

LE DOSSIER DU MOIS DE L'ARTIAS

Révision totale du droit de la tutelle: L'avant-projet de révision du code civil mis en consultation

*Dossier préparé par Francis Schroeter, directeur du centre médicosocial de la Ville de Sion,
et Sybille Monney, stagiaire à la tutelle officielle de la Ville de Sion*

Janvier 2004

Avertissement : Le contenu des «dossiers du mois» de l'ARTIAS n'engage que leurs auteurs

1. INTRODUCTION

Que dire d'une loi «d'actualité» datant de 1912? ... qu'elle est dépassée, qu'elle n'est plus à jour? ... qu'une «restauration» lui ferait le plus grand bien? C'est évident. Dans cette optique la révision de l'actuel droit de la tutelle n'en est pas à ses premiers pas. Il est clair que cette mise au goût du jour est plus qu'une nécessité, mais les étapes qui ont abouti à la rédaction et à la mise en consultation de cet avant-projet ont chacune eu leur utilité. Pour faire un bref retour en arrière, commençons par un petit historique:

1.1. HISTORIQUE

Le droit de la tutelle date de 1912 et n'a subi aucune modification à ce jour. C'est seulement en septembre 1962¹ qu'un postulat a été déposé dans l'optique d'une révision de ce droit. En 1995, trois experts² ont déposé un rapport intitulé *A propos de la révision du droit suisse de la tutelle*, qui prenait en considération de nombreuses discussions tenues au sein des milieux spécialisés. Ce dernier a été discuté en septembre 1995 pendant un congrès à Fribourg. Par la suite, ces trois experts ont préparé un premier avant-projet. C'est ce dernier document qui a servi de base à la commission interdisciplinaire d'experts, composée de représentantes et de représentants des milieux doctrinal et jurisprudentiel, nommée en avril 1999. Elle s'est ainsi chargée de peaufiner l'avant-projet, en examinant, sous l'angle législatif, les aspects importants d'une révision totale du droit de la tutelle, mais concernant l'adulte uniquement. Un délai lui a été imparti à la fin de l'année 2000 pour présenter un avant-projet prêt à être mis en consultation. Début 2003 les travaux préparatoires ont été achevés et l'avant-projet a été mis en consultation le 25 juin de la même année. Le terme de la consultation a préalablement été fixé au 15 janvier 2004, il courra finalement jusqu'à mi-mars.

1.2. LES LIGNES DIRECTRICES DE LA REVISION

Madame Ruth Reusser, docteure en droit, directrice suppléante et cheffe de la Division principale du droit privé de l'Office fédéral de la justice, et chargée de la conduite de la commission d'experts pour cette révision, a écrit, dans son article intitulé *Du droit de la tutelle au droit de la protection de l'adulte*:

«Les lignes directrices suivantes ont présidé aux travaux de la commission d'experts:

- *promotion du droit à l'autodétermination;*
- *renforcement de la solidarité familiale;*
- *mesures de l'autorité appropriées au cas concret (mesures sur mesure);*
- *adoption d'une terminologie non stigmatisante;*
- *extension de la protection juridique;*

¹ RDT 18 (1963) 150 ss.

² Il s'agit des professeurs Bernhard Schnyder, Martin Stettler et Christoph Häfeli.

- *amélioration de la protection des personnes incapables de discernement qui vivent dans des institutions;*
- *professionnalisation des autorités et encouragement de la qualité de l'assistance.»* (Revue du droit de tutelle n°5, octobre 2003, p. 183).

Il est encore à souligner que les nouvelles mesures légales devront également tenir compte du principe de la proportionnalité et faire la part des choses entre les besoins et les possibilités des personnes concernées, personnes dites dès lors «à protéger». Le principe de proportionnalité peut être exprimé comme s'agissant d'une mesure aussi efficace que nécessaire; et si plusieurs mesures paraissent être les bonnes, c'est le principe de subsidiarité qui prévaudra: la mesure choisie devra être la plus légère. Ces deux principes sont déjà actuellement des piliers du droit de tutelle.

2. APERÇU DE L'AVANT-PROJET DE LOI

Dans son communiqué aux organisations intéressées, le Département fédéral de justice et police (DFJP) informe que la commission d'experts chargée de procéder à la révision totale du droit de la tutelle a adopté un avant-projet (ci-après désigné AP) de modifications du code civil: protection de l'adulte, droit des personnes et droit de filiation. Par ailleurs, un avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte a été élaboré par l'ancien juge cantonal zurichois Daniel Steck, sur la base de l'art.122 al.1 de la Constitution selon lequel la législation en matière de procédure civile relève de la compétence de la Confédération.

Les buts essentiels de ces deux avant-projets peuvent se résumer comme suit:

2.1. FAVORISER L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE

Il s'agit donc de «*garantir et promouvoir le droit des personnes faibles et nécessitant une aide à s'autodéterminer, tout en leur assurant le soutien nécessaire et en évitant la stigmatisation sociale de leur situation.*» (Communiqué de presse du DFJP, 13.04.1999).

ou, autrement dit de:

«*favoriser l'autodétermination des personnes affectées d'un état de faiblesse et tributaires d'une assistance.*» (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

2.2. RENFORCEMENT DE LA SOLIDARITE FAMILIALE ET PRIVILEGES ACCORDES AUX PROCHES

Par ces deux notions, l'AP tend à décharger l'Etat dans le sens où l'intervention d'une institution de curatelle par l'autorité de protection de l'adulte n'interviendra qu'en dernier recours après le conjoint, ou le partenaire enregistré, les proches parents, ascendants ou descendants, ou ceux qui sont le plus en relation avec la personne concernée. De cette manière, il tente d'adapter le droit à la réalité juridique rencontrée au quotidien dans la pratique, en donnant expressément aux proches des pouvoirs particuliers.

«Le nouveau droit de la protection de l'adulte prend en considération le besoin qu'ont les proches de la personne incapable de discernement de pouvoir prendre eux-mêmes certaines décisions, sans formalités excessives. La solidarité au sein de la famille s'en trouvera renforcée, ce qui permettra à l'autorité de ne pas instituer systématiquement une curatelle. Les proches seront habilités à consentir à des soins médicaux au nom de la personne incapable de discernement, pour autant qu'il n'existe pas de mandat pour cause d'inaptitude ou de directives anticipées suffisamment précises. En outre, l'avant-projet accorde au conjoint (et, dans un avenir proche, au partenaire enregistré) de la personne incapable de discernement le droit d'ouvrir le courrier, d'assurer l'administration ordinaire des revenus et du patrimoine et de prendre toutes les mesures nécessaires à l'entretien courant. Le placement sous autorité parentale d'enfants majeurs interdits sera remplacé par un certain nombre de privilèges pour les père et mère qui sont nommés curateurs de leur enfant. Ils seront, en particulier, dispensés de remettre un inventaire et d'établir des rapports et des comptes périodiques. Ces mêmes privilèges seront désormais octroyés également au conjoint (et, dans un proche avenir, au partenaire enregistré). En outre, lorsque la curatelle est confiée au partenaire, à un descendant, à un frère ou à une sœur, l'autorité pourra, si les circonstances le justifient, les dispenser de certaines obligations.» (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

2.3. UNE TERMINOLOGIE NON STIGMATISANTE

Il s'agit d'un grand changement annoncé de longue date et attendu avec intérêt, qui a tenté de supprimer les termes stigmatisants de «faiblesse d'esprit», «maladie mentale», «inconduite», «prodigalité», «mauvaise gestion», «interdiction», «tutelle», «mise sous tutelle» et «pupille». On parlera désormais de «personne à protéger» et les différentes mesures n'auront plus que la dénomination de «curatelle» en commun. Ainsi, il n'y aura donc plus que des «curateurs» à la place des anciens tuteurs, conseils légaux et autres curateurs. Mais ne va-t-on pas ainsi aussi en direction d'une stigmatisation pour les personnes concernées? Dans le sens où, même si le terme de «curateur» garde toute la signification de son origine latine, où curare signifiait gérer... il finira bien par être marginalisant lui aussi, puisque ce n'est pas le terme mais plutôt la signification qu'on lui porte qui lui donne toute sa force, bénéfique comme néfaste... comme pour la tutelle, ayant elle aussi de nobles origines (tueri signifiant protéger), et dont le temps a néanmoins réussi à en ternir l'image... ?! L'avenir nous le dira. Mais pour l'instant cet effort est non négligeable et prévoit d'éliminer les discriminations. Dans cette même optique, la publication de l'institution des mesures est abandonnée; ce qui soulève également bon nombre de questions, quant à l'application concrète et aux améliorations ou, au contraire, aux désavantages que cela pourra apporter.

2.4. LA PROTECTION DES PERSONNES INCAPABLES DE DISCERNEMENT VIVANT EN INSTITUTION

Afin de renforcer la protection des personnes incapables de discernement vivant en institution, l'AP prévoit:

«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 devront assujettir à surveillance les homes et les établissements médico-sociaux qui accueillent des personnes incapables de discernement.» (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

Ces trois thèmes permettront dans la pratique d'uniformiser la réglementation tant au niveau du droit privé que du droit public, ce qui n'était pas encore le cas jusqu'à présent.³

La relation juridique prévue entre le résident et l'institution comble une lacune en droit fédéral. Il n'existe pas aujourd'hui de pouvoir de représentation accordé à un proche, personne la plus fréquemment impliquée dans ces situations, car le cas où le résident est au bénéfice d'une mesure tutélaire est très rare. Par cette innovation, le rôle de l'Etat ne sera que subsidiaire et laissera ainsi la tâche de gérer la sphère privée au domaine privé. Le contrat d'assistance aura la fonction de détailler les prestations fournies par l'institution, permettra l'expression des vœux de la personne concernée et aura la forme écrite pour une meilleure transparence, comme moyen de preuve.

Les mesures de contention ont aujourd'hui des définitions bien différentes selon les cantons, et les solutions envisagées sont tout aussi hétéroclites. Dans l'AP, le sens large est retenu; par contre, aucune mention de la contention chimique n'est évoquée, il faudra ainsi s'en référer au représentant en matière médicale. À propos des conditions et des recours possibles, les explications sont claires. La mesure de contention doit être levée dès que possible, et sa justification doit être évaluée et réévaluée à intervalles réguliers.

Finalement la surveillance des institutions par les cantons servira autant à déceler les manquements dans la protection des personnes vivant en institution, qu'à relever les points positifs et les améliorations apportées à la prise en charge de ces personnes. Il s'agira donc plus d'une «évaluation» que d'une stricte surveillance.

2.5. INNOVATIONS POUR LES PLACEMENTS A DES FINS D'ASSISTANCE

À nouveau, dans ce chapitre, le but principal est de combler les lacunes actuelles en créant des bases juridiques uniformes⁴, mais il est à souligner que l'actuelle privation de liberté à des fins d'assistance ne date que de 1978, et donc qu'il n'y a pas de bouleversement flagrant:

«La réglementation prévue en ce qui concerne le placement à des fins d'assistance renforce la protection juridique et comble les lacunes du droit actuel. Elle limite, en particulier, la compétence du médecin d'ordonner un placement et consacre au

³ voir à ce sujet l'article d'Audrey Leuba et Céline Tritten (octobre 2003), *La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution*, paru dans la Revue du droit de tutelle n°5, pages 284-298.

⁴ voir à ce propos l'article de Bernard Abrecht (octobre 2003), *Les conditions du placement à des fins d'assistance*, paru dans la Revue du droit de tutelle n°5, pages 338-346.

niveau de la loi des règles de procédure importantes. Elle introduit, en outre, le droit de faire appel à une personne de confiance et l'obligation pour l'autorité de procéder à des contrôles périodiques aux fins de déterminer s'il se justifie ou non de maintenir la mesure. La décision de l'autorité qui ordonne un placement devra mentionner s'il s'agit d'un placement à des fins d'assistance ou de traitement d'un trouble psychique ou encore d'un placement à des fins d'expertise.» (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

Mais il est à relever également que la terminologie adoptée dans l'AP permet un élargissement du champ d'application de la loi, le terme de «maladie mentale» étant remplacé par la notion de «troubles psychiques» plus étendue et incluant aussi les dépendances, par exemple; le terme de «faiblesse d'esprit» tombé en désuétude, est remplacé par la notion de «déficience mentale».

Une remarque est à faire tout de même concernant l'idée d'une «institution appropriée» pour accueillir les personnes concernées. L'AP reste très vague à ce sujet, ce qui provoque des questionnements pratiques à grande échelle.

Concernant le placement à des fins d'expertise, il a été introduit principalement dans le but d'un examen médical ambulatoire. Et il n'est possible qu'aux fins d'établir s'il est nécessaire d'ordonner un placement d'assistance ou de traitement, et en aucun cas en vue d'instituer une autre mesure de protection de l'adulte.

2.6. UNE PROFESSIONNALISATION DES MEMBRES DES AUTORITES DE PROTECTION DE L'ADULTE

Actuellement, chaque canton règle à sa manière l'organisation de ses autorités tutélaires. Pour illustrer les différences, en Suisse romande particulièrement, les disparités entre les cantons sont flagrantes, par exemple: le Valais connaît des autorités tutélaires communales (les Chambres pupillaires). Dans les cantons de Vaud et Fribourg ce sont des juges de paix regroupant plusieurs communes (les cercles de Justice de Paix) qui font office d'autorité tutélaire. A Neuchâtel, il s'agit du Tribunal de district et à Genève, le Tribunal tutélaire, section du Tribunal cantonal. Dans ces deux derniers cas, ce sont des juges professionnels qui président l'autorité tutélaire.

Par cet AP, une professionnalisation complète de l'autorité de protection de l'adulte (et de l'enfant) est envisagée. Le but en est un accroissement de ses compétences et un élargissement de son cahier des charges. En effet, cela lui permettra dès lors de prendre beaucoup plus de décisions pour le compte des «personnes à protéger», ou, du moins de consentir aux choix du curateur. À ce sujet, et pour répondre à une demande écrite d'éclaircissement du canton de Neuchâtel quant à la participation financière de la Confédération vis-à-vis des cantons, celle-ci s'est empressée de répondre clairement et simplement qu'elle n'entrerait pas en matière. La grande question sera donc de savoir comment les cantons - ou les communes - feront face à cette demande de changement, et l'investissement financier important qu'il nécessitera. Car il ne s'agit pas simplement de trouver des personnes qualifiées professionnellement pour entrer de suite en fonction, mais bien d'encourager les formations, initiales comme continues; de promouvoir la collaboration

interdisciplinaire et de concentrer les tâches de cette autorité de protection auprès d'un tribunal spécialisé. C'est toute une modification des structures actuelles, dans différentes mesures suivant les cantons, qui va devoir se faire. Ce qui prendra du temps, et nécessairement de l'argent.

2.7. DES MESURES SUR MESURE

Actuellement, trois mesures principales sont différenciées, par ordre croissant d'importance: la curatelle, le conseil légal et la tutelle. Dans les trois cas, le travail de la personne chargée du mandat sera principalement de gérer les affaires courantes, les biens mobiliers ou immobiliers, ainsi que de fournir une aide et une assistance personnelle à la personne sous mandat.

La première conséquence d'une mesure tutélaire est l'effet de priver la pupille de ses droits civils, à certains degrés suivant la mesure. Cela peut l'empêcher, notamment, de produire des effets juridiques à chacun de ses actes (passer des contrats de bail, ou d'assurances, ouvrir un compte en banque, faire un emprunt, hypothéquer des biens, se marier, acheter, vendre, louer, agir en justice, changer de domicile, etc...) sans l'autorisation de la personne chargée du mandat, voire dans les restrictions les plus sévères, sans l'accord de l'autorité tutélaire. Néanmoins, cela ne veut pas dire que cette personne est privée de ses droits civiques - ou politiques -, ce qui n'est le cas que dans l'institution de la mesure de l'article 369 du CCS, c'est-à-dire d'une tutelle en cas de maladie mentale. Pour une vision plus globale du droit actuel, voici un aperçu de ces trois mesures que sont la curatelle, le conseil légal et la tutelle:

La curatelle est une mesure de protection limitée, instituée en vue d'affaires déterminées ou pour une gestion de biens (voir l'art.367 al.2 CCS). Par ordre croissant d'importance, on trouve:

- la curatelle de représentation (art.392 CCS), al.1 pour cause de maladie, d'absence ou d'autres causes semblables, al.2 lorsque les intérêts de la personne sont en opposition avec ceux du représentant légal ou al.3 lorsque le représentant légal est empêché;
- la curatelle combinée (art.392 et 393 CCS);
- la curatelle de gestion (art.393 CCS), al.1 pour absence, al.3 pour des droits de succession, al.4 pour l'organisation d'une corporation ou d'une fondation ou al.5 pour l'emploi de fonds recueillis pour une œuvre de bienfaisance ou d'utilité générale;
- la curatelle volontaire (art.394 CCS).

Le conseil légal, qui est une tutelle atténuée, impose à la personne assistée la coopération d'un organe de protection et/ou la limite pour certains actes énumérés aux alinéas 1 et 2 de l'article 395 CCS, qui ne touchent que la gestion des biens et des affaires, tout en lui laissant la libre disposition de ses revenus. Ici, seuls les intérêts matériels sont en jeu. La personne mandatée n'a pas l'obligation de s'occuper de la personne du pupille. En classement:

- le conseil légal volontaire (art.394 CCS);
- le conseil légal coopérant (art.395 al.1 CCS);
- le conseil légal gérant (art.395 al.2 CCS);
- le conseil légal combiné (art.395 al.1 et 2 CCS).

La tutelle offre la protection la plus complète, en ce sens que le tuteur prend soin de la personne assistée, la représente dans les actes civils et administre ses biens (voir l'art.367 al.1); ainsi, la personne sous tutelle est limitée dans toute la gestion de ses affaires et même dans sa situation personnelle, compte tenu du fait qu'elle a été jugée inapte à ces tâches, voire, dans certains cas «incapable de discernement». Elle est ainsi placée sous la protection d'un tiers. Protection pour elle-même, mais également pour la famille, l'entourage et parfois des intérêts de tiers. Par ordre croissant d'importance:

- la tutelle volontaire (art.372 CCS);
- les diverses tutelles:
 - pour maladie mentale ou faiblesse d'esprit (art.369 CCS);
 - pour prodigalité, ivrognerie, inconduite ou mauvaise gestion (art.370 CCS);
 - pour condamnation pour un an ou plus à une peine privative de la liberté (art.371 CCS).

L'AP a drainé ces mesures pour en simplifier la compréhension et l'application. De cette manière, il se veut plus accessible et clair, car:

«Les mesures tutélaires actuelles qui doivent être instituées par l'autorité ne permettent pas de prendre suffisamment en compte le principe de la proportionnalité. L'avant-projet prévoit donc de les remplacer par une seule et unique mesure: la curatelle. Celle-ci sera instituée lorsqu'une personne n'est plus à même d'assurer la sauvegarde de ses intérêts et que l'appui qui lui est fourni par des proches ou par des services privés ou publics ne suffit plus. À l'avenir donc, l'autorité n'ordonnera plus une mesure standard mais une mesure adaptée au cas particulier, afin de limiter l'assistance étatique au strict nécessaire. L'avant-projet prévoit quatre sortes de curatelles, qui sont une forme modernisée des mesures prises actuellement par l'autorité.» (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

Ces quatre «nouvelles» sortes de curatelles sont, par ordre croissant d'importance:

- **La curatelle d'accompagnement** (art.380 AP)

Est instituée lorsque la personne ayant besoin d'aide doit être accompagnée et assistée pour accomplir certains actes. Elle ne limite pas l'exercice des droits civils. Elle n'a pas de correspondant dans le droit actuel et est donc une nouveauté.

- **La curatelle de représentation** (art.381 et 382 AP)

Est instituée lorsque la personne ne peut accomplir certains actes et doit de ce fait être représentée. Dans ce cas, l'autorité de protection peut limiter l'exercice des droits civils de la personne en conséquence et cette dernière est liée par les actes du curateur. Si la curatelle de représentation comprend la gestion du patrimoine, elle détermine les biens sur lesquels portent les pouvoirs du curateur: tout ou partie du revenu (salaire, rente AI, indemnité de chômage, rente AVS ou 2^{ème} pilier, intérêts de placements, etc...) ou de la fortune (titres bancaires, épargne, propriétés mobilières ou immobilières, etc...) ou de l'ensemble du patrimoine. Cette nouvelle mesure est proche de la curatelle des art.392 et 393 du CCS actuel.

- **La curatelle de coopération** (art.383 AP)

Est instituée lorsque, pour sauvegarder les intérêts d'une personne, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes au consentement du curateur, et l'exercice de

ses droits civils est limité en conséquence de plein droit. Par exemple: vente d'une propriété immobilière ou un placement bancaire. Cette mesure est proche du conseil légal coopérant de l'art.395 al.1 du CCS actuel.

- **La curatelle de portée générale** (art.384 AP)

Couvre tous les domaines de l'assistance personnelle et de la gestion du patrimoine. Elle est instituée si la personne a un besoin d'aide particulièrement prononcé, en raison, notamment, d'une incapacité durable de discernement. Elle prive de plein droit l'exercice des droits civils de la personne concernée. Cette curatelle correspond pratiquement à la tutelle des art.369-370-371 et 372 du CCS actuel.

En ce qui concerne la personne du curateur et l'exercice de ses fonctions dans l'AP, on peut relever un certain nombre de points qui représentent des modifications ou des améliorations par rapport au droit actuel:

Art.386 AP.

Le curateur doit posséder les aptitudes et les connaissances adaptées aux tâches prévues et disposer du temps nécessaire à l'accomplissement de ses fonctions. Sous réserve de justes motifs, la personne nommée par l'autorité de protection de l'adulte a l'obligation d'accepter la curatelle. Il n'existera ainsi plus de distinction entre hommes et femmes comme dans le droit actuel.

Art.387 AP.

Une personne exerçant la fonction de curateur à titre privé, un collaborateur d'un service social privé ou public ou une personne exerçant la fonction de curateur à titre professionnel (tuteur général ou tuteur officiel), tous peuvent être chargés d'une curatelle. Relevons que le nouveau droit cite expressément les professionnels, contrairement au droit actuel.

Art.388 AP.

La personne sous curatelle peut proposer elle-même une personne de confiance, ainsi qu'un proche à la fonction de curateur. Dans ce cas, l'autorité de protection doit prendre en compte ses vœux et désigner la personne proposée sauf objection majeure.

Art.390 AP.

Une opposition peut être faite dans les dix jours dès la communication de la nomination du curateur. Elle n'a pas d'effet suspensif - indication importante, car très controversée et non spécifiée dans le droit actuel - sauf décision dans ce sens par l'autorité de protection.

Art.392 AP.

La rémunération et les frais du curateur sont supportés en principe par les collectivités publiques. Ils peuvent être mis pour tout ou partie à charge de la personne sous curatelle si sa situation financière le permet.

Art.394 AP.

Le curateur établit une relation de confiance avec la personne sous curatelle, sauvegarde ses intérêts et tient compte, dans la mesure du possible, de son avis et respecte sa volonté d'organiser son existence comme elle l'entend.

Art.397 AP.

Le curateur met des montants appropriés à la libre disposition de la personne sous curatelle spontanément ou à sa demande. En cas de désaccord, c'est l'autorité de protection qui tranchera.

Art.402 AP.

Tous les deux ans au moins, le curateur rend un rapport d'activité à l'autorité de protection. La personne sous curatelle est, dans la mesure du possible, associée à l'élaboration du rapport et, à sa demande, en reçoit une copie.

Art.404 et 405 AP.

Un certain nombre d'actes nécessitent le consentement de l'autorité de protection de l'adulte, comme dans le droit actuel.

Art.411 AP.

Le curateur peut demander d'être libéré de ses fonctions au plus tôt après quatre ans, et ce, pour éviter des changements trop préjudiciables à la personne sous curatelle. Il peut être libéré néanmoins au préalable pour de justes motifs.

Art.443 AP.

L'autorité de protection de l'adulte est un tribunal interdisciplinaire. Elle est également l'autorité de protection de l'enfant. Le for et la procédure sont régis par la loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

Art.446 AP.

Les cantons veillent à ce qu'il existe des structures assurant la formation initiale et continue des membres des autorités et des personnes chargées de l'exécution des mesures de protection, et qu'il existe un nombre suffisant de curateurs professionnels ou de collaborateurs de services sociaux privés ou publics ayant la formation adéquate.

Art.447 AP.

Les cantons encouragent la collaboration des organes publics et privés 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.

Art.449 AP.

Lorsqu'une curatelle de représentation comportant une gestion de biens entraîne une limitation de l'exercice des droits civils de la personne sous curatelle, cette limitation doit être communiquée aux débiteurs, qui ne peuvent alors se libérer valablement qu'en mains du curateur; l'existence de la mesure ne peut être opposée aux débiteurs de bonne foi qui n'en ont pas été informés. La publication au Bulletin Officiel des mesures de curatelle a été supprimée dans l'AP.

Pour les autres dispositions, prière de se référer au texte de loi sous:
<http://www.bj.admin.ch> ou <http://www.ofj.admin.ch/themen/vormund/intro-f.htm>

Par ces changements, la commission d'experts veut mettre en avant le fait de garantir le bien-être des personnes ayant besoin d'aide en tenant compte de la dignité humaine et en respectant les libertés et les droits fondamentaux.

3. NOUVEAUTÉS ANNONCÉES PAR L'AVANT-PROJET DE LOI

Trois principales nouveautés ont été pensées dans le but de favoriser l'autonomie de la personne concernée en lui permettant de prendre des «mesures anticipées»:

- *«le 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.»* (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

Ce mandat a pour but de préciser et de délimiter les compétences du mandataire, qu'elles soient du domaine de l'assistance personnelle ou de la gestion du patrimoine. De cette manière, la personne peut décider autant des tâches qu'elle souhaite voir être accomplies par le mandataire, tout comme ce qu'elle ne veut en aucun cas qui lui soit possible de faire. Ce mandat devra avoir la forme écrite et être reconnu authentique ou enregistré par un procès-verbal à l'office désigné par le canton. Il peut prendre fin en tout temps et a une durée de validité maximale de dix ans mais qui peut être renouvelée.

Lors de la constatation d'une incapacité de discernement chez une personne, il reviendra à l'autorité de protection de se renseigner sur l'existence d'un tel mandat afin de le mettre en vigueur. S'il s'avère incomplet, il lui reviendra également de le compléter et d'instituer ainsi une collaboration entre le mandataire et le curateur désigné.

- *«le mandat dans le domaine médical qui permet à une personne de donner à une personne physique la compétence de consentir en son nom à un traitement médical si elle devenait incapable de discernement.»* (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

Cette innovation au niveau fédéral existe aujourd'hui déjà dans certains cantons, c'est donc un effort d'unification à souligner. Ce mandat particulier ne permet qu'à une personne physique d'être mandatée. Il doit simplement être de nature écrite. Le droit de consentir ainsi que le droit de refuser un traitement médical sont ses seules bases. Sa validité est également de dix ans, renouvelable.

- *«et les 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.»* (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

Ces dernières ont la possibilité d'être combinées avec l'un ou l'autre ou les deux mandats précédents. Les directives sont soumises à la forme écrite et ne sont pas

limitées dans le temps. Elles ne sont pas enregistrées auprès d'un office cantonal ou fédéral, il revient donc à la personne concernée de faire en sorte de les rendre connues avant la survenue d'une incapacité de discernement. Toutefois, pour être reconnues valables, ces directives doivent être assez précises, on ne doit pas douter qu'elles ne correspondent plus à la volonté de la personne et l'on ne doit pas douter non plus qu'elles ne soient pas issues de la libre expression de cette même personne.

4. REVISION EN PARALLELE DE LA LOI REGISSANT LA PROCEDURE

«Le DFJP met simultanément en consultation l'avant-projet de révision du code civil et un avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte. Ce dernier améliorera la protection juridique. Au surplus, il permettra d'éliminer du code civil les dispositions sur le for et la procédure.» (Communiqué de presse du DFJP, 26.06.2003).

Nous n'entrerons pas dans les détails de cet avant-projet de loi fédérale. Les grandes lignes de l'avant-projet sont les suivantes:

- une organisation judiciaire: un tribunal interdisciplinaire unique comme autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.
- une compétence à raison du lieu (for) et à raison de la matière régie de manière exhaustive.
- les dispositions de l'AP applicables tant devant l'autorité de protection que devant l'autorité de surveillance, contenant pour l'essentiel des principes de procédure découlant du droit constitutionnel ou reprenant les normes y relatives (par exemple: le droit d'être entendu, etc...).
- des procédures de recours uniformes: elles doivent être simples, claires et aisément compréhensibles.
- la terminologie reprise de l'AP: le terme d'autorité tutélaire a été remplacé par celui d'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. On ne parle plus de «pupille» mais de personne sous curatelle, ayant besoin d'aide ou « à protéger».

Pour le solde des dispositions, se référer au texte de loi sous:

<http://www.bj.admin.ch> ou <http://www.ofj.admin.ch/themen/vormund/intro-f.htm>

5. COMPTE-RENDU DES TROIS JOURNEES D'ETUDE DE L'ASTO⁵ ET DU GRASTO⁶

C'est en date des 27 et 28 novembre 2003 qu'ont eu lieu les deux journées d'étude de l'ASTO à Bâle, suivies le 11 décembre par la journée du GRASTO à Fribourg.

Alors que les journées de Bâle ont principalement réuni des professionnels de la justice et des spécialistes du droit suisse, tuteurs généraux, juristes, la rencontre romande a quant à elle regroupé des professionnels du terrain, tuteurs et tutrices au quotidien. En comparaison, à Bâle, les thèmes abordés ont beaucoup plus été axés sur le choix des termes juridiques ou généraux, alors qu'à Fribourg c'est la mise en pratique concrète qui a nécessité le plus de remises en question au niveau des disparités intercantionales actuelles. Quoi qu'il en soit les conclusions ont été similaires à peu de choses près:

- l'accueil de l'avant-projet de loi a été positif,
- quelques détails au niveau du vocabulaire juridique sont à régler,
- des remarques pertinentes et constructives ont été amenées lors de ces trois journées et leurs organisateurs ont pu en prendre note.

Au niveau des grandes améliorations par rapport au droit de tutelle actuel:

- la professionnalisation des autorités de protection de l'adulte pour un meilleur travail en collaboration avec les curateurs, tous deux devenant ainsi de réels partenaires,
- un regroupement de l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant,
- une procédure mieux réglementée et des rôles mieux établis et répartis,
- un choix de mesures sur mesure de manière à être beaucoup plus précis et concret en fonction de la situation personnelle et individuelle,
- l'uniformisation au niveau fédéral,
- une volonté de respecter la personne à tous les niveaux, et ajoutant une dimension éthique au droit suisse,

Mais quelques points négatifs sont aussi à relever:

- à qui reviendra le prix du changement, de la mise à jour: à la Confédération, aux cantons ou aux communes?
- est-ce que le choix d'une curatelle de portée générale ne sera pas la solution de simplicité choisie en tout temps, sans trop se poser de questions?
- comment gérer le paradoxe de vouloir donner plus d'importance à la famille, tout en soulignant l'importance et la nécessité de la professionnalisation?
- si les mesures doivent être du «sur mesure», est-ce qu'elles ne devront pas être adaptées tous les six mois pour rester en rapport avec la réalité du quotidien des personnes concernées?
- en promouvant autant l'interdisciplinarité et en incluant toujours plus la famille au sens large dans les décisions à prendre, est-ce que l'on ne tend pas à une multiplication inutile et dangereuse des intervenants?

⁵ Association Suisse des Tuteurs et Tutrices Officiel-le-s.

⁶ Groupement Romand et Tessinois de l'ASTO.

6. CONCLUSION PROVISOIRE

L'avant-projet de loi sur la protection de l'enfant et de l'adulte représente indéniablement un progrès dans le traitement de la protection et de la représentation des enfants et des adultes.

Il a le mérite d'uniformiser des pratiques sur l'ensemble du territoire suisse, de mettre l'accent sur la dignité, et la reconnaissance des droits de la personne. Il permet de professionnaliser les autorités chargées d'appliquer ce droit qui reste très proche des réalités familiales, sociales et quotidiennes des individus. Il favorise une liberté d'appréciation importante des situations requérant l'intervention de l'autorité de protection pour aider et protéger les personnes déficientes et déstabilisées dans une société de plus en plus contraignante et complexe.

Il offre surtout la possibilité d'aider et d'agir sans restreindre, ou le moins possible, les droits des personnes concernées. Au contraire, il est un instrument qui devrait accentuer, favoriser une prise en charge positive, dynamique, axée surtout sur les capacités de réinsertion des personnes, sans stigmatisation et sans les mettre au ban de la société civile. Il est dans ce sens un outil qui permet aux différents services publics et privés d'agir dans un cadre légal, avec une certaine garantie du respect des libertés individuelles.

Pour ces raisons, toutes les personnes oeuvrant dans le domaine social doivent se sentir concernées et interpellées par cet instrument mis à leur disposition, lorsque la collaboration et la bonne volonté des personnes aidées n'est plus suffisante, pour assurer la protection de leurs intérêts et ceux de la collectivité.

BIBLIOGRAPHIE

6.1. INTRODUCTION

Communiqué de presse du Département fédéral de justice et police (DFJP) du 13.04.1999, à lire sous :

<http://www.ofj.admin.ch/themen/vormund/i-com-f.htm>

Communiqué de presse du Département fédéral de justice et police (DFJP) du 26.06.2003, à lire sous :

<http://www.ofj.admin.ch/themen/vormund/vn-com-f.htm>

Article de Ruth Reusser (octobre 2003), *Du droit de la tutelle au droit de la protection de l'adulte*, paru dans la Revue du droit de tutelle n°5, pages 182-184.

6.2. APERÇU DE L'AVANT-PROJET DE LOI

Texte de l'avant-projet à télécharger à l'adresse suivante, en cliquant sur «avant-projet», ainsi que sur «rapport explicatif»:

<http://www.ofj.admin.ch/themen/vormund/intro-f.htm> ou <http://www.bj.admin.ch>

Article d'Audrey Leuba et Céline Tritten (octobre 2003), *La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution*, paru dans la Revue du droit de tutelle n°5, pages 284-298.

Article de Bernard Abrecht (octobre 2003), *Les conditions du placement à des fins d'assistance*, paru dans la Revue du droit de tutelle n°5, pages 338-346.

6.3. NOUVEAUTE ANNONCEES PAR L'AVANT-PROJET DE LOI

Article de Philippe Meier (octobre 2003), *L'avant-projet de révision du droit de la tutelle – Présentation générale*, paru dans la Revue du droit de tutelle n°5, pages 207-226.

Article de Suzette Sandoz (octobre 2003), *Directives anticipées et représentant thérapeutique: droit fédéral et droit vaudois*, paru dans la Revue du droit de tutelle n°5, pages 280-283.

6.4. REVISION DE LA LOI REGISSANT LA PROCEDURE

Texte de l'avant-projet à télécharger à l'adresse suivante, en cliquant sur «rapport et avant-projet» :

<http://www.ofj.admin.ch/themen/vormund/intro-f.htm> ou <http://www.bj.admin.ch>