l'Office de tutelle, St. Gall; SUSANNA SCHIBLER, représentante de Pro Senectute, Zurich; BERNHARD SCHNYDER, docteur en droit, professeur émérite, Université de Fribourg; CHRISTA SCHÖNBÄCHLER, avocate, représentante de insieme, Fédération suisse des associations de parents de handicapés mentaux; MARTIN STETTLER, docteur en droit, professeur, Université de Genève.

La commission d'experts s'est informée des expériences faites en droit allemand de l'assistance et en droit autrichien de la protection des adultes auprès de WERNER BIENWALD, professeur, Hanovre; ERICH BUSSMANN, président du tribunal des tutelles, Munich; HERBERT SPIESS, Institut des services sociaux, Feldkirch; WILHELM TSCHUGGUEL, juge au Landesgericht, Korneuburg, et JOHANN WEITZENBÖCK, juge au Landesgericht, St. Pölten.

La commission d'experts a pris également l'avis de divers experts suisses:

- Sur l'ensemble du sujet: R. HALTNER, Service spécialisé en matière d'espaces vitaux pour les personnes affectées d'un handicap mental; U. KERN, Centre pour une vie autonome, Zurich;
- Sur la privation de liberté à des fins d'assistance: HANS BRÄNDLI, docteur en médecine, médecin-chef de l'Hôpital psychiatrique de Marsens; VERENA DISERENS et KARL RÜEGG, Association des familles de malades souffrant de schizophrénie ou de troubles psychiques, Zurich; FRANÇOIS FERRERO, professeur, Centre médical universitaire/Clinique de psychiatrie, Chêne-Bourg; HERBERT HEISE, docteur en médecine, Services psychiatriques universitaires, Berne; TEDY HUBSCHMID, docteur en médecine, président de la Société suisse de psychiatrie et de psychothérapie, Berne; JAKOB LITSCHIG, médecin, Association suisse des patients en psychiatrie, Berne; MILAN MONASEVIC, docteur en médecine, ancien directeur de la Clinique psychiatrique de Riva S. Vitale; JEAN-PIERRE PAUCHARD, docteur en médecine, directeur de la Clinique psychiatrique de Münsingen;



- Sur la prise en charge des personnes âgées: KATHARINA ALTHAUS, infirmière diplômée, Office des homes de la ville de Zurich; JACQUES GASSER, docteur en médecine, Département universitaire de psychiatrie adulte, Prilly; ADRIAN KÜNG, docteur en médecine, Polyclinique universitaire de psychogériatrie, Lausanne; REGULA LÜTHI, experte en soins, Centre de formation interdisciplinaire Spitex, Zurich; REGULA SCHMITT, docteur en médecine, Société suisse de gérontologie, Berne; ALBERT WETTSTEIN, docteur en médecine, chef du service médical de la ville de Zurich;
- Sur la problématique posée par les personnes qui mettent en danger la sécurité d'autrui: PETER EBERHÖFER, police cantonale, Zurich; PETER GILL, Département de la police et des affaires militaires, Bâle-Ville; lieutenant JOLLIET, police cantonale, Genève;
- Sur l'organisation de la tutelle: CHRISTIAN FELLRATH, tutelle officielle, Neuchâtel.

Le professeur OLIVIER GUILLOD, directeur de l'Institut de droit de la santé (Neuchâtel), a participé 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. Il a également préparé des documents de base pour la commission d'experts.

Enfin, la commission a bénéficié des connaissances acquises par AUDREY LEUBA, professeur, lors de sa collaboration au projet du Fonds national intitulé "*La fourniture de soins personnels et médicaux à la personne âgée*". Le chapitre sur les personnes incapables de discernement résidant dans une institution (art. 437 ss) s'inspire de ses propositions.

La commission d'experts a adopté son avant-projet de modification du CC (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) en automne 2002. L'administration a ensuite élaboré le présent rapport explicatif avec le concours de divers membres de la commission d'experts.

### **1.3.3 Loi de procédure**

Après l'élaboration des propositions de modification du droit matériel, l'Office fédéral de la justice a, en été 2002, chargé DANIEL STECK, docteur en droit, ancien juge cantonal, Greifensee, d'élaborer un avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que le rapport explicatif y relatif, avec le concours de divers experts et de l'administration. Cette loi est fondée sur la réforme de la justice intervenue en l'an 2000 (nouvelle compétence de la Confédération en matière de procédure civile, art. 122 Cst.). Le droit de procédure est aussi important que le droit matériel pour la protection juridique des personnes concernées. L'avant-projet de loi réglant la procédure est soumis à consultation conjointement avec le présent avant-projet.

## **1.4 Eléments essentiels de la révision**

### **1.4.1 Autodétermination sous la forme de mesures personnelles anticipées**

Grâce aux progrès de la médecine, l'espérance de vie en Suisse augmente sans cesse. Dans la catégorie de la population âgée de 65 ans ou plus, le nombre de personnes âgées de plus de 80 ans a passé de 9 pour cent en 1900 à 26 pour cent en 1990. En 1900, les personnes qui avaient 80 ans ou plus constituaient 0,5 pour cent

de la population, alors qu'en 2000 elles en constituaient 4 pour cent, ce qui en chiffres absolus représente environ 290 000 personnes. Avec l'âge, le risque d'être atteint par la maladie d'Alzheimer ou par une démence sénile augmente. Il est vrai que des personnes plus jeunes peuvent également perdre leur capacité de discernement, passagèrement ou durablement, suite à un accident ou à une maladie grave. C'est pourquoi toute personne "devrait", en prévision de tels cas, désigner une personne chargée de sauvegarder ses intérêts et, en particulier, une personne qui peut, en son nom, consentir à un traitement médical. Elle évite ainsi de devoir dépendre, un jour, des autorités étatiques et elle préserve son droit à l'autodétermination. En outre, ces mesures personnelles anticipées évitent à l'Etat de devoir intervenir.

Actuellement, il est douteux qu'une procuration soit encore valable après que le mandant est devenu incapable de discernement. En outre, il n'est pas possible de prévoir qu'une procuration produise ses effets au moment de la survenance de l'incapacité de discernement. Pour remédier à cette situation de droit insatisfaisante, l'avant-projet prévoit trois nouvelles institutions juridiques, à savoir le mandat pour cause d'inaptitude, le mandat dans le domaine médical et les directives anticipées du patient.

Avec un mandat pour cause d'inaptitude, une personne capable de discernement désigne une ou plusieurs personnes physiques qu'elle charge de sauvegarder ses intérêts et de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Le mandat dans le domaine médical charge une personne physique de consentir, au nom du mandant, à un traitement médical pour le cas où le mandant deviendrait incapable de discernement. Enfin, dans des directives anticipées du patient, une personne capable de discernement précise les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Ces décisions ne produisent effets que si la personne concernée perd sa capacité de discernement. La sécurité du droit exige la constatation de la validité du mandat par l'autorité. L'autorité de protection de l'adulte n'agit toutefois que ponctuellement et le contenu du mandat est fixé par la personne concernée.

Le mandat pour cause d'inaptitude n'est pas sans poser un problème, car le mandataire peut abuser de la confiance du mandant et exécuter le mandat d'une autre manière que celle voulue par le mandant. Or, le mandant ne peut pas révoquer le mandat si son incapacité de discernement est durable. C'est la raison pour laquelle il y a lieu de donner à l'autorité une possibilité minimale d'intervenir (cf. art. 364, al. 2, et 369).

#### **1.4.2 Renforcement de la solidarité familiale et intervention réduite de l'Etat**

L'actuel droit de la tutelle ne connaît pas de mesures spécifiques pour les personnes qui deviennent incapables de discernement et perdent ainsi l'exercice des droits civils de par la loi (art. 13 CC). Ceci a pour conséquence qu'il est impossible d'obtenir un consentement valable à des mesures d'assistance ou à des mesures de gestion du patrimoine. Selon le droit fédéral actuel, l'autorité tutélaire doit, dans un tel cas, nommer un tuteur ou un curateur. Comme cette procédure est pénible et que les proches redoutent généralement de s'adresser aux autorités, ceux-ci ont recouru à des solutions pragmatiques. Dans la plupart des cas, ils agissent pour la personne concernée sans se demander s'ils ont été valablement habilités à le faire. Tant que la

personne concernée est encore en mesure de signer, ses partenaires contractuels ne remarquent d'ailleurs souvent pas son incapacité de discernement. Dans les relations qui se situent dans un contexte très étroit, ce mode d'agir est toléré suivant les circonstances, même si l'incapacité de discernement est connue, parce que l'on sait que tout l'entourage de la personne concernée est solidaire de cet acte.

Pour légitimer les actes juridiques des proches d'une personne incapable de discernement, on interprète également de manière extensive l'art. 166 CC relatif à la représentation de l'union conjugale et on élargit son champ d'application à un domaine pour lequel il n'a pas été conçu. On invoque aussi les art. 419 ss CO sur la gestion d'affaires sans mandat pour justifier les actes des proches, en partant du principe qu'ils étaient urgents et qu'ils sont conformes aux intentions présumables de la personne dépendante en permanence de l'aide de son entourage.

La réalité juridique montre ainsi que le seuil à partir duquel on s'adresse à l'autorité est placé très haut. Même si ces réserves peuvent être injustifiées à l'égard de la nouvelle autorité de protection de l'adulte, il est illusoire de croire que les proches seront beaucoup plus disposés à collaborer avec l'autorité dans le nouveau droit que dans le droit actuel. Le nouveau droit de la protection de l'adulte devrait dès lors tenir compte du besoin des proches des personnes incapables de discernement et leur accorder la compétence de prendre sans problème certaines décisions, pour autant que cela puisse se justifier sur le plan matériel.

S'agissant des mesures médicales, les réglementations des cantons sont lacunaires. Ainsi, par exemple, les cantons du Jura, du Tessin et de Neuchâtel prévoient dans leur loi sur la santé publique qu'une personne proche ou un membre de la famille peut donner son consentement à un traitement médical au nom d'une personne adulte incapable de discernement. D'autres cantons (par ex. Argovie, Appenzell Rhodes-Extérieures, Berne, Lucerne) confèrent au médecin le droit de décider même s'il ne s'agit pas d'un cas urgent, les proches devant toutefois être consultés dans certains cas. Or, cette solution n'est pas conforme à l'art. 6 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, que la Suisse entend ratifier (FF 2002, 271 ss, ch. 3.3.3.3). Ainsi, une réglementation de droit fédéral uniforme et praticable s'impose.

L'avant-projet habilite une personne proche à consentir à des soins médicaux à donner à une personne incapable de discernement en l'absence de mandat pour cause d'inaptitude ou de directives anticipées suffisamment précises (art. 434 ss). Les dispositions y relatives des lois cantonales sur la santé publique deviendront dès lors sans objet. Ce droit de représentation légal des proches se justifie du fait qu'il s'agit de mesures proposées par un médecin. Les proches ne peuvent ainsi pas agir seuls et sont en outre placés sous un contrôle puisque le personnel médical peut s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte si le consentement à un traitement est injustement refusé. En outre, les réglementations spéciales sont réservées, comme par exemple les règles contenues dans la loi sur les produits thérapeutiques ou dans les lois fédérales sur la transplantation, la stérilisation ou la recherche, qui sont en cours d'élaboration.

L'avant-projet confère en outre au conjoint (et, dans le futur, également au partenaire enregistré) de la personne incapable de discernement le droit de procéder à tous les actes juridiques nécessaires à l'entretien courant, d'administrer dans une certaine mesure les revenus et d'autres biens et d'ouvrir le courrier (art. 431).

Ces droits de représentation, soumis à des conditions déterminées, sont en étroite relation avec le devoir des membres de la famille de s'entraider. Le devoir d'assis-

tance entre époux est ancré à l'art. 159, al. 3, CC et celui entre parents et enfants à l'art. 272 CC. La solidarité familiale est ainsi renforcée et cela permettra d'éviter que les autorités doivent ordonner systématiquement des mesures de protection de l'adulte au sens des art. 374 ss.

### 1.4.3 Mesures sur mesure

L'interdiction, qui entraîne la perte de la capacité d'exercer les droits civils, constitue souvent une mesure disproportionnée qui stigmatise la personne concernée. L'exploitation insuffisante des facultés d'agir de manière autonome a pour conséquence un recours trop fréquent à l'assistance étatique. On ne saurait admettre, par exemple, qu'une interdiction soit prononcée contre la volonté d'une personne souffrant d'une maladie psychique dans le but de pouvoir nettoyer et 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. La loi ne prévoit pas une assistance personnelle de la personne concernée.

Avec leurs préceptes rigides, aussi bien l'interdiction que le conseil légal n'ont plus place dans un droit moderne de la protection de l'adulte. Pour les remplacer, il y a lieu de ne retenir qu'une seule institution juridique, à savoir la curatelle (art. 377 ss). Le cercle des personnes pour lesquelles une curatelle peut être instituée se recouvre certes largement avec celui des personnes pour lesquelles des mesures de tutelle peuvent être prises actuellement. Mais désormais les autorités de protection de l'adulte n'ordonneront plus des mesures standardisées, mais des mesures sur mesure, de manière à ce que l'assistance étatique soit limitée dans chaque cas au minimum réellement nécessaire. Ainsi, le droit à l'autodétermination et l'autonomie de la personne concernée seront sauvegardés dans toute la mesure possible également dans le cadre de mesures prises par les autorités.

L'avant-projet prévoit quatre types de curatelles: les curatelles d'accompagnement, de représentation, de coopération et de portée générale. Ces quatre curatelles sont une forme modernisée des mesures prises actuellement par les autorités.

La curatelle de portée générale est l'institution qui remplace l'actuelle interdiction. Elle entraîne également de plein droit la privation de l'exercice des droits civils (art. 384, al. 2). Mais le champ d'application de la curatelle de portée générale est très restreint. Elle est instituée si la personne a un besoin d'aide particulièrement prononcé, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement.

La curatelle de coopération (art. 383) 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, 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 (art. 379, al. 1).

La curatelle d'accompagnement et la curatelle de représentation (art. 380 à 382) s'inspirent de la curatelle actuelle au sens des art. 392 à 394 CC. La curatelle d'accompagnement ne prive pas la personne concernée de l'exercice de ses droits

civils. La personne sous curatelle de représentation, elle, est liée par les actes de son curateur. Cependant, l'autorité de protection de l'adulte peut, suivant la situation, limiter ponctuellement l'exercice des droits civils.

Les tâches attribuées au curateur dans les curatelles d'accompagnement et de représentation sont déterminées selon le "principe du besoin", comme c'est le cas pour la curatelle de coopération. Elles ne doivent pas comprendre des affaires que la personne concernée peut régler elle-même (art. 379).

Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées entre elles (art. 378, al. 2).

Ces mesures particulièrement souples sont conformes au principe constitutionnel de la proportionnalité (art. 5 Cst.) et à 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 et elles permettent d'instituer une assistance juridique adaptée aux besoins. Elles sont en outre conformes à la maxime: assistance étatique autant que besoin est et intervention étatique aussi rare que possible. L'assistance personnelle est en même temps plus marquée qu'auparavant puisque toute curatelle peut également comprendre ce domaine (art. 379, al. 2).

Les autorités ne peuvent ordonner des mesures qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque la personne concernée n'a pas octroyé une procuration ou n'a pas pris des mesures personnelles anticipées au sens des art. 360 à 373 ou lorsque l'appui, volontaire ou prévu par la loi (cf. art. 431 à 435), fourni par la famille, par d'autres proches ou par des services privés ou publics (art. 375) ne suffit pas. Il y a lieu de protéger et de mobiliser les ressources qui existent en matière d'assistance dans l'environnement social de la personne concernée. Si l'appui fourni par la famille ou par les proches est suffisant, l'intervention de l'autorité n'est pas nécessaire.

#### **1.4.4 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. 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 tuteur ou le détenteur de l'autorité parentale prolongée n'est pas surveillé par l'autorité et les mesures ne font pas l'objet d'un contrôle régulier. Si l'autorité ne veut pas renoncer à la surveillance, elle doit désigner les parents comme tuteurs.

L'institution de l'autorité parentale prolongée est surtout envisagée dans le cas des personnes nées avec un handicap mental. Elle a été critiquée à maintes reprises dans la doctrine. Le principal dilemme réside dans le fait que les parents sont souvent les mieux placés pour s'occuper de leur enfant handicapé mental, mais que l'autorité parentale prolongée peut empêcher une personne souffrant d'un handicap mental d'accéder à plus d'indépendance et de se préparer à vivre sans ses parents. C'est là pourtant une chose importante, 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. 384 – l'institution qui remplace l'interdiction du droit actuel – ne peut plus être envisagée que dans un nombre de cas relativement limité. Cette solution tient 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 être très différentes d'une personne à l'autre, de sorte que les besoins des personnes varient également beaucoup de l'une à l'autre. 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". La commission d'experts a renoncé à cette solution. Dans le nouveau droit, les parents ne peuvent donc être que 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" tuteurs et donc sont soumis aux dispositions sur la responsabilité prévues par le droit de la tutelle (art. 426 ss CC) disparaît. Pour cette raison, l'avant-projet accorde des privilèges aux parents qui font office de curateurs: ils sont dispensés 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. Au plan matériel, l'institution de l'autorité parentale prolongée subsiste donc – sous un autre nom – dans le nouveau droit, avec toutefois quelques modifications. La responsabilité sera régie dorénavant, dans tous les cas, par le droit de la protection de l'adulte (art. 451 ss).

En droit suisse, l'autorité parentale est attribuée exclusivement aux parents d'une personne. Il est toutefois justifié, matériellement, d'étendre les privilèges accordés aux parents au conjoint (et dans le futur également au partenaire enregistré) lorsqu'il fait office de curateur. Dans les deux cas, l'autorité de protection de l'adulte peut toutefois ordonner une surveillance générale ou ponctuelle, pour autant qu'elle soit adaptée aux circonstances (art. 408 *in fine*).

La souplesse du nouveau droit tient également au fait que le partenaire, un descendant, un frère ou une sœur peuvent, si les circonstances le justifient, également être libérés en totalité ou en partie 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 (art. 409). Contrairement à ce qui est prévu pour les parents et pour les conjoints, il faut toutefois dans ce cas une décision expresse de l'autorité de protection de l'adulte, qui doit examiner précisément la situation avant de rendre la décision.

#### **1.4.5 Elimination des stigmatisations**

Le nouveau droit de la protection de l'adulte ne peut pas ne pas circonscrire les mesures et leurs conditions. Mais la doctrine souligne, avec une rare unanimité, qu'il faut trouver des expressions évitant autant que possible de stigmatiser. Les termes de "maladie mentale, faiblesse d'esprit, inconduite, prodigalité et mauvaise gestion" n'ont plus aucune raison d'être dans un droit moderne. Cependant "interdiction", "mise sous tutelle ou sous curatelle" ainsi que "pupille" sont également des termes qui étiquettent et n'y ont par conséquent pas leur place. Il ne faut toutefois pas se leurrer: les nouveaux termes acquerront également une connotation négative avec le temps, parce que les personnes concernées leur associeront quelque chose de désagréable.

Abstraction faite du placement à des fins d'assistance, le nouveau droit ne prévoit plus qu'une mesure, la curatelle. L'avant-projet de 1995 voulait – par analogie avec le "Betreuungsrecht" allemand – utiliser les termes de "Betreuung" et de "Betreuer" et exprimer ainsi qu'il en va de l'intervention personnelle d'êtres humains en faveur d'autres êtres humains. Il n'existe cependant pas de traduction satisfaisante en français et en italien. Par ailleurs, d'aucuns ont fait valoir que le terme de "Betreuung" n'implique guère une relation de partenariat avec la personne assistée, mais sous-entend plutôt que celle-ci se laisse prendre en charge. La commission d'experts a donc donné la préférence aux termes de curatelle et de curateur, issus du droit en vigueur.

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 est ressentie comme particulièrement stigmatisante (art. 375 et 377, al. 3, CC). 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. Son objectif, 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 contestable. Pour cette raison, la publication doit disparaître du nouveau droit. La personne qui fait valoir un intérêt a toutefois le droit d'exiger de l'autorité de protection de l'adulte qu'elle lui fournisse des renseignements sur l'existence d'une curatelle sur une personne déterminée (art. 450, al. 1). Les personnes chargées de l'exécution des mesures de protection de l'adulte informent également les tiers de l'existence d'une mesure lorsque l'exécution des tâches qui leur sont confiées l'exige (art. 448, al. 2). Enfin, l'art. 449, al. 2, stipule que lorsqu'une curatelle de représentation comportant une gestion de biens entraîne une limitation de l'exercice des droits civils, la mesure ne peut être opposée aux débiteurs de bonne foi.

#### **1.4.6 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 ont été adoptés en 1981. Ils ont remplacé les dispositions cantonales régissant l'internement administratif et harmonisé le droit suisse avec les principes de la CEDH (art. 5, dont certains éléments ont été repris à l'art. 31 Cst.). Dans l'ensemble, la réglementation a fait ses preuves. Des améliorations sont toutefois proposées sur certains points.

L'avant-projet introduit deux limitations au placement médical (cf. art. 387b, al. 2, CC). Premièrement, la décision médicale doit impérativement être confirmée après un certain délai par une décision de l'autorité de protection de l'adulte (art. 421, al. 2), même si la personne concernée n'a pas fait recours contre la décision de placement ni demandé sa libération. Deuxièmement, les cantons ne devront dorénavant habiliter que certains médecins pour ordonner un placement. La pratique a révélé que les médecins qui ne sont pas spécialement préparés à la tâche sont souvent dépassés dans ce domaine sensible. Afin de garantir la protection juridique de la personne concernée, il convient de régler clairement dans le CC la procédure à suivre en cas de placement médical (art. 423) et d'ancrer dans la loi le droit de faire appel à une personne de confiance (art. 426). L'avant-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 encore réunies (art. 425).

Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la privation de liberté à des fins d'assistance n'autorise pas, en principe, à traiter une personne placée contre son

gré. Les cantons ont donc été contraints de combler cette lacune en créant les bases légales nécessaires, ce qui explique la situation juridique complexe, voire confuse, qui existe aujourd'hui. Pour y remédier, l'avant-projet règle 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. 427 ss). L'objectif est que les souhaits de cette personne soient, autant que possible, pris en compte et que le traitement contre sa volonté ne soit autorisé que comme *ultima ratio*, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas la capacité de saisir la nécessité du traitement et qu'elle met gravement en péril sa santé si elle ne reçoit pas les soins indiqués. Selon l'avant-projet, un tel traitement n'est possible que dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance, ordonné spécialement dans ce but. Le traitement apparaît comme la conséquence logique de la décision de placer une personne réclamant des soins dans un hôpital psychiatrique.

La possibilité d'obliger une personne souffrant d'un trouble psychique à suivre un traitement ambulatoire n'a pas été retenue. Une telle mesure soulèverait plusieurs questions délicates et poserait des problèmes d'application pour les services de soins ambulatoires. Actuellement, seule une petite minorité de cantons disposent des bases légales permettant un traitement ambulatoire forcé. Elles deviendront caduques avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, dans la mesure où il constitue une réglementation exhaustive. La pratique recourt peu à cette mesure. Il est d'ailleurs exceptionnel de devoir forcer physiquement une personne à se soumettre à un traitement ambulatoire. Il s'agit plus souvent de persuader la personne que de la forcer.

#### **1.4.7 Amélioration de la protection des personnes incapables de discernement résidant dans des homes ou dans des établissements médico-sociaux**

Les personnes incapables de discernement qui vivent dans des homes ou dans des établissements médico-sociaux ne bénéficient pas toujours de la protection souhaitée aux plans juridique et psycho-social. Ces carences alimentent périodiquement la chronique. Dans certaines régions, l'ampleur des critiques a pris récemment encore des allures de crise. Ce n'est toutefois pas de privations de liberté illicites dont il est le plus souvent question. C'est 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 sont 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, comme par exemple dans la loi fribourgeoise de 1999 sur la santé, qui contient des dispositions pertinentes sur l'accompagnement des patients en institution de santé (art. 41) et des personnes en fin de vie (art. 42). Par contre, l'adoption d'une législation fédérale spéciale sur les placements institutionnels, à l'image de la "Heimgesetz" allemande de 1974, ne semble pas être à l'ordre du jour en Suisse. Il paraît cependant impensable de ne pas améliorer la protection des intérêts des personnes incapables de discernement qui résident en milieu institutionnel à l'occasion de la révision du droit de la tutelle. Il serait en effet choquant que l'on accorde une attention sans cesse croissante aux personnes beaucoup moins nombreuses qui sont placées à des fins d'assistance ou de traitement dans des établissements psychiatriques – lesquels sont soumis aujourd'hui à des mesures de surveillance tou-



jours plus strictes – et de faire si peu de cas des milliers de personnes vivant dans des établissements médico-sociaux sans être entourés 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 par écrit les prestations à fournir par l'institution et leur coût. 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. L'avant-projet a résolu ce problème en attribuant la capacité de conclure le contrat d'assistance à la personne qui est habilitée à représenter la personne incapable de discernement dans le domaine médical.

L'avant-projet règle en outre les conditions auxquelles des mesures limitant la liberté de mouvement sont possibles. Les cantons sont tenus d'exercer une surveillance sur les homes et les établissements médico-sociaux qui s'occupent de personnes incapables de discernement. Des personnes qualifiées doivent effectuer des inspections périodiques sans avis préalable. La surveillance vise à empêcher ou à déceler les abus, à prendre des mesures contre les lacunes ou la mauvaise ambiance régnant dans une institution et à rechercher des solutions positives. La commission d'experts a, par contre, renoncé à exiger des cantons la mise sur pied d'un service de médiation à l'intention des résidents, des proches et du personnel soignant des établissements médico-sociaux. Les cantons sont toutefois libres de le faire s'ils le veulent.

Si les dispositions retenues visent en particulier la protection des personnes très âgées, elle concernent tout autant celles qui sont frappées d'une déficience mentale liée à un handicap qui remonte parfois à la naissance. Le dispositif légal s'applique ainsi à l'ensemble des adultes privés de la capacité de discernement.

#### **1.4.8 Professionnalisation de la protection de l'enfant et de l'adulte**

##### **1.4.8.1 Organisation en vertu du CC actuel**

Actuellement, la tutelle est organisée de manière aussi peu uniforme que confuse. En vertu du droit fédéral, il existe une autorité tutélaire et une ou deux autorités tutélaires de surveillance (art. 361 CC). L'autorité chargée de la haute surveillance doit être un tribunal (ATF 118 la 473).

L'autorité tutélaire est responsable de l'exécution des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. Elle ordonne, en vertu du droit de la filiation, 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), et les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'enfant (art. 324 ss CC). La décision d'autoriser l'adoption d'un enfant (art. 265d CC) et la réglementation du droit de visite en dehors de la procédure de protection de l'union conjugale ou de divorce (art. 275 CC) relèvent également de sa compétence.

Pour ce qui est des adultes, l'autorité tutélaire ordonne 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 compétente pour ordonner une interdiction, une curatelle ou un conseil

légal. Une privation de liberté à des fins d'assistance relève de la compétence des médecins habilités par le canton et d'une autorité de tutelle, c'est-à-dire l'autorité tutélaire ou l'autorité tutélaire de surveillance.

#### **1.4.8.2 Autorités cantonales**

Dans les cantons romands, à l'exception des cantons du Valais et du Jura, l'autorité tutélaire et l'autorité tutélaire de surveillance sont des tribunaux, qui sont compétents dans pratiquement toutes les décisions concernant la protection de l'enfant et de l'adulte.

Dans la plupart des cantons de Suisse alémanique, c'est le conseil communal, c'est-à-dire l'exécutif de la commune, ou une commission spéciale qui fait office d'autorité tutélaire. L'autorité tutélaire de surveillance inférieure peut être l'administration du district, le préfet, un tribunal ou une direction de l'administration cantonale. L'autorité de surveillance supérieure est le tribunal administratif, la cour suprême ou le tribunal cantonal, du moins quand il s'agit de rendre une décision sur recours (ATF 118 la 478 cons. 5 à 7). La surveillance administrative incombe souvent à une direction de l'administration cantonale ou au Conseil d'Etat.

Le canton de Berne illustre la complexité des structures existantes. Dans les procédures contentieuses, les tribunaux civils sont compétents en matière d'interdiction et de conseil légal. L'autorité tutélaire est le conseil communal lorsqu'aucune commission spéciale n'a été instituée. Le préfet peut, en tant qu'autorité tutélaire de surveillance inférieure, ordonner le retrait contesté de l'autorité parentale et une privation de liberté à des fins d'assistance. L'instance de recours est, dans ce dernier cas, la commission des recours pour les privations de liberté à des fins d'assistance, c'est-à-dire un tribunal spécialisé. L'autorité tutélaire de surveillance supérieure est, pour les autres recours, la chambre d'appel de la Cour suprême. La haute surveillance administrative incombe en revanche au Conseil exécutif. Pour les adultes domiciliés dans le canton, la commune ou la corporation bourgeoise peut également faire office d'autorité tutélaire.

#### **1.4.8.3 Lacunes de la réglementation actuelle et propositions de révision**

Dans la plupart des cantons de Suisse alémanique, c'est l'exécutif communal – le conseil communal – ou une commission spéciale qui fait office d'autorité tutélaire. Le conseil communal est composé de politiciens de milice. Vu la difficulté des mesures à prendre, les autorités dépendent grandement du savoir de tiers ou de l'autorité tutélaire de surveillance. Mais celle-ci manque souvent d'expérience pratique et elle peut 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. Il est vrai qu'au sein du conseil communal l'indépendance est loin d'être également toujours garantie. Le fait que les personnes se connaissent peut être un avantage à première vue. Toutefois, lorsqu'il s'agit de mesures, notamment dans le domaine de la protection de l'enfant, susceptibles de concerner des connaissances, une personnalité locale, de bons contribuables ou des employeurs importants, le fait de se connaître peut nuire à l'indépendance de la décision. Par ailleurs, les autorités de milice sont rarement en mesure de diriger et de contrôler efficacement un grand nombre de personnes assumant des fonctions tutélaires. En outre, elles peuvent difficilement agir en temps utile dans les cas d'urgence. Enfin, le nouveau droit prévoit des mesures

"sur mesure", ce qui exige des compétences particulières des autorités qui doivent les instituer.

Une restructuration et une professionnalisation des autorités sont par conséquent indispensables. 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 le placement d'un enfant en vue d'adoption sans l'accord des parents. De telles décisions concernent des "civil rights" au sens de l'art. 6 CEDH. Par conséquent, il existe un droit à ce qu'un jugement soit rendu par un tribunal dans un délai raisonnable. Il en va de même pour les décisions concernant la protection de l'adulte, dans la mesure où des droits et des obligations de droit civil sont touchés. C'est le cas non seulement pour l'interdiction du droit actuel, mais aussi pour le conseil légal et pour la gestion de biens par le curateur ainsi que pour la curatelle prévue par le nouveau droit. Par ailleurs, il faut également prendre en considération que les questions qui se posent dans l'exécution d'un mandat doivent satisfaire aux exigences de la CEDH. Ce problème n'a pas été suffisamment approfondi jusqu'à présent.

L'avant-projet prévoit que toutes les décisions relatives à la protection de l'enfant et de l'adulte relèvent de la compétence d'une seule autorité, qui est un tribunal spécialisé (art. 443). On a ainsi une réglementation uniforme et claire pour toute la Suisse. La notion de tribunal ne s'entend pas au sens formel, mais au sens matériel. Il s'agit d'un organe fondé sur la loi, travaillant en toute indépendance, sans instructions, et établissant lui-même les faits. En tant que tribunal spécialisé il est composé de spécialistes (pour plus de détails, voir ch. 2.4.1 ad art. 443). L'organisation interne du tribunal spécialisé relève de la compétence des cantons. Les membres du tribunal peuvent occuper leur fonction à plein temps.

La qualité des décisions dépend du niveau de formation des personnes qui les rendent. Il est donc important qu'il existe des possibilités de formation initiale et de formation continue non seulement pour les membres des autorités, mais aussi pour les personnes chargées de l'exécution des mesures de protection (art. 446, al. 1).

Dans le droit actuel tout comme dans le nouveau droit, une curatelle peut être confiée à une personne exerçant la fonction à titre privé, à un collaborateur d'un service social privé ou public ou encore à une personne exerçant la fonction à titre professionnel. Certains mandats sont extrêmement complexes et les personnes qu'il s'agit d'assister et de soutenir peuvent être très difficiles, de sorte qu'il est indispensable de recourir à des professionnels. Pour assumer leur mission exigeante, les personnes chargées de l'exécution des mesures de protection ne doivent pas seulement posséder une solide formation initiale et continue, mais aussi disposer de suffisamment de temps. C'est pourquoi les cantons sont tenus de veiller à ce qu'il existe un nombre suffisant de curateurs professionnels (art. 446, al. 3).

#### **1.4.9 Intégration de domaines juridiques connexes et amélioration de la systématique du CC**

##### **1.4.9.1 Droit des personnes**

Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte a un rapport étroit avec la réglementation sur l'exercice des droits civils du code civil, qui est malheureusement lacunaire et difficilement compréhensible pour les citoyens. Il est dès lors justifié d'intégrer les principes fondamentaux de l'exercice des droits civils pour les mineurs et les adultes placés sous curatelle dans le droit des personnes (art. 19 à 19b AP CC). Par

ailleurs, les actuels art. 410 et 411 CC régissant les actes des personnes sous tutelle sont généralisés et complétés. En outre, l'exercice des droits strictement personnels sera régi dorénavant par une disposition spéciale (art. 19c AP CC), afin que la distinction entre droits strictement personnels absolus et relatifs soit opérée dans la loi même.

#### **1.4.9.2 Droit de la filiation**

La révision du droit de la tutelle a pour objet principal la protection de l'adulte. Mais le droit actuel de la tutelle règle également la mise sous tutelle des mineurs (art. 368 CC). Il ne leur consacre cependant pas un chapitre propre. La grande majorité des dispositions traitant du contenu de la tutelle s'appliquent aussi bien aux adultes qu'aux enfants. L'interdiction suivie d'une mise sous tutelle, qui est la principale mesure actuelle, n'est pas reprise dans le nouveau droit. Il n'y a dès lors aucun motif pour que la réglementation de la représentation légale du mineur soit calquée sur celle de l'adulte. C'est pourquoi l'avant-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. Dans le même temps, le statut juridique des mineurs placés sous tutelle est aligné sur celui des mineurs sous autorité parentale (art. 327b et 327c AP CC). Les dispositions du droit de la protection de l'adulte continuent de s'appliquer à l'autorité compétente, à la nomination du tuteur, à sa surveillance et à la responsabilité.

La question s'est posée de savoir si on doit encore parler de tutelle. Au terme de longues discussions, la commission d'experts s'est prononcée en faveur du maintien de cette notion, qui est également utilisée dans les nouvelles conventions internationales telle que la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (notamment art. 3; RS 0.107). 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 que leurs parents sont décédés, soit que l'autorité parentale leur a été retirée.

#### **1.4.9.3 Limitation de la protection de l'adulte aux personnes physiques**

En vertu de l'art. 393, ch. 4 et 5, CC, les autorités tutélaires sont aujourd'hui compétentes, de manière atypique, d'une part, pour les personnes morales qui ne disposent pas des organes nécessaires et, d'autre part, pour les fonds recueillis publiquement qui ne sont pas gérés correctement. Dans le nouveau droit, la compétence des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte est limitée aux personnes physiques. En ce qui concerne les personnes morales, des solutions ont déjà été proposées à l'occasion de la révision du droit régissant les Srl (FF 2002, 2997), dans le droit des sociétés et dans le chapitre du droit des personnes consacré aux personnes morales. La solution pour les fonds recueillis publiquement est proposée aux art. 89<sup>ter</sup> et 89<sup>quater</sup> AP CC.

## **2 Partie spéciale: commentaire de l'avant-projet**

### **2.1 Des mesures personnelles anticipées dans le domaine de la protection de l'adulte**

#### **2.1.1 Remarques préliminaires** (cf. également ch. 1.4.1)

Le titre "Des mesures personnelles anticipées" rassemble trois nouvelles institutions juridiques, à savoir le mandat général pour cause d'inaptitude (art. 360 ss), le mandat dans le domaine médical (art. 370 ss) et les directives anticipées du patient (art. 373). Ces trois institutions ne déploient leurs effets que lorsque la personne qui a fait usage de la possibilité de prévoir des mesures personnelles anticipées devient incapable de discernement.

En rédigeant des directives anticipées, une personne capable de discernement détermine, pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement, les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse. Par contre, en constituant un mandat pour cause d'inaptitude, une personne ayant l'exercice des droits civils désigne une ou plusieurs personnes (mandataire) qu'elle charge de sauvegarder ses intérêts et de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. La réglementation relative au mandat pour cause d'inaptitude distingue deux types de mesures: celles qui concernent les décisions à prendre dans le domaine médical et celles qui ont trait à la représentation de la personne concernée dans d'autres domaines. Ces deux types de mesures reposent en effet sur des bases différentes, puisqu'en règle générale un traitement médical suppose non seulement le consentement du patient ou de son représentant, mais aussi une indication médicale. Lorsque le représentant du patient demande des mesures thérapeutiques, le personnel médical n'est pas autorisé à les mettre en œuvre si elles sont inutiles du point de vue médical ou contraires au droit. Ainsi, il s'exerce un certain contrôle, indépendamment de l'intervention d'une autorité. C'est pourquoi le mandat pour cause d'inaptitude en général et le mandat pour cause d'inaptitude dans le domaine médical font l'objet de deux réglementations distinctes. Ce dernier est soumis à des conditions facilitées. Mais un mandat général peut aussi inclure un mandat pour les questions médicales.

#### **2.1.2 Du mandat pour cause d'inaptitude en général**

##### **Principe**

(art. 360)

L'al. 1 énonce le principe selon lequel toute personne peut organiser elle-même sa représentation pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Au moment où elle prend de telles dispositions, la personne en question doit avoir l'exercice des droits civils, c'est-à-dire être majeure et capable de discernement (art. 13 AP CC).

Les compétences du mandataire doivent être décrites de manière aussi détaillée que possible dans le mandat. Elles peuvent se rapporter à toutes les tâches qui ont trait à l'assistance personnelle et à la gestion du patrimoine, tâches qui sont assumées par un curateur lorsqu'une personne incapable de discernement fait l'objet d'une mesure de curatelle de portée générale (art. 384). Le mandant peut – mais ne doit pas – donner des directives sur l'exécution du mandat (al. 2). Il est par exemple possible qu'une personne constitue un mandat pour cause d'inaptitude pour l'administration

de ses biens et qu'elle donne au mandataire la consigne de ne pas procéder à certains placements.

Lorsque le mandat pour cause d'inaptitude englobe également l'assistance personnelle du mandant, le rapport de confiance qui est alors nécessaire ne pourra en règle générale exister qu'avec une personne physique déterminée. Mais il se peut aussi que le mandat ne concerne qu'un seul domaine et que, pour celui-ci, le professionnalisme du mandataire soit plus important que l'établissement d'une relation personnelle. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet prévoit que non seulement une personne physique, mais également une personne morale, peut être désignée pour représenter quelqu'un (al. 1). Il est dès lors possible de confier des tâches de représentation à certaines institutions spécialisées, comme par exemple à Pro Senectute ou à une banque. La personne choisie comme mandataire doit être désignée nommément.

## **Constitution**

(art. 361)

La personne qui choisit de confier à quelqu'un un mandat pour cause d'inaptitude prend une décision d'une extrême importance. Il faut par conséquent qu'elle soit conseillée de manière appropriée et informée de toutes les conséquences de sa décision. Il convient en outre de garantir que ce soit bel et bien la personne concernée qui, après y avoir mûrement réfléchi, ait constitué un tel mandat. Il s'avère dès lors indispensable que la constitution du mandat soit soumise à de strictes conditions de forme. Aussi, l'avant-projet prévoit-il que le mandat est constitué soit en la forme authentique soit par enregistrement dans un procès-verbal établi par l'office désigné par le canton (al. 1). Les questions relatives à la compétence et à la procédure en la matière sont réglées en détail par le droit cantonal.

En offrant la possibilité de constituer le mandat par enregistrement dans un procès-verbal établi par l'office désigné par le canton, l'avant-projet entend mettre à disposition des personnes concernées une procédure qui soit aussi peu coûteuse que possible. Il appartient au canton de décider s'il veut confier cette tâche à une institution publique ou privée qui existe déjà ou s'il veut en créer une à cet effet. Il peut également attribuer cette compétence à plusieurs offices. La compétence ne peut pas être confiée à l'autorité de protection de l'adulte, étant donné que celle-ci a pour fonction de constater la validité du mandat (art. 364) et de l'interpréter (art. 365).

L'avant-projet n'indique pas les données que l'acte de constitution du mandat doit contenir. Il va de soi que celui-ci doit désigner clairement la personne qui confère le mandat et celle à qui il est conféré; de plus, le mandat lui-même doit être décrit aussi précisément que possible.

L'officier public ou l'office compétent doit procéder à toutes les vérifications que requiert usuellement un acte notarié. Il doit notamment vérifier l'identité du mandant et s'assurer qu'il est capable de discernement, qu'il connaît les effets du mandat et qu'il a exprimé sa libre volonté (al. 2).

En revanche, l'officier public ou l'office compétent ne doit pas examiner si la personne désignée est disposée à accepter le mandat ni si elle semble apte à accomplir la mission 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 encore changer jusqu'à ce qu'il produise ses effets. Par con-

tre, lorsque l'incapacité de discernement du mandant devient effective, il incombe à l'autorité de protection de l'adulte de vérifier ces points (cf. art. 364).

## **Enregistrement**

(art. 362)

Le mandat pour cause d'inaptitude ne peut atteindre son but que si l'autorité de protection de l'adulte en a elle aussi connaissance au moment déterminant. C'est pourquoi le Conseil fédéral doit charger un service central de tenir un registre de tous les mandats pour cause d'inaptitude (al. 1). En effet, si ces mandats étaient simplement enregistrés auprès des officiers publics ou des offices communaux ou cantonaux, il faudrait, le cas échéant et eu égard à la mobilité de la population, faire des recherches en maints endroits pour établir leur existence.

L'enregistrement au service central n'est pas une condition de validité du mandat pour cause d'inaptitude. Ainsi, même si cet enregistrement n'a pas encore eu lieu ou qu'il a été oublié, le mandat peut déployer ses effets.

Ne doivent être communiqués au service central que l'identité du mandant et le fait qu'un mandat pour cause d'inaptitude a été constitué (al. 2). Il convient en outre d'indiquer où se trouve le mandat. Ce document ne doit pas être remis au service central; son contenu ne doit pas non plus être porté à la connaissance du service central. L'obligation d'annoncer n'incombe pas à la personne qui confère le mandat, mais à l'officier public ou à l'office désigné par le canton pour enregistrer le mandat dans un procès-verbal.

Le registre n'est pas public. Tant que le mandant est capable de discernement, la constitution d'un mandat pour cause d'inaptitude doit être tenue secrète (al. 3). En principe, personne n'est donc autorisé à obtenir des renseignements émanant du registre. Mais il va de soi que le mandant lui-même peut en tout temps demander au service central si son mandat a été enregistré. Demeurent en outre réservés les droits à l'information qui appartiennent aux autorités et aux tribunaux en vertu d'autres lois (al. 3, 3<sup>e</sup> phrase). Au cours d'une procédure disciplinaire dirigée contre un officier public, il peut par exemple s'avérer nécessaire de vérifier si celui-ci a respecté son obligation de faire enregistrer le mandat auprès de l'autorité centrale.

## **Durée de validité, renouvellement et révocation**

(art. 363)

Eu égard à l'importance qu'il revêt pour le mandant, le mandat pour cause d'inaptitude doit pouvoir être révoqué librement et en tout temps. En ce domaine, un engagement définitif n'est pas concevable; il serait d'ailleurs incompatible avec l'art. 27 CC. Contrairement à la constitution du mandat (art. 361, al. 1), sa révocation n'est soumise à aucune condition de forme (al. 3, 1<sup>re</sup> phrase). Elle doit cependant être communiquée au service central (al. 3, 2<sup>e</sup> phrase), afin que celui-ci puisse radier l'inscription. Mais il ne s'agit pas d'une condition de validité de la révocation; en effet, cette dernière est déjà valable avant que le service central n'en ait été informé ou indépendamment de cette information. Pour des raisons pratiques, la révocation ne peut toutefois produire ses effets que lorsque les personnes et les autorités intéressées en ont pris connaissance.

De plus, toujours en considération de la portée du mandat pour cause d'incapacité, l'avant-projet prévoit que celui-ci a une durée de validité limitée. En effet, en constituant un tel mandat, la personne concernée prend des dispositions en vue d'un événement à venir. Or, jusqu'au moment où cet événement deviendra réalité, il se peut que la situation personnelle du mandant subisse de profondes modifications. Ainsi, le mandant peut perdre la confiance qu'il avait placée en la personne désignée comme mandataire. Certes, il est toujours possible de révoquer le mandat. Mais il est également concevable que la personne qui a constitué le mandat oublie de le révoquer ou même qu'elle ne pense plus du tout au fait qu'elle en a constitué un. C'est pourquoi le mandat doit prendre fin de par la loi si l'incapacité de discernement ne survient pas dans les dix ans à compter de sa constitution (al. 1).

Si le mandant désire que le mandat continue d'être valable une fois le délai de dix ans écoulé, il doit le renouveler. Le renouvellement du mandat est soumis aux mêmes conditions de forme que celles prévues pour sa constitution (al. 2). Le renouvellement doit également être communiqué au service central.

### **Constatation de la validité et acceptation**

(art. 364)

Lorsque l'autorité de protection de l'adulte a connaissance de la survenance de l'incapacité de discernement d'une personne, elle demande au service central si cette personne a constitué un mandat pour cause d'incapacité (al. 1). Si tel n'est pas le cas, elle prend des mesures conformément aux art. 374 ss. Par contre, s'il existe un mandat pour cause d'incapacité, l'officier public ou l'office désigné par le canton doit remettre le document en question ou une copie de celui-ci à l'autorité de protection de l'adulte. Cette autorité doit alors examiner si le mandat peut déployer ses effets. Elle doit s'assurer de sa validité et de la réalisation des conditions de sa mise en oeuvre. Elle doit par ailleurs prendre contact avec la personne qui a été choisie comme mandataire et vérifier que celle-ci est disposée à accepter le mandat. Il est possible que ce ne soit qu'à ce moment-là que cette personne prenne connaissance du mandat. Mais on peut s'attendre à ce que le mandat soit souvent confié à une personne proche du mandant. Ce sera alors cette personne qui informera l'autorité de la survenance de l'incapacité de discernement. La personne désignée comme mandataire est en principe libre d'accepter ou non le mandat (cf. art. 368). L'autorité de protection de l'adulte doit également vérifier l'aptitude du mandataire à remplir le mandat et elle doit se demander s'il est nécessaire d'adopter d'autres mesures pour protéger la personne incapable de discernement (al. 2). Tel est notamment le cas lorsque le mandat ne porte que sur une partie des tâches à accomplir pour la personne devenue incapable de discernement.

Lorsque l'autorité de protection de l'adulte a constaté la validité du mandat, la réalisation des conditions de sa mise en oeuvre, l'aptitude du mandataire à le remplir et qu'elle s'est assurée que celui-ci l'accepte, elle consigne tous ces éléments dans un document. Le mandataire peut ainsi attester, également à l'égard des tiers, de sa qualité de représentant de la personne incapable de discernement dans le cadre du mandat. Enfin, l'autorité de protection de l'adulte rend le mandataire attentif à ses droits et à ses obligations (al. 3 et art. 366).



## **Interprétation et complètement**

(art. 365)

Les conseils et les informations qui doivent être donnés au mandant lors de l'authentification du mandat permettent en principe de garantir que celui-ci soit explicite et exhaustif. Toutefois, il peut toujours 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 étant source d'insécurité pour le mandataire et pouvant nuire à l'efficacité de sa tâche, l'avant-projet prévoit qu'il peut demander à l'autorité de protection d'interpréter et de préciser – de manière impérative – le contenu du mandat. L'autorité de protection peut également compléter le mandat sur des points accessoires. Il est ainsi possible d'éviter qu'une autre mesure ne doive être prise par l'autorité pour régler des questions qui sont finalement de moindre importance.

## **Exécution**

(art. 366)

Cette disposition indique comment le mandataire doit exécuter ses tâches (al. 1). Il représente la personne incapable de discernement dans les limites du mandat pour cause d'incapacité. Il doit s'acquitter avec diligence des tâches qui lui ont été confiées. Pour le reste, l'avant-projet renvoie aux 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.

Même si le mandat pour cause d'incapacité 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, si le mandataire 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 (al. 2).

## **Rémunération et frais**

(art. 367)

L'avant-projet ne dit pas si le mandat pour cause d'incapacité donne lieu ou non à une rémunération. Le mandant peut en décider librement dans le mandat. Il appartient alors au mandataire de déterminer s'il accepte ou non le mandat aux conditions fixées.

Lorsque le mandat pour cause d'incapacité ne prévoit pas de rémunération du mandataire, l'autorité de protection de l'adulte peut le compléter sur ce point (al. 1). Elle doit à cette fin se demander si, "habituellement", les tâches à accomplir font ou non l'objet d'une rémunération. Toutes les circonstances doivent être prises en considération. Il va par exemple de soi que l'on peut s'attendre à une prestation gratuite plutôt de la part d'un proche parent que d'un gérant de fortune professionnel.

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

## **Répudiation par le mandataire**

(art. 368)

Le mandat pour cause d'inaptitude ne peut pas être imposé au mandataire. C'est pourquoi celui-ci peut refuser de l'assumer. De plus, même s'il l'a déjà accepté, il a encore la possibilité de le répudier en tout temps (al. 1). Cette règle découle des dispositions générales sur le mandat (art. 404, al.1, CO), auxquelles l'avant-projet renvoie expressément (art. 366, al. 1). Mais formellement, la répudiation n'est valable que lorsque l'autorité de protection de l'adulte en a été informée (al. 2, 1<sup>re</sup> partie de la phrase).

Toutefois, le mandat ne peut pas être répudié en temps inopportun (art. 404, al. 2, CO). L'avant-projet concrétise ce principe en prescrivant que le mandataire qui répudie le mandat doit continuer à sauvegarder les intérêts du mandant jusqu'à ce que l'autorité de protection de l'adulte puisse prendre les mesures nécessaires (al. 2, 2<sup>e</sup> partie de la phrase). Cette obligation suppose cependant que le mandataire ait accepté le mandat. Il est évident que le mandataire ne doit pas s'occuper du mandant s'il a d'emblée refusé le mandat.

## **Révocation par l'autorité de protection de l'adulte**

(art. 369)

Si l'autorité de protection de l'adulte apprend que le mandataire ne préserve plus suffisamment les intérêts de la personne concernée ou que ceux-ci sont compromis, elle doit révoquer le mandat et prendre les mesures nécessaires.

### **2.1.3 Mandat dans le domaine médical**

#### **Remarques préliminaires**

Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, une mesure médicale qui porte atteinte à l'intégrité corporelle du patient constitue une violation de la personnalité de celui-ci, même si la mesure en question est exécutée dans les règles de l'art. En l'absence d'un motif justificatif, elle est dès lors illicite. Selon l'art. 28, al. 2, CC, une atteinte à la personnalité n'est licite que 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 principal. Il suppose cependant que le patient soit capable de discernement. Pour un enfant incapable de discernement, ce sont les parents, en tant que représentants légaux, qui donnent leur assentiment à un traitement médical. Selon le droit actuel, lorsque le patient est une personne incapable de discernement et sous tutelle, le consentement de son tuteur suffit. De même, en cas d'incapacité de discernement d'une personne, un curateur peut, au besoin, donner son accord à un traitement. En outre, différentes solutions en la matière sont également prévues dans les lois sanitaires cantonales (pour les détails, cf. ch. 1.4.2). En cas d'urgence, les soins médicaux qui s'imposent doivent par ailleurs pouvoir être administrés sans qu'un consentement soit donné. Le personnel médical doit alors agir en fonction de la volonté présumée du patient et de ses intérêts objectifs.

L'avant-projet uniformise les normes applicables à toutes ces questions et régleme, aux art. 434 à 436, la représentation des personnes incapables de discernement dans le domaine médical. Cependant, conformément au principe de la subsidiarité et au droit qu'a une personne de disposer librement d'elle-même, cette réglementation n'est appli-

cable que si la personne concernée n'a pas elle-même désigné, pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement, quelqu'un qui serait chargé de consentir en son nom à un traitement médical (art. 370 ss). Dans le cas d'un mandat dans le domaine médical, le contrôle d'une autorité est moins important que dans d'autres affaires juridiques, car le consentement donné à une intervention n'entraîne pas à lui seul la licéité de celle-ci. Encore faut-il que l'intervention repose sur une indication médicale; c'est donc au médecin concerné qu'il appartient de déterminer si une telle indication existe et d'assumer la responsabilité qui en découle.

## **Principe et forme**

(art. 370)

Selon l'al. 1, toute personne majeure capable de discernement peut désigner par écrit une ou plusieurs personnes physiques qu'elle charge de consentir en son nom à un traitement médical pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Contrairement au mandat pour cause d'inaptitude en général, le mandat dans le domaine médical ne suppose pas l'exercice des droits civils; en effet, le consentement à l'administration de soins médicaux relève de l'exercice des droits strictement personnels au sens de l'art. 19c AP CC. Toutefois, il ne faut pas que par un mandat dans le domaine médical, une personne mineure puisse empêcher ses parents de la représenter. C'est pourquoi l'avant-projet exige que le mandant soit majeur.

Alors que le mandat général peut être confié à des personnes physiques ou morales, le mandat dans le domaine médical ne peut être attribué qu'à des personnes physiques. Il s'agit en effet d'un domaine si personnel qu'il importe que le mandataire soit désigné en tant qu'individu. Il est également possible d'apporter des précisions relativement à l'objet du mandat et de subordonner son exécution au respect d'instructions (al. 2).

Le mandat dans le domaine médical est soumis à des conditions de forme moins sévères que le mandat pour cause d'inaptitude en général. En effet, lorsque le mandat porte sur un traitement médical, la sécurité des rapports avec des tiers joue un moins grand rôle; de plus, le personnel médical exerce déjà un certain contrôle. Il suffit dès lors que le mandat soit établi par écrit (al. 1), qu'il soit daté et signé (al. 3). Un acte authentique n'est pas nécessaire. La datation du mandat est importante pour déterminer sa durée de validité (art. 371).

L'avant-projet ne prévoit pas d'enregistrement des mandats dans le domaine médical. Comme en cas de directives anticipées du patient (art. 373), le mandant doit veiller lui-même à ce que les médecins concernés aient connaissance du mandat au moment où l'incapacité de discernement survient. A cet effet, il est recommandé d'informer le médecin de famille de l'existence du mandat et de toujours l'avoir avec soi.

L'avant-projet n'exige pas non plus que la validité de ce type de mandat soit constatée – comme celle du mandat pour cause d'inaptitude en général (art. 364 ss) – par l'autorité de protection de l'adulte. Par contre, les dispositions du droit des obligations sur le contrat de mandat proprement dit sont également applicables au mandat dans le domaine médical, pour autant que l'avant-projet ne prescrive pas le contraire.

## **Durée de validité et révocation**

(art. 371)

En ce qui concerne la durée de validité et la révocation du mandat dans le domaine médical, l'avant-projet renvoie aux dispositions sur le mandat pour cause d'inaptitude en général (art. 363). Toutefois, la prescription relative à la communication de la révocation à un service central n'est pas applicable au mandat dans le domaine médical.

## **Répudiation par le mandataire**

(art. 372)

Comme dans le mandat pour cause d'inaptitude en général, le mandat dans le domaine médical peut être répudié en tout temps par le mandataire. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il en informe l'autorité de protection de l'adulte. Le mandataire ne doit pas non plus continuer de s'occuper des affaires du mandant. A noter toutefois que l'avant-projet prévoit un nouvel art. 397a CO aux termes duquel le mandataire est tenu d'informer l'autorité de protection de l'adulte lorsqu'il constate que la sauvegarde des intérêts de la personne incapable de discernement nécessite une intervention de l'autorité.

### **2.1.4 Des directives anticipées du patient**

(art. 373)

Contrairement à différentes législations cantonales, le droit fédéral ne comporte pas de réglementation expresse sur la validité ou la portée des directives anticipées du patient. La présente disposition entend combler cette lacune. Ainsi, elle stipule que toute personne capable de discernement peut, pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement, rédiger des directives anticipées sur les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse (al. 1). En lui offrant la possibilité de se prononcer pour ou contre des traitements qui peuvent un jour s'avérer nécessaires, ces directives permettent à la personne concernée de faire usage de son droit à disposer librement d'elle-même. La doctrine dominante actuelle ne met pas en doute la validité de telles directives. Dès lors, celles-ci ne constituent pas une véritable nouveauté.

Les directives anticipées du patient soulèvent souvent la critique qu'une personne en bonne santé ne peut pas anticiper ses réactions face à une maladie. L'être humain dispose cependant d'une autonomie qui lui permet de prendre des décisions à caractère fondamental, comme par exemple pour s'assurer une fin de vie dans la dignité. Il se peut en outre qu'un patient ait déjà souffert d'une certaine maladie et que, par conséquent, il sache exactement de quel traitement il a besoin.

La possibilité de rédiger des directives anticipées est donnée pour toutes les circonstances dans lesquelles la personne concernée ne peut plus, faute de capacité de discernement, donner valablement son consentement à un traitement médical. 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. 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. A la différence de ce

qui est prévu pour le mandat dans le domaine médical (art. 370, al. 1), il ne doit pas être majeur.

En ce qui concerne les effets des directives anticipées d'un patient, la Convention européenne du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine) prévoit que les souhaits précédemment exprimés doivent simplement 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. Ainsi, lorsqu'il y a déjà longtemps que ceux-ci ont été énoncés et que les moyens médicaux ont évolué, il peut être justifié de prendre une décision autre que celle exprimée par la personne concernée. C'est pourquoi le médecin doit toujours s'assurer que les souhaits du patient s'appliquent à la situation présente et sont toujours valables, compte tenu notamment de l'évolution de la médecine (FF 2002, 301).

L'avant-projet, lui, donne – en principe du moins – davantage d'importance aux directives anticipées du patient. En effet, celles-ci doivent non seulement être prises en compte, mais elles valent également consentement ou refus de traitement lors de la survenance de la situation envisagée par leur auteur (al. 2, 1<sup>re</sup> phrase). Il n'est alors pas nécessaire d'obtenir le consentement d'un représentant légal de la personne en cause. Les directives du patient ne sont toutefois déterminantes que si elles sont suffisamment précises (al. 2, 1<sup>re</sup> phrase); il en est ainsi lorsque le médecin sait exactement s'il peut ou pas recourir à un traitement déterminé. S'il y a des doutes à ce sujet, c'est-à-dire si les directives du patient ne sont pas suffisamment précises, il appartient à un représentant de ce dernier ou, en cas d'urgence, à son médecin, de prendre une décision sur le traitement envisagé, en tenant compte des indications données dans les directives en question (al. 2, 2<sup>e</sup> phrase).

Il faut en principe admettre que la personne qui a établi des directives anticipées a reçu au préalable les informations nécessaires pour former sa volonté et qu'elle a, par conséquent, renoncé à obtenir des renseignements complémentaires. Ainsi, lorsque, de par la loi, ces directives valent consentement ou refus de traitement, il n'est pas possible de contester leur validité en arguant simplement du fait que leur auteur n'a pas été suffisamment informé.

Les directives anticipées comportent néanmoins le risque de ne plus ou de ne pas correspondre à la volonté de la personne concernée. Toutefois, s'il existe des doutes à ce propos, il faut qu'ils soient "fondés" (al. 3); en d'autres termes, ils doivent être basés sur des éléments concrets. Il ne saurait dès lors être question d'émettre des doutes à chaque fois que les directives anticipées du patient prévoient une solution jugée inadéquate par le médecin ou le personnel soignant.

Ainsi, les directives anticipées ne déploient pas d'effet, d'une part, lorsqu'il existe des doutes fondés qu'elles ne correspondent plus à la volonté de leur auteur; c'est alors la volonté présumée de celui-ci qu'il convient de considérer (al. 3), puisque, depuis le moment où il a rédigé ses directives, il est devenu incapable de discernement. Ainsi, des directives anticipées peuvent être sans effet lorsque leur auteur, qui les avait pourtant établies depuis longtemps, a exprimé plus tard une autre opinion. Il est également concevable qu'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 – ne pouvait pas être prévue. Les progrès de la médecine peuvent donc jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de se demander ce que la personne concernée déciderait dans la situation actuelle.

D'autre part, sur le modèle de l'action en nullité qui peut être intentée contre les dispositions pour cause de mort entachées d'un vice de la volonté (art. 519, al. 1, ch. 2, CC), les directives anticipées du patient ne déploient pas non plus d'effet s'il existe des doutes fondés qu'elles ne sont pas l'expression de la libre volonté de leur auteur (al. 3). Il peut en être ainsi, par exemple, lorsqu'elles sont manifestement déraisonnables.

Ainsi, même si les directives anticipées du patient sont en principe déterminantes, elles ne doivent pas être suivies les yeux fermés; elles permettent plutôt d'amorcer un processus de réflexion sur la façon dont leur contenu doit être apprécié dans les circonstances actuelles.

Comme l'indique le terme "rédiger" (al. 1), les directives sont soumises à la forme écrite. Alors que le mandat dans le domaine médical doit être daté et signé (art. 370, al. 3), les directives doivent seulement être munies de la signature de leur auteur (art. 13, al. 1, CO); en effet, contrairement au mandat dans le domaine médical (art. 371 et 363, al. 1), les directives ne sont pas assujetties à une durée de validité déterminée. De fait, la réglementation en la matière est suffisamment souple pour que l'on puisse renoncer à fixer une limitation dans le temps. Ainsi, si les dispositions du patient ont été prises longtemps auparavant, leur portée est amoindrie; elles conservent néanmoins leur caractère de directives. Il se peut en outre que les directives anticipées d'un patient servent de base à la constitution d'un mandat pour cause d'incapacité dans le domaine médical.

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 sauraient valoir consentement ou refus anticipé de traitement. En tant qu'expression de la volonté présumée de la personne incapable de discernement, elles peuvent cependant jouer un rôle dans la décision que le représentant de cette personne est appelé à prendre (art. 435, al. 2).

L'auteur de directives anticipées doit s'assurer que les destinataires en ont connaissance (al. 4). Il n'est dès lors pas nécessaire de prévoir un service central d'enregistrement de ces directives. En effet, la mise sur pied d'un tel service entraînerait de nombreuses difficultés. Dans chaque cas, les médecins concernés seraient tenus de prendre contact avec ce service. Il faudrait en outre prendre certaines précautions touchant à la protection des données, ce qui compliquerait énormément l'obtention de renseignements auprès dudit service.

A noter enfin que dans les cas d'urgence (cf. commentaire de l'art. 436) et de traitement d'un trouble psychique dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance (cf. commentaire des art. 428 et 429), les directives anticipées ont, de par la loi, une portée limitée.

## **2.2 Des mesures prises par l'autorité**

### **2.2.1 Des principes généraux**

#### **But**

(art. 374)

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. C'est pourquoi l'avant-projet

prévoit que les mesures prises par l'autorité doivent sauvegarder les intérêts de la personne qui a besoin d'aide (al. 1, 1<sup>re</sup> partie de la phrase).

Les mesures ordonnées par l'autorité de protection de l'adulte doivent également permettre de préserver la dignité de la personne (al. 1, 2<sup>e</sup> partie de la phrase). Pour atteindre cet objectif, il faut chercher le juste milieu entre le "trop" et le "trop peu". En effet, on porte atteinte à la dignité d'une personne en la traitant comme une chose, mais également en ne lui apportant pas l'aide dont elle a besoin pour subvenir à ses besoins fondamentaux. Il s'agit donc de 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 n'a pas le choix; elle est obligée, pour le bien de la personne qui a besoin d'aide, de porter atteinte à cette autonomie en remettant certaines décisions entre les mains de tiers. Les mesures prises par l'autorité doivent cependant favoriser autant que possible l'autonomie de la personne sous curatelle (al. 2). L'avant-projet consacre ce principe en prévoyant notamment le droit pour la personne sous curatelle d'émettre des objections à la nomination de son curateur et l'obligation pour l'autorité d'en tenir compte autant que possible (art. 388, al. 3); il le prend en considération également dans la réglementation relative aux relations avec la personne sous curatelle (art. 394) ou au droit de recours (art. 407).

Le principe de la proportionnalité n'est pas mentionné expressément dans les principes généraux. Il trouve sa concrétisation dans les normes qui régissent l'institution des mesures prises par l'autorité (cf. art. 377, 379 et 416).

## **Subsidiarité**

(art. 375)

Le principe de subsidiarité, qui a fait ses preuves, doit être inscrit dans les dispositions sur la protection de l'adulte 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 (par ex. par le pouvoir de représentation du conjoint au sens de l'art. 431 ou par la représentation dans le domaine médical selon l'art. 434), et ensuite par les services publics ou privés compétents, que ce soit en matière d'aide sociale ou de soins médicaux ambulatoires. Avant d'ordonner les mesures, l'autorité de protection de l'adulte doit s'assurer que la personne ayant besoin d'aide ne souffre pas simplement d'une faiblesse passagère, mais bien d'une incapacité durable à gérer ses affaires.

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.

L'autorité ne peut toutefois prendre des mesures que si la personne qui a besoin d'aide n'a pas pris elle-même les dispositions nécessaires, par exemple au moyen de mandats au sens du code des obligations (art. 394 ss CO), d'un mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 ss) ou encore de directives anticipées (art. 373).

## **Droit à une prise en charge appropriée**

(art. 376)

Le principe généralement applicable en droit de la famille est que les compétences octroyées par la loi impliquent non seulement des droits, mais aussi des obligations. Ce principe doit être expressément repris dans le droit de la protection de l'adulte. Cela ne signifie cependant pas qu'un refus d'assistance entraîne dans tous les cas une responsabilité selon les art. 451 ss. Le but de cette disposition est avant tout d'exprimer clairement que le refus d'assistance à une personne en détresse peut constituer une atteinte à sa dignité. Le droit à une prise en charge ne porte que sur les mesures pouvant être prises par l'autorité de protection de l'adulte.

### **2.2.2 Des curatelles**

#### **2.2.2.1 Remarques préliminaires** (cf. également ch. 1.4.3)

Le chapitre sur les curatelles est divisé en neuf sous-chapitres et comprend les art. 377 à 415. Le premier sous-chapitre fixe les conditions relatives à l'institution d'une curatelle et énumère les différentes sortes de curatelles. Lorsque l'étendue des tâches à accomplir rend la nomination d'un curateur manifestement disproportionnée, l'autorité de protection de l'adulte peut les assumer elle-même ou donner mandat à un tiers d'entreprendre des démarches particulières (art. 379, al. 3). Le deuxième sous-chapitre décrit les différentes curatelles. Il règle en particulier leurs effets sur l'exercice des droits civils de la personne concernée. Le troisième sous-chapitre dit quand une curatelle prend fin.

Le quatrième sous-chapitre fixe les conditions qu'une personne doit remplir pour être nommée curateur; il règle en outre la nomination de celui-ci, l'opposition à sa nomination et sa rémunération. L'exercice de la curatelle, le concours de l'autorité de protection de l'adulte et le recours contre les actes ou les omissions du curateur sont réglés respectivement dans les sous-chapitres cinq, six et sept. Le huitième sous-chapitre réglemente le cas de la curatelle confiée à des proches. Le neuvième sous-chapitre, enfin, règle la fin des fonctions du curateur.

#### **2.2.2.2 Des curatelles en général**

##### **Institution d'une curatelle**

(art. 377)

L'al. 1, ch. 1, définit la condition subjective de l'institution d'une curatelle. Ainsi, une personne ne peut être mise sous curatelle que si elle souffre d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse affectant sa condition personnelle. La faiblesse à elle seule ne suffit toutefois pas. Il faut encore que la personne soit, de ce fait "empêchée, en partie ou en totalité, d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts". C'est d'ailleurs en fonction des intérêts à sauvegarder que l'autorité décidera du type de curatelle qu'il convient d'instituer dans le cas d'espèce (cf. art. 378).

L'une des conditions typiques pour instituer une mesure de protection de l'adulte est le handicap mental, qualifié jusqu'ici de "faiblesse d'esprit". Cette notion recouvre les déficiences de l'intelligence, congénitales ou acquises, de degrés divers.



Le terme péjoratif de "maladie mentale" (art. 369, al. 1, CC) n'a pas été repris dans l'avant-projet. Il a été remplacé par l'expression "troubles psychiques", qui englobe toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie, à savoir les psychoses et les psychopathies (troubles de la personnalité et névroses) ayant des causes physiques (exogènes, organiques, symptomatiques) ou non (endogènes) ou encore les démences (notamment la démence sénile). Les dépendances (toxicomanie, alcoolisme, pharmacodépendance) ne sont pas mentionnées spécialement, 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. Dans des cas rares de handicaps physiques, comme de paralysie grave ou de troubles graves de la perception (p. ex. lorsque la cécité est doublée d'une surdité), elle peut servir de norme de repli, notamment lorsque l'intéressé lui-même demande qu'on lui désigne un curateur.

Selon l'al. 1, ch. 2, l'autorité de protection de l'adulte institue aussi une curatelle lorsqu'une personne majeure est empêchée d'agir elle-même ou de désigner un représentant pour des affaires qui ne souffrent aucun retard en raison d'une incapacité passagère de discernement ou parce qu'elle est absente. Cette disposition remplace le ch. 1 de l'actuel art. 392 CC. L'expression "affaire urgente" du droit actuel a été remplacée par "affaires qui ne souffrent aucun retard". Cette nouvelle formulation englobe les affaires qui ne sont pas forcément urgentes, mais qui ne sauraient toutefois être reportées indéfiniment.

Lorsqu'elle institue une curatelle, l'autorité de protection de l'adulte doit également tenir compte de la charge que représente la situation pour les proches et de la protection des tiers (al. 2). Les rapports juridiques avec les tiers ne sont pas réglés ici, mais aux art. 449, al. 2 et 3, et 450, al. 1 et 2.

La curatelle est instituée à la requête de la personne concernée, d'un proche ou d'office (al. 3).

## **Curatelles**

(art. 378)

L'al. 1 énumère les différents types de curatelles, dont les spécificités et les effets sont décrits plus en détails aux art. 380 à 384. Il s'agit des curatelles d'accompagnement, de représentation (qui englobe la curatelle d'administration), de coopération et de portée générale. Afin que la mesure puisse être adaptée le mieux possible au cas d'espèce, les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées entre elles (al. 2), chacune pouvant être instituée pour un domaine spécifique. Dans ce cas, la curatelle au sens large se compose de plusieurs curatelles au sens étroit.

Seule la mesure la plus rigoureuse – la curatelle de portée générale (art. 384) – se rapporte, de par la loi, à tous les domaines de l'assistance personnelle et de l'administration des biens.

## Tâches

(art. 379)

L'autorité de protection de l'adulte détermine les tâches à exécuter dans le cadre de la curatelle à instituer; elle les fixe en fonction des besoins de la personne concernée (al. 1). Les tâches peuvent se rapporter à l'assistance personnelle, à la gestion du patrimoine ou aux deux (al. 2, 1<sup>re</sup> phrase). Dans le cas de la curatelle de portée générale, il n'est pas nécessaire que l'autorité définisse les tâches à exécuter. Ce type de curatelle couvre en effet tous les domaines de l'assistance personnelle et de la gestion du patrimoine (art. 384, al. 1).

Les termes "en fonction des besoins" (al. 1) signifient que les tâches doivent être déterminées selon l'état de faiblesse de la personne devant être mise sous curatelle et compte tenu des trois éléments constitutifs du principe de proportionnalité (art. 5 Cst.), en vertu desquels une mesure doit être nécessaire, adaptée et supportable. Les compétences du curateur doivent donc être restreintes dans toute la mesure du possible, mais pas au point que des besoins de la personne sous curatelle ne soient pas couverts. Inversement, les compétences ne doivent pas être étendues en prévision de faiblesses futures. C'est pourquoi l'al. 1 de cette disposition pose un principe fondamental du nouveau droit, qui est que les tâches du curateur seront déterminées de cas en cas. Cette personnalisation de la mesure s'opérera de deux manières: d'une part, par le choix du degré d'assistance et donc du type de curatelle (accompagnement, représentation, coopération, curatelle de portée générale), d'autre part, par le choix des domaines auxquels s'applique la curatelle (p. ex. administration du salaire, concours pour des donations).

Le terme "tâche" (al. 1 et 2) est très général et peut s'appliquer à des réalités bien différentes. Il recouvre en effet aussi bien un acte sans grande importance qu'une mission de longue durée incluant un ensemble de tâches, comme s'occuper de la santé de la personne concernée, trouver un accord à l'amiable ou conduire un procès ou encore représenter la personne sous curatelle dans ses rapports avec les autorités et les assurances. L'un des défis qu'il conviendra de relever sous le nouveau droit sera de définir les tâches de façon cohérente et de les décrire de manière claire et facilement compréhensible dans le cadre de l'institution de la mesure. Bien qu'il sera inévitable de retomber dans certaines formulations types, l'autorité de protection de l'adulte ne sera en aucun cas contrainte de se conformer à un catalogue déterminé.

Le curateur peut être appelé à ouvrir le courrier de la personne sous curatelle, à pénétrer dans son logement ou à le ranger. Selon l'al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, il n'en a pas le droit sans le consentement exprès de l'autorité de protection de l'adulte. Cette solution tient compte du fait que la protection de la sphère privée est un droit garanti par la Constitution (art. 13 Cst.) et que toute restriction d'un droit fondamental doit, en vertu de l'art. 36 Cst., être fondée sur une base légale.

Selon la première phrase de 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, sauf dans les cinq cas énumérés où, là, elle doit instituer une curatelle. A l'avenir, l'autorité de protection de l'adulte jouira d'une compétence pour agir directement dans tous les domaines de la protection de l'adulte. Dans la pratique, l'action directe de l'autorité de protection de l'adulte répond en effet à un besoin certain dans les cas peu complexes, qui ne demandent pas un investissement important en temps. Si, dans ce type de cas, l'autorité estime que la désignation d'un curateur serait une mesure "manifestement" disproportionnée, elle peut, selon l'al. 3, assumer elle-même ces

tâches, notamment en consentant à un acte juridique (ch. 1) ou en donnant à un tiers – il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale – le mandat d'entreprendre des démarches particulières (ch. 2). Une telle intervention peut se substituer à l'institution d'une curatelle, par exemple d'une curatelle de représentation. Le mandat donné dans ce cas n'est pas un mandat général, il se rapporte uniquement à une tâche déterminée. La condition selon laquelle la désignation d'un curateur doit être "manifestement" disproportionnée a pour but de mettre un frein au pouvoir de l'autorité, afin d'éviter qu'elle prenne spontanément des mesures excessives. Il n'est pas question d'éliminer les curateurs en leur substituant l'intervention directe de l'autorité. Il convient enfin de noter que l'état de faiblesse de la personne intéressée au sens de l'art. 377, al. 1, ch. 1, n'est pas le seul motif qui puisse justifier de renoncer à la désignation d'un curateur; l'autorité peut aussi y renoncer si l'intéressé souffre d'une incapacité passagère de discernement ou s'il s'absente un certain temps (art. 377, al. 1, ch. 2).

### **2.2.2.3 Des curatelles en particulier**

#### **Curatelle d'accompagnement**

(art. 380)

Lorsqu'une personne ayant besoin d'aide doit être accompagnée et assistée pour accomplir certains actes, l'autorité institue une curatelle d'accompagnement (al. 1). Il s'agit là de la forme de curatelle la moins contraignante. La curatelle d'accompagnement peut s'appliquer aux domaines de l'assistance personnelle et de la gestion du patrimoine. Pour le curateur, ce type de mandat n'implique ni une compétence de représentation ni une compétence d'administration ou de coopération. Il est au contraire tributaire de la coopération de la personne sous curatelle. S'il est vrai que l'accompagnement est un élément propre à tous les types de curatelle (cf. art. 393, al. 1, et art. 394, al. 1 et 2), la mesure spécifiquement qualifiée de "curatelle d'accompagnement" peut être ordonnée seule ou en combinaison avec une curatelle de représentation (y compris une curatelle d'administration) ou avec une curatelle de coopération (art. 378, al. 2).

La personne placée sous curatelle d'accompagnement continue d'agir elle-même. Le curateur se contente "d'avoir un œil" sur elle, de l'aider et de l'accompagner. La personne sous curatelle ne peut pas se soustraire à ce contrôle. La curatelle d'accompagnement est une mesure qui se prête aux cas de personnes disposées à collaborer de manière constructive. Elle permet ainsi d'aider des personnes âgées qui ne parviennent plus à gérer leurs affaires seules ou d'assister des jeunes handicapés mentaux. Le curateur reste donc en retrait et n'intervient qu'en cas de nécessité. Cette surveillance exercée dans le cadre d'une curatelle d'accompagnement peut ainsi rendre superflue la prise de mesures plus restrictives. Ce type de curatelle peut aussi convenir dans le cas de personnes souffrant d'une affection mentale évoluant de manière irrégulière.

Selon l'art. 307, al. 3, CC, l'autorité de protection de l'adulte peut accorder au curateur un "droit de regard et d'information" sur les actes de la personne sous curatelle. Si tel est le cas, il pourra donc, 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 sous curatelle ne l'y ait autorisé expressément. On peut se demander si l'autorité a le droit d'accorder un droit de regard et d'information général ou si les limites de la compétence attribuée doivent être clairement définies.

L'avant-projet repose sur la seconde conception. En précisant que le droit de regard et d'information porte "sur ces actes" (al. 2), il établit clairement que ce droit peut être accordé uniquement dans le cadre de l'al. 1. Il ne serait en effet pas logique d'étendre le droit de regard et d'information à des domaines qui ne sont pas touchés par la curatelle d'accompagnement.

La curatelle d'accompagnement ne limite pas l'exercice des droits civils de la personne sous curatelle (al. 3); celle-ci doit en revanche s'accommoder de l'accompagnement du curateur, de son droit de discuter ses décisions et de demander des renseignements. On trouve une disposition analogue à l'art. 308, al. 1, CC.

## **Curatelle de représentation en général**

(art. 381)

Une curatelle de représentation est instituée lorsque la personne ayant besoin d'aide ne peut accomplir certains actes et doit de ce fait être représentée (al. 1). Le curateur représente la personne sous curatelle dans le cadre des tâches qui lui sont confiées en matière d'assistance personnelle ou de gestion de patrimoine (al. 2). Dans l'accomplissement de ses tâches, il agit au nom de la personne sous curatelle; les actes produisent leurs effets pour celle-ci. 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 AP CC).

Pour ce qui est de la définition des tâches, il est renvoyé à l'art. 379. En outre, l'art. 404, relatif aux actes nécessitant le consentement de l'autorité, indique quelles peuvent être les tâches sujettes à représentation.

Le curateur titulaire d'un mandat de représentation n'obtient pas le pouvoir de représentation exclusif de par la loi, c'est-à-dire "automatiquement". Il appartient à l'autorité de protection de l'adulte d'en prendre la décision et de restreindre en conséquence la capacité civile de la personne sous curatelle (al. 3, 1<sup>re</sup> phrase). La solution de l'avant-projet ne va donc pas aussi loin que l'actuel art. 407 CC, selon lequel le tuteur représente son pupille dans tous les actes civils; elle se distingue toutefois de la curatelle de représentation selon l'art. 392, ch. 2, CC et de la curatelle de gestion selon l'art. 393, ch. 2, CC, qui, en vertu de l'art. 417, al. 1, CC, n'ont aucune influence sur la capacité civile de la personne sous curatelle. Lorsque l'autorité de protection de l'adulte ne restreint pas la capacité civile de la personne sous curatelle en vertu de l'al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, la personne sous curatelle est néanmoins liée dans tous les cas par les actes de son curateur (al. 3, 2<sup>e</sup> phrase). C'est déjà la règle pour les cas prévus par les art. 392, ch. 2, et 393, ch. 2, CC.

Bien que prenant expressément en considération l'éventualité d'actes concurrents (cf. art. 417 CC), le droit actuel ne régit pas les effets juridiques de ces actes dans le domaine de la tutelle. Il paraît judicieux que 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. L'expérience a en effet montré que cette solution ne posait pas de problèmes dans la pratique.

La personne qui se voit privée de sa capacité civile selon l'al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, 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. Ainsi, si la personne sous curatelle est propriétaire d'un immeuble, l'autorité de protection de l'adulte pourrait lui retirer le droit de signer des contrats de bail. Une telle restriction du droit de s'obliger n'est toutefois judi-

cieuse que si cette mesure paraît suffisante compte tenu de l'état de faiblesse spécifique de la personne à protéger.

Lorsque l'autorité de protection de l'adulte limite l'exercice des droits civils de la personne sous curatelle selon l'al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, en la privant du droit de disposer de certains de ses biens, cela ne signifie pas que ces biens sont mis à l'abri, en ce sens qu'ils ne pourraient pas être utilisés pour rembourser des dettes que la personne sous curatelle aurait valablement contractées, comme c'est le cas actuellement pour les personnes soumises à une curatelle de gestion selon l'art. 395, al. 2, CC. Une telle solution placerait les créanciers dans une situation défavorable et elle ne peut pas découler d'une simple restriction de l'exercice des droits civils. Par souci de transparence et de simplification, le nouveau droit de la protection de l'adulte ne prévoit pas la constitution d'un patrimoine séparé, sans toutefois le dire expressément.

### **Curatelle de représentation avec gestion du patrimoine**

(art. 382)

La gestion du patrimoine par le curateur au sens de l'art. 382 n'est concevable que si le curateur a la compétence de représenter la personne placée sous curatelle. En d'autres termes, il doit pouvoir agir à la place de cette personne et l'engager par ses actes. La curatelle de gestion est donc une forme spéciale de la curatelle de représentation. Afin de mettre en évidence ses aspects spécifiques, l'avant-projet lui consacre un article spécial. Le terme "patrimoine" figurant dans l'expression "gestion de patrimoine" doit être compris au sens large. Il recouvre en effet tant la fortune au sens étroit que le revenu.

Aux termes de l'art. 382, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, l'autorité de protection de l'adulte peut, dans le cadre d'une curatelle de représentation (art. 381 s.), ordonner une mesure de "gestion du patrimoine". Cette mesure recouvre tant les actes effectifs (p. ex. cueillette de fruits) que les actes juridiques (comme la vente de ces fruits), pour autant qu'ils soient, de par leur nature, destinés à préserver ou à accroître le patrimoine géré, ou à permettre d'atteindre le but auquel il est destiné. L'acte de gestion peut consister en la création d'une obligation (p. ex. location du logement faisant partie du patrimoine géré) ou en la disposition d'un bien (p. ex. transfert de propriété nécessaire à l'exécution d'un contrat de vente), mais aussi à intenter une action en justice (p. ex. au sujet d'un droit de passage sur un bien-fonds entrant dans le patrimoine géré). Les droits et les obligations du curateur chargé d'administrer le patrimoine de la personne sous curatelle sont définis plus en détails aux art. 396 à 398.

Alors que la curatelle de gestion au sens de l'art. 393, ch. 2, CC porte toujours sur l'ensemble du patrimoine de la personne à protéger, la curatelle de gestion prévue par l'avant-projet porte – selon la décision de l'autorité de protection de l'adulte (al. 1, 1<sup>re</sup> phrase) – soit sur le revenu, en tout ou en partie, soit sur la fortune, en tout ou en partie, soit sur l'ensemble de la fortune et du revenu (al. 1, 2<sup>e</sup> phrase). Il ne suffira donc pas d'ordonner la gestion tout court, mais il faudra déterminer dans chaque cas les domaines touchés par la mesure. La gestion des biens peut en effet être limitée à un terrain, à un logement ou à un livret d'épargne. Pour la gestion des revenus aussi la décision instituant la mesure devra faire état des éléments qui y sont soumis. Très souvent, la curatelle de gestion aura pour objet le salaire (en tout ou en partie) ou les rentes de la personne sous curatelle. En vertu de l'art. 396, al. 2, ch. 1, le curateur peut, avec effet libératoire, assurer la réception des prestations dues par des tiers. Lorsque la curatelle de représentation restreint la capacité civile de la personne sous

curatelle en ce qui concerne la gestion de ses biens, le débiteur a, en principe, l'obligation de traiter avec le curateur, à condition toutefois qu'il ait été informé de l'institution de la curatelle. Sinon, la mesure ne peut pas être opposée aux débiteurs de bonne foi (art. 449, 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. La curatelle de gestion proposée par l'avant-projet constitue donc une solution moins radicale et répond ainsi aux besoins de la pratique.

A moins que l'autorité de protection de l'adulte n'en décide autrement, les pouvoirs de gestion du curateur s'étendent à l'épargne constituée sur les revenus et au produit de la fortune gérée (al. 2).

Comme dans le cas de la curatelle de représentation en général (cf. art. 381, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase), l'autorité de protection de l'adulte peut limiter l'exercice des droits civils de la personne sous curatelle en conséquence lorsqu'elle ordonne une mesure de gestion des biens. Elle peut cependant se contenter de la priver de l'accès à certains éléments de son patrimoine sans limiter davantage l'exercice de ses droits civils (al. 3). En principe, la curatelle de représentation est une mesure qui se caractérise par une double compétence. Le fait que la capacité civile de la personne protégée reste généralement totale a, en effet, pour conséquence que le curateur et la personne sous curatelle ont tous les deux la compétence, par exemple, d'aller chercher de l'argent à la banque. Mais pour protéger la personne sous curatelle, il est nécessaire de pouvoir la priver de l'accès à certains de ses biens. 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 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 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.

Les personnes chargées de l'exécution des mesures de protection de l'adulte informent les tiers de l'existence d'une telle mesure lorsque les tâches qui leur sont confiées l'exigent (art. 448, al. 2). Elles peuvent, par exemple, en informer le conservateur du registre foncier, ce qui pourrait cependant se révéler insuffisant. C'est pourquoi l'avant-projet prévoit une mesure de sûreté au sens de l'art. 178, al. 3, CC, selon laquelle l'autorité de protection de l'adulte qui prive la personne sous curatelle de la faculté de disposer d'un immeuble doit faire annoter la mesure au registre foncier (al. 4).

### **Curatelle de coopération**

(art. 383)

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 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. 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 curatelle de coopération au sens de l'art. 383 est très fortement inspirée du droit actuel (art. 395, al. 1, CC). 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. La curatelle ne peut pas porter sur les droits strictement personnels.

Selon l'avant-projet, seuls "certains" actes sont soumis au consentement du curateur (al. 1); ils doivent être spécifiés par l'autorité de protection de l'adulte. Une autorisation de l'autorité de protection de l'adulte n'est même pas nécessaire pour les actes énumérés à l'art. 404, al. 1; la seule condition supplémentaire nécessaire pour valider l'acte est que le curateur donne son consentement. Comme en droit actuel, la coopération pourra être envisagée uniquement si la personne sous curatelle est capable de discernement dans le domaine en question. Le curateur ne peut en effet pas suppléer par ses propres actes le défaut de capacité civile de la personne sous curatelle.

Contrairement à la curatelle de représentation, la curatelle de coopération se caractérise par le fait que les compétences du curateur limitent en conséquence et de plein droit l'exercice des droits civils de la personne sous curatelle (al. 2) puisque celle-ci ne peut pas agir seule. 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 art. 19b AP CC.

## **Curatelle de portée générale**

(art. 384)

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 disposition vise plus particulièrement les personnes gravement atteintes de démence. Les personnes durablement incapables de discernement n'ont pas l'exercice des droits civils (art. 17 CC). En conséquence, en instituant une curatelle de portée générale, l'autorité de protection de l'adulte n'a pas à priver la personne de l'exercice de ses droits civils. Celle-ci n'en est pas non plus privée indirectement de par la loi. Si l'incapacité de discernement durable est néanmoins 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.

En théorie, les effets juridiques de la curatelle de portée générale peuvent relever de deux conceptions différentes: soit la personne touchée est privée de l'exercice des droits civils de par la loi, soit l'autorité l'en prive formellement en cas de besoin. Le second modèle ne nous paraît guère approprié dans la mesure où les personnes durablement incapables de discernement n'ont de toute manière plus l'exercice des droits civils et parce que, dans les autres cas, le retrait de l'exercice des droits civils par décision de l'autorité est plus stigmatisant que s'il a lieu *ex lege*. Par conséquent, l'avant-projet prévoit que la personne sous curatelle de portée générale est privée de l'exercice des droits civils de plein droit (al. 2), sous réserve, toutefois, de l'exercice des droits strictement personnels (art. 19c AP CC). L'autorité de protection de l'adulte n'a donc aucun moyen de maintenir l'exercice des droits civils, comme elle peut le faire dans le cas de la curatelle de représentation. La curatelle de portée générale couvre tous les domaines de l'assistance personnelle et de la gestion du patrimoine (al. 1, 1<sup>re</sup> partie de la phrase); elle ne peut pas être combinée avec un autre type de curatelle (art. 378, al. 2, *e contrario*).

#### **2.2.2.4 De la fin de la curatelle**

(art. 385)

La curatelle prend fin de plein droit au décès de la personne sous curatelle (al. 1, ch. 1). Selon le droit actuel, lorsqu'une personne sous tutelle vient à mourir, 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, AP CC). 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'art. 554, al. 3, AP CC ne désigne donc pas automatiquement le curateur comme administrateur de la succession; il donne seulement mandat à l'autorité d'examiner si, dans un cas d'administration de la succession, le curateur ne serait pas la personne adéquate. L'autorité est cependant libre de lui préférer une autre personne ou de renoncer à ordonner l'administration de la succession.

La curatelle prend également fin de plein droit lorsque la tâche pour laquelle elle a été instituée est exécutée (al. 1, ch. 2). La solution proposée correspond au droit actuel (art. 439, al. 1, CC). Dans les cas où la curatelle a été instituée en vue de la gestion d'une situation déterminée – par exemple la liquidation d'une succession – la mesure prend fin dès que la tâche pour laquelle elle a été instituée est terminée, sans qu'elle ne doive être levée formellement.

L'un des principes du droit actuel de la tutelle (cf. art. 433, al. 2, CC) et du futur droit de la protection de l'adulte (al. 2; voir aussi art. 401) est que la curatelle doit être levée ou remplacée par une autre mesure appropriée dès la disparition du motif qui avait justifié son institution. La mise en oeuvre des mesures devrait en effet, avec le temps, permettre de lever toute mesure (cf. aussi art. 374, 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. 414).



### 2.2.2.5 Du curateur

#### Remarques préliminaires

Le droit actuel contient aux art. 379 à 384 CC toute une série de règles relatives à la personne du tuteur. Selon l'art. 367, al. 3, CC, elles sont aussi valables pour le curateur. Les art. 386 à 390 CC énoncent ce qu'il y a lieu de faire jusqu'à la nomination définitive d'un tuteur lorsque celui qui a été nommé refuse la fonction ou lorsqu'une opposition est formée contre sa nomination. Les art. 416 et 417, al. 2, CC, relatifs à la rémunération sont en outre applicables.

Les dispositions actuelles du code civil sur la désignation du tuteur reflètent la situation au début du siècle passé, lorsque les affaires sociales en général et l'assistance tutélaire en particulier étaient encore loin d'être professionnalisées. S'il est vrai que la ville de Zurich a désigné son premier tuteur officiel pour enfants illégitimes en 1908 déjà et que l'Association suisse des tuteurs officiels a été fondée en 1913, il a tout de même fallu attendre la seconde moitié du siècle passé pour que l'instrument de la tutelle officielle se généralise et qu'il soit fait de plus en plus souvent appel à des spécialistes. Les principales raisons de cette professionnalisation ont été la complexité croissante des tâches tutélaires et les exigences de plus en plus nombreuses auxquelles les tuteurs devaient donc répondre, la professionnalisation de l'aide sociale grâce à la création, après 1960, de centres de formation professionnelle spécialisés dans ce domaine ainsi que la difficulté croissante de trouver suffisamment de volontaires qualifiés. A l'heure actuelle, on estime qu'environ deux tiers des mandats sont assumés par des professionnels employés par des services sociaux privés ou publics ou par les services tutélaires officiels et qu'environ un tiers est encore entre les mains de personnes exerçant cette fonction à titre privé.

L'avant-projet compte la moitié moins d'articles que la législation actuelle. Il est fondé sur les concepts suivants:

- le curateur doit faire preuve d'une aptitude générale et particulière à exercer sa fonction;
- la personne sous curatelle obtient un droit de décision aussi étendu que possible sous la forme d'un droit de proposition et d'un "droit d'opposition restreint";
- le "privilège" accordé aux membres de la famille est affaibli;
- l'obligation d'accepter le mandat de curateur est maintenue (sous une forme atténuée);
- coexistence de curateurs professionnels et de curateurs exerçant la fonction à titre privé. En principe, le curateur doit accomplir personnellement les tâches qui lui sont confiées.

Le projet reste donc fidèle dans une très large mesure à l'esprit du code civil actuel. Il prend néanmoins en compte l'évolution de la société et la professionnalisation des tâches tutélaires.

#### Nomination. Conditions générales

(art. 386)

La description des qualités requises pour l'exercice de la fonction de curateur que l'on trouve à l'al. 1 est un peu plus étoffée que celle qui figure à l'actuel art. 379 CC. Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, seules des personnes physiques entrent en

ligne de compte pour l'exercice d'un mandat de curateur. Elles doivent non seulement posséder les aptitudes et les connaissances adaptées aux tâches prévues, mais aussi disposer du temps nécessaire pour les accomplir.

La doctrine fait aujourd'hui la distinction entre l'aptitude générale et l'aptitude spécifique. Par aptitude générale, on entend les conditions qu'une personne doit réunir pour pouvoir prétendre à l'exercice d'un mandat tutélaire; elle doit par exemple faire preuve d'une certaine maturité et posséder la force psychique et physique ainsi que le temps nécessaire. Par aptitude spécifique, on entend toutes les facultés indispensables à l'exercice d'un mandat déterminé pour une personne déterminée.

Le terme d'aptitude du nouveau droit ne doit pas être compris dans un sens abstrait. Il signifie que le curateur doit avoir les aptitudes et les connaissances requises pour les tâches qu'il doit exécuter. Il répond au système des mesures sur mesure. Posséder les aptitudes et les connaissances adaptées signifie posséder les qualités personnelles et relationnelles nécessaires ainsi que les compétences techniques. L'exigence expresse du temps qu'un curateur doit pouvoir consacrer à son mandat est justifiée dans la mesure où les qualités personnelles et les compétences techniques ne suffisent pas à l'exercice du mandat dans l'intérêt de la personne sous curatelle. Encore faut-il, en effet, que le candidat à la fonction de curateur ait suffisamment de temps à lui consacrer. Cette exigence doit être remplie tant par les personnes privées qui acceptent un ou plusieurs mandats, que ce soit volontairement ou par obligation, que par les curateurs professionnels qui, parfois, doivent assumer un nombre de mandats trop important. En principe, le curateur est tenu d'accomplir personnellement les tâches qui lui sont confiées (art. 387, al. 2.).

L'art. 386 est complété par l'art. 446, relatif à la formation initiale et à la formation continue. Aux termes de l'al. 3 de cette disposition, les cantons doivent veiller à ce qu'il existe un nombre suffisant de curateurs professionnels ou de collaborateurs de services sociaux privés ou publics ayant la formation adéquate (cf. art. 387).

Bien que cette formule ne soit pas très fréquente dans la pratique, l'avant-projet maintient la possibilité de confier l'administration d'une curatelle à plusieurs personnes, comme le prévoit l'actuel art. 379, al. 2, CC. Cette solution est en effet adaptée au nouveau système de mesures, selon lequel les différentes tâches prévues par un mandat (p. ex. affaires personnelles et gestion de fortune) peuvent être réparties entre deux ou plusieurs personnes spécialisées dans un domaine particulier ou peuvent être exercées en commun par plusieurs personnes. Une répartition des tâches peut se révéler judicieuse non seulement entre deux curateurs privés, mais aussi entre un curateur privé et un curateur professionnel ou encore entre deux curateurs professionnels ayant des spécialisations différentes. Lorsque la curatelle est confiée à plusieurs personnes, l'autorité de protection de l'adulte définit précisément les attributions de chacune afin de déterminer clairement les responsabilités de chaque curateur (art. 389, al. 1).

Comme l'actuel art. 382 CC, l'al. 3 pose le principe de l'obligation d'accepter un mandat de curateur; il ne désigne toutefois pas les personnes soumises à cette obligation. La liste des clauses de dispense prévue par le droit actuel (art. 383 CC) est remplacée par la formule générale "Sous réserve de justes motifs, ...". Peuvent notamment être considérés comme justes motifs des raisons personnelles comme l'existence ou l'imminence de tâches professionnelles ou familiales très lourdes ou encore l'exercice de fonctions publiques suffisamment importantes pour que la prise en charge d'un mandat de curateur ne puisse raisonnablement plus être exigée de la personne en question.

L'obligation d'accepter un mandat de curatelle est l'expression de l'esprit de solidarité qui doit prévaloir dans le domaine de la protection de l'adulte et qui ne doit pas être vidé de son sens sous prétexte de l'évolution de la société. Il n'est cependant dans l'intérêt ni de la personne sous curatelle ni des personnes chargées d'appliquer le droit de la protection des adultes de contraindre quelqu'un à assumer un mandat de curateur uniquement parce que la loi le permet. Si l'on veut continuer à trouver des non-professionnels disposés à assumer des tâches dans le cadre de la nouvelle législation sur la protection de l'adulte, il faudra plutôt mettre en œuvre des moyens pour inciter des personnes à remplir de telles tâches et prendre des mesures adéquates en vue de garantir la qualité des prestations. Le recrutement doit faire l'objet d'une attention particulière et comprendre une analyse de l'aptitude (aptitude générale et aptitude spécifique). Il faut en outre assurer une formation générale, qui devra être achevée si possible avant la prise en charge du premier mandat (art. 446), une instruction adéquate, conçue en fonction des spécificités du mandat, des conseils et un soutien requis par l'exercice de la fonction (art. 445) et, enfin, une rémunération appropriée (art. 392).

### **Curatelle exercée à titre privé ou professionnel**

(art. 387)

Selon l'al. 1, 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. Ces trois catégories sont le reflet de la situation actuelle: les personnes exerçant la fonction de curateur à titre privé sont soit des parents (père, mère, conjoint etc.) ou des proches de la personne sous curatelle, soit des citoyens exerçant cette fonction volontairement ou pour répondre à l'obligation légale existant dans ce domaine.

Les collaborateurs des services sociaux publics ou privés assument cette fonction à titre accessoire, à côté d'autres tâches sociales. Tel est le cas aujourd'hui déjà dans les services sociaux polyvalents communaux ou régionaux ainsi que dans certains services sociaux privés comme Pro Senectute.

Enfin, les curateurs exerçant leur fonction à titre professionnel sont ce que l'on appelle aujourd'hui des tuteurs officiels, soit des personnes assumant si non exclusivement du moins majoritairement des mandats tutélaires pour des personnes de toutes les classes d'âge ou, selon les organisations, seulement pour des enfants et des adolescents ou alors seulement pour des adultes.

C'est à dessein que l'avant-projet n'établit pas une hiérarchie entre les différentes catégories de curateurs. Le principal critère pour la nomination d'une personne est en effet son aptitude. Quant à savoir à laquelle de ces catégories la priorité sera accordée dans le cas concret, cela dépendra d'une part du personnel disponible et d'autre part de l'organisation de la protection de l'adulte et de l'enfant. La nécessité de continuer à confier des curatelles à des personnes privées n'est contestée ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence. Ce recours à des particuliers permet non seulement à des personnes intéressées de se rendre utiles dans le domaine social, mais aussi de préserver un certain sens des responsabilités sociales et de promouvoir une certaine compréhension et certains égards pour les personnes n'ayant pas la possibilité de s'assumer seules. Cette formule présente en outre l'avantage de contrer 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. Certains types de mandats doivent donc impérativement être confiés à des spécialistes (p. ex. lorsqu'il s'agit de toxicomanes, de personnes souffrant de troubles psychiques graves, de personnes opposées à leur mise sous curatelle ou encore de personnes impliquées dans des conflits familiaux graves, ainsi que lorsqu'il s'agit de mesures de protection de l'enfant).

L'al. 2 oblige en principe le curateur à accomplir personnellement les tâches qui lui sont confiées. Cela ne lui interdit cependant pas de déléguer certains aspects de sa fonction, par exemple la gestion de fortune ou les soins personnels qui doivent être prodigués à la personne sous curatelle. Dans le cas de personnes vivant en institution, cette délégation est une réalité de fait. Le curateur reste néanmoins responsable du bien-être de la personne sous curatelle et du sérieux du gérant de fortune qu'il a mandaté. Actuellement, le tuteur général, qui administre des centaines, voire des milliers de mandats, n'a aucun contact avec les personnes dont il s'occupe parce que les mandats sont délégués à des "assistants". Cette solution n'est pas satisfaisante, même si ces "assistants" sont des spécialistes jouissant d'une formation appropriée. Ils ne disposent en effet d'aucun pouvoir de décision et les personnes dont ils ont la charge dépendent d'une "autorité" qui leur est inaccessible.

Selon l'al. 3, ni les membres de l'autorité de protection de l'adulte ni ses auxiliaires ne peuvent être nommés curateur. Le droit actuel est moins strict puisqu'il autorise certaines exceptions lorsqu'il n'y a pas d'autres personnes capables (art. 384, ch. 4, CC). L'incompatibilité des fonctions de curateur et de membre de l'autorité est cependant unanimement reconnue dans la doctrine et la jurisprudence. L'autorité se charge en effet de nommer le curateur (art. 386), de le surveiller, d'examiner les rapports périodiques et les comptes (art. 403), d'autoriser certaines opérations importantes (art. 404 s.) et de statuer sur les recours contre les actes ou les omissions du curateur (art. 407).

### **Vœux de la personne sous curatelle ou de ses proches**

(art. 388)

Les al. 1 et 2 reprennent le principe posé par l'art. 381 CC actuel. En prenant en compte les vœux de la personne sous curatelle, de membres de sa famille ou d'autres proches, on respecte le principe de l'autonomie de la personne (art. 374, al. 2) et l'on tient compte du fait que les chances de succès de la curatelle augmentent lorsque la personne protégée peut choisir elle-même son curateur. 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. Dans tous les cas, le droit de proposer une personne est soumis à deux conditions: la personne proposée doit être jugée apte à exercer le mandat et elle doit l'accepter. Un refus n'est possible que pour de justes motifs au sens de l'art. 386, al. 3.

L'al. 3 procède lui aussi du principe de l'autonomie de la personne sous curatelle: aux termes de cette disposition, l'autorité doit, autant que possible, prendre en considération ses objections à la nomination d'une personne déterminée. Ce droit de veto n'est cependant pas absolu, car on tient à éviter qu'un refus répété ne fasse échouer la mesure.

## **Curatelle confiée à plusieurs personnes ou aux parents**

(art. 389)

L'al. 1 clarifie les responsabilités lorsque la curatelle est confiée à plusieurs personnes conformément à l'art. 386, al. 2. L'autorité de protection de l'adulte détermine ainsi si la fonction doit être assumée en commun par les personnes auxquelles est confiée la curatelle ou s'il est préférable de répartir les tâches.

L'al. 2 confère aux père et mère un statut spécial dans la mesure où il précise que ceux-ci assument généralement la curatelle en commun, comme c'est le cas pour l'autorité parentale. L'autorité de protection de l'adulte a néanmoins l'obligation de s'assurer d'office que les parents sont bien en mesure d'exercer cette fonction en commun. Il est, en effet, des cas dans lesquels cela n'est pas possible, par exemple lorsque l'entente entre les père et mère est mauvaise, si des tensions existent entre l'un des parents et la personne sous curatelle, de même que si l'un des parents n'est pas jugé apte à assumer la fonction de curateur.

## **Opposition à la nomination**

(art. 390)

Quant au fond, les al. 1 et 2 correspondent pratiquement au droit actuel (art. 388, al. 1 et 2, CC). L'avant-projet reste fidèle, en particulier, au principe que l'opposition doit être adressée à l'autorité de protection de l'adulte, qui nomme une autre personne si elle reconnaît le bien-fondé de l'opposition. Pour des raisons pratiques, cette solution a été préférée à la désignation d'une autorité de recours supérieure. Comme actuellement, celle-ci n'interviendra que si l'autorité de protection de l'adulte n'entre pas en matière ou si elle rejette l'opposition en niant son bien-fondé.

L'al. 3 correspond dans une très large mesure à l'actuel art. 389 CC, à cette différence significative près que l'autorité de protection de l'adulte peut décider de donner à l'opposition un effet suspensif et nommer un autre curateur pour la durée de la procédure afin d'éviter que les intérêts de la personne sous curatelle ne soient pas défendus durant la période de vacance, malgré la nature définitive de la décision instituant la mesure.

## **Empêchement et conflit d'intérêts**

(art. 391)

L'al. 1 régit les deux situations faisant l'objet des ch. 2 et 3 de l'actuel art. 392 CC. Avec le terme de "substitut", l'avant-projet marque la différence avec le curateur de représentation "ordinaire" au sens des art. 381 s. 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, les pouvoirs du curateur prennent fin de plein droit dans les affaires en cause.

Il est prévu d'introduire dans l'art. 306 du droit de la filiation une norme équivalente à celle de l'art. 391 pour le cas où les titulaires de l'autorité parentale seraient empêchés ou qu'il existerait un conflit d'intérêts.

## Rémunération et frais

(art. 392)

La manière dont la rémunération des tuteurs est régie par l'actuel art. 416 CC est lacunaire et peu satisfaisante. Selon cette disposition, la rémunération est prélevée sur les biens du pupille. Son montant est fixé par l'autorité tutélaire eu égard au travail du tuteur et aux revenus du pupille. Formellement, la rémunération du curateur est régie par l'art. 417, al. 2, CC. Le droit actuel ne règle pas la rémunération des soins personnels et ne dit pas non plus ce qui est à faire lorsque la personne sous tutelle n'a aucune fortune personnelle. La doctrine dominante est toutefois très claire à ce sujet: l'activité du tuteur doit être rémunérée dans son intégralité. Les lacunes de la législation fédérale ont toutefois été comblées en partie par le droit cantonal. Il existe ainsi une multitude de solutions: la plus fréquente est l'indemnisation forfaitaire (d'un montant variable) du travail fourni par le tuteur, les dépenses en espèces étant généralement remboursées sur décompte. Des réglementations plus récentes, comme celle du canton de Lucerne, fixent un tarif horaire. Selon l'avant-projet (al. 4), les dispositions d'exécution seront édictées par les cantons.

La solution proposée dans l'avant-projet fait la différence entre la question de la rémunération (al. 1 et 2) et la question de la prise en charge de cette dernière (al. 3). La curatelle étant une tâche publique, il paraît juste que ce soit d'abord la collectivité publique qui prenne en charge la rémunération du curateur. Il paraît cependant juste aussi que les personnes sous curatelle dont la situation financière le permet assument tout ou partie de ces coûts qui, en droit, sont considérés comme des frais d'entretien. Il est également juste que l'autorité de protection de l'adulte fixe le montant de la rémunération et assure le paiement de cette dernière au moyen de fonds publics, indépendamment de ce qui pourra finalement être prélevé sur le patrimoine de la personne sous curatelle.

Selon l'al. 1, le curateur a droit à une rémunération appropriée et au remboursement de ses frais. S'il s'agit d'un curateur professionnel recevant un salaire fixe, la contribution que la personne sous curatelle pourrait être tenue de prélever sur son patrimoine est versée à la caisse de l'Etat.

La rémunération doit être fixée en fonction de la charge de travail et de la complexité de la tâche. Celles-ci sont déterminées par rapport au mandat donné par l'autorité dans le cadre de la décision instituant la mesure. Les prestations que le curateur fournit à la demande de la personne sous curatelle peuvent elles aussi être prises en compte si elles sont jugées appropriées. Les prestations de ce type sont notamment considérées comme étant appropriées si elles sont en rapport avec le mandat formulé par l'autorité, c'est-à-dire si elles sont conformes à l'objectif de la mesure et si le travail et donc les frais qu'elles occasionnent ne sont pas disproportionnés.

### 2.2.2.6 De l'exercice de la curatelle

#### Remarques préliminaires

Le droit actuel règle l'exercice de la fonction de tuteur et de curateur dans deux chapitres du titre onzième (art. 398 à 419 CC). Du point de vue du fond, il est accordé plus d'importance à la gestion du patrimoine qu'au bien-être du pupille.

Bien que leur nombre soit inférieur de moitié à ceux du droit actuel, les articles de l'avant-projet constituent une base solide pour une prise en charge professionnelle non seulement des tâches générales de gestion de fortune et d'aide à la personne

sous curatelle, mais aussi de mandats ponctuels ou spéciaux. Les trois premiers articles régissent les droits et les obligations du curateur lors de l'entrée en fonction (art. 393), l'aménagement des rapports avec la personne sous curatelle (art. 394) et le statut juridique de la personne sous curatelle (art. 395). Les quatre articles suivants (art. 396 à 399) sont consacrés à la gestion du patrimoine. Enfin, les art. 400 à 402 définissent l'étendue du devoir de diligence, obligent le curateur à informer sans délai l'autorité de protection de l'adulte des faits nouveaux justifiant la levée ou la modification de la curatelle et à remettre à cette autorité un rapport d'activité périodique la renseignant sur l'évolution de la situation de la personne sous curatelle.

### **Entrée en fonction du curateur**

(art. 393)

Contrairement au droit actuel, dont les sept premiers articles (art. 398 à 404 CC) concernent exclusivement le patrimoine, l'avant-projet commence par un art. 393 contenant des règles générales: le curateur doit réunir les informations nécessaires à l'accomplissement de sa fonction et prendre personnellement contact avec la personne sous curatelle (al. 1). Cette disposition reflète 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). 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 utiles à l'établissement de l'inventaire. En principe, les renseignements doivent être fournis gratuitement.

### **Relations avec la personne sous curatelle**

(art. 394)

Cette disposition prévoit les principes en fonction desquels le curateur doit agir:

- Le curateur doit s'employer à établir une relation de confiance avec la personne sous curatelle (al. 1); il s'agit là d'une condition indispensable au succès de son activité. Le succès ne dépend toutefois pas seulement du curateur et de ses qualités humaines ou de ses compétences professionnelles, mais aussi de la personne sous curatelle.
- Les intérêts de la personne sous curatelle doivent toujours être au centre des préoccupations. Une disposition concrétisant l'art. 374, al. 2, oblige en outre le curateur à tenir compte, dans la mesure du possible, de l'avis de la personne sous curatelle et de respecter sa volonté d'organiser son existence comme elle l'entend (al. 2).
- Enfin, le curateur se doit de contribuer à atténuer les effets de l'état de faiblesse dans lequel se trouve la personne sous curatelle ou à prévenir une détérioration de sa santé (al. 3).

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

## **Autonomie de la personne sous curatelle**

(art. 395)

Cette disposition n'a pas de contenu propre, mais sert la transparence en répétant ce qui est dit aux art. 19 à 19c, à savoir que même privée de l'exercice des droits civils par une mise sous curatelle de portée générale (art. 384, al. 2), une personne peut, si elle est capable de discernement, exercer de manière autonome les droits strictement personnels et constituer des droits et des obligations dans les limites fixées par la loi.

## **Gestion du patrimoine. Tâches**

(art. 396)

Aux termes de cet article, qui s'applique lorsque la gestion de fortune n'a pas été exclue du mandat confié au curateur, ce dernier 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). Cet article énumère en outre trois compétences importantes qui reviennent au curateur chargé de la gestion de fortune (al. 2). La plus significative dans la pratique est sans doute celle qui autorise le curateur à représenter, si nécessaire, la personne sous curatelle 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 sous curatelle et, en cas de besoin, d'entamer le patrimoine administré. Bien que visant la gestion du patrimoine au sens de l'art. 382, l'art. 396 peut aussi, par analogie, s'appliquer aux curatelles dont le mandat inclut la gestion de fortune.

Il a été renoncé par principe à inclure dans l'avant-projet des dispositions relatives aux différents types de placements, tels les actuels art. 399 à 404 CC (cf. néanmoins art. 399). 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 d'exécution relatives au placement de la fortune et à la mise en lieu sûr des objets de valeur (al. 3).

## **Montants à libre disposition**

(art. 397)

Cette disposition est liée à la possibilité qu'a l'autorité de protection de l'adulte de priver la personne sous curatelle de la faculté d'accéder à certains éléments de son patrimoine sans la restreindre davantage dans l'exercice de ses droits civils (art. 382, al. 3). Afin de concrétiser les principes de proportionnalité et d'autonomie de la personne sous curatelle, le curateur est tenu de mettre des montants appropriés à la libre disposition de celle-ci, spontanément ou à sa demande (al. 1). Quant à la définition concrète de ce qui doit être considéré comme des montants appropriés, elle dépend notamment 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. 382, al. 2, cette disposition est aussi applicable par analogie aux autres mesures impliquant la gestion du patrimoine.



Il est évident que le curateur et la personne sous curatelle ne parviendront pas toujours à tomber d'accord sur les sommes correspondant aux "montants appropriés" prévus par la loi. C'est pourquoi l'al. 2 stipule qu'un tel cas sera tranché par l'autorité de protection de l'adulte.

## **Comptes**

(art. 398)

L'al. 1 correspond à l'art. 413, al. 2, CC. L'art. 413, al. 1, CC figure maintenant à l'art. 396, al. 1.

L'al. 2 concrétise l'art. 413, al. 3, CC. Les renseignements sur les comptes à donner à la personne sous curatelle doivent être en rapport avec la capacité de celle-ci à les comprendre. C'est pourquoi l'avant-projet n'exige plus que la personne protégée soit capable de discernement comme c'est le cas dans le droit actuel. 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 qu'une telle copie soit remise à des personnes incapables de discernement et risque de tomber dans de mauvaises mains. Le curateur est néanmoins libre, s'il le juge bon, de remettre une copie à la personne dont il s'occupe sans que celle-ci en ait fait la demande expresse. Cette disposition sert à la fois le respect de la personne et la transparence.

Dans l'intérêt de l'unification du droit, il est là aussi prévu que les dispositions d'exécution seront désormais édictées par la Confédération (al. 3) et non plus par les cantons (art. 425, al. 2, CC).

## **Affaires particulières**

(art. 399)

L'al. 1 correspond à l'art. 408 CC. Il contient une énumération exhaustive des affaires auxquelles le curateur ne peut pas procéder. Ces interdictions valent aussi pour les détenteurs de l'autorité parentale (art. 304, al. 3, AP CC).

Le curateur peut toutefois être appelé à donner son consentement pour de tels actes (al. 2) dans le cadre d'une curatelle de coopération (art. 383). Cette formule permet de tenir compte de manière optimale de la situation particulière et des aptitudes spécifiques de la personne sous curatelle.

L'al. 3 fait la synthèse des art. 400, al. 2, et 404, al. 1, CC. Les "biens" au sens de cet alinéa comprennent aussi des immeubles. La valeur particulière d'un bien peut être tant économique qu'affective. La valeur que les biens revêtent pour la famille doit être prise en compte uniquement si les intérêts de la personne sous curatelle ne s'en trouvent pas contrariés.

## **Devoir de diligence**

(art. 400)

Cette disposition se limite à un renvoi aux dispositions légales régissant le mandat (art. 398 s. CO; cf. aussi art. 327 CC relatif à la responsabilité parentale). La responsabilité, en revanche, est régie par les art. 451 ss.

## **Faits nouveaux**

(art. 401)

Le curateur informe sans délai l'autorité de protection de l'adulte des faits nouveaux qui justifient la modification ou la levée de la curatelle. Inspirée de l'actuel art. 433, al. 2, CC, cette disposition sous-entend l'obligation de l'autorité d'intervenir le cas échéant (cf. aussi art. 385, al. 3). Elle complète en outre l'art. 394, al. 3, et concrétise les principes de subsidiarité et de proportionnalité (l'intervention est-elle nécessaire, est-elle utile et adaptée?).

On atteint ainsi un degré de conformité élevé avec les principes régissant le travail social professionnel, à savoir préserver et promouvoir au maximum l'autonomie, l'autodétermination et la responsabilité de la personne.

## **Rapport d'activité**

(art. 402)

L'obligation du tuteur ou du curateur de rendre compte de sa gestion des biens et le devoir de participation de l'autorité tutélaire font l'objet de plusieurs dispositions dans le droit actuel (art. 413, al. 2; 423 à 425; 451 à 453 CC). L'obligation de rendre compte des rapports personnels avec la personne sous curatelle et des mesures prises pour lui venir en aide n'y est pas mentionnée. Il en est en revanche souvent question dans les textes normatifs cantonaux (lois d'introduction du CC, ordonnances sur la tutelle).

L'avant-projet distingue entre le rapport comptable (art. 398) et le rapport sur l'exercice de la curatelle et sur l'évolution de la situation de la personne sous curatelle (art. 402, 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.

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 (art. 403); d'autre part, il permet de faire le point et de s'assurer de la nécessité et de l'utilité de la mesure (art. 401). 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 faisant l'objet du 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 ou de l'évolution de son état. Un rapport détaillé s'impose notamment 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. Si la curatelle consiste en une seule tâche, le curateur établit uniquement un rapport final (al. 2).

### **2.2.2.7 Du concours de l'autorité de protection de l'adulte**

#### **Examen des rapports périodiques et des comptes**

(art. 403)

Cette disposition est une version remaniée de l'art. 423, al. 1 et 2, CC, qui règle les tâches de l'autorité de protection de l'adulte en ce qui concerne les rapports d'activité et les comptes qui lui sont soumis. Ainsi, l'autorité examine les rapports périodiques du curateur et exige au besoin des compléments (al. 1). Elle approuve ou refuse les comptes; au besoin, elle demande des rectifications (al. 2). Enfin, si elle le juge nécessaire, elle prend les mesures propres à sauvegarder les intérêts de la personne sous curatelle (al. 3).

#### **Actes nécessitant le consentement de par la loi**

(art. 404)

Cette disposition est inspirée des art. 421 et 422 CC. Ce qui est nouveau, c'est que la compétence d'approuver certains actes n'est plus partagée entre l'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance, mais confiée uniquement à l'autorité de protection de l'adulte.

Comme c'est le cas actuellement pour le conseil légal de coopération (art. 395, al. 1, CC), cette disposition ne s'applique pas à la curatelle de coopération (art. 383). La curatelle de coopération est en effet une mesure impliquant toujours que la personne sous curatelle agisse elle-même, même si elle a besoin pour cela de l'accord de son curateur.

L'accomplissement des actes énumérés à l'al. 1 ne requiert pas non plus le consentement de l'autorité de protection de l'adulte si la personne sous curatelle donne son accord, à condition toutefois qu'elle soit capable de discernement et que la curatelle ne la restreigne pas dans l'exercice de ses droits civils (al. 2). Cette règle a pour modèle l'art. 419, al. 2, CC, selon lequel le curateur chargé de veiller sur des biens ou de les gérer a le droit de prendre des mesures qui dépassent des actes administratifs et conservatoires uniquement s'il dispose du "consentement spécial de la personne représentée ou, si elle est incapable de le donner, [s'il a le] consentement de l'autorité tutélaire". 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 ce n'est pas le cas, mais que la personne sous curatelle n'a néanmoins pas agi personnellement, le curateur a le choix entre requérir le consentement de l'autorité de protection de l'adulte ou se fonder sur la présomption selon laquelle la personne sous curatelle est capable de discernement et conclure le contrat avec le consentement de cette dernière.

L'al. 1 énumère les actes pour lesquels le curateur a besoin de par la loi du consentement de l'autorité de protection de l'adulte (ch. 1 à 9).

Le contrat de mariage (cf. art. 421, ch. 9, CC) ne figure plus parmi les actes énumérés. Ce type de contrat présuppose en effet dans tous les cas que les parties soient capables de discernement (art. 183, al. 1, CC). Le consentement du curateur devrait donc être suffisant (art. 183, al. 2). En outre, l'adoption n'est plus mentionnée expressément (cf. art. 422, ch. 1, CC). Matériellement, le cas de l'adoption d'une personne sous curatelle de portée générale est régi par l'art. 266, al. 3, CC, combiné avec l'art. 265, al. 3, CC. Le cas rare de l'acquisition d'un droit de cité ou de la renon-

ciation à un tel droit n'est pas non plus repris dans la liste (art. 422, ch. 2, CC). L'accord du représentant légal est jugé suffisant.

Comme l'art. 412 CC n'a pas été repris dans l'avant-projet, le ch. 7 de l'art. 421 CC est lui aussi condamné à disparaître purement et simplement. Si une personne est capable d'exercer une profession ou une industrie de manière autonome, cela implique que la curatelle – si la prise d'une telle mesure devient nécessaire – doit être restreinte en conséquence. L'art. 421, ch. 12, CC, relatif au contrat d'apprentissage, n'a également plus sa place dans la nouvelle législation sur la protection de l'adulte. A la lumière des nouvelles dispositions sur le domicile (art. 23<sup>bis</sup>, 25 et 26 AP CC), il en va de même du ch. 14 de l'art. 421 CC, qui traite du domicile de la personne sous curatelle et qui ne fait que reprendre l'art. 377 CC.

Selon l'al. 1 – et toujours à supposer que le mandat du curateur englobe les actes en question –, le curateur a besoin du consentement de l'autorité de protection de l'adulte pour:

- "Liquidier le ménage et résilier le contrat portant sur le logement de la personne sous curatelle" (ch. 1). Comme il s'agit là d'une opération lourde de conséquences pour la personne concernée, la liquidation du ménage est mentionnée expressément. La résiliation du contrat portant sur le logement provoque elle aussi des changements irrévocables dans la vie de la personne sous curatelle et doit donc être mûrement réfléchie.
- "Conclure ou résilier des contrats de longue durée relatifs à la prise en charge de la personne sous curatelle" (ch. 2). Les contrats de ce type sont déterminants pour le mode de vie de la personne sous curatelle. Par conséquent, l'autorité de protection de l'adulte doit décider si le placement de la personne sous curatelle dans un établissement médico-social est bien la solution qui convient et n'a pas été choisi uniquement pour des raisons économiques. 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 faire des économies. La disposition ne s'applique pas seulement aux contrats de longue durée conclus avec un établissement médico-social, mais plus généralement à toutes les conventions relatives à la "prise en charge de la personne sous curatelle". Cette formulation inclut donc aussi le placement familial. Par l'expression "contrat de longue durée", l'avant-projet veut préciser que la disposition ne s'applique pas aux solutions de prise en charge passagères. Elle porte en outre sur une compétence juridique et non pas sur la détermination de la résidence ou sur un placement à des fins d'assistance (art. 416 ss).
- "Accepter ou répudier une succession lorsqu'une déclaration expresse est nécessaire et conclure un pacte successoral ou un contrat de partage successoral" (ch. 3). Cette disposition est une refonte des actuels art. 421, ch. 9, seconde partie, et 422, ch. 5, CC. Elle 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. Pour le cas où la personne est disposant, il convient de se référer à l'art. 468, al. 2, AP CC. L'acceptation ou la répudiation d'une succession est subordonnée à l'accord du curateur "lorsqu'une déclaration expresse est nécessaire". Cette disposition a été formulée compte tenu du fait que l'acceptation et la répudiation d'une succession (cf. art. 566 CC) ne nécessitent pas une déclaration de volonté.

- "Acquérir ou aliéner des immeubles, les grever de gages ou d'autres droits réels" (ch. 4, première partie). Cette réglementation correspond à l'actuel art. 421, ch. 1, CC; les termes utilisés dans ce dernier ("acheter, vendre") ont cependant été jugés trop restrictifs et sont donc remplacés par "acquérir ou aliéner". L'échange, par exemple, tombe ainsi lui aussi sous le coup de cette disposition. Les donations, quant à elles, sont interdites aux termes de l'art. 399, al. 1, du présent avant-projet.

Comme c'est aujourd'hui déjà le cas selon l'art. 421, ch. 3, CC, est également soumis au consentement de l'autorité de protection de l'adulte le fait de "faire procéder à des constructions allant au-delà des actes d'administration courante" (ch. 4, seconde partie). La notion d'acte d'administration courante utilisée dans cette disposition correspond à celle de l'art. 647a CC.

En vertu de l'actuel art. 404, al. 1, CC, l'autorité tutélaire ne permet la vente d'immeubles "que si l'intérêt du pupille l'exige". Il est nécessaire que le nouveau droit contienne lui aussi une disposition soumettant l'aliénation d'immeubles à un devoir de diligence particulier. Il est donc proposé de remplacer la norme actuelle par une disposition prévoyant que le curateur doit, dans la mesure du possible, s'abstenir d'aliéner les biens qui ont une valeur d'affection pour la personne sous curatelle ou pour sa famille (art. 399, al. 3). Par contre, la réglementation de la nature ou de la forme de l'aliénation – priorité de la vente aux enchères publiques sur la vente de gré à gré (art. 404, al. 2 et 3, CC) – est aujourd'hui dépassée.

- "Acquérir, aliéner, mettre en gage d'autres biens, ou les grever d'usufruits si ces actes vont au-delà de l'administration ou de l'exploitation courantes" (ch. 5). Cette réglementation correspond en principe au droit actuel (art. 421, ch. 2, CC). Ce qui est nouveau, c'est que l'on propose de soumettre au consentement de l'autorité de protection de l'adulte non seulement l'usufruit sur les immeubles, mais aussi l'usufruit sur les autres biens. On considère en effet que le fait de grever d'un usufruit un élément patrimonial est aussi lourd de conséquences que de le mettre en gage. L'élément déterminant reste néanmoins que l'institution de l'usufruit n'entre pas dans le cadre de l'administration ou de l'exploitation courantes. La notion d'administration courante 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).
- "Contracter ou accorder un prêt important, et souscrire des engagements de change" (ch. 6). Cette disposition correspond elle aussi au droit actuel (art. 421, ch. 4 et 5, CC). Le changement proposé porte sur le montant du prêt, car le consentement de l'autorité de protection de l'adulte ne doit être nécessaire que pour les prêts importants. Ce n'est en effet qu'à partir du moment où la personne sous curatelle a contracté des dettes considérables que son curateur se trouve confronté à des problèmes sortant de l'ordinaire. Il est néanmoins 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. Quant à déterminer si un prêt doit être considéré comme important ou non, cela dépend de la situation financière de la personne sous curatelle.
- "Conclure des contrats dont l'objet est une pension, une rente viagère, un entretien viager ou une assurance sur la vie, sauf s'ils sont conclus dans le cadre de

la prévoyance professionnelle liée à un contrat de travail" (ch. 7). Le changement terminologique apporté au texte allemand ne touche pas la version française.

Selon la réglementation proposée, 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 passage (loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LFLP; RS 831.42) et s'il est, en plus, lié à un contrat de travail. En conséquence, tous les contrats de prévoyance relevant de la prévoyance professionnelle d'une personne employée ne nécessitent pas le consentement de l'autorité de protection de l'adulte. La marge de décision dans ce genre de contrats est en effet minimale. Peu importe qu'il s'agisse d'une assurance obligatoire ou subobligatoire. Le consentement de l'autorité de protection de l'adulte est en revanche indispensable lorsqu'une 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. La prévoyance professionnelle des indépendants est donc également soumise au consentement de l'autorité.

- "Acquérir ou liquider une entreprise et entrer dans une société engageant une responsabilité personnelle ou un capital important" (ch. 8). Cette disposition correspond à l'actuel art. 422, ch. 3, CC.
- "Faire une déclaration d'insolvabilité, plaider, transiger, compromettre et conclure un concordat, sous réserve des mesures provisoires prises d'urgence par le curateur" (ch. 9). Cette disposition est une refonte des actuels art. 421, ch. 8 et 10, CC.

Quant à la question de savoir si les contrats passés entre la personne sous curatelle et le curateur sont ou non soumis au consentement de l'autorité de protection de l'adulte, l'al. 3 y apporte une réponse différenciée. 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), l'avant-projet prévoit que le consentement de l'autorité n'est pas nécessaire 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 de s'occuper d'autres affaires. Des mandats de ce type peuvent, le cas échéant, rendre superflue une extension de la mesure, par exemple 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.

### **Actes nécessitant le consentement sur décision ou sur requête**

(art. 405)

Complémentaire à l'art 404, cette disposition va dans le sens d'un régime de mesures modulables en fonction des besoins individuels: en cas de justes motifs, l'autorité de protection de l'adulte peut décider que d'autres actes lui seront soumis pour approbation (al. 1).

Selon l'al. 2, le curateur peut solliciter le consentement de l'autorité de protection de l'adulte pour des actes importants. Le terme "solliciter" exprime le fait que l'autorité n'est pas tenue de donner suite à la demande du curateur.

### **Défaut de consentement**

(art. 406)

Cette disposition se résume en fait à un renvoi: l'acte juridique accompli sans le consentement de l'autorité de protection de l'adulte n'a, à l'égard de la personne sous curatelle, que les effets prévus par le droit des personnes pour le défaut du consentement du représentant légal. Quant au fond, cette réglementation correspond à l'art. 424 CC actuel. Comme les art. 410 et 411 CC vont être transférés dans le droit des personnes, ce sont les art. 19a et 19b AP CC qui seront applicables à l'avenir.

### **Du recours**

(art. 407)

L'art. 407 remplace l'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 désormais régi par la future loi réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (cf. art. 443, al. 3).

Selon la réglementation proposée, le recours peut porter non seulement sur des actes, mais aussi – il s'agit là d'un changement par rapport au libellé, mais non en ce qui concerne l'application de l'art. 420, al. 1, CC actuel – sur les omissions du curateur. L'opposition à la nomination du curateur est, quant à elle, régie par l'art. 390. La privation de liberté à des fins d'assistance (art. 430) et le séjour en institution de personnes incapables de discernement (art. 440) font également l'objet de voies de droit spéciales. Le recours selon l'art. 407 est un instrument qui permet de contester des mesures prises par le curateur. Il ne peut donc pas être interjeté contre des actes ou des omissions du mandataire dans le cadre des mesures personnelles anticipées (mandat en général, art. 360 à 369; mandat dans le domaine médical, art. 370 à 372).

C'est en premier lieu la personne sous curatelle qui a qualité pour former recours. La seule condition mise à sa légitimation est qu'elle soit capable de discernement. Toutefois, les termes "capacité de discernement", qui se trouvent dans le droit actuel (art. 420, al. 1, CC), ont été supprimés dans l'avant-projet. Il va en effet de soi qu'une personne n'ayant pas la capacité de discernement ne peut pas interjeter un recours. Les exigences posées en matière de capacité de discernement ne doivent cependant pas être 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. Quant à la définition du cercle des personnes proches, elle n'obéit pas à des règles strictes. Ce qui est déterminant, c'est l'étroitesse du lien qui unit les deux personnes. L'expression "une personne qui lui est proche" se trouve déjà à l'art. 397d 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 c'est le cas pour le recours de droit public, l'espoir d'obtenir de simples avantages de fait ne suffit pas. Si quelqu'un dilapide sa fortune et que le curateur n'intervient pas comme le lui permettraient ses compétences, la personne à laquelle incombe l'obligation d'entretien prévue par le droit de la famille (art. 328 CC) est légitimée à former recours pour défendre son 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 de droits en expectative qui ne sont pas reconnus juridiquement en tant que tels.

Le but du recours est la prise d'une décision qui soit la plus juste possible au moyen d'une procédure qui soit la plus simple possible. 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, dès le moment où le recours 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, il n'est plus recevable, à moins qu'il s'agisse d'une question de principe dont la clarification est dans l'intérêt de la jurisprudence. Les éléments qui ne peuvent pas être pris en considération dans le cadre du recours en raison de l'écoulement du temps, peuvent, le cas échéant, être pris en considération sous l'angle de la responsabilité.

Pour le reste, la procédure sera régie par la future loi sur la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

### **2.2.2.8 De la curatelle confiée à des proches**

#### **Remarques préliminaires** (cf. également ch. 1.4.4)

L'institution de l'autorité parentale sur un enfant majeur interdit n'a pas été reprise dans l'avant-projet. En revanche, un statut privilégié est accordé non seulement aux père et mère, mais aussi à d'autres proches pouvant être appelés à exercer les fonctions de curateur. Les parents et les proches sont classés en deux groupes: d'une part, le conjoint et les père et mère de la personne sous curatelle et, d'autre part, son partenaire, ses descendants et ses frères et sœurs. Ce statut spécial est l'expression de la considération sociale particulière qui est 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 – qu'elles prennent effet de plein droit ou qu'elles aient été accordées par l'autorité tutélaire – 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. 451 ss) s'appliquent aussi à ce genre de mandats et engagent la responsabilité directe de l'Etat.

#### **Conjoint et parents**

(art. 408)

Lorsque la curatelle est confiée au conjoint ou aux père et mère, ces personnes sont dispensées en principe de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports (art. 402) et des comptes périodiques (art. 398, al. 1, deuxième partie de la phrase) ainsi que de requérir le consentement de l'autorité de protection de l'adulte pour certains actes (art. 404). Les parents d'un enfant handicapé mental majeur désignés comme curateurs bénéficient ainsi d'un statut juridique pratiquement



identique à celui que leur donne l'autorité parentale sur un enfant majeur interdit prévue par le droit actuel (art. 385, al. 3, CC).

Cette disposition est l'expression de la confiance particulière dans le conjoint et les parents. Cette confiance repose sur les rapports particulièrement étroits qu'ils entretiennent avec la personne sous curatelle ainsi que sur les droits et les devoirs moraux et légaux que cette relation implique. La dispense des obligations susmentionnées n'est cependant pas impérative; l'autorité de protection de l'adulte peut en effet en décider autrement suivant le cas d'espèce, par exemple en "réinstaurant" certaines ou même la totalité des obligations, notamment dans les cas de situations patrimoniales particulières. Cela se justifierait, par exemple, lorsque le curateur doit satisfaire à des exigences hors du commun au vu de la situation concrète, lorsque la personne nommée curatrice est inexpérimentée dans le domaine d'activité qu'elle doit gérer ou encore lorsqu'une certaine prudence est de mise au vu de la nature ou de la qualité des rapports qu'entretiennent la personne sous curatelle et le curateur. La révocation de la dispense d'une ou de toutes les obligations prévues ne saurait toutefois compenser l'absence de certaines aptitudes ou même de l'aptitude générale du curateur.

### **Partenaire, descendant et frère ou soeur**

(art. 409)

Les personnes énumérées dans la disposition, à savoir le partenaire, les descendants et les frères et sœurs, sont en principe assujettis à l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir l'autorisation de l'autorité de protection de l'adulte pour certains actes, au même titre que le serait tout autre curateur privé ou professionnel. L'autorité de protection de l'adulte peut néanmoins, si les circonstances le justifient, les dispenser en totalité ou en partie de ces obligations.

Le terme partenaire désigne la personne vivant en couple avec la personne sous curatelle, indépendamment du fait que leur relation soit homosexuelle ou hétérosexuelle et que le couple fasse ménage commun ou non. Dès l'entrée en vigueur de la future loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, les partenaires enregistrés bénéficieront du même régime que les conjoints.

La dispense des obligations auxquelles est soumise cette catégorie de personnes est un instrument dont l'autorité devra user avec circonspection. Elle pourra notamment y recourir lorsque le patrimoine à gérer est peu important et lorsque la gestion ne présente aucune difficulté particulière.

#### **2.2.2.9 De la fin des fonctions du curateur**

##### **De plein droit**

(art. 410)

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 est prolongée par simple confirmation (art. 415, al. 1 et 2, CC). L'avant-projet prévoit que les fonctions du curateur prennent fin à l'échéance de la durée fixée par l'autorité de protection de l'adulte si elles n'ont pas été reconduites (ch. 1). L'autorité de protection de l'adulte est donc libre de limiter ou non la durée des fonctions du curateur. Si la durée des

fonctions est limitée, elle doit pouvoir être prolongée par simple confirmation. La souplesse de cette solution permet de fixer la durée des fonctions cas par cas, selon les spécificités de chaque situation. L'autorité pourra renoncer à fixer la durée des fonctions notamment dans les cas où le curateur est désigné en la personne d'un parent.

Les fonctions du curateur prennent également fin de plein droit lorsque la curatelle elle-même prend fin (ch. 2) ainsi qu'en cas de mise sous curatelle, d'incapacité de discernement ou de décès du curateur (ch. 3).

## **Libération**

### **Sur requête du curateur**

(art. 411)

Il importe de distinguer clairement entre la levée de la curatelle (art. 385, al. 2) et la libération du curateur (art. 411 et 412). 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). Il 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.

### **Autres cas**

(art. 412)

L'autorité de protection de l'adulte décide d'office 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 important de libération (al. 1, ch. 2). Le fait que le curateur ne puisse plus être nommé pour la raison prévue à l'art. 387, al. 3, constitue un juste motif devant aboutir à sa libération.

La libération pour de justes motifs peut aussi être demandée par la personne sous curatelle ou par un proche de celle-ci (al. 2).

### **Gestion transitoire**

(art. 413)

En vertu de l'actuel art. 444 CC, le tuteur est tenu de faire les actes indispensables d'administration jusqu'à ce que son successeur entre en charge. D'un point de vue pratique, il est important que la réglementation soit reprise dans le nouveau droit. C'est pourquoi l'art. 413 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. Celle-ci doit trouver une autre solution lorsque le curateur n'est plus apte à remplir les tâches qui lui sont confiées (art. 412, ch. 2).

## **Rapport et comptes finaux**

(art. 414)

Quant au fond, cette disposition 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); ceci se rapporte aux cas dans lesquels 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, s'il le faut 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 examine et approuve le rapport et les comptes finaux selon les mêmes critères que pour les rapports et les comptes périodiques (al. 2). Dans ce contexte, elle doit aussi s'interroger sur l'opportunité d'une action en responsabilité.

L'autorité de protection de l'adulte adresse le rapport et les comptes finaux à la personne sous curatelle ou à ses héritiers (al. 3), en les rendant attentifs aux règles concernant l'action en responsabilité (art. 451 ss). Si la libération du curateur ne coïncide pas avec la levée de la mesure, le rapport et les comptes finaux doivent aussi être remis au nouveau curateur.

L'autorité de protection de l'adulte communique à la personne sous curatelle, à ses héritiers ou, le cas échéant, au nouveau curateur la décision qui libère l'ancien curateur de ses fonctions ou la décision qui refuse l'approbation 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.

## **Restitution des biens**

(art. 415)

Conformément à l'actuel art. 326 CC, le curateur remet les biens administrés à la personne dont la curatelle a pris fin, à ses héritiers ou au nouveau curateur si la période de fonction de l'ancien curateur a pris fin.

### **2.2.3 Du placement à des fins d'assistance**

**Remarques préliminaires** (cf. également ch. 1.4.6)

Reprenant la terminologie de l'art. 5 CEDH, le code civil actuel parle de "privation de liberté à des fins d'assistance". Cette mesure peut cependant aussi s'appliquer à des cas qui ne relèvent pas de la CEDH. Ainsi, dans son jugement du 26 février 2002 en l'affaire H.M. c. la Suisse (qui sera publié), la Cour européenne des Droits de l'Homme 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. En outre, on est en droit de se demander quelle valeur la liberté peut encore avoir, par exemple, pour une personne dont les phobies perturbent l'existence. Pour ces motifs et pour souligner les éléments positifs de la mesure, l'avant-projet parle de "placement à des fins d'assis-

tance". 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.

L'autorité de protection de l'adulte étant un tribunal interdisciplinaire compétent pour toutes les mesures de protection de l'adulte (art. 443) et la procédure devant cette autorité étant réglée par une loi fédérale spéciale, plusieurs dispositions de procédure peuvent être retirées du code civil. Il est cependant indispensable que le code civil continue de régir clairement la procédure à suivre en cas de placement par un médecin (art. 423).

### **Mesure. Placement à des fins de traitement ou d'assistance**

(art. 416)

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 de l'avant-projet (art. 416) sont, quant au fond, très proches du droit actuel. Comme à l'art. 377, les termes "faiblesse d'esprit" et "maladie mentale" ont cependant été remplacés par "déficience mentale" et "trouble psychique". Ce dernier inclut les dépendances (toxicomanie, alcoolisme et pharmacodépendance); dans l'affaire *Witold Litwa c. Pologne* [Rec. 2000-III, § 61], la Cour européenne des Droits de l'Homme a interprété de manière large le terme d'alcoolisme). Il y a grave état d'abandon 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 très rare qu'une personne soit placée pour cette raison. En effet, cet état se double souvent d'une déficience mentale ou de troubles psychiques. Le maintien en institution de personnes entrées de leur plein gré ainsi que le placement à des fins d'expertise seront à l'avenir régis par des articles spéciaux prévoyant des conditions plus restrictives qu'aujourd'hui (art. 419 et 417).

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. Il s'agit là de l'expression des principes de proportionnalité et d'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 pas 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. Le terme d'institution doit être compris dans un sens large. Ainsi, il y a aussi placement à des fins d'assistance lorsque, par exemple, sur décision de l'autorité, une personne âgée qui ne peut plus vivre seule dans son appartement doit, contre son gré, aller vivre chez sa fille.

Lorsque les conditions de placement sont réunies, l'autorité de protection de l'adulte est, comme actuellement, tenue d'ordonner la mesure et ne dispose donc d'aucune marge d'appréciation. La nouvelle formulation "est placée" est donc plus adéquate que la formulation actuelle "peut être placée".

L'autorité qui examine les conditions de placement doit tenir compte de la charge que la personne impose à ses proches et de la protection des tiers (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 son entourage, il est nécessaire de trouver une autre solution. 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. 416 ne dépend pas du fait que la personne soit capable ou incapable de discernement. Il s'applique 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. L'art. 434, al. 1, précise que le consentement donné au placement d'une personne incapable de discernement dans un hôpital pour y traiter des problèmes somatiques ne doit pas être considéré comme un placement à des fins d'assistance. 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 que la personne concernée ne s'oppose pas à la mesure. Ces placements peuvent faire l'objet d'un recours à l'autorité de protection de l'adulte lorsque le consentement a été donné par une personne habilitée à représenter la personne concernée ou par le curateur (art. 407 et 434, al. 2).

En vertu de la nouvelle réglementation, l'autorité responsable du placement devra déterminer s'il s'agit d'un placement pour traiter un trouble psychique ou d'un placement pour une autre raison et faire mention du type de placement dans sa décision. Le placement pour traitement d'un trouble psychique est régi par les art. 427 à 429. En cas de placement pour d'autres raisons, par exemple le placement d'une personne âgée dans un home, la direction de l'institution n'est pas compétente pour ordonner un traitement médical. En effet, si la personne concernée est capable de discernement elle doit approuver chaque mesure médicale envisagée. Pour les personnes incapables de discernement, c'est la personne habilitée à les représenter au sens de l'art. 434 qui devra donner son consentement.

### **Placement à des fins d'expertise**

(art. 417)

L'actuel art. 397a CC permet implicitement aussi le placement d'une personne à des fins d'expertise médicale. Il a donc été jugé utile de préciser à l'art. 417 qu'une personne peut être placée dans une institution appropriée lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen pour établir si les conditions d'un placement à des fins de traitement ou d'assistance sont réalisées. Cependant, l'examen doit, dans toute la mesure du possible, avoir lieu de manière ambulatoire. Lorsqu'un séjour en milieu hospitalier se révèle indispensable, sa durée doit être restreinte au minimum nécessaire. Un traitement au sens des art. 427 ss n'est pas autorisé dans ce contexte.

## **Libération**

(art. 418)

Aux termes de l'al. 1, la personne concernée doit pouvoir quitter l'établissement dès que les conditions du placement ne sont plus réunies. Cela signifie que l'assistance ou le traitement encore nécessaire pourra, le cas échéant, être fourni de manière ambulatoire. C'est pourquoi l'avant-projet réglemente la libération de manière un peu plus restrictive que le fait le droit actuel, qui prévoit que la personne en cause 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 lors de son audition par la commission d'experts.

## **Maintien d'une personne entrée de son plein gré**

(art. 419)

La manière dont le droit en vigueur régit le maintien en institution de personnes entrées de leur plein gré n'est pas satisfaisante (cf. 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 concerne le cas des personnes traitées pour trouble psychique (art. 419). Sur ordre du médecin-chef, elles peuvent être retenues pendant 48 heures au maximum si elles risquent de porter une atteinte grave à leur intégrité corporelle ou si elles représentent un danger pour la vie ou l'intégrité corporelle de tiers (al. 1). Passé ce délai, elles peuvent quitter l'institution, à moins que l'autorité n'ait pris une décision exécutoire de placement (al. 2). Les cantons devront organiser les autorités compétentes (art. 420 et 421, al. 1) de sorte qu'elles puissent, en cas de besoin, prendre une décision dans les 48 heures.

## **Compétence. En matière de placement**

(art. 420 et 421)

Selon le droit actuel, il appartient aux cantons de décider si la décision d'ordonner une mesure de privation de liberté à des fins d'assistance relève de la compétence de l'autorité tutélaire ou de l'autorité de surveillance (art. 397b, al. 1, CC). Selon l'art. 420, ce sera désormais l'autorité de protection de l'adulte, soit un tribunal interdisciplinaire, qui aura cette compétence en vertu du droit fédéral. Le for et la procédure seront réglés par la future loi sur la procédure.

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 cette 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.

Selon l'art. 421, seuls certains médecins pourront – outre l'autorité de protection de l'adulte – obtenir des cantons la compétence d'ordonner le placement de personnes (al. 1). En conséquence, l'attribution de cette compétence à tous les médecins autorisés à pratiquer ne sera plus admissible. Les médecins sélectionnés devront être préparés à cette tâche, c'est-à-dire avoir des connaissances spécifiques dans le domaine des troubles psychiques, posséder l'expérience nécessaire et être en mesure de mener la procédure correctement. Une étude (Thomas Maier, *Die Praxis der fürsorgerischen Freiheitsentziehung*) 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, souvent délicate tant sur le plan juridique que sur le plan psychologique; ils ne sont dès lors pas à même de juger véritablement si un placement doit être ordonné ou pas.

La compétence des médecins s'étend à tous les placements au sens des art. 416 et 417. Dans la pratique, les médecins sont appelés à intervenir avant tout en cas de crise, pour des personnes souffrant de troubles psychiques. Cependant, pour éviter les difficultés inhérentes à la catégorisation, l'avant-projet ne fait aucune différenciation.

Le placement ordonné par un médecin est limité dans le temps. Il prend fin automatiquement après six semaines, à moins que l'autorité de protection de l'adulte ne le prolonge par une décision exécutoire (art. 421, al. 2). L'institution doit avertir l'autorité de protection de l'adulte à temps lorsqu'elle estime que la durée de placement se prolongera au-delà de six semaines (al. 3). Dans la pratique, cela signifie que l'autorité de protection de l'adulte doit intervenir d'office après quatre ou cinq semaines au plus tard. 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, en tout temps, recourir contre la décision de placement et présenter une demande de libération, que l'autorité de protection de l'adulte doit examiner sans délai. Ce délai a été fixé compte tenu, d'une part, de la discrétion souhaitée par les patients qui ne font pas recours et, d'autre part, du fait qu'une majorité des personnes placées sont libérées avant l'échéance du délai de six semaines (cf. art. 418). 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.

### **Compétence en matière de libération**

(art. 422)

Quant au fond, cette disposition correspond au droit actuel. Lorsque le placement en institution a été ordonné par l'autorité de protection de l'adulte, celle-ci statue également sur la libération. Dans les autres cas, c'est à l'institution que revient cette compétence (al. 1). Toutefois, il est précisé expressément que l'autorité de protection de l'adulte peut, dans des cas particuliers, déléguer sa compétence à l'institution (al. 2) afin qu'il n'y ait pas de perte de temps lorsque les conditions de libération sont réunies.

## **Procédure relative au placement ordonné par le médecin**

(art. 423)

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 de manière responsable et 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. 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 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, 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, assistance ou observation) 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 se servir de formulaires préimprimés pouvant être remplis à la main, qui faciliteront le respect des conditions de forme.

Un exemplaire de la décision de placement est remis à la personne concernée, un autre à l'institution lors de l'admission (al. 3). L'institution est ainsi informée d'emblée des motifs du placement et peut donc réagir en conséquence.

Aux termes de l'al. 4, le médecin doit finalement communiquer par écrit la décision de placement à l'un des proches de la personne concernée et l'informer qu'il a la possibilité de faire recours 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 alors un proche parent ou un ami de 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.

## **Communication des voies de droit**

(art. 424)

Selon l'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. L'institution est tenue d'indiquer les voies de recours, que le patient fasse l'objet d'une privation de liberté à des fins d'assistance ou qu'il soit entré de plein gré.



Cette réglementation est reprise à l'art. 424, qui précise cependant qu'il doit s'agir d'une institution qui accueille "régulièrement" des personnes placées à des fins d'assistance. Si l'institution n'accueille ce type de patients qu'à titre exceptionnel – par exemple, un home pour personnes âgées – la communication des voies de droit n'est pas nécessaire.

L'information doit être rédigée dans une langue comprise par la personne concernée et lui être adressée personnellement. Elle doit faire mention de l'autorité judiciaire à laquelle la personne concernée peut s'adresser dans le cas concret ainsi que de l'organe auquel la demande de libération doit être remise. Il est recommandé aux institutions d'intégrer l'indication des voies de droit dans leur règlement interne.

### **Examen périodique**

(art. 425)

Selon l'art. 418, al. 1, du présent avant-projet, la personne placée doit être libérée immédiatement lorsque les conditions du placement ne sont plus réalisées. L'institution a donc l'obligation d'avertir tout de suite l'autorité de protection de l'adulte lorsque la personne peut être libérée (cf. art. 422). Si le placement a été ordonné par un médecin, l'autorité de protection de l'adulte doit, en outre, confirmer le placement après six semaines au plus tard (art. 421, al. 2).

L'autorité de protection de l'adulte ne devrait toutefois pas intervenir seulement lorsqu'elle est contactée 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. En vertu de l'art. 425, le premier examen doit avoir lieu au plus tard six mois à compter de la date du placement. Un deuxième examen est effectué au cours des six mois suivants (al. 1). 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 en mesure de leur apporter les soins et l'assistance dont elles ont besoin que d'étudier la possibilité d'une vie en dehors de l'institution.

### **Personne de confiance**

(art. 426)

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 qui est exceptionnelle 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 personnes 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. L'avant-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. 426 prévoit que toute personne placée contre son gré ou entrée de plein gré 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. Comme dans la pratique il peut parfois être difficile de distinguer clairement entre

un placement librement consenti et un placement forcé, le droit de faire appel à une personne de confiance appartient à toute personne placée dans une institution et non seulement aux personnes placées à des fins d'assistance.

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 à les transmettre à qui de droit, de s'entremettre en cas de conflit et de l'assister dans le cadre d'éventuelles procédures. Munie d'une procuration de la personne concernée, elle a, en outre, accès à tous les documents relatifs à 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. Elle a en outre un rôle particulier à jouer dans l'établissement du plan de traitement d'une personne souffrant de troubles psychiques (art. 428). 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 .

### **Traitement d'un trouble psychique. Cas d'urgence**

(art. 427)

Lorsque l'état d'une personne placée dans une institution psychiatrique en raison d'un trouble psychique nécessite des soins médicaux urgents, ceux-ci peuvent lui être administrés immédiatement s'ils sont indiqués, proportionnés et adaptés à la cause du placement (al. 1). Lorsque l'établissement a connaissance de la volonté exprimée par la personne quant au traitement, il doit la prendre en considération (al. 2).

Comme le titre l'indique, ces dispositions s'appliquent aux cas d'urgence. 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, l'art. 436 constituera désormais la base légale nécessaire à une telle intervention.

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 tomber dans un état dans lequel elle menace de se tuer ou de se blesser, de tuer ou de blesser quelqu'un d'autre ou dans lequel elle se déchaîne sur le mobilier. Dans ce genre de cas, il importe de pouvoir prendre des mesures thérapeutiques immédiates. Le motif du placement a son importance dans la mesure où ne peuvent être traitées que les personnes dont le comportement est dû à la maladie qui a motivé le placement. Les personnes violentes pour d'autres motifs devront faire l'objet de mesures de police. Dans les institutions gérées de manière professionnelle, le respect du principe de la proportionnalité va de soi. Sont ainsi autorisées uniquement les mesures médicales qui sont indiquées au vu du motif du placement et qui ne peuvent pas être remises à plus tard.

## **Traitement en dehors d'un cas d'urgence. Plan de traitement**

(art. 428)

En prévision du traitement d'un patient qui n'est pas considéré comme un cas d'urgence, l'équipe soignante établit un plan de traitement écrit avec la personne concernée et avec sa personne de confiance si elle en a désigné une (al. 1). 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. 426).

La personne concernée et sa personne de confiance sont informées sur tous les éléments essentiels des soins médicaux envisagés; elles sont notamment renseignées sur la nécessité, le but, le type, les modalités et les risques de ces soins ainsi que sur les autres possibilités de traitement. L'équipe soignante prend en considération la volonté exprimée par la personne concernée et s'efforce d'obtenir son consentement au plan de traitement (al. 2). L'avis du curateur habilité à représenter la personne concernée dans le domaine médical ou celui de la personne désignée dans un mandat pour cause d'inaptitude sont pris en compte dans la mesure du possible (al. 3).

Contrairement à l'opinion généralement répandue, la plupart des personnes atteintes dans leur santé mentale séjournent de leur plein gré dans l'institution psychiatrique où elles sont soignées. La proportion des entrées volontaires est plus grande dans les institutions privées que dans les établissements publics. Actuellement, il est déjà usuel 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, établit un diagnostic, provisoire ou confirmé, décrit le traitement possible avec ses risques et ses effets secondaires et, le cas échéant, établit un pronostic. Le médecin doit mentionner tous les 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 contre son gré dans une institution pour y traiter un trouble psychique. Le placement d'une personne n'implique en effet pas automatiquement 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.

Selon l'avant-projet, le plan de traitement doit être établi par écrit (al. 1). Cette disposition assure la transparence de la situation pour tous les intéressés.

## **Traitement sans consentement**

(art. 429)

Si la personne concernée n'exprime pas de volonté ou s'oppose au traitement parce qu'elle n'a pas la capacité d'en saisir la nécessité et si, à défaut de soins, sa santé est gravement mise en péril, le médecin-chef de l'institution peut prescrire par écrit le traitement prévu par le plan de traitement. Le traitement doit être proportionné et adapté à la cause du placement (al. 1). La décision du médecin est communiquée à la personne concernée avec indication des voies de recours (al. 2). L'autorité de

protection de l'adulte, qui fonctionne comme autorité de recours, doit trancher les recours dans les 48 heures (cf. art. 430, al. 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 (p. ex. 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 qui perturbe leur perception (p. ex. schizophrénie) ou qui les rend incapables de prendre une décision (p. ex. dépendance). Bien que comprenant de quoi il s'agit, ces patients ne sont cependant 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 (cf. art. 16 CC relatif à la capacité de discernement).

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. L'expérience faite 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 (p. ex. voisins, autorités, juristes etc.) démontre 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.

En dépit de cette réalité, l'art. 429, al. 1, permet le traitement d'une personne sans son consentement uniquement si, à défaut de soins, sa santé est gravement mise en péril. Cette disposition fait donc exception au principe selon lequel le consentement de la personne habilitée à représenter la personne concernée suffit pour prodiguer des soins à cette dernière, qui sont dans son intérêt (art. 434). La compétence du médecin-chef de l'établissement 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.

Le traitement doit, en outre, être proportionné à la cause du placement et conforme aux connaissances médicales les plus récentes. Ainsi, des mesures contestées ou des interventions chirurgicales ne peuvent pas être ordonnées sans l'accord de l'intéressé. La disposition vise plus généralement la prescription de médicaments, le rythme de vie ou encore l'alimentation forcée.

En psychiatrie, comme dans les autres branches de la médecine, lorsqu'il n'y a pas péril pour la santé ou lorsque 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.

## Voies de recours

(art. 430)

Le contrôle judiciaire selon l'art. 397*d* CC est une disposition centrale en matière de privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397*a* ss CC). Le futur droit prévoit également dans le domaine du placement à des fins d'assistance (art. 416 ss) une protection juridique complète au sens de l'art. 5 CEDH. Selon l'al. 1 de l'art. 430, la décision de placement ordonnée par le médecin et la décision de rejet d'une demande de libération par l'institution, de même que le maintien d'une personne dans une institution alors qu'elle y est entrée de son plein gré (al. 2, ch. 1) et le traitement d'un trouble psychique (al. 2, ch. 2; cf. art. 427 ss) peuvent faire l'objet d'un recours. Peut recourir la personne concernée ou un proche (al. 1 et 2). Le recours contre le placement ordonné par l'autorité de protection de l'adulte (art. 420) est régi par le projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

L'autorité de protection de l'adulte est compétente à raison de la matière (al. 1 et 2). Cette autorité est un tribunal interdisciplinaire (art. 443, al. 1).

Comme actuellement (art. 397*d*, al. 1, CC), le recours doit être interjeté par écrit (al. 1 et al. 2, phrase introductive). La personne qui fait recours doit ainsi déclarer par écrit (art. 14 et s. CO) qu'elle s'oppose à la mesure prise; il n'est pas nécessaire qu'elle dépose une demande formelle ou motivée. 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.

Le recours contre la décision de placement ordonnée par le médecin ou contre la décision de rejet d'une demande de libération doit être déposé auprès de l'autorité de protection de l'adulte dans un délai de dix jours à compter de la date de la notification (al. 1). 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. 418, al. 2) et il doit être transmis à l'autorité de protection de l'adulte qui est compétente en la matière (al. 3). Aucun délai n'est prévu pour le recours contre le maintien d'une personne dans une institution, alors qu'elle y est entrée de son plein gré (al. 2, ch. 1; cf. art. 419). Quoi qu'il en soit, l'autorité de protection de l'adulte doit décider d'office dans les 48 heures sur le maintien dans l'institution. Ce délai échu, si aucune décision exécutoire n'a été prise, la personne concernée peut quitter l'institution.

L'al. 2, ch. 2, de l'art. 430 prévoit la possibilité d'un recours auprès de l'autorité de protection de l'adulte "contre le traitement d'un trouble psychique", et ce en tout temps puisque cette voie de recours n'est pas non plus assortie d'un délai. Le "traitement" comprend, d'une part, le traitement administré dans un cas d'urgence (art. 427). Le recours doit alors établir 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. 428 s.), auquel la personne concernée ou un proche peut aussi s'opposer. Selon la loi sur la procédure, l'autorité de protection de l'adulte – si nécessaire par un seul de ses membres – doit décider dans les 48 heures de la suite à donner au recours contre le traitement prévu.

Conformément à l'art. 397e, ch. 3, CC, toute demande sollicitant une décision doit être transmise immédiatement à l'autorité de protection de l'adulte (al. 3).

La voie de droit contre la décision prise sur recours par l'autorité de protection de l'adulte est réglée par la loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

## **2.3 Des mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement**

### **2.3.1 Remarques préliminaires** (cf. également ch. 1.4.2 et 1.4.7)

Le titre douzième du présent avant-projet introduit des mesures de protection spéciales qui s'appliquent de plein droit aux personnes souffrant d'une incapacité de discernement passagère ou durable.

Le chapitre premier traite de la représentation d'une personne incapable de discernement par son conjoint (ou par son partenaire enregistré lorsque la loi fédérale sur le partenariat enregistré sera entrée en vigueur). Cette mesure a pour but d'assurer la satisfaction des besoins personnels et matériels, sans que l'autorité de protection de l'adulte doive intervenir.

Le deuxième détermine les personnes habilitées à représenter une personne incapable de discernement dans le domaine médical en l'absence de mandat pour cause d'inaptitude (ch. 2.1.2) ou de directives anticipées (ch. 2.1.4). Les réglementations spéciales relatives, par exemple, à la transplantation d'organes et de tissus, à la stérilisation ou à la recherche sont réservées.

Le chapitre troisième vise à assurer une meilleure protection aux personnes incapables de discernement qui séjournent dans un home ou dans un établissement médico-social.

### **2.3.2 De la représentation par le conjoint**

#### **Conditions et étendue du pouvoir de représentation**

(art. 431)

L'existence du rapport matrimonial ne suffit pas à fonder un pouvoir légal de représentation du conjoint capable de discernement pour son époux incapable de discernement. Ce pouvoir suppose qu'il y ait vie commune ou que l'époux fournisse une assistance personnelle régulière (al. 1); ce sont là deux éléments qui démontrent l'existence de la relation. Même si dans les faits ces conditions seront souvent toutes deux remplies, elles doivent conserver un caractère alternatif, car l'incapacité de discernement peut survenir alors que le conjoint est pris en charge hors du foyer conjugal.

Le pouvoir de représentation du conjoint est limité aux actes juridiques nécessaires à l'entretien courant, à l'administration ordinaire des revenus et autres biens, ainsi qu'à l'ouverture du courrier (al. 2). Toutefois, le conjoint peut requérir l'institution d'une curatelle et être nommé curateur s'il remplit les conditions (art. 377 et 386). En principe, une curatelle devrait toujours être instituée lorsqu'une personne est frappée d'une incapacité de discernement durable. Mais l'institution d'un pouvoir de représentation découlant directement de la loi doit éviter le recours systématique à l'autorité de protection et dissiper le flou juridique qui entoure la situation du conjoint qui

règle spontanément des affaires de son époux incapable de discernement, sans savoir s'il est autorisé à le faire.

Pour les actes juridiques relevant de l'administration extraordinaire, en particulier pour les actes générateurs d'obligations ou pour les actes de disposition qui engagent des éléments importants du patrimoine, tels que l'achat ou la vente d'un immeuble ou de papiers-valeurs, le conjoint doit requérir le consentement de l'autorité de protection de l'adulte (al. 3). 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.

Il convient par ailleurs de dissocier clairement le pouvoir de représentation du conjoint de celui de la représentation de l'union conjugale au sens de l'art. 166 CC. Si l'on ne peut exclure des cas de concours, la doctrine et la jurisprudence devraient permettre de les résoudre sans difficultés majeures.

### **Exercice du pouvoir de représentation**

(art. 432)

Les dispositions sur le mandat sont applicables par analogie à l'exercice du pouvoir légal de représentation du conjoint de la personne incapable de discernement. Un parallèle peut être établi avec le titulaire d'un mandat pour cause d'inaptitude, à la différence que dans ce dernier cas le pouvoir de représentation dépend de l'expression d'une volonté anticipée et ne découle pas directement de la loi. Les deux institutions diffèrent aussi en ce sens que le conjoint investi d'un mandat pour cause d'inaptitude ne doit requérir l'intervention de l'autorité de protection que pour les affaires à régler qui ne lui ont pas été confiées par le mandat (art. 366, al. 2), alors que le conjoint dont le pouvoir découle de la loi doit requérir le consentement de l'autorité de protection pour tous les actes qui relèvent de l'administration extraordinaire (art. 431, al. 3). Les règles du mandat sont également applicables lorsqu'un époux confie expressément ou tacitement l'administration de ses biens à son conjoint (art. 195, al. 1, CC).

Le renvoi aux art. 394 ss CO sur le mandat englobe en particulier l'art. 398, al. 3, CO, qui prévoit que le mandataire est tenu d'exécuter le mandat personnellement. Vu la nature spécifique et personnalisée de l'institution, le transfert durable de l'exécution à un tiers ne devrait pas entrer en considération. Si un époux est empêché de représenter son conjoint pour une longue durée, il convient d'instituer une curatelle et de confier les tâches à un autre membre de la famille ou à un tiers.

L'art. 455 stipule que la responsabilité du conjoint est régie par les règles du code des obligations sur le mandat (art. 398 CO).

### **Retrait du pouvoir de représentation**

(art. 433)

L'on ne peut exclure que des proches ou des tiers contestent la réalisation des conditions ou l'étendue du pouvoir de représentation du conjoint. Il appartient à l'autorité de protection de statuer sur de tels litiges (al. 1).

Par ailleurs, lorsque le conjoint excède son pouvoir de représentation ou se montre incapable de l'exercer, l'autorité de protection de l'adulte peut le lui retirer entièrement ou en partie (al. 2). L'autorité agit d'office ou sur requête d'un proche de l'époux

incapable de discernement. La réglementation correspond à celle prévue pour la révocation du mandat pour cause d'inaptitude par l'autorité de protection (art. 369).

### **2.3.3 De la représentation dans le domaine médical**

#### **Représentants**

(art. 434)

La compétence de consentir à des soins médicaux ou de les refuser se rapporte tant aux soins à donner ambulatoirement qu'à ceux dispensés en milieu institutionnel (al. 1).

Il est possible que le patient ait désigné lui-même, sous la forme d'un mandat pour cause d'inaptitude, la ou les personnes habilitées à consentir en son nom à un traitement médical pour le cas où il deviendrait incapable de discernement (art. 370 ss). Il se peut également qu'il ait rédigé des directives anticipées suffisamment précises qui valent consentement ou refus du traitement. Ces dispositions écartent l'intervention d'autres personnes. En l'absence d'un mandat pour cause d'inaptitude ou de directives anticipées, il appartient tout d'abord au curateur, dont la mission est de représenter la personne protégée dans le domaine médical, de donner le consentement (al. 1, ch. 1).

Si la personne protégée n'a pas désigné expressément un représentant, le pouvoir de représentation appartient au conjoint ou au partenaire s'il y a vie commune ou si celui-ci lui fournit une assistance personnelle régulière (al. 1, ch. 2). L'on retrouve ici les deux conditions alternatives auxquelles est subordonnée la représentation par le conjoint au sens de l'art. 431. L'assimilation du partenaire au conjoint est fondée sur l'importance qu'il convient d'accorder dans ce domaine particulier au facteur relationnel et à la dimension affective.

Les membres de la parenté ne sont sollicités qu'en troisième lieu (al. 1, ch. 3). C'est le lien de proximité découlant de la vie commune ou de la fourniture d'une assistance personnelle régulière qui sera le critère déterminant et non le degré de parenté. Le cercle des parents déterminant pour la désignation du représentant est limité aux descendants, aux père et mère, ainsi qu'aux frères et soeurs de la personne incapable de discernement. Si aucune des ces personnes n'entre en ligne de compte l'autorité de protection de l'adulte nomme un curateur.

Si la personne habilitée à représenter ne peut être désignée clairement, il appartient à l'autorité de protection de statuer sur le pouvoir de représentation. S'il y a un risque que les intérêts de la personne incapable de discernement ne soient correctement sauvegardés, s'il n'existe aucune personne habilitée à la représenter ou si aucune n'accepte de la représenter, l'autorité de protection institue une curatelle de représentation (al. 2 et 3). Toute personne proche, y compris le médecin traitant, peut faire appel à l'autorité de protection de l'adulte en cas de problème.

L'al. 4 réserve les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance (art. 427 ss). Ainsi, si une personne incapable de discernement est placée pour traiter un trouble psychique, ce traitement est régi par les art. 427 à 429.



## **Information et consentement**

(art. 435)

Le droit à l'information du patient, qui a pour corollaire le devoir d'informer du médecin, constitue aujourd'hui un élément essentiel du traitement. Si le patient est incapable de discernement, le médecin doit informer le représentant habilité à consentir au traitement. Ce représentant ne pourra se déterminer valablement que si l'information porte sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, soit notamment sur ses raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et son coût, ainsi que sur l'existence éventuelle d'autres traitements. Un deuxième avis médical doit être sollicité en cas d'intervention grave ou risquée, mais non urgente (al. 1).

Conformément à la doctrine et à la jurisprudence actuelles, l'avant-projet prévoit qu'en l'absence de directives anticipées, le représentant décide conformément à la volonté présumée et aux intérêts objectifs de la personne incapable de discernement (al. 2).

L'al. 3 stipule que la personne incapable de discernement doit, dans la mesure du possible, également être informée de manière appropriée. L'avant-projet est ainsi conforme non seulement à la doctrine dominante, mais aussi à la Convention européenne pour les Droits de l'Homme et la biomédecine (art. 6, al. 3).

## **Cas d'urgence**

(art. 436)

Lorsque des soins doivent être administrés en urgence et que la personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement ne peut pas, de ce fait, être informée et donner le consentement nécessaire, le médecin a le droit d'agir. Il prendra alors en compte la volonté présumée et les intérêts objectifs du patient, comme le ferait le représentant en l'absence de directives anticipées (art. 435, al. 2).

### **2.3.4 De la personne résidant dans un home ou dans un établissement médico-social**

#### **Contrat d'assistance**

(art. 437)

Lorsqu'une personne est admise dans un home ou dans un établissement médico-social, 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 le home ou l'établissement.

La situation est sensiblement différente pour la personne incapable de discernement dont les intérêts doivent être sauvegardés par autrui. Si elle doit résider pour une durée prolongée dans un home ou dans un établissement médico-social, 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). L'exigence de la forme écrite n'est pas une condition de validité du contrat, mais un moyen de preuve.

La forme écrite doit en outre prévenir les risques d'abus. La transparence est nécessaire pour les proches et l'autorité de surveillance (art. 442). Ils doivent pouvoir savoir si les personnes participent à des animations, si elles sont emmenées en

promenade ou si elles sont baignées. Les prestations médicales ne sont pas comprises dans le contrat d'assistance. Il est possible qu'un contrat-type soit élaboré dans le futur; son contenu reste toutefois du ressort de l'initiative privée.

Les vœux de la personne concernée doivent 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 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, comme prévu à l'art. 431, se heurte à l'objection selon laquelle 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. 434), ce qui garantit une réglementation unitaire quant à la représentation dans ces deux domaines. La charge de représenter une personne dans la conclusion d'un contrat d'assistance en vue d'un placement institutionnel ne devrait pas être plus lourde que celle de consentir ou de s'opposer à un acte médical déterminé.

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. La personne habilitée à représenter l'incapable peut refuser d'exercer ce pouvoir. S'il n'existe aucune autre personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement, l'autorité de protection institue une curatelle de représentation (art. 434, al. 3, par analogie).

La responsabilité du représentant est régie par les règles du code des obligations sur le mandat, comme celle du représentant dans le domaine médical (cf. art. 434 et 455).

L'art. 437 ne donne pas au représentant la compétence de placer une personne incapable de discernement contre son gré dans un home ou dans un établissement médico-social. Dans un tel cas, il faut recourir au placement à des fins d'assistance selon les art. 416 ss. Les proches ont seulement la compétence de conclure le contrat d'assistance et d'établir les prestations à fournir par l'institution. L'art. 437 s'applique en outre lorsqu'une personne entre dans un home ou dans un établissement médico-social de son plein gré, alors qu'elle est capable de discernement mais qu'elle n'a pas les capacités intellectuelles suffisantes pour conclure le contrat d'assistance. Enfin, il s'applique également à une personne qui vit depuis des années dans une institution et qui devient incapable de discernement avec l'âge. Dans ce cas aussi, le contrat permet de garantir la transparence en ce qui concerne l'assistance fournie à la personne.

## **Mesures de contention**

### **Remarques préliminaires**

Composante de la liberté personnelle, la liberté de mouvement est garantie par la Constitution fédérale (cf. art. 10, al. 2). Ce droit n'a toutefois pas un caractère absolu. Une personne incapable de discernement séjournant dans une institution doit pouvoir être entravée dans sa liberté de mouvement à l'intérieur de celle-ci pour prévenir un danger grave pour sa vie ou sa santé ou celles de tiers, ou pour empêcher une grave perturbation de la vie communautaire. L'avant-projet vise en particulier les per-

sonnes très âgées passant les dernières années de leur vie dans un home ou dans un établissement médico-social et qui ont perdu la faculté d'agir raisonnablement.

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 liberté (cf. jugement du 6 novembre 1980 dans l'affaire *Guzzardi c. Italie*, série A 39). Dans leur majorité, les experts ont cependant estimé que la soumission de toute mesure de contention durable à l'exigence d'une procédure formelle de placement à des fins d'assistance aboutirait à une stigmatisation susceptible de desservir les intérêts de la personne à protéger, sans compter le surcroît de travail important que cela engendrerait pour l'autorité de protection. Aussi, la préférence a-t-elle été donnée à l'adoption d'une procédure spécifique constituée notamment de l'exigence de l'établissement d'un protocole et d'une information (art. 439) ainsi que d'un moyen de recours (art. 440), qui garantissent la transparence souhaitable tant pour les proches que pour l'autorité de surveillance.

Une mesure de contention ne peut être ordonnée que si elle respecte le principe de la proportionnalité (art. 438). Par ailleurs, la liberté de mouvement ne peut être protégée dans tous ses aspects que si la notion de contention est comprise dans son sens le plus large. C'est ainsi qu'elle recouvre aussi bien les mesures liées à la surveillance électronique ou à la fermeture automatique des portes que les entraves telles que des liens ou des barrières visant à éviter les chutes.

Les garanties légales prévues pour les mesures de contention s'appliquent aussi au placement à des fins d'assistance, dans la mesure où la réglementation relative au traitement d'un trouble psychique n'en prévoit pas déjà (cf. art. 427 ss). Du point de vue de la systématique de la loi, il eût d'ailleurs été possible d'intégrer les dispositions dans le chapitre consacré à la privation de liberté à des fins d'assistance et de procéder à un simple renvoi dans le titre douzième, qui traite des mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement. L'expérience montre toutefois que la question des mesures de contention se pose plus régulièrement dans les institutions accueillant des personnes très âgées qui ont perdu toute autonomie.

## **Conditions**

(art. 438)

Cette disposition prévoit qu'une personne incapable de discernement ne peut être limitée dans sa liberté de mouvement que si cela est indispensable pour prévenir un danger grave pour sa vie ou sa santé ou celles de tiers, ou pour 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 de la vie communautaire. Le principe de la proportionnalité mérite en ce domaine une attention particulière, des mesures de contention ne pouvant être justifiées par le seul souci de réduire l'effectif du personnel.

Sous réserve d'un cas d'urgence, toute mesure de contention doit être discutée préalablement avec la personne concernée. Celle-ci doit être informée des raisons et de la durée probable de la mesure, ainsi que du nom de la personne qui prendra soin d'elle durant cette période (al. 2). Le personnel soignant est amené ainsi à procéder à un examen plus approfondi de chaque cas d'espèce. La discussion doit en particu-

lier réduire le stress et les frustrations du résident. L'état d'incapacité de discernement n'exclut pas nécessairement que la personne concernée puisse saisir les raisons de la mesure et se faire une idée de sa durée probable ni qu'elle ne puisse identifier la personne qui prendra soin d'elle durant cette période.

L'exigence selon laquelle la mesure doit être levée dès que possible découle aussi directement du principe de la proportionnalité. Dans tous les cas, la justification de la mesure doit être reconsidérée à intervalles réguliers (al. 3).

### **Protocole et devoir d'information**

(art. 439)

Une protection efficace contre les abus ne peut être assurée que si les mesures de contention font l'objet d'un protocole et que les proches en sont informés.

Le protocole contient notamment le nom de la personne concernée, celui de la personne ayant pris la décision, le type de mesure, sa durée et son but (al. 1). Ces éléments constituent des exigences formelles standard, à l'instar de la mention des actes thérapeutiques dans le dossier médical du patient. Ils sont soumis aux dispositions du droit fédéral ou du droit cantonal de la protection des données. Le protocole reste dans les mains de l'institution.

La personne chargée de représenter la personne concernée dans le domaine médical (art. 434) doit être avisée de la mesure de contention; 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. Une information systématique de l'autorité de protection serait par contre une mesure disproportionnée. Mais lorsqu'une personne n'a pas de proches, l'institution doit en aviser l'autorité de protection de l'adulte selon l'art. 441, al. 2, qui devra instituer une curatelle.

Les personnes exerçant la surveillance de l'institution sont également habilitées à prendre connaissance du protocole (art. 442, al. 3). Ces personnes doivent intervenir d'office lorsqu'une mesure de contention a été ordonnée en violation des dispositions légales.

### **Recours**

(art. 440)

Toute mesure de contention doit pouvoir être contestée auprès de l'autorité de protection. L'exigence de la forme écrite (al. 1) permet à l'autorité de protection de déterminer si elle est valablement saisie. Sont habilitées à recourir la personne qui subit la mesure de contention et toute personne qui lui est proche. Dans la plupart des cas, le recours sera interjeté par un proche, étant donné que 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 de contention, sa capacité d'ester en justice est reconnue. Le cercle des personnes habilitées à recourir est ainsi identique à celui prévu par l'art. 430 pour le placement à des fins d'assistance. Par contre, il ne se justifie pas de prévoir un délai étant donné que la mesure n'est pas communiquée aux personnes concernées.

Toute requête sollicitant une décision de l'autorité de protection doit être transmise immédiatement à celle-ci (al. 2). La personne incapable de discernement dépend en

effet étroitement de l'attention que lui porte son entourage et du souci que ses proches manifestent d'assurer au mieux la sauvegarde de ses intérêts.

### **Protection de la personnalité**

(art. 441)

La protection des droits de la personnalité est en soi déjà assurée par les art. 28 ss CC. Il s'agit ici d'un droit strictement personnel pour lequel la personne incapable de discernement peut être représentée par une personne habilitée. Ainsi, la personne incapable de discernement peut être représentée dans ses relations avec l'institution selon les règles applicables à la représentation dans le domaine médical (cf. art. 434, applicable par analogie en vertu du renvoi de l'art. 437, al. 3). En outre, l'institution doit traiter les données personnelles de la personne incapable de discernement conformément aux dispositions fédérales et cantonales de la protection des données.

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 le résident dans le domaine médical ou institutionnel (cf. art. 434 et 437, al. 3) assument consciencieusement leurs tâches, la plupart des résidents devraient pouvoir compter sur un certain appui venant de l'extérieur. Pour ceux qui n'ont pas cet appui, 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 le libre choix du médecin. L'institution ne peut déroger à ce principe que si des circonstances spéciales le justifient. Une telle dérogation doit être motivée, notamment par l'éloignement géographique ou par l'impossibilité pour le médecin choisi de se rendre à l'institution en cas d'urgence.

### **Surveillance des institutions**

(art. 442)

L'exigence selon laquelle les cantons doivent soumettre à la surveillance les institutions qui accueillent régulièrement des personnes incapables de discernement (al. 1) découle de la nécessité de protéger ces personnes. L'efficacité de la protection dépend en particulier de la régularité et de la qualité des contrôles effectués. Actuellement déjà, les cantons doivent exercer la surveillance sur les institutions qui accueillent des mineurs, en vertu de l'ordonnance fédérale réglant le placement d'enfants (RS 211.222.338), qui est basée sur l'art. 316 CC.

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 également à la surveillance des autorités de protection des données.

La commission d'experts était unanime à considérer que l'autorité de surveillance ne doit pas relever uniquement les carences, mais également les expériences positives.

Les experts étaient par contre partagés quant à l'adoption du principe des inspections effectuées sans avis préalable par des personnes qualifiées (al. 2). La solution des inspections non annoncées a déjà été retenue dans d'autres réglementations, par exemple dans la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (art. 12, al. 2, RS 814.90). La commission l'a finalement adoptée en raison de son effet prophylactique.

## **2.4 De l'organisation de la protection de l'adulte, du secret et de la responsabilité**

### **2.4.1 De l'organisation**

**Remarques préliminaires** (cf. également ch. 1.4.8)

L'organisation de la protection de l'adulte est une question centrale de la révision du droit de la tutelle. Le succès de celle-ci dépend en effet en grande partie de l'indépendance et de la qualification des membres des autorités appelés à prendre les décisions et des personnes chargées de l'exécution des mesures de protection. C'est pourquoi l'avant-projet accorde également de l'importance à la formation et à la collaboration interdisciplinaire des personnes appelées à oeuvrer dans le domaine de la protection de l'adulte.

### **Autorité de protection de l'adulte**

(art. 443)

L'autorité de protection de l'adulte est un tribunal interdisciplinaire (al. 1). Le terme "tribunal" ne doit pas être compris dans un sens formel. Il doit s'agir d'un organe qui répond aux exigences de l'art. 6, ch. 1, CEDH, à savoir qu'il doit être indépendant et impartial. Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, les autres 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 rend un jugement obligatoire. Par contre, il ne doit pas être composé uniquement de juges professionnels.

Par ailleurs, l'exigence de l'interdisciplinarité veut que le tribunal soit composé d'un juge et de deux assesseurs au moins; il est exclu qu'il soit composé d'un juge unique. Les assesseurs peuvent participer systématiquement à toutes les séances ou seulement à celles qui traitent une affaire pour laquelle ils disposent de connaissances spéciales. Les cantons fixent les critères de désignation et le nombre des membres de l'autorité de protection. Pour répondre aux exigences de l'avant-projet, le tribunal doit être formé au moins d'une personne jouissant d'une formation juridique, qui, en principe, assumera la présidence; les autres membres de l'autorité doivent jouir de connaissances suffisantes pour participer judicieusement à la prise des décisions. Il va de soi que la fonction de membre du tribunal interdisciplinaire ne saurait être exercée par des personnes qui n'ont aucune formation dans le domaine de la protection de l'enfant ou de l'adulte (cf. art. 466).

L'autorité de protection de l'adulte est également l'autorité de protection de l'enfant (al. 2). Les deux autorités sont donc composées des mêmes personnes. Au surplus, le champ des compétences de l'autorité tutélaire a été sensiblement élargi dans le cadre de la révision du droit du divorce, en particulier en matière de modification ultérieure des dispositions prises par le juge en matière de droit de visite et d'attribution

de l'autorité parentale. Un traitement optimal des dossiers relatifs aux enfants requiert des connaissances professionnelles.

La commission d'experts était de l'avis que les nombreuses questions relatives au for et à la procédure n'ont pas leur place dans le code civil. Aussi a-t-elle opté pour la solution d'une loi fédérale de procédure spéciale (cf. ch. 1.3.3). L'avant-projet de cette loi prévoit que les affaires sont en principe traitées par une autorité collégiale, qui doit être composée de trois membres au minimum. Il établit également une liste des affaires qui relèvent de la compétence d'un seul membre de l'autorité de protection de l'adulte, sous réserve que le canton ne prévoie pas dans ces cas la compétence de l'autorité collégiale. Il importe de laisser une certaine liberté aux cantons dans la répartition interne des tâches de l'autorité.

### **Autorité de surveillance**

(art. 444)

Les cantons ont la compétence de désigner l'autorité de surveillance (al. 1). Cette solution correspond à la solution du droit actuel. L'autorité de protection de l'adulte étant un tribunal interdisciplinaire, les recours doivent donc également être tranchés par un tribunal (al. 2). Actuellement déjà, dans la procédure de recours, l'instance supérieure de l'autorité tutélaire de surveillance est un tribunal (ATF 118 la 473). Toutefois, dans le nouveau droit l'autorité de surveillance ne peut plus être composée de deux instances (cf. art. 361, al. 2, CC). Les cantons sont libres de confier à un autre organe les autres tâches dévolues à l'autorité de surveillance, en particulier la surveillance administrative.

Selon l'al. 3, le Conseil fédéral doit édicter les dispositions d'exécution relatives à la surveillance administrative. Il doit ainsi concrétiser les différentes tâches de l'autorité de surveillance afin de créer une certaine unité dans ce domaine. Par ailleurs, il est important de donner des impulsions dans le domaine de l'exécution des mandats et de tenter d'améliorer la qualité des prestations offertes par les divers organes chargés de la protection de l'adulte. L'autorité de protection de l'adulte n'est pas soumise à surveillance pour les affaires qu'elle traite en tant que tribunal interdisciplinaire. Dans ce cas, l'autorité de surveillance fonctionne uniquement comme instance de recours.

### **Soutien aux personnes chargées de l'exécution des mesures de protection**

(art. 445)

Trop souvent actuellement, les personnes chargées de l'exécution des mesures de protection, en particulier les tuteurs exerçant la fonction à titre privé, ne disposent pas des instructions et des conseils nécessaires ni d'un soutien pour exercer leur fonction de façon optimale. La disposition proposée vise à combler ces lacunes. Il appartient à l'autorité de protection de l'adulte de veiller à ce que les personnes chargées de l'exécution des mesures reçoivent les conseils nécessaires. Le cercle des personnes concernées ne se limite pas aux curateurs. Un soutien peut être sollicité également par la personne qui accepte un mandat pour cause d'inaptitude ou qui exerce un pouvoir légal de représentation en qualité de conjoint d'une personne incapable de discernement.

## **Formation**

(art. 446)

De nombreux cantons n'ont pas de structures adéquates pour assurer la formation initiale et continue des membres des autorités et des personnes chargées de l'exécution des mesures de protection. C'est une importante lacune du droit actuel. La bonne exécution du nouveau droit dépendant dans une large mesure des qualifications de ces personnes, le législateur fédéral a voulu régler cette question. Il ne s'agit pas d'imposer un modèle aux cantons, qui restent seuls compétents en la matière (al. 1). Une participation financière de la Confédération aux initiatives prises par les cantons (al. 2) pourrait toutefois accélérer la mise en place des organismes de formation. L'exigence de l'interdisciplinarité pour la constitution de l'autorité de protection de l'adulte (cf. art. 443) devrait contribuer à combler les lacunes existantes dans le domaine de la formation de base.

Selon l'art. 387, al. 1, peuvent être chargés d'une curatelle une personne exerçant la fonction à titre privé, un collaborateur d'un service social ou public ou une personne exerçant la fonction de curateur à titre professionnel. L'expérience montre toutefois que les autorités de tutelle sont de plus en plus dépendantes des travailleurs sociaux formés spécialement et occupés à temps partiel ou à plein temps dans des services organisés pour prendre en charge les situations les plus difficiles. Les cantons doivent veiller à ce qu'il existe un nombre suffisant de curateurs professionnels ou de collaborateurs de services sociaux privés ou publics ayant la formation adéquate (al. 3). Cela devrait assurer un certain équilibre entre les exigences que la loi pose en matière de protection des personnes les plus dépendantes et les moyens sociaux disponibles pour la prise en charge des mandats qui ne peuvent être confiés à des personnes exerçant la fonction à titre privé. En outre, il faut prendre en considération le fait que l'évolution générale du contexte social rendra de plus en plus difficile le recrutement de curateurs exerçant à titre privé.

## **Collaboration interdisciplinaire**

(art. 447)

Le succès du travail des organes de la protection de l'adulte est souvent lié à la qualité de la collaboration et de l'échange d'informations avec d'autres autorités et services qui agissent à titre préventif. S'inspirant de l'art. 317 CC relatif à la collaboration dans la protection de la jeunesse, l'art. 447 met l'accent sur la collaboration des organes de la protection de l'adulte avec les services sociaux et psychiatriques et, au besoin, avec la police et les autorités chargées des poursuites pénales et de l'exécution des peines. Selon l'al. 1, les cantons doivent encourager cette collaboration et créer les conditions-cadres à cet effet. Ils sont tenus d'établir des règles sur le mode et l'étendue de la collaboration, qui devrait reposer sur une certaine réciprocité. Une telle collaboration se conçoit aussi bien sur le terrain de l'action des curateurs que sur celui des titulaires de mandats pour cause d'inaptitude ou encore de proches qui exercent un pouvoir de représentation légal. Une collaboration interdisciplinaire n'est toutefois indiquée que dans la mesure où l'exécution des tâches des organes de la protection peut en être facilitée.

L'art. 447 établit par ailleurs une distinction entre la collaboration avec les services sociaux et psychiatriques, laquelle s'établit souvent tout naturellement, et la collaboration avec la police et les autorités chargées des poursuites pénales et de l'exécution des peines, qui ne devrait s'avérer nécessaire que dans des circonstances parti-



culières et qui soulève parfois des questions délicates. Il existe toutefois des situations exceptionnelles dans lesquelles les organes de la protection de l'adulte sont tenus de collaborer préventivement avec d'autres offices et services pour assurer la protection de tiers. C'est le cas en particulier lorsqu'il existe un danger réel qu'en raison d'un état de faiblesse une personne ayant besoin d'aide commette un crime ou un délit qui cause à autrui un grave dommage corporel, moral ou matériel (al. 2). Dans un tel cas, les personnes liées par le secret de fonction ou le secret professionnel sont autorisées, en vertu d'une pesée des intérêts en présence, à en informer l'autorité de protection de l'adulte, sans devoir requérir auparavant le consentement de l'autorité supérieure (al. 3; voir aussi art. 321, ch. 2, CP).

## **2.4.2 Secret**

### **Principe**

(art. 448)

L'obligation de garder le secret lie tant les personnes qui ordonnent les mesures de protection de l'adulte que celles qui sont chargées de leur application. Cette obligation se recoupe souvent avec le secret de fonction ou le secret professionnel. L'importance du secret justifie d'ancrer expressément le principe de son respect dans la loi (al. 1).

Le secret trouve ses limites dans l'obligation d'informer les tiers de l'existence d'une mesure, lorsque l'exécution des tâches du titulaire du mandat (al. 2) ou la protection des tiers de bonne foi (art. 449, al. 2) l'exigent. Ainsi, un curateur ne peut faire état d'un pouvoir légal de représentation sans révéler le contenu et les conséquences juridiques de la mesure. Le droit à l'information des tiers qui font valoir un intérêt vraisemblable est réservé (art. 450, al. 1).

Enfin, l'autorité de protection de l'adulte peut prévoir des exceptions au devoir de garder le secret si cela répond à l'intérêt de la personne concernée ou si des intérêts privés ou publics prépondérants le justifient (al. 3). Cette solution correspond à la réglementation relative à la protection de la personnalité (art. 28, al. 2, CC).

### **Protection des tiers de bonne foi**

(art. 449)

Selon le droit actuel, les mesures qui limitent ou retirent l'exercice des droits civils doivent, en principe, être publiées (art. 375 et 397, al. 2 et 3, CC). Le nouveau droit ne reprend pas cette règle, car elle 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 la protection de l'adulte peut être opposée également à des tiers de bonne foi (al. 1). L'avant-projet prévoit cependant une réglementation particulière pour les débiteurs d'une personne dont l'exercice des droits civils est limité par une curatelle de représentation comportant une gestion de biens. 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 de représentation comportant une gestion de biens soit communiquée d'office 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 mesure.

S'agissant de la sécurité des affaires, l'avant-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 prise par l'autorité, 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, AP CC).

### **Droit à l'information et consultation du dossier**

(art. 450)

Bien que l'avant-projet renonce au principe de la publication, il ne peut être question de priver les tiers de tout droit à l'information. Selon le modèle adopté dans le domaine du registre foncier (art. 970, al. 2, CC), l'avant-projet prévoit 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 (al. 1).

La personne qui fait l'objet d'une mesure de protection de l'adulte a le droit de consulter le dossier constitué par les autorités et par les personnes chargées de l'institution et de l'exécution des mesures de protection, pour autant que cela ne soit pas contraire à des intérêts prépondérants de tiers. L'avant-projet concrétise ainsi le droit d'être entendu garanti par l'art. 29, al. 2, Cst. Ce droit fondamental a donné lieu à une doctrine et à une jurisprudence abondantes. Le droit de consulter le dossier trouve ses limites dans la protection des intérêts prépondérants de tiers (al. 2). Si, à la suite d'une pesée des intérêts, le droit au secret de tiers (par exemple l'identité des personnes qui ont fourni des renseignements) apparaît plus important que le droit de consulter le dossier, celui-ci peut être néanmoins accordé, à la condition que des noms ou des passages de texte soient dissimulés ou encore que certains documents soient retirés du dossier.

En précisant que les notes personnelles ne font pas partie du dossier (al. 3), l'avant-projet répond à une question qui se pose souvent dans la pratique. Il convient ainsi de faire la distinction entre les documents de caractère officiel, dont le contenu et la forme répondent à des exigences déterminées, et les notes servant d'aide-mémoire.

### **2.4.3 De la responsabilité**

#### **Remarques préliminaires**

Le droit en vigueur prévoit un système compliqué de responsabilité en cascade (art. 426 CC ss). Ainsi, 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. 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, assortie d'un droit de recours contre les personnes qui ont 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.

Comme le droit actuel, l'avant-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). Cette précision est notamment importante pour les tuteurs officiels.

L'avant-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. Selon la doctrine 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 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite).

L'avant-projet fixe en premier lieu le principe de la responsabilité en droit civil (art. 451). La responsabilité directe de l'Etat, le droit de recours et la prescription sont réglés respectivement aux art. 452, 453 et 454.

Enfin, l'avant-projet prévoit que la responsabilité directe de l'Etat (art. 451 à 454) ne s'applique en principe pas aux actes du mandataire pour cause d'inaptitude (art. 360 ss), de l'époux représentant son conjoint incapable de discernement (art. 431 ss) et du représentant de la personne incapable de discernement dans le domaine médical, pour autant qu'ils n'agissent pas en qualité de curateur (art. 434 ss). Dans ces cas-là, seules les règles sur le mandat s'appliquent (art. 455), à moins que l'autorité n'ait commis une faute (art. 451, al. 2).

## **Principe**

(art. 451)

L'al. 1 de cette disposition s'applique uniquement aux mesures de la protection de l'adulte prises par l'autorité, c'est-à-dire aux curatelles (art. 377 ss) et au placement à des fins d'assistance (art. 416 ss), y compris les soins médicaux administrés dans ce contexte (art. 427 ss), que la personne concernée ait pu ou non donner son consentement (art. 428, al. 2). La responsabilité concerne les actes ou les négligences non seulement des curateurs et des personnes chargées directement des mesures, mais aussi de l'autorité. 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 aussi 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.

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 par l'autorité de protection de l'adulte dans le cadre des tâches qui lui sont 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 extracontractuelle (art. 49 CO) – pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie.

### **Responsabilité du canton**

(art. 452)

Cette disposition établit la responsabilité directe du canton. Les principes déjà exposés montrent que le canton répond de manière illimitée pour les personnes agissant en tant qu'autorité ou sur demande de l'autorité.

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. En effet, sa seule tâche est de vérifier la validité du mandat et la réalisation des conditions de sa mise en œuvre, ainsi que d'adopter, si nécessaire, d'autres mesures de protection (art. 364 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. 364, al. 2). 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 révoque pas le mandat comme il est de son devoir (art. 369).

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 compétente (art. 431 ss). Il n'est pas non plus nécessaire de prévoir une responsabilité plus étendue de l'Etat lorsque l'autorité doit, en cas de doute, confirmer expressément le pouvoir de représentation du conjoint qui a été contesté (art. 433, al. 1). Toutefois, le canton est responsable lorsque l'autorité commet une erreur soit en confirmant le pouvoir de représentation du conjoint, soit en ne le lui retirant pas, alors qu'elle sait qu'il excède son pouvoir (art. 433, 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 dans le domaine médical (art. 434 ss, et notamment art. 434, al. 2 et 3).

### **Recours contre les personnes responsables**

(art. 453)

Dans la mesure où la responsabilité de l'Etat est directement engagée, la personne lésée ne peut pas se retourner contre la personne qui a agi dans l'accomplissement des tâches qui lui ont été confiées dans le cadre de la protection de l'adulte, mais uniquement contre le canton. Lorsque le canton doit réparer un dommage, il a toutefois un droit de recours contre les personnes qui ont causé le dommage si celles-ci ont agi par négligence grave ou intentionnellement (al. 1).

Les art. 451 ss apportent une certaine protection aux personnes contre lesquelles le canton peut recourir. D'une part, elles n'ont pas à traiter avec la personne lésée, qui

ne peut recourir que contre le canton. D'autre part, elles ne sont pas responsables en cas de négligence légère. La loi tient ainsi compte des risques inhérents à la mise en œuvre d'une mesure de la protection de l'adulte et évite qu'une crainte disproportionnée ne paralyse toute initiative. Ce privilège est accordé également au personnel qui doit administrer un traitement médical à une personne placée à des fins d'assistance contre son gré (art. 429).

L'al. 2 de l'art. 453 prend en compte le fait que le curateur peut être un proche de la personne sous curatelle. Dans ce cas, l'avant-projet prévoit des règles particulières qui atténuent le contrôle exercé par l'autorité (art. 408 et 409). Il se peut que le curateur provoque, par une négligence légère, un dommage dont le canton doit assumer la réparation. Mais s'il s'avère que ce n'est pas la personne sous curatelle, mais la personne responsable du dommage qui bénéficie des versements du canton au titre de dommages-intérêts, les limites fixées au recours n'ont plus de raison d'être. Ce peut être, par exemple, le cas de l'époux dont le conjoint est sous curatelle qui a diminué illicitement la fortune de celui-ci suite à une négligence légère dans l'exercice de la curatelle. Si le conjoint sous curatelle vient à décéder, il serait choquant que le canton doive verser des dommages-intérêts à l'époux ayant causé le dommage, qui est devenu héritier. C'est pourquoi l'al. 2 prévoit un droit de recours du canton également en cas de négligence légère si la limitation à la négligence grave se révèle manifestement inéquitable.

## **Prescription**

(art. 454)

Le nouvel art. 454 tient compte du fait que le droit de la protection de l'adulte ne prévoit pas seulement des mesures durables, mais aussi des actions ponctuelles (comme l'accomplissement d'un acte juridique unique). Il s'applique tant à l'action de la personne lésée contre le canton qu'au recours du canton contre l'auteur du dommage.

S'agissant du délai de prescription, l'al. 1 reprend la solution prévue en droit de la responsabilité extracontractuelle, et, ainsi, 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 et de la personne qui en est l'auteur. L'action d'une personne sous curatelle doit toujours être dirigée contre le canton, qui est tenu de réparer le dommage. Le délai d'un an s'applique aussi à l'action récursoire. Il commence alors à courir lorsque le canton a connaissance de son obligation de réparer le dommage et de la personne qui peut en être considérée, en droit, comme l'auteur.

Outre ce délai de prescription relatif, l'avant-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.

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, du code des obligations.

Le calcul, le respect, la suspension et l'interruption des délais sont réglés par le code des obligations (art. 132 ss). L'art. 134, al. 1, ch. 2, CO doit être adapté au nouveau droit (cf. ch. 2.6.2 relatif à art. 134 AP CO).

## **Responsabilité selon les règles du mandat**

(art. 455)

Les art. 451 à 454 règlent la responsabilité pour les actes effectués dans le cadre de mesures de la protection de l'adulte prises par l'autorité. En ce qui concerne la responsabilité pour des actes effectués dans le cadre d'autres mesures, l'art. 455 renvoie aux règles du code des obligations sur le mandat. Sont concernés le mandataire pour cause d'inaptitude (art. 360 ss), l'époux représentant son conjoint incapable de discernement (art. 431 ss) et le représentant dans le domaine médical (art. 434 ss), lorsqu'ils n'agissent pas en qualité de curateur. Les actions en responsabilité en rapport avec des directives anticipées du patient (art. 373) ou un séjour dans un home ou un établissement médico-social (art. 437) ne sont pas expressément mentionnées.

## **2.5 Modifications d'autres dispositions du code civil**

### **2.5.1 Droit de la personnalité**

#### **Exercice des droits civils**

(art. 13)

Selon le droit en vigueur, toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils (art. 13 CC). Bien que remplissant les conditions de la majorité, une personne n'est pas majeure lorsqu'elle est interdite et qu'elle est placée sous tutelle ou sous autorité parentale. Le terme "majeur" comprend ainsi deux éléments: avoir atteint l'âge de la majorité et ne pas être interdit. Comme le nouveau droit de la protection de l'adulte ne connaît plus l'interdiction, le terme "majeur" ne recouvre désormais plus que l'élément "ayant atteint l'âge de la majorité". Cette modification n'exige aucune adaptation terminologique. Ainsi, le nouveau droit accorde l'exercice des droits civils à toute personne qui a atteint l'âge de la majorité et qui est capable de discernement. Le terme utilisé en français ("majeur") et en italien ("maggiorenne") peut demeurer, alors qu'en allemand "mündig" devient "volljährig".

#### **Majorité**

(art. 14)

La modification de l'art. 14 et du titre marginal ne concerne que le texte allemand, qui a remplacé le terme "mündig" par celui de "volljährig", en raison de la suppression de la notion d'"interdiction" (cf. commentaire relatif à l'art. 13).

## **Discernement**

(art. 16)

La capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC est la faculté d'agir raisonnablement. Cette faculté peut manquer suite à différents états de faiblesse. Conformément au nouveau droit de la protection de l'adulte (art. 377), 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, mais également celle provoquée, par exemple, par la prise de stupéfiants ou par l'hypnose.

## **Incapacité d'exercer les droits civils**

(art. 17)

N'ont pas l'exercice des droits civils, selon l'art. 17 CC, les personnes incapables de discernement, les mineurs et les interdits. Seul ce dernier groupe de personnes est concerné par la modification, étant donné que le nouveau droit de la protection de l'adulte a supprimé l'interdiction. Les personnes qui n'ont pas l'exercice des droits civils seront à l'avenir des "personnes protégées par une curatelle de portée générale".

## **Personnes capables de discernement qui n'ont pas l'exercice des droits civils**

**Remarques préliminaires** (cf. également ch. 1.4.9.1)

L'actuel art. 19 CC doit être complété par les art. 19a, 19b et 19c. Il ne s'agit pas d'apporter des modifications matérielles, mais plutôt de rendre la situation juridique plus claire et plus intelligible dans ce domaine important. Les citoyens doivent pouvoir trouver dans le code civil les éléments essentiels de la réglementation se rapportant à l'exercice des droits civils. C'est pourquoi les art. 410 et 411 CC relatifs aux actes du pupille capable de discernement sont généralisés et transférés dans le droit des personnes.

## **Principe**

(art. 19, al. 1 et 2)

Les personnes capables de discernement qui n'ont pas l'exercice des droits civils ne peuvent s'obliger par leurs actes qu'avec le consentement de leur représentant légal (al. 1). Cette disposition 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 et les majeurs protégés par une curatelle de portée générale (art. 384, al. 2).

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 est nouveau; il est repris du droit allemand (§ 1903, al. 3, 2<sup>e</sup> 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 AP CC.

### **Consentement du représentant légal**

(art. 19a)

L'al. 1 complète le principe de l'art. 19, al. 1, AP CC en stipulant que le représentant légal peut consentir expressément ou tacitement à l'acte par avance ou le ratifier.

L'autre partie est libérée si la ratification n'a pas lieu dans un délai convenable, qu'elle a fixé ou fait fixer par le juge (al. 2). Cette réglementation correspond textuellement à l'art. 410, al. 2, CC, qui s'applique matériellement non seulement aux personnes sous curatelle, mais aussi aux enfants soumis à l'autorité parentale. Cette disposition a donc sa place dans le droit des personnes.

### **Défaut de consentement**

(art. 19b)

L'art. 411 CC 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 disposition est également transférée dans le droit des personnes pour s'appliquer à toutes les personnes capables de discernement qui n'ont pas l'exercice des droits civils. Si l'acte n'est pas ratifié par le représentant légal, chaque partie peut réclamer les prestations qu'elle a faites. Toutefois, la personne privée de l'exercice des droits civils ne répond que jusqu'à concurrence des sommes dont elle a tiré profit, dont elle se trouve enrichie au moment de la répétition ou dont elle s'est dessaisie de mauvaise foi (al. 1). Si elle s'est faussement donnée pour capable, elle répond envers les tiers du dommage qu'elle leur a causé (al. 2).

### **Droits strictement personnels**

(art. 19c)

Selon l'art. 19, al. 2, CC, les personnes qui n'ont pas l'exercice des droits civils sont capables d'exercer les droits "strictement personnels", c'est-à-dire "en rapport étroit avec leur personnalité"; ainsi, elles peuvent agir dans ce domaine sans le consentement de leur représentant légal. La possibilité d'agir dans le domaine strictement personnel selon l'art. 19, al. 2, CC n'exclut pas forcément le concours du représentant légal. La nouvelle disposition ne change rien à cette situation juridique. En conséquence, les personnes capables de discernement mais qui n'ont pas l'exercice des droits civils exercent les droits strictement personnels de manière autonome (al. 1, première partie de la phrase). L'art. 395 dit la même chose. La loi prévoit toutefois toute une série d'exceptions, qui lient la validité de l'acte strictement personnel pouvant être effectué par une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils au consentement de son représentant légal (cf. art. 90, al. 2; 94, al. 2; 260, al. 2; 265, al. 3, CC). Mais la liste des actes qui ne sont valables qu'avec le consentement du représentant légal, indépendamment de la capacité d'agir de la personne privée de l'exercice des droits civils, ne peut pas être étendue par une interprétation extensive de la loi. Par conséquent, ne sont réservés que les cas où "la loi" exige le consentement du représentant légal (al. 1, 2<sup>e</sup> partie de la phrase).



Lorsque – contrairement au cas prévu à l'art. 19, al. 2, CC et à l'art. 19c, al. 1, AP CC – la personne qui n'a pas l'exercice des droits civils est incapable de discernement, elle ne peut agir ni seule ni avec le consentement du représentant légal. En ce qui concerne les droits strictement personnels, il faut vérifier, en rapport avec la compétence exclusive du représentant légal, 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 séparation des droits strictement personnels en deux catégories – absolus et relatifs – correspond à la doctrine et à la pratique.

### **Exercice restreint des droits civils**

(art. 19d)

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 c'est l'autorité de protection de l'adulte qui a la compétence de limiter l'exercice des droits civils (art. 381, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase). Par contre, dans la curatelle de coopération (art. 383, al. 2) et dans la curatelle de portée générale (art. 384, al. 2), l'exercice des droits civils est limité de par la loi.

### **Domicile. Séjour à des fins spéciales**

(titre marginal et art. 23<sup>bis</sup> [nouveau]; art. 26 [supprimé])

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 prescrit de manière négative que le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles, ou le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital ou une maison de détention, ne constituent pas le domicile. Le nouvel art. 23<sup>bis</sup> règle le séjour à des fins spéciales – sans modification matérielle du droit en vigueur, mais avec une modification formelle – à la bonne place du point de vue de la systématique. L'art. 26 CC peut ainsi être supprimé.

La nouvelle disposition prévoit deux catégories de séjour à des fins spéciales qui ne constituent pas en soi le domicile, même si le séjour se prolonge. La première concerne le séjour dans une localité en vue d'une formation et la seconde le séjour dans une institution. Le terme d'"institution" recouvre l'établissement d'éducation, l'hospice, l'hôpital et la maison de détention mentionnés par l'art. 26 CC. Il peut s'agir d'une institution privée ou publique, qui héberge plusieurs pensionnaires dans un but spécial. Les familles d'accueil et les personnes privées ne sont pas des institutions.

La disposition précise en outre, conformément à la pratique en vigueur, 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 un établissement médico-social pour y passer la dernière partie de leur vie, et qui ont donc l'intention de s'y établir durablement. Il convient cependant de noter que, selon la loi fédérale du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le

besoin (loi fédérale en matière d'assistance, LAS; RS 851.1; en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1979), le "séjour dans un établissement" ne constitue pas un domicile d'assistance officiel, même s'il est volontaire (cf. art. 5 LAS).

### **Domicile des mineurs**

(art. 25, titre marginal et al. 2)

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 s'ensuit que seule une tutelle, et non une curatelle ou un conseil légal, peut constituer un domicile légal dérivé.

Pour le nouveau droit, il convient de se demander s'il faut maintenir une réglementation spéciale ou prévoir une solution uniforme pour la curatelle de portée générale (art. 384), qui correspond à la tutelle actuelle. L'avant-projet a opté pour la deuxième solution. Désormais, le domicile dérivé selon l'art. 25, al. 2, CC ne sera valable que pour les mineurs, c'est-à-dire pour les enfants sous tutelle. Les personnes majeures, qui sont protégées par une curatelle – quel que soit le type – ne doivent pas avoir un domicile légal dérivé au siège de l'autorité de protection de l'adulte. Elles seront désormais soumises aux règles générales prévues aux art. 23 et 24 CC. Ainsi, c'est l'autorité du lieu où la personne habite effectivement qui est compétente.

Les exigences quant à la capacité de discernement nécessaire pour pouvoir constituer un domicile sont peu élevées (art. 16 CC). Si une personne incapable de discernement change de lieu de résidence, elle conserve son domicile antérieur selon l'art. 24, al. 1, CC.

La réglementation du domicile des enfants soumis à l'autorité parentale n'est pas modifiée matériellement. Elle est toutefois adaptée à la nouvelle terminologie.

### **Fonds recueillis**

#### **Remarques préliminaires**

L'actuel art. 393, ch. 5, CC règle 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 de personnes physiques.

Il en va de même pour le ch. 4 du même article 393 CC. Selon cette disposition, une curatelle doit être instituée lorsque l'organisation d'une corporation (art. 52 ss CC) ou d'une fondation (art. 80 ss CC) n'est pas complète et qu'il n'est pas pourvu d'une autre manière à son administration. Le Conseil fédéral a déjà prévu les mesures de remplacement nécessaires et demandé la suppression de l'art. 393, ch. 4, CC dans le message du 19 décembre 2001 relatif à la révision du droit de la Sarl (FF 2002 3061: art. 731b, 819, 910a [nouveau] CO et art. 69a et 83 [nouveau] CC).

A ce jour, il est fort rare qu'une curatelle ait été instituée pour des fonds recueillis, sans doute parce que, dans de nombreux cantons, les fonds recueillis publiquement sont soumis à autorisation. Mais comme cette règle ne vaut pas dans tous les cantons, la suppression, pure et simple, de l'art. 393, ch. 5, CC ne se justifie pas. L'importance financière des fonds recueillis en Suisse est également un argument en

faveur d'une solution de remplacement. Il semble nécessaire de donner à l'Etat une marge minimum d'intervention dans ce domaine.

Comme les fonds recueillis constituent une fondation qui n'a pas la personnalité juridique, il est justifié d'intégrer la nouvelle réglementation après les dispositions sur les fondations (art. 80 à 89<sup>bis</sup> CC). Mais les fonds recueillis ne sont pas une personne morale. C'est pourquoi les dispositions y relatives doivent faire l'objet d'un chapitre à part.

Le nouvel art. 89<sup>ter</sup> contient une prescription minimale de droit fédéral concernant le contrôle des fonds recueillis publiquement pour une œuvre d'utilité publique. Les cantons continuent d'avoir la possibilité, en vertu de l'art. 6 CC, de prévoir des dispositions plus sévères en droit administratif, comme, par exemple, de prévoir l'obligation d'obtenir une autorisation et, à défaut, la saisie des fonds recueillis.

Sur le fond, la réglementation actuelle est peu modifiée. La nouveauté est la possibilité accordée à l'autorité compétente de transmettre les fonds recueillis à une association ou à une fondation ayant un but aussi semblable que possible. En outre, la compétence a été reformulée.

## **Administration**

(art. 89<sup>ter</sup> [nouveau])

L'al. 1 fixe en premier les conditions d'intervention de l'autorité. En fait, l'actuel art. 393, ch. 5, CC n'a été modifié que dans sa forme. L'intervention de l'autorité est toujours subordonnée à la condition qu'il n'est pas pourvu à la gestion ou à l'emploi de fonds recueillis pour une œuvre d'utilité publique. Le terme de "bienfaisance" a été abandonné au profit de celui d'"utilité publique", qui inclut la notion de bienfaisance. Il peut s'agir de fonds recueillis sous forme d'argent ou d'objets (par exemple des habits usagés). Par les termes "il n'est pas pourvu à la gestion ou à l'emploi des fonds", la loi entend que le défaut de gestion doit avoir des conséquences importantes ou qu'il est impossible d'atteindre l'objectif pour lequel les fonds ont été recueillis et qu'il est difficile de fixer un objectif de remplacement. 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.

L'al. 2 énumère les principales mesures que l'autorité peut prendre. D'une part, elle peut nommer un administrateur officiel. Il s'agit là d'une nouvelle notion, qui a été introduite parce que selon le droit de la protection de l'adulte la curatelle n'est possible que pour des personnes physiques. L'administrateur officiel doit procéder à un inventaire des fonds recueillis, les administrer, les employer conformément à leur objectif et, si nécessaire, en recueillir de nouveaux. D'autre part, l'autorité peut transmettre les fonds recueillis à une association ou à une fondation ayant un but aussi semblable que possible. Cette compétence se fonde sur l'art. 83, al. 3, CC et 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 à l'administration officielle. S'appliquent ainsi les dispositions sur la curatelle de représentation comprenant la gestion du patrimoine (art. 382), sur la nomination du

curateur, l'exercice de la curatelle et la responsabilité. Les tâches de l'autorité de protection de l'adulte doivent être assumées par l'autorité compétente selon l'art. 89<sup>quater</sup>.

## Compétence

(Art. 89<sup>quater</sup> [nouveau])

Selon l'al. 1, le canton compétent pour exercer la surveillance des fonds recueillis est celui dans lequel la plus grande partie des biens est administrée. Cette règle se base sur l'actuel art. 396, al. 2, CC.

L'attribution de la surveillance des fonds à une autorité cantonale est nouvelle. Comme l'institution d'une curatelle pour des fonds recueillis est très rare, il est justifié de placer ceux-ci sous la surveillance d'une autorité cantonale compétente dans la surveillance des fondations privées d'utilité publique. C'est pourquoi l'al. 2 prévoit que la surveillance des fonds est de la compétence de l'autorité cantonale de surveillance des fondations si le canton n'a pas chargé une autre autorité de cette tâche. Il revient aux cantons de régler la voie de recours.

## 2.5.2 Droit de la famille

### Remarques préliminaires

La troisième partie du droit de la famille, intitulée jusqu'à présent "De la tutelle", est remplacée, dans le cadre de la présente révision, par "De la protection de l'adulte" (art. 360 à 455 CC). Les autres modifications du droit de la famille peuvent être réparties en deux groupes: d'une part, les propositions de révision, dont la plupart consistent en des adaptations au nouveau droit de la protection de l'adulte ou en des changements de terminologie et, d'autre part, le nouveau chapitre V, intitulé "Des mineurs sous tutelle" (art. 327a à 327c CC), qui a été ajouté au titre huitième du code civil "Des effets de la filiation".

Les modifications terminologiques sont de deux sortes:

- D'une part, "l'autorité tutélaire" devient "l'autorité de protection de l'adulte" dans les dispositions sur la protection de l'adulte et "l'autorité de protection de l'enfant" dans les dispositions sur la protection de l'enfant. L'"autorité tutélaire de surveillance" devient l'"autorité de surveillance".
- D'autre part, en allemand, les termes de "unmündig" et "mündig" sont supprimés et remplacés par "minderjährig" et "volljährig", tout comme les substantifs correspondants. Par contre, en français et en italien, ce changement n'est pas nécessaire; ainsi, les termes "mineur" et "mineure", "majeur" et "majeure" sont maintenus. De même, la notion d'"Entmündigung" disparaît du nouveau droit, ce qui nécessite l'adaptation de plusieurs dispositions

### 2.5.2.1 Du mariage

#### Des fiançailles

(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. Cette disposition est maintenue dans le nouveau droit pour les mineurs.

Dès lors que l'avant-projet n'exige pas le consentement du curateur pour les majeurs protégés par une curatelle de portée générale qui souhaitent se marier (art. 94, al. 2), il faut supprimer également le consentement obligatoire pour les fiançailles.

### **Capacité**

(art. 94, al. 2)

Selon le droit actuel, l'interdit capable de discernement ne peut contracter mariage sans le consentement de son représentant légal. Mais ce dernier ne peut pas refuser son autorisation pour des raisons qui ne sont pas compatibles avec l'art. 14 Cst. relatif au droit au mariage. Seuls des motifs liés à l'assistance tutélaire peuvent être pris en considération, par exemple les intérêts économiques de l'interdit ou les risques que le mariage projeté peut lui faire subir sur le plan de la santé mentale ou physique, ou de la moralité. Dans la pratique, le consentement n'est que rarement refusé. L'avant-projet renonce donc à cette disposition. Ainsi, une personne protégée par une curatelle de portée générale pourra se marier sans avoir à obtenir le consentement de son curateur, à condition toutefois qu'elle soit capable de discernement.

### **Faits nouveaux**

(art. 179, al. 1)

La disposition a trait à la modification et à la suppression des mesures de protection de l'union conjugale. La norme actuelle réserve la compétence des "autorités de tutelle" en ce qui concerne les relations personnelles avec l'enfant et les mesures de protection de l'enfant. Elle est modifiée par le nouveau droit, en ce sens que l'"autorité de protection de l'enfant" remplace les "autorités de tutelle".

### **Capacité à conclure un contrat de mariage**

(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. Dans le texte allemand, le terme "Unmündige" est remplacé par celui de "Minderjährige".

Le nouveau droit n'utilise plus le terme d'"interdit". La personne interdite sera désormais une "personne protégée par une curatelle de portée générale" (art. 384) ou par une autre curatelle incluant la conclusion d'un contrat de mariage (cf. art. 381, 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. 404, al. 1). Il suffit que le curateur donne son consentement au contrat qui est conclu par la personne sous curatelle. Mais si le contrat de mariage a une portée importante, le curateur peut de lui-même, sur la base de l'art. 405, al. 2, demander à l'autorité de protection de l'adulte qu'elle donne son accord.

### **2.5.2.2 De l'établissement de la filiation**

#### **Reconnaissance. Conditions et forme**

(art. 260, al. 2)

Dans la version allemande, le terme de "unmündig" est remplacé par celui de "minderjährig"; par contre, tant en allemand qu'en français et en italien, les "interdits" deviennent des "personnes protégées par une curatelle de portée générale". Par ailleurs, les notions de "parents" ou de "tuteur" sont remplacés par celle de "représentant légal". Pour les mineurs, ce terme désigne les parents (art. 304, al. 1, CC) ou le tuteur (art. 327a, al. 1, CC), pour les personnes majeures le curateur.

#### **Délai**

(art. 260c, al. 2, et 263, al. 1, ch. 2)

Ces deux dispositions ne nécessitent qu'une modification rédactionnelle en allemand, à savoir le remplacement du terme de "Mündigkeitsalter" par celui de "Volljährigkeit" (cf. art. 14), qui se réfère uniquement à un âge déterminé, alors qu'auparavant ce terme recouvrait deux sens, celui d'avoir atteint l'âge de la majorité, et celui de ne pas être interdit.

#### **Adoption de mineurs**

(titre marginal relatif à l'art. 264 ss)

Le titre marginal des art. 264 ss CC doit être adapté en allemand pour concorder avec les art. 13, 14 et 17 AP CC. Ainsi, "A. Adoption Unmündiger" est remplacé par "A. Adoption Minderjähriger". Rien ne change sur le fond.

#### **Adoption. Consentement de l'enfant**

(art. 265, al. 3)

Désormais, le consentement à l'adoption lorsque l'enfant est sous tutelle sera donné par l'autorité de protection de l'enfant à la place de l'"autorité tutélaire de surveillance".

#### **Adoption de majeurs**

(titre marginal relatif à l'art. 266; art. 266, al.1, phrase introductive, al. 1, ch. 2 et al. 3)

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 dès lors par "En l'absence de descendants, une personne majeure peut être adoptée". Le fond n'est pas modifié. En allemand, le terme de "Minderjährigkeit" qui est utilisé à l'al. 1, ch. 2, et à l'al. 3 est remplacé par celui de "Unmündigkeit".

**Droit de cité**

(art. 267a)

En allemand, "Das unmündige Kind" est remplacé par "Das minderjährige Kind".

**Procédure**

(art. 268, al. 3)

L'al. 3 de l'art. 268 CC règle le cas d'adoption d'un enfant qui devient majeur après la demande d'adoption mais avant qu'elle soit prononcée. En allemand, par souci de concordance avec les art. 13, 14 et 17 AP CC, "mündig" doit être remplacé par "volljährig" et "Adoption Unmündiger" par "Adoption Minderjähriger".

**Placement d'enfants en vue d'adoption**(art. 269c, al. 2, 2<sup>e</sup> partie de la phrase, CC)

Le placement par les "organes de la tutelle" devient le placement par les "organes de protection de l'enfant".

**Réglementation des relations personnelles**

(art. 275, al. 1)

L'actuel art. 275, al. 1, CC fixe tant le for que la compétence pour les mesures à prendre par l'autorité tutélaire en ce qui concerne les relations personnelles. Désormais, cette disposition ne réglera plus que la compétence, qui est attribuée à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Le for sera réglé par le projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

**De l'obligation d'entretien des père et mère****Durée**

(art. 277, al. 1)

L'art. 277 CC traite de la durée de l'obligation d'entretien des père et mère. En allemand, il convient, à l'al. 1, de remplacer les termes "bis zur Mündigkeit" par ceux de "bis zur Volljährigkeit".

**Convention concernant l'obligation d'entretien**

(art. 287, al. 2, et 288, al. 2, ch. 1)

Tant l'art. 287, al. 2, CC que l'art. 288, al. 2, ch. 1, CC donnent des compétences à l'autorité de surveillance en matière de conventions relatives aux contributions d'entretien. D'une part, elle doit approuver l'exclusion de la possibilité de modifier la convention fixant les contributions d'entretien; d'autre part, elle est tenue d'approuver une convention relative à l'obligation d'entretien exécutée par le versement d'une indemnité unique. Vu que l'autorité de protection de l'enfant est plus spécialisée que l'actuelle autorité tutélaire, il est justifié de transférer ces compétences à l'autorité de protection de l'enfant.

## De l'autorité parentale. Conditions

(art. 296)

Cette disposition fondamentale sur les conditions de l'exercice de l'autorité parentale est modifiée comme suit:

- A l'al. 1, en allemand, le terme d'"Unmündigkeit" est remplacé par celui de "Minderjährigkeit".
- L'actuel al. 2 stipule que les "mineurs" et les "interdits" n'ont pas l'autorité parentale de plein droit. Le concept d'"interdits" n'est pas repris dans le nouveau droit. Il est remplacé par la notion de "curatelle de portée générale" selon l'art. 384. Comme probablement 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. En cas de lacune, l'autorité parentale peut être retirée sur la base des art. 311 ss CC.

## Autorité parentale des parents non mariés

(art. 298, al. 1<sup>bis</sup> [nouveau] et 2)

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, pour autant qu'une telle décision soit compatible avec le bien de l'enfant (al. 1<sup>bis</sup>).

A l'al. 2, en allemand, le terme "Unmündigkeit" est remplacé par celui de "Minderjährigkeit"; en allemand, en français et en italien, le terme d'"interdite" est remplacée par "protégée par une curatelle de portée générale". En outre, l'"autorité tutélaire" est remplacée par l'"autorité de protection de l'enfant".

## Autorité parentale conjointe

(art. 298a, al. 1<sup>bis</sup> [nouveau] et al. 2)

Le nouvel al. 1<sup>bis</sup> comble une lacune de la loi, qui n'a toutefois pas un rapport direct avec la révision. Il s'agit du 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 avec l'interprétation du texte ambigu 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.

A l'al. 2, "l'autorité tutélaire de surveillance" est remplacée par "l'autorité de protection de l'enfant". L'attribution de cette compétence à l'autorité de protection de l'enfant s'impose du fait qu'elle est plus spécialisée que l'autorité tutélaire actuelle.

## Représentation

(art. 304, al. 3, titre marginal et art. 305)

L'art. 304, al. 3, et l'art. 305, al. 1, CC renvoient pour la représentation et la capacité de l'enfant soumis à l'autorité parentale aux dispositions sur la représentation du pupille (à l'exclusion de celles qui concernent le concours des autorités de tutelle).



Désormais, l'exercice des droits civils des mineurs sera réglé dans l'actuel art. 18 CC et dans les nouveaux art. 17 et 19 à 19c CC.

Pour l'enfant soumis à l'autorité parentale selon l'art. 323, al. 1, CC, ces dispositions sont complétées par l'art. 323, al. 1, CC. Ainsi, les renvois au droit de la tutelle et l'art. 305, al. 1, peuvent être supprimés.

Cependant, l'art. 304, al. 3, CC, en conformité avec l'art. 305, al. 1, CC, ne prévoit pas qu'un renvoi de principe à la situation juridique du pupille pour l'enfant soumis à l'autorité parentale; il renvoie également aux art. 408 à 412 CC. A ce propos, il convient de noter ce qui suit:

- L'art. 408 CC est remplacé par l'art. 304, al. 3. En conformité avec l'art. 399, al. 1, de la protection de l'adulte, les parents ne peuvent pas procéder à des cautionnements ni effectuer des donations importantes ou créer de fondations au nom de l'enfant.
- 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 superflu de le reprendre dans la protection de l'adulte.
- Les actuels art. CC 410 et 411 CC sont remplacés par les art. 19 ss AP CC.
- L'actuel art. 412 CC n'existe plus dans le cadre de la protection de l'adulte. Il n'est même pas nécessaire de le reprendre pour les mineurs, compte tenu de l'art. 323, al. 1, CC.

### **Empêchement et conflit d'intérêts**

(art. 306, al. 2 et 3)

L'actuel art. 306, al. 2, CC renvoie aux dispositions sur la curatelle de représentation au sens de l'art. 392, ch. 2, CC, lorsque, dans une affaire, les intérêts des parents s'opposent à ceux de l'enfant. Mais dans le nouveau droit, la "curatelle de représentation" a une autre signification et correspond à un type important de curatelle pour les adultes (art. 381 ss). Le renvoi aux dispositions sur la curatelle de représentation n'est donc pas approprié. Ainsi, le nouvel art. 306, al. 2, règle directement le problème du conflit d'intérêts. Selon l'al. 3, les compétences des parents prennent fin de plein droit dans les affaires où leurs intérêts s'opposent à ceux de l'enfant. Cette réglementation est basée sur l'art. 391.

### **Retrait de l'autorité parentale**

(titre marginal des art. 311 et 312, art. 311, al. 1, phrase introductive, art. 312, phrase introductive)

Les actuels art. 311 et 312 CC prévoient différentes compétences pour retirer l'autorité parentale. Dans les cas graves où le bien de l'enfant est menacé, c'est l'autorité tutélaire de surveillance qui prononce le retrait de l'autorité parentale; dans les cas moins graves, c'est l'autorité tutélaire. Vu le caractère spécialisé de l'autorité de protection de l'enfant du nouveau droit, il est justifié de lui attribuer la compétence générale de retirer l'autorité parentale (art. 443, al. 1). C'est pourquoi le nouveau droit distingue entre le retrait d'office et le retrait sur requête des parents. Le titre marginal de

l'art. 312 repose sur le principe que les parents ayant donné leur consentement à l'adoption future de l'enfant par des tiers anonymes demandent implicitement que l'autorité parentale leur soit retirée.

### **For et procédure en droit de la protection de l'enfant**

(art. 314, 314a et 315 CC)

Comme le for et la procédure relatifs au droit de la protection de l'adulte ne sont plus réglés par le code civil, mais par une loi fédérale spéciale, il faut soumettre le droit de la protection de l'enfant à la même systématique que la protection de l'adulte, en raison du lien étroit qui existe entre les deux. C'est pourquoi l'art. 314 se limite à un renvoi à la loi sur la procédure. L'actuel art. 315 CC sur le for en matière de mesures de protection de l'enfant disparaît aussi. L'actuel art. 314a CC, qui règle la procédure en cas de privation de liberté à des fins d'assistance (qui sera appelée désormais "placement à des fins d'assistance") est partiellement remplacé par l'art. 315.

### **Traitement d'un trouble psychique**

(art. 315)

Le nouveau titre marginal "Traitement d'un trouble psychique" fait le lien, comme l'actuel art. 314a CC, entre ce qui s'appellera désormais "placement à des fins d'assistance" dans le cadre de la protection de l'adulte (art. 416 ss) et l'institution juridique correspondante pour les mineurs. Toutefois, il convient de mentionner que, selon l'art. 327c, al. 1, le tuteur n'a plus, contrairement aux parents et contrairement à ce que prévoit l'actuel art. 405a, al. 2, CC, le droit de proposer ou d'ordonner le placement à des fins d'assistance.

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, ch. 1, let. d et e, CEDH. Comme l'autorité de protection de l'enfant est un tribunal, il n'est plus nécessaire de garantir spécialement une voie de recours auprès d'un tribunal. Les garanties concernant la procédure seront désormais prévues dans la loi réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte. Toutefois, outre l'autorité de protection de l'enfant, des médecins désignés par les cantons peuvent ordonner le placement à des fins d'assistance des mineurs qui souffrent d'un trouble psychique, à l'instar de ce qui est prévu en matière de protection de l'adulte. Les dispositions de la protection de l'adulte sur la libération, la procédure, l'examen périodique, le traitement d'un trouble psychique et les voies de recours s'appliquent par analogie. L'art. 315, al. 1, renvoie ainsi aux art. 421 à 423, 425 et 427 à 430.

Selon l'art. 314a, al. 2, CC, l'enfant privé de liberté à des fins d'assistance ne peut lui-même en appeler au juge que s'il a atteint l'âge de 16 ans révolus. Si cette limite d'âge sert la sécurité du droit, elle n'en est pas moins problématique à la lumière de l'art. 11, al. 2, de la nouvelle Constitution fédérale. C'est pourquoi l'avant-projet prévoit à l'al. 2 que l'enfant capable de discernement peut interjeter lui-même un recours (cf. aussi art. 94, al. 1, CC et, en particulier, l'actuel art. 420, al. 1, CC). Cette modification semble d'autant plus justifiée qu'un recours pourra désormais être interjeté non plus seulement contre le placement, mais également contre le traitement.

## Compétence dans une procédure matrimoniale

(art. 315a et 315b)

Jusqu'à présent, le code civil a distingué, en matière de compétence pour des mesures de protection de l'enfant, entre le for et la compétence "en général" (art. 315 CC actuel) et la compétence dans une procédure matrimoniale (art. 315a et 315b CC actuels). Le for en général sera réglé désormais par la loi réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte. Ainsi, sur les trois articles actuels du code civil, seuls les deux se rapportant aux affaires concernant l'enfant dans une procédure matrimoniale restent dans le code civil. Ces articles (315a et 315b) se trouveront désormais sous le titre marginal "VII<sup>bis</sup>. Compétence dans une procédure matrimoniale". Ils reprennent pour l'essentiel la réglementation actuelle. Conformément au nouvel art. 311, les termes "autorité de protection de l'enfant" remplacent ceux d'"autorités de tutelle".

## Fin de l'administration. Restitution

(art. 326)

Cette disposition sur la remise des biens de l'enfant à la fin de l'administration par les parents en tant que détenteurs de l'autorité parentale subit quelques changements de terminologie. En allemand, le terme de "volljährige" remplace celui de "mündige". En allemand, en français et en italien, le terme de "représentant légal" remplace ceux 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. 377 ss), mais aussi le curateur au sens de l'art. 325, al. 1, CC.

## Expressions remplacées

L'actuelle "autorité tutélaire" est remplacée soit par l'"autorité de protection de l'adulte" soit par l'"autorité de protection de l'enfant". L'avant-projet établit une liste de toutes les dispositions où "l'autorité tutélaire" a été remplacée par "l'autorité de protection de l'enfant".

Plusieurs dispositions du droit de la famille n'utilisent pas les termes d'"autorité tutélaire", mais ceux d'"autorités de tutelle". Ces termes sont également remplacés par "autorité de protection de l'enfant". Comme ces changements ne sont pas que terminologiques, ils sont signalés expressément dans l'avant-projet de loi et le rapport explicatif.

## Des mineurs sous tutelle

**Remarques préliminaires** (cf. également ch. 1.4.9.2)

Depuis son adoption, le titre huitième du code civil intitulé "Des effets de la filiation" se termine au chapitre IV intitulé "Des biens des enfants" (art. 318 à 327 CC). Le cas important des enfants sous tutelle est réglé dans la troisième partie du droit de la famille intitulée "De la tutelle" (art. 360 à 455 CC). Toutefois, selon l'avant-projet, cette troisième partie ne sera désormais consacrée qu'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 du titre "Des effets de la

filiation", placé après le chapitre "De l'autorité parentale" (art. 296 à 327 CC). En ce qui concerne la protection des mineurs, il s'agit en premier lieu de remplacer l'autorité parentale déficiente, de sorte que pour les mineurs la tutelle représente une mesure de protection de l'enfant *in optima forma*, concernant 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. Ainsi, les al. 2 et 3 de l'art. 327c AP CC renvoient à la protection de l'adulte qu'ils complètent.

## **Principe**

(art. 327a [nouveau])

Cette disposition reprend le contenu de l'art. 368 CC, qui prévoit que tout mineur qui n'est pas sous autorité parentale sera pourvu d'un tuteur. Comme jusqu'à présent, une période intermédiaire sépare en règle générale la fin de l'autorité parentale de la nomination d'un tuteur. A la fin de cette période, la réalisation de l'état de fait prévu par la disposition doit obligatoirement être constatée avant qu'il ne soit procédé à la nomination du tuteur. La commission d'experts s'est demandée si le titulaire de cette fonction devait continuer à être nommé "tuteur" ou s'il s'agissait désormais d'un "curateur". Elle s'est finalement prononcée pour le maintien des termes de "tuteur" et de "tutelle". La "curatelle" peut sembler moins stigmatisante que la "tutelle", mais la situation des mineurs diffère de celle des majeurs, en ce sens que la mesure prise à leur encontre n'est pas liée à leur personne mais aux carences de leurs parents. Cette solution a aussi pour avantage que la mesure principale – la tutelle – prise pour les mineurs se distingue clairement des curatelles prévues par la protection de l'enfant et des mesures de protection de l'adulte. En outre, l'Autriche et l'Allemagne, qui ont aussi révisé leur droit de la tutelle pour les adultes, n'utilisent pas le nouveau terme de "Sachwalter" et de "Betreuer" pour les mineurs. De même, la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, qui s'applique dans le monde entier, parle des "parents", des "tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui" (art. 3, al. 2, et 5 de la Convention).

L'al. 2 recouvre, en large partie pour la forme et complètement pour le fond, l'actuel art. 368, al. 2, CC sur le devoir de l'autorité de signaler tout cas de tutelle.

## **Statut juridique de l'enfant**

(art. 327b [nouveau])

Sous le titre "Statut juridique", les nouveaux art. 327b et 327c précisent le statut juridique de l'enfant d'une part et du tuteur d'autre part.

Selon l'art. 327b, 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 AP CC, qui ne font pas de distinction entre les mineurs sous tutelle et ceux qui ne le sont pas. Le renvoi comprend aussi l'art. 323, al. 1, CC. 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.

## Statut juridique du tuteur

(art. 327c [nouveau])

Cette disposition explique la position juridique du tuteur en tant que substitut légal des parents selon l'art. 327a AP CC. L'al. 1 fait en quelque sorte pendant à l'art. 327b AP CC, en prévoyant que le tuteur a, en principe, "les mêmes droits" que les parents. Tel 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 doit continuer à être interprétée *cum grano salis*, notamment en ce qui concerne les soins personnels; ainsi, le tuteur n'est pas tenu, comme il 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 maîtrisé sans difficulté cette distinction. La nouvelle version se rapporte toutefois aussi à la représentation de l'enfant et à l'administration de ses biens.

L'al. 1 du nouvel art. 327c apporte deux réserves au principe de l'égalité des droits du tuteur et des parents. Tout d'abord, les parents et le tuteur ne sont pas égaux en ce qui concerne le placement à des fins d'assistance. Alors que les parents peuvent demander à l'autorité de placer leur enfant, sans le consentement de ce dernier, dans une institution où, étant soumis à une éducation surveillée, sa liberté sera limitée plus que d'ordinaire (autrement dit, ils peuvent demander matériellement le placement à des fins d'assistance), ce droit n'est pas consenti au tuteur, même s'il a le droit de déterminer le lieu de séjour de l'enfant au même titre que les parents. Selon le droit actuel, le tuteur peut, s'il y a péril en la demeure, placer le mineur comme le majeur interdit dans un établissement, selon les dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 405a, al. 1, CC *in fine*, et 406, al. 2, CC). Ces compétences disparaissent dans le nouveau droit. Par ailleurs, l'al. 1 prévoit expressément que des mesures protectrices à l'égard de l'enfant sont exclues. Si le tuteur n'accomplit pas correctement ses tâches, il doit être remplacé.

L'al. 2 du nouvel art. 327c prévoit l'application par analogie des dispositions de la protection de l'adulte sur la coopération des autorités, en particulier les art. 403 à 406 (examen des rapports périodiques et des comptes et actes juridiques accomplis sans le consentement de l'autorité de protection de l'adulte et défaut de consentement du représentant). Il n'y a pas de changement sur le plan matériel.

L'al. 3 précise que les autres dispositions de la protection de l'adulte sur les curatelles sont applicables par analogie. Au plan juridique, cette règle s'apparente à celle de l'actuel art. 367, al. 3, CC, selon lequel les règles concernant le tuteur s'appliquent au curateur, sous réserve des dispositions particulières de la loi. Cette application concerne l'ensemble des dispositions de la protection de l'adulte sur la curatelle (art. 386 à 415), à l'exception des dispositions sur la coopération des autorités (art. 403 à 406), qui, selon l'al. 2, s'appliquent directement.

### 2.5.2.3 Autorité domestique, responsabilité du chef de la famille

(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. 384), l'art. 333 est modifié en conséquence. Sur le plan de la terminologie,

les termes "maladie mentale" et "faible d'esprit" ont été remplacés par "déficience mentale" et "trouble psychique" (cf. art. 377, al. 1, ch. 1).

### **Créance des enfants et petits-enfants**

(art. 334, al. 1)

En allemand, le terme "mündig " est remplacé par "volljährig".

### **2.5.3 Droit des successions. Pacte successoral**

(art. 468)

Selon le droit en vigueur, pour conclure un pacte successoral (art. 468 CC), le disposant doit être majeur, c'est-à-dire 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 garde les conditions relatives à la capacité de discernement et à l'âge de 18 ans. Pour être conforme à la formulation adoptée pour le testament (art. 467 CC), l'art. 468, 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 en vigueur, 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 avant-projet étend la possibilité de conclure un pacte successoral aux personnes protégées par une curatelle de portée générale ou par une curatelle qui comprend 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. 404, al. 1, ch. 3, ne concerne que le pacte successoral dans lequel la personne sous curatelle n'est pas le disposant. Il peut être dans l'intérêt de la personne sous curatelle de pouvoir instituer un pacte successoral, par exemple entre époux, ce qui parle en faveur de la solution proposée. La personne sous curatelle doit évidemment posséder la capacité de discernement nécessaire pour conclure un pacte successoral.

Pour la conclusion d'un pacte successoral par une personne dont la curatelle s'étend à la conclusion d'un tel pacte, lequel nécessite le consentement du représentant légal, seule entre en ligne de compte une curatelle de coopération (art. 383) et non une curatelle de représentation (art. 381), le pacte successoral étant un droit strictement personnel au sens de l'art. 19c AP CC, qui exclut toute représentation.

### **Substitution fidéicommissaire à l'égard d'héritiers réservataires incapables de discernement**

(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 occupés 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 agir personnelle-

ment. 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 que la substitution d'héritiers se limite 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. Le pouvoir du grevé de disposer de la succession qui lui est échue est déterminé par le disposant. Le principe est que l'héritier grevé peut utiliser son héritage comme bon lui semble pour son entretien personnel. Toutefois, il ne doit 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, qui est par définition 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). L'avant-projet veut modifier cet état de droit. Ainsi, l'art. 492a, al. 1, AP CC 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 peuvent dès lors prendre des dispositions pour cause de mort en instituant 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, l'avant-projet introduit deux nouvelles règles, dont les objectifs pourraient toutefois être atteints également au moyen d'une condition résolutoire. Selon la première règle, la substitution fidéicommissaire pour le surplus n'est pas valable si un héritier réservataire, durablement incapable de discernement, laisse des héritiers réservataires (al. 1). Selon la seconde, la substitution s'éteint de plein droit dès que l'héritier réservataire devient capable de discernement (al. 2).

## **Enfants conçus**

(art. 544, al. 1<sup>bis</sup> [nouveau])

Cette disposition complète l'actuel art. 544 CC concernant la position de l'enfant conçu en matière de succession. L'autorité de protection de l'enfant aura désormais la compétence de lui nommer un curateur. C'est indispensable, notamment en cas de conflit d'intérêts entre la mère et le *nasciturus*. Un curateur n'est nommé que si la sauvegarde des intérêts de l'enfant conçu l'exige. L'al. 1<sup>bis</sup> remplace l'art. 393, ch. 3, 2<sup>e</sup> partie de la phrase, 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. 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, est inchangé.

## **Inventaire et administration d'office de la succession**

(art. 553, al. 1, et 554, al. 3)

Les art. 553, al. 1, et 554, al. 3, sont adaptés aux nouvelles mesures prévues par le droit de la protection de l'adulte et à la nouvelle terminologie (pour l'art. 554, al. 3, cf. également ch. 2.2.2.4).

### **2.5.4 Droits réels**

#### **Représentation du créancier**

(art. 823)

Si le nom ou le domicile d'un créancier hypothécaire n'est pas connu, l'autorité tutélaire peut nommer un curateur selon l'art. 823, al. 1, CC. Il s'agit d'un des rares cas où une curatelle peut être instituée sur la base de la phrase introductive de l'actuel art. 392 CC ("dans les cas prévus par la loi"). Même si le nouveau droit sur la protection de l'adulte a supprimé cette possibilité, le cas dans lequel le nom ou le domicile d'un créancier hypothécaire n'est pas connu se rapproche à ce point des situations visées par la protection de l'adulte (cf. en particulier art. 377, al. 1, ch. 2, ou art. 391) que rien ne s'oppose à ce qu'un curateur soit également nommé dans un tel cas. En allemand, le terme "Unterpfand", qui n'est plus usuel, a été remplacé par "das verpfändete Grundstück".

### **2.5.5 Titre final**

#### **Protection de l'adulte**

(art. 14 et 14a)

Les dispositions actuelles du titre final du code civil vaudront 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 filiation, 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. L'art. 14a sur la privation de liberté à des fins d'assistance (modification du CC du 6 octobre 1978) peut être supprimé.

L'art. 14, al. 1, 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 protégées par une curatelle de portée générale selon le nouveau droit (art. 384 et art. 14, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, titre final du CC). Le nouveau droit s'applique indépendamment du fait que la personne privée de l'exercice des droits civils est placée sous tutelle ou sous autorité parentale. Ainsi, les détenteurs de l'autorité parentale sont désormais les curateurs de leur enfant. Mais ceux-ci sont dispensés, selon l'art. 408, 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. Leur position juridique ne subit donc guère de changement. Il convient toutefois de noter que ce sera désormais le canton qui répondra des actes ou des omissions du curateur contraires à la loi.



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<sup>e</sup> phrase, du titre final oblige l'autorité de protection de l'adulte à procéder d'office aux adaptations nécessaires, dès que possible mais en tout cas dans les trois ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Cela signifie qu'il faut revoir chaque cas et se demander notamment si une mesure moins radicale peut suffire. Toutefois, il convient de rappeler que, indépendamment du délai de trois ans, la curatelle de portée générale doit être levée d'office par l'autorité de protection de l'adulte lorsqu'elle n'est plus justifiée.

Les curatelles selon le droit actuel (art. 392 ss CC) ont des parallèles dans le projet de 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, elles s'appliquent encore pendant trois ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Si, dans ce délai, aucune mesure du nouveau droit n'a été instituée d'office ou à la demande de la personne concernée ou d'un de ses proches, les curatelles instituées selon l'ancien droit tombent d'office.

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.

Les conditions de la privation de liberté à des fins d'assistance correspondent en principe à celle du placement à des fins d'assistance. Il n'est pas nécessaire d'adopter des règles de droit transitoire particulières. La mesure reste valable au plan juridique, même si elle n'a pas été instituée par une autorité ou un service compétent selon le nouveau droit (voir aussi art. 59 de l'avant-projet de loi réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte). Le traitement d'un trouble psychique est régi, dans tous les cas, par les art. 427 ss dès l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Les questions relatives aux procédures, qui sont pendantes au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit tombent sous le coup de la loi réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

## **Règles complémentaires des cantons**

(art. 52, al. 3 et 4)

Selon l'avant-projet, les dispositions cantonales d'exécution ne seront désormais plus soumises à l'approbation de la Confédération, mais devront seulement être portées à sa connaissance. La réglementation prévue par l'actuel al. 4 n'est en effet pas convaincante. En outre, l'importance des dispositions cantonales diminuera avec l'adoption de la procédure civile suisse et de la loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte. Les règles cantonales portant sur le droit des registres (registre de l'état civil, registre foncier et registre du commerce) continueront par contre à être soumises à l'approbation de la Confédération.

## **2.6 Modifications d'autres lois**

### **2.6.1 Remarques préliminaires**

L'annexe à l'avant-projet contient des modifications visant à adapter au nouveau droit de la protection de l'adulte le code des obligations, la loi fédérale sur la poursuite

pour dettes et la faillite, la loi fédérale sur les droits politiques, la loi fédérale sur les droits politiques des Suisses à l'étranger et la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin. D'autres lois encore devront être adaptées au nouveau droit, comme le code pénal, la loi fédérale sur le droit international privé, la loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions, ainsi que la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct. Ces modifications seront faites à l'occasion de l'élaboration du message du Conseil fédéral, car il s'agit principalement d'adaptations rédactionnelles.

## **2.6.2 Code des obligations**

### **Représentation**

(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; RS 220). Cette solution correspond à l'ancienne doctrine, qui considérait que la représentation est un aspect du mandat. La doctrine plus récente fait par contre une distinction entre le mandat et la représentation et considère que celle-ci est un acte juridique unilatéral du représenté. Le terme "convenu" est dès lors remplacé par "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. 384) ou d'une curatelle de représentation (art. 381), qui couvrent les domaines qui font l'objet, *in casu*, de la représentation.

### **Empêchement et suspension de la prescription**

(art. 134, al. 1, ch. 2)

Le droit actuel prévoit la suspension de la prescription pendant la durée de la tutelle. La suspension vaut pour toutes les créances existantes entre les personnes concernées par la tutelle, et cela même lorsque la créance n'a aucun rapport avec des mesures tutélaires. Par contre, aucune règle correspondante n'est prévue pour les cas de curatelle. Cette situation n'est pas satisfaisante. Il est vrai que, juridiquement, la curatelle n'empêche pas la personne qui y est soumise d'agir en justice contre le curateur. Mais, si elle a été placée sous curatelle c'est parce qu'elle ne pouvait plus s'occuper toute seule de ses affaires; elle ne sera donc vraisemblablement plus en mesure d'ouvrir elle-même une action contre le curateur. Il est par conséquent justifié de prévoir la suspension de la prescription indépendamment du fait que la mesure ordonnée ait ou n'ait pas d'effet sur l'exercice des droits civils.

La personne placée sous curatelle peut faire valoir des prétentions en responsabilité civile directement contre le canton, mais pas contre le curateur (art. 452). Les créances qu'elle pourrait avoir contre le curateur ne seront dès lors que des créances sans rapport direct avec la curatelle. Les membres des autorités n'étant plus responsables personnellement, l'art. 134, al. 1, ch. 2, est modifié en conséquence. Ainsi les notions de "tuteur" et d'"autorités de tutelle" sont remplacées par celle de "canton". La nouvelle disposition doit mentionner le canton à leur place. La disposition n'a aucune influence sur la prescription d'autres créances de la personne concernée contre le

canton, qui n'ont aucun rapport avec la protection des adultes, comme des créances en restitution d'impôts.

### **Capacité du donateur**

(art. 240, al. 2 et 3)

Le droit en vigueur prévoit qu'une donation faite par un incapable est soumise aux règles prescrites "en matière de tutelle" (art. 240, al. 2, CO). Comme la notion de tutelle sera désormais réservée aux seuls mineurs (art. 327a ss AP CC), il convient de remplacer "en matière de tutelle" par "en droit de la protection de l'enfant et de l'adulte" (al. 2).

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 (abrogation de l'art. 240, al. 3, CO).

### **Obligations du mandataire**

(note marginale et art. 397a [nouveau])

L'art. 397a proposé prévoit, sous la note marginale "Devoir d'information", une nouvelle obligation du mandataire, qui s'ajoute à celles prévues dans le mandat simple (art. 397 ss CO). Cette obligation vise à protéger les personnes nécessitant une aide particulière. A cet effet, elle prévoit que 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 de ses intérêts.

### **Mandat. Fin**

(art. 405, al. 1)

L'art. 405, al. 1, CO constitue pour le mandat le pendant de l'art. 35, al. 1, CO pour 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.

### **Fin de la société simple**

(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 mise sous curatelle de portée générale.

## **Société en commandite. Dissolution, liquidation, prescription**

(art. 619, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase)

Les termes "interdiction du commanditaire" sont remplacés par ceux de "mise sous curatelle de portée générale du commanditaire".

### **2.6.3 Loi fédérale sur les droits politiques**

(art. 2)

La nouvelle Constitution fédérale – entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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 (art. 136, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, Cst.), L'art. 2 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1) stipulant la même règle n'avait dès lors plus de sens et a donc été abrogé par la loi fédérale du 21 juin 2002 (RO 2002 3193). Toutefois, comme le nouveau droit sur la protection de l'adulte a remplacé l'institution de l'interdiction par celle de la curatelle de portée générale, mais que la Constitution maintient la notion d'interdiction, il est nécessaire d'introduire dans la loi fédérale sur les droits politiques une disposition qui, interprétant la Constitution, stipule que "sont exclus du droit de vote en matière fédérale les citoyens qui sont protégés par une curatelle de portée générale".

### **2.6.4 Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses à l'étranger**

(art. 4)

La loi fédérale du 19 décembre 1975 sur les droits politiques des Suisses à l'étranger (RS 161.5) doit être adaptée. 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. Il est proposé que l'exclusion du droit de vote concernera désormais les personnes qui, selon le droit suisse, sont sous curatelle de portée générale ou qui sont représentées par un mandataire pour cause d'incapacité, 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.

### **2.6.5 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite**

#### **Notification des actes de poursuite**

(art. 60, 1<sup>re</sup> phrase)

Dans le nouveau droit, l'autorité tutélaire n'a plus à constituer un représentant pour le 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 (RS 281.1).

### **Débiteur mineur et débiteur majeur sous curatelle ou représenté par un mandataire pour cause d'inaptitude**

(note marginale et art. 68c, note marginale et art. 68d)

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). Il est proposé de faire désormais une distinction entre la poursuite dirigée contre un débiteur mineur et celle dirigée contre un débiteur majeur sous curatelle ou ayant constitué un mandat pour cause d'inaptitude. Si le débiteur est mineur, les actes de poursuite sont notifiés à son représentant légal (art. 68c, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase). Dans le cas d'une curatelle selon 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<sup>e</sup> phrase). Le renvoi aux art. 412 et 414 CC n'est plus nécessaire (art. 68c, al. 2). L'al. 3 de l'art. 68c LP doit être abrogé, car la privation de l'administration des biens au sens de l'art. 395, al. 2, CC tombera désormais sous le coup de l'art. 68d.

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

### **Participation privilégiée**

(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 le droit de participer à la saisie sans poursuite préalable doit être limité aux créances d'enfants résultant de l'autorité parentale et aux créances de personnes majeures 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. A l'al. 1, ch. 3, de la version allemande, le terme de "mündig" est remplacé par celui de "volljährig". La formulation de l'al. 2 doit être adaptée au nouveau droit.

### **2.6.6 Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin**

(art. 5 et 7, al. 1 et 3, let. a)

Les modifications apportées à la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (RS 851.1) 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 – ni à l'"autorité tutélaire" – cette notion est remplacée par celle d'"autorité de protection de l'enfant".

### **3 Effets de l'avant-projet**

#### **3.1. Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour la Confédération**

L'avant-projet délègue dans plusieurs domaines des compétences législatives au Conseil fédéral (cf. ch. 4.2). Les décisions y relatives du Conseil fédéral peuvent être préparées par l'administration fédérale sans qu'il soit nécessaire d'engager du personnel supplémentaire.

L'avant-projet propose que la Confédération encourage, par des contributions financières, la formation initiale et la formation continue des membres des autorités ainsi que des personnes chargées de l'exécution des mesures de protection (art. 446, al. 2). Le budget de la Confédération pour cette nouvelle tâche ne devrait pas dépasser les 150'000 francs.

#### **3.2 Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour les cantons**

Il est extrêmement difficile d'évaluer les effets de l'avant-projet pour les cantons. C'est le cas en ce qui concerne les nouvelles exigences posées par le droit fédéral relativement aux autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 443). Certains cantons satisfont déjà à ces exigences et ne devraient dès lors opérer aucune restructuration. En outre, les coûts indispensables pour transformer les commissions de tutelle existantes en tribunaux interdisciplinaires ne sont pas connus. Des réorganisations sont indispensables dans les cantons où le conseil communal exerce la fonction d'autorité de tutelle. 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 professionnalisation a son prix. Mais les structures actuelles ont également un prix. Ne doivent pas être seulement pris en compte 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 des autorités. Les cantons devront ainsi réorganiser leurs autorités de tutelle, mais ils auraient dû le faire tôt ou tard. D'ailleurs, certains cantons ont déjà opéré la réorganisation ou l'ont entreprise.

Le nouveau droit de la protection de l'adulte apporte certaines simplifications. Ainsi, l'avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte établit une liste des affaires qui peuvent être liquidées par un seul membre de l'autorité. 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 (cf. ch. 1.4.8). Il n'y aura désormais plus qu'une seule instance de surveillance (art. 444), de sorte que la voie de recours est réduite. Enfin, les nouvelles institutions prévues dans le chapitre "mesures personnelles anticipées" (art. 360 ss) et les droits de représentation des proches (art. 431 ss) devraient décharger les autorités et leurs auxiliaires.

Aujourd'hui déjà, l'autorité supérieure de surveillance doit être un tribunal lorsqu'elle agit en tant qu'instance de recours (ATF 118 la 473), alors que la surveillance administrative peut être déléguée à une autorité administrative. Ainsi, l'art. 444 n'apporte aucune nouveauté importante, excepté qu'il ne prévoit plus qu'une seule autorité de surveillance.

Selon l'avant-projet, les cantons doivent veiller à ce qu'il existe des structures assurant la formation initiale et la formation continue des membres des autorités et des personnes chargées de l'exécution des mesures de protection (art. 446). La Confédération doit participer aux frais nécessaires pour réaliser cette formation, qui est indispensable à la garantie d'une bonne application du nouveau droit de la protection des adultes. Les frais qui en résulteront pour chaque canton ne devraient dès lors pas être très importants. La Conférence des autorités cantonales de tutelle offre déjà des possibilités de formation initiale et continue.

Selon l'art. 392, le curateur a droit à une rémunération appropriée et au remboursement de ses frais. Cette rémunération et ces frais sont à la charge de la collectivité publique. Mais ils peuvent être mis pour tout ou partie à la charge de la personne sous curatelle si sa situation financière le permet. Les cantons édictent les dispositions d'exécution. La nouvelle réglementation de la rémunération est un peu plus généreuse que celle prévue actuellement par le code civil. S'il s'agit d'un curateur professionnel recevant un salaire fixe, la rémunération à la charge de la personne sous curatelle est versée à la caisse de l'Etat, qui profite ainsi de l'augmentation de la rémunération.

L'extension de la responsabilité directe de l'Etat – déjà existante dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance – à tout le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte (art. 451 ss) ne devrait pas constituer une trop lourde charge pour les cantons. Les cas de responsabilité civile sont en effet rares dans la pratique. De plus, certains cantons ont déjà introduit une responsabilité directe de l'Etat.

L'avant-projet oblige les cantons à exercer une surveillance sur les institutions qui accueillent régulièrement des personnes incapables de discernement (art. 442). Certains cantons ont déjà prévu une telle surveillance. Les modalités de la surveillance sont de la compétence des cantons. L'avant-projet leur impose seulement l'obligation de faire des inspections sans avis préalable dans les institutions. Les cantons ont ainsi un large pouvoir discrétionnaire dans l'exécution de la surveillance. L'intérêt des personnes incapables de discernement exige l'instauration d'une telle surveillance.

Enfin, les cantons doivent désigner un ou plusieurs offices qui enregistreront dans un procès-verbal les mandats pour cause d'inaptitude (art. 361). Les coûts engendrés par ces offices seront couverts par des émoluments, à moins que la personne qui veut conclure un tel mandat n'ait pas de moyens financiers.

## **4 Bases juridiques**

### **4.1 Constitutionnalité**

L'avant-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.

### **4.2 Délégation de compétences législatives**

L'avant-projet délègue au Conseil fédéral la réglementation des points suivants:

- désignation d'un service central chargé de tenir un registre des personnes qui ont constitué un mandat pour cause d'inaptitude (art. 362, al. 1);

- adoption des dispositions d'exécution relatives au placement de la fortune et à la mise en lieu sûr des objets de valeur (art. 396, al. 3);
- adoption des dispositions d'exécution en matière de surveillance (administrative) des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 444, al. 3).

## **5 Conseil de l'Europe**

L'avant-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.

Les dispositions sur le placement à des fins d'assistance (art. 416 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 (CPT). L'organisation des autorités (art. 443 et 444) est réglée conformément à l'art. 6 CEDH. En outre, les dispositions sur le mandat dans le domaine médical (art. 370 ss), les directives anticipées du patient (art. 373), la représentation dans le domaine médical (434 ss) et sur le traitement d'un trouble psychique dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance (art. 427 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 Convention (FF 2002 271).



### Statistique des autorités tutélaires suisses 2001 (données fournies par tous les cantons)

Mesures en vigueur au 31.12.2001 (Adultes)

	Interdictions				Curatelles				Conseil légal	Privation de li- berté à des fins d'assistance	Total	Habitants	Cas par 1000 habitants
	Art. 369	Art. 370	Art. 371	Art. 372	Art. 392	Art. 393	Art. 392/393	Art. 394	Art. 395	Art. 397a*			
<b>UR</b>	81	11	1	29	16	20	34	74	22	* Les données relatives à la privation de liberté à des fins d'assistan-ces fournies par les cantons ne peuvent plus être publiées, car, en particulier pour les privations de liberté à des fins d'assis-tance ordon-nées par des médecins, les bases sont très différentes les unes des autres et ne sont dès lors pas compa-rables.	<b>288</b>	<b>34'777</b>	8.28
<b>SZ<sup>1</sup></b>	232	43	2	84	69	<sup>1</sup>	205	192	95		<b>922</b>	<b>128'704</b>	7.16
<b>NW</b>	57	0	0	12	16	18	59	49	28		<b>239</b>	<b>37'235</b>	6.42
<b>OW</b>	72	18	0	12	11	0	53	74	50		<b>290</b>	<b>32'427</b>	8.94
<b>LU</b>	1'017	66	2	208	81	141	184	851	374		<b>2'924</b>	<b>350'504</b>	8.34
<b>ZG<sup>2</sup></b>	128	6	0	36	20	21	45	114	34		<b>404</b>	<b>100'052</b>	4.04
<b>GL<sup>3</sup></b>	96	27	1	32	25	0	44	77	53		<b>355</b>	<b>38'183</b>	9.30
<b>GR</b>	415	54	1	80	114	149	108	155	447		<b>1'523</b>	<b>187'058</b>	8.14
<b>SG</b>	1'109	69	3	267	133	153	698	895	192		<b>3'519</b>	<b>452'837</b>	7.77
<b>TeG<sup>4</sup></b>	417	22	3	79	86	<sup>4</sup>	356	510	131		<b>1'604</b>	<b>228'875</b>	7.01
<b>SH</b>	131	12	1	40	36	37	92	280	23		<b>652</b>	<b>73'392</b>	8.88
<b>AI</b>	27	2	2	16	10	0	18	56	7		<b>138</b>	<b>14'618</b>	9.44
<b>AR</b>	134	7	0	34	22	28	64	168	40		<b>497</b>	<b>53'504</b>	9.29
<b>ZH</b>	2'543	119	0	510	337	150	3'255	1'657	438		<b>9'009</b>	<b>1'247'906</b>	7.22
<b>AG</b>	1'026	44	4	299	294	157	505	836	623		<b>3'788</b>	<b>547'493</b>	6.92
<b>SO</b>	556	12	1	184	117	173	370	587	232		<b>2'232</b>	<b>244'341</b>	9.13
<b>BL<sup>5</sup></b>									169		<b>0</b>	<b>259'374</b>	0.00
<b>BS<sup>6</sup></b>	83 <sup>6</sup>	29	0	394 <sup>6</sup>	147	17 <sup>6</sup>	270	991 <sup>6</sup>	78		<b>2'009</b>	<b>188'079</b>	10.68
<b>JU</b>	137	13	2	59	12	211	-	208	16		<b>658</b>	<b>68'224</b>	9.64
<b>BE</b>	1'898	113	3	863	439	586	1'711	3'022	319		<b>8'954</b>	<b>957'197</b>	9.35
<b>FR</b>	487	104	12	819	123	-	285	1'135	456	<b>3'421</b>	<b>241'706</b>	14.15	
<b>VS<sup>7</sup></b>	576	228	7	214	61	0	323	280	822	<b>2'511</b>	<b>272'399</b>	9.22	
<b>VD</b>	1'048	92	8	1'295	360	-	1'198	1'670	266	<b>5'937</b>	<b>640'657</b>	9.27	
<b>GE</b>	821	36	-	119	92	38	848	494	44	<b>2'492</b>	<b>413'673</b>	6.02	
<b>NE</b>	436	52	2	422	43	118	2	432	69	<b>1'576</b>	<b>167'949</b>	9.38	
<b>TI</b>	376	20	1	446	556	782	131	535	22	<b>2'869</b>	<b>306'846</b>	9.35	
<b>Total</b>	<b>13'903</b>	<b>1'199</b>	<b>56</b>	<b>6'553</b>	<b>3'220</b>	<b>2'799</b>	<b>10'858</b>	<b>15'342</b>	<b>5'050</b>	<b>0</b>	<b>58'980</b>	<b>7'288'010</b>	8.09

Source: Conférence des autorités cantonales de tutelle

- 1 Pas de statistique cantonale concernant l'art. 393.
- 2 Art. 385<sup>3</sup>: 12
- 3 Art. 298a: 3
- 4 Pas de statistique cantonale concernant l'art. 393.
- 5 Le canton de Bâle Campagne classe les mesures comme suit : 583 tutelles (majeurs et mineurs) – 169 conseils légaux – 1510 curatelles (majeurs et mineurs, concernant les mineurs les curatelles sont classées d'après les art. 147, 308, 309).
- 6 Art. 369 incl. les art. 369 et 385<sup>3</sup> / art. 372 incl. l'art. 385<sup>3</sup> / art. 394 incl. une combinaison de l'art. 393 et 394.
- 7 Art. 385<sup>3</sup>: 184

## Table des matières

1	Partie générale.....	5
1.1	Droit actuel de la tutelle .....	5
1.2	Carences du droit actuel.....	6
1.3	Historique de la réforme.....	7
1.3.1	Travaux préliminaires .....	7
1.3.2	Commission d'experts .....	8
1.3.3	Loi de procédure .....	9
1.4	Eléments essentiels de la révision.....	9
1.4.1	Autodétermination sous la forme de mesures personnelles anticipées .....	9
1.4.2	Renforcement de la solidarité familiale et intervention réduite de l'Etat .....	10
1.4.3	Mesures sur mesure.....	12
1.4.4	Abandon de l'autorité parentale prolongée.....	13
1.4.5	Elimination des stigmatisations .....	14
1.4.6	Amélioration de la protection juridique et suppression des lacunes existant en matière de privation de liberté à des fins d'assistance .....	15
1.4.7	Amélioration de la protection des personnes incapables de discernement résidant dans des homes ou dans des établissements médico-sociaux.....	16
1.4.8	Professionnalisation de la protection de l'enfant et de l'adulte .....	17
1.4.8.1	Organisation en vertu du CC actuel.....	17
1.4.8.2	Autorités cantonales .....	18
1.4.8.3	Lacunes de la réglementation actuelle et propositions de révision .....	18
1.4.9	Intégration de domaines juridiques connexes et amélioration de la systématique du CC .....	19
1.4.9.1	Droit des personnes.....	19
1.4.9.2	Droit de la filiation .....	20
1.4.9.3	Limitation de la protection de l'adulte aux personnes physiques .....	20
2	Partie spéciale: commentaire de l'avant-projet.....	21
2.1	Des mesures personnelles anticipées dans le domaine de la protection de l'adulte.....	21
2.1.1	Remarques préliminaires (cf. également ch. 1.4.1).....	21
2.1.2	Du mandat pour cause d'inaptitude en général .....	21
2.1.3	Du mandat dans le domaine médical .....	26

2.1.4	Des directives anticipées du patient.....	28
2.2	Des mesures prises par l'autorité.....	30
2.2.1	Principes généraux.....	30
2.2.2	Des curatelles.....	32
2.2.2.1	Remarques préliminaires (cf. également ch. 1.4.3) .....	32
2.2.2.2	Des curatelles en général .....	32
2.2.2.3	Des curatelles en particulier .....	35
2.2.2.4	Fin de la curatelle .....	40
2.2.2.5	Du curateur.....	41
2.2.2.6	De l'exercice de la curatelle.....	46
2.2.2.7	Du concours de l'autorité de protection de l'adulte .....	51
2.2.2.8	De la curatelle confiée à des proches.....	56
2.2.2.9	De la fin des fonctions du curateur .....	57
2.2.3	Du placement à des fins d'assistance .....	59
2.3	Des mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement .....	70
2.3.1	Remarques préliminaires (cf. également ch. 1.4.2 et 1.4.7).....	70
2.3.2	De la représentation par le conjoint.....	70
2.3.3	De la représentation dans le domaine médical .....	72
2.3.4	Personne résidant dans un home ou dans un établissement médico-social .....	73
2.4	De l'organisation de la protection de l'adulte, du secret et de la responsabilité.....	78
2.4.1	De l'organisation.....	78
2.4.2	Secret.....	81
2.4.3	De la responsabilité.....	82
2.5	Modifications d'autres dispositions du code civil .....	86
2.5.1	Droit de la personnalité .....	86
2.5.2	Droit de la famille.....	92
2.5.2.1	Du mariage .....	92
2.5.2.2	De l'établissement de la filiation.....	94
2.5.2.3	Autorité domestique, responsabilité du chef de la famille ...	101
2.5.3	Droit des successions. Pacte successoral .....	102
2.5.4	Droits réels .....	104
2.5.5	Titre final .....	104
2.6	Modifications d'autres lois .....	105
2.6.1	Remarques préliminaires .....	105

2.6.2	Code des obligations.....	106
2.6.3	Loi fédérale sur les droits politiques .....	108
2.6.4	Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses à l'étranger .....	108
2.6.5	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).....	108
2.6.6	Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin .....	109
3	Effets de l'avant-projet.....	110
3.1.	Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour la Confédération .....	110
3.2	Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour les cantons .....	110
4	Bases juridiques.....	111
4.1	Constitutionnalité .....	111
4.2	Délégation de compétences législatives .....	111
5	Conseil de l'Europe .....	112
	Annexe .....	113