

A PROPOS DE LA REVISION DU DROIT SUISSE DE LA TUTELLE

**RAPPORT DU GROUPE D'EXPERTS
MANDATE PAR L'OFFICE FEDERAL DE
LA JUSTICE EN VUE DE LA REVISION DU
DROIT DE LA TUTELLE**

**Version abrégée en langue française
du rapport principal rédigé en langue allemande**

TABLE DES MATIERES

A. <u>INTRODUCTION</u>	1
B. <u>L'EVOLUTION DES LEGISLATIONS ETRANGERES</u>	4
1. La législation allemande	5
<i>1.1. L'instauration de la mesure</i>	5
1.1.1. Le cadre légal de la mesure d'assistance	5
1.1.2. Les conditions d'application de la mesure	6
1.1.3. Les conséquences juridiques de la désignation d'un assistant	7
1.1.4. La capacité de l'assisté subordonnée à l'exigence du consentement de l'assistant	7
1.1.5. Le cas particulier de l'intervention médicale	8
1.1.6. Le cas particulier du placement entraînant une privation de liberté	8
<i>1.2. La désignation de la personne de l'assistant</i>	9
1.2.1. Les divers types d'assistants	9
1.2.2. Le poids des propositions faites par l'intéressé	10
1.2.3. L'obligation d'accepter un mandat d'assistance	10
1.2.4. Statut, missions et responsabilité de l'assistant	11
2. La législation autrichienne	11
<i>2.1. Le mandat (die Sachwalterschaft)</i>	12
2.1.1. Les causes et les objectifs du mandat	12
2.1.2. La nature, l'étendue et les effets de la mesure	12
2.1.3. Le choix du mandataire	12
2.1.4. Les droits et les devoirs du mandataire	13
<i>2.2. Le placement des malades psychiques (die Unterbringung psychisch Kranker)</i>	13
2.2.1. Les conditions matérielles du placement	13
2.2.2. Placement à la demande de l'intéressé	13
2.2.3. Placement non volontaire	14
2.2.4. La défense des intérêts du patient	14
2.2.5. Le déroulement du placement	14

II

3. La législation belge	15
3.1. Les mesures classiques	15
3.1.1. L'interdiction judiciaire	15
3.1.2. La mise sous conseil judiciaire	15
3.1.3. La minorité prolongée	16
3.1.4. L'interdiction légale	16
3.2. La protection des biens par la désignation d'un administrateur provisoire	16
3.3. La protection des malades mentaux	17
3.3.1. Le traitement en milieu hospitalier	17
3.3.2. Les soins en milieu familial	17
4. La législation française	18
4.1. Les mesures particulières de protection	18
4.1.1. La sauvegarde de justice	19
4.1.2. La tutelle	19
4.1.3. La curatelle	20
4.2. Les mesures générales de protection	21
4.2.1. La sauvegarde du logement et des meubles de la personne protégée	21
4.2.2. Protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux	22
4.2.3. Accueil par des particuliers, à leur domicile, à titre onéreux, de personnes âgées ou handicapées adultes	23
5. La législation suédoise	23
<u>C. LES PROPOSITIONS RELATIVES A LA REFORME DU DROIT SUISSE</u>	25
1. Les thèses	25
1.1. La situation initiale	25
1.1.1. En général	25
1.1.2. En particulier	26
1.2. L'objet de la révision	28
1.2.1. En général	28
1.2.2. En particulier	29

III

1.3. Le tableau des références	34
1.4. Les objectifs de la réforme	37
1.5. La structure générale de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte	38
1.5.1. De la terminologie	38
1.5.2. Les mesures/Aperçu	39
1.5.3. Les principes généraux	40
1.5.4. Organisation des services et des autorités chargés de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte	41
1.5.5. A propos de la procédure	44
1.5.6. La responsabilité	46
1.6. L'exécution des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte	49
1.6.1. Les éléments de base	49
1.6.2. L'assistance personnelle	54
1.6.3. L'assistance qualifiée	55
1.6.3.1. En général	55
1.6.3.2. Gestion légale	56
1.6.3.3. Coopération et représentation légale	58
1.6.3.4. Affaires prohibées et actes de peu d'importance	59
1.6.4. Organisation et procédure	60
1.6.5. L'assistant(e)	63
1.6.6. Les activités des autorités	65
1.7. Le placement	67
1.7.1. En général	67
1.7.2. La privation de liberté à des fins d'assistance	68
1.7.3. La sauvegarde des intérêts de la personne à l'intérieur de l'institution	70
1.8. La révision d'autres domaines juridiques	76
1.8.1. Le droit de la capacité civile	76
1.8.2. La tutelle des mineurs	80
1.8.3. La protection de la personnalité des personnes incapables de discernement	83
1.8.4. Le droit de la représentation volontaire	85
D. ARTICULATION ENVISAGEABLE DU FUTUR DROIT	87
E. PROJETS DE LOI SECTORIELS OU PARTIELS	89

A. INTRODUCTION

En septembre 1993, l'Office fédéral de la justice a désigné un groupe d'experts en vue de la préparation de la révision du droit suisse de la tutelle. Ce groupe est constitué de BERNHARD SCHNYDER, professeur à l'Université de Fribourg (président), MARTIN STETTLER, professeur à l'Université de Genève et CHRISTOPH HÄFELI, Rektor HFS Zentralschweiz, Höhere Fachschule im Sozialbereich, Luzern.

En septembre 1993, le groupe d'experts s'est vu confier le mandat suivant: « Elaboration de lignes directrices et d'un catalogue de thèses accompagnées d'un rapport explicatif, en vue de la réforme complète du droit suisse de la tutelle, en tenant compte de l'évolution du droit en Europe. Il s'agit en particulier de mettre le doigt sur les principales lacunes du droit en vigueur, de définir les besoins auxquels doit répondre un droit de la tutelle adapté à la société actuelle, de proposer un éventail de mesures de protection et d'assistance permettant de répondre à ces besoins et de déterminer le cadre de l'organisation nécessaire pour assurer l'exécution d'un droit de la tutelle modernisé ». Ce mandat a été réactualisé par l'Office fédéral de la justice en mars 1995 dans le sens suivant: « Etablissement d'un catalogue de thèses (éventuellement d'un avant-projet de loi) accompagné d'un rapport explicatif »; pour le surplus, le mandat est resté inchangé.

Depuis septembre 1993, les trois experts ont rédigé quelque cinquante documents de travail sur la base desquels le groupe a conduit sa réflexion et a élaboré ses propositions (trois papiers ont été élaborés par des assistants de l'Université de Fribourg, Messieurs YVO BIDERBOST et MARKUS HABLÜTZEL). Ces deux collaborateurs du titulaire de la chaire de droit privé suisse (CCS) de la Faculté de droit ont par ailleurs assuré la rédaction des procès-verbaux.

L'Institut suisse de droit comparé a réuni une précieuse documentation concernant l'évolution du droit de la tutelle à l'étranger. L'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg a fourni aux experts un inventaire des dispositions cantonales concernant la privation de liberté à des fins d'assistance et le traitement forcé.

Le groupe d'experts fut en contact permanent avec Mme Ruth Reusser, Vice-Directrice suppléante, et M. Thomas Sutter, Dr en droit, responsable du projet de révision du droit de la famille à l'Office fédéral de la justice.

Ont été consultés par rapport à des questions spécifiques ou des secteurs particuliers, les experts suivants:

- le professeur EUGEN BUCHER (pour le droit de la capacité civile)
- les professeurs ASMUS FINZEN et MARCO BORGHI (pour la privation de liberté à des fins d'assistance et le traitement forcé)
- le professeur PIERRE TERCIER (pour la curatelle des personnes morales et les questions liées à la responsabilité)
- le professeur OLIVIER GUILLOD (pour la protection de la personnalité des personnes incapables de discernement)

- le professeur JÖRG SCHMID (pour la gestion d'affaires)
- le professeur DIETER SCHWAB (pour le « Betreuungsrecht » allemand)
- le professeur THOMAS GEISER et M. FRANK SCHÜRMANN, Dr en droit (pour la Convention européenne des droits de l'homme)
- M. THOMAS JÄGGI, Dr en droit (pour la curatelle de gestion de fonds recueillis publiquement)
- M. LUZIAN ODERMATT, juriste (avis de droit concernant le traitement forcé).

Le présent rapport est adressé à l'Office fédéral de la justice. Les experts savent particulièrement gré à M. MARKUS HABLÜTZEL, assistant, pour sa participation à la rédaction finale du document principal présenté en langue allemande. En vue de la poursuite des travaux de réforme, l'Office fédéral de la justice entend mettre les résultats de ce rapport en discussion, ceci dans le cadre des journées organisées à Fribourg les 11 et 12 septembre 1995.

Selon le mandat délivré par l'Office fédéral de la justice, le groupe d'experts était chargé d'envisager une réforme complète du droit suisse de la tutelle. Ce droit comprend à la fois les mesures applicables aux adultes et celles qui se rapportent aux mineurs. Il est cependant clairement apparu qu'à ce stade les travaux des experts devaient porter en priorité sur la réforme du droit des adultes. De ce fait, les parties II à IV du rapport principal traitent quasi exclusivement du droit tutélaire des adultes. Il n'en demeure pas moins que ce dernier ne peut être réformé dans ses fondements sans que le droit tutélaire applicable aux mineurs n'en soit aussi touché. Les liens qui existent entre les deux domaines sont abordés dans la partie V du rapport. S'il n'est pas question de modifier de façon substantielle le contenu des dispositions légales régissant la condition des mineurs, il faut se rendre à l'évidence que la réforme du droit des adultes aura nécessairement des incidences sur la place que certaines dispositions occupent dans le texte légal. Aussi, les experts proposent-ils à cet égard des aménagements de nature à faciliter la coordination des deux secteurs.

Le présent document ne constitue ni une traduction complète du rapport principal rédigé en allemand, ni une véritable synthèse. Il se compose des éléments suivants:

- le droit comparé (reproduction in extenso du texte figurant aux pages 5 à 25 du rapport principal)
- chacune des thèses mises en discussion, lesquelles sont accompagnées d'un exposé des motifs plus ou moins synthétique (cf p.26 à 142 du rapport principal pour l'exposé des motifs et p.143 à 153 pour les thèses)
- l'articulation envisageable pour le nouveau droit (cf p.154 et 155 du rapport principal)
- la reprise de certaines thèses sous la forme de projets de loi sectoriels ou partiels (cf p.156 à 160 du rapport principal).

L'essentiel des travaux préparatoires a été fondé sur l'usage et la terminologie de la langue allemande. Les experts étaient parfaitement conscients que la mise en forme des textes en langue française se heurterait à des obstacles parfois difficilement surmontables. Cela tient notamment au fait que la langue française ne connaît pas de terme qui permettrait de rendre de

façon réellement satisfaisante la notion de « Betreuung »; celle-ci se situe à quelque part entre celles de « l'assistance », « la protection » ou « la sauvegarde des intérêts ».

Aussi l'auteur du texte français a-t-il pris une certaine liberté en recourant à des concepts qui ne pourraient pas nécessairement être intégrés dans un texte de loi. C'est au stade de l'élaboration de celui-ci qu'il conviendra de mettre un accent tout particulier sur la terminologie, certaines concessions de l'allemand au profit du français n'étant pas non plus à exclure.

Si le catalogue des thèses a été repris in extenso, l'exposé des motifs qui les accompagne est nécessairement fragmentaire. Le travail sera d'autant plus imparfait que la mission a dû être accomplie dans un très bref délai.

B. L'EVOLUTION DES LEGISLATIONS ETRANGERES

Au cours des quinze dernières années, les réformes du droit tutélaire des adultes se sont multipliées dans les Etats d'Europe occidentale. C'est certainement la valorisation des exigences du principe de la proportionnalité qui en constitue le principal point commun. Les notions de subsidiarité, de nécessité, d'adéquation et de complémentarité de la mesure tutélaire sont l'expression des divers accents par lesquels les législateurs entendent privilégier tel ou tel aspect de l'individualisation de toute forme de protection ou de représentation.

Certains pays ont renoncé au catalogue traditionnel des mesures, soit en particulier à l'interdiction, la protection et la représentation de l'adulte étant régies par une mesure unique dont les contours peuvent être adaptés aux besoins propres à chaque cas particulier. Les exemples les plus souvent cités sont ceux de l'Autriche qui a opté pour l'institution de la « Sachwalterschaft » (mandat) et de l'Allemagne qui a introduit celle de la « Betreuung » (protection/assistance). Ces deux législations mettent l'accent sur l'assistance personnelle.

Les réformes opérées dans les pays francophones ne sont pas allées jusqu'à faire table rase du passé. C'est ainsi que l'institution de l'interdiction existe toujours en Belgique et en France, les statistiques démontrant toutefois que les autorités y ont de moins en moins recours. Dans ces deux Etats, l'on s'est avant tout inquiété de la sécurité des biens des personnes incapables de gérer leur patrimoine et de la protection des malades mentaux contre les internements arbitraires.

Il faut enfin faire état des pays qui ont renoncé à la mesure de l'interdiction tout en prévoyant des instruments de protection différenciés selon l'état de dépendance de la personne. C'est ainsi que le droit suédois distingue le curateur (god man) et l'administrateur (förvaltare) dont la désignation dépend du degré de l'incapacité de gérer ses propres affaires.

Au regard du respect des droits de la personnalité et des fondements politico-philosophiques, la législation allemande constitue manifestement un modèle très attrayant. Il se justifie donc d'accorder une certaine place à l'examen des caractéristiques principales de cette réforme. Cette illustration sera complétée par un bref aperçu des législations autrichienne, belge, française et suédoise.

Les informations fournies se limitent en principe au droit matériel. La référence à telle ou telle règle de procédure retenue par une législation étrangère doit être réservée aux développements accompagnant les propositions de lege ferenda faites par rapport au droit suisse. Vu la place disponible et la spécificité du droit formel de chaque pays, il n'est pas possible d'en présenter une synthèse dans le présent cadre.

1. La législation allemande

Le commentaire du professeur Werner Bienwald « Betreuungsrecht » constitue manifestement l'ouvrage de référence par excellence de cette nouvelle législation en vigueur depuis le 1.1.1992. Alors que la première édition fut épuisée en un temps record, la seconde, parue en 1994, prend en compte non seulement le matériel considérable réuni tout au long des travaux préparatoires, mais encore la doctrine abondante et la jurisprudence publiées au cours des 18 premiers mois d'application des nouvelles dispositions (cf Kommentar zum BtG/BtBG, Bielefeld 1994, Schriftumverzeichnis, p.XXV à LIV).

La nouvelle loi sur l'assistance des adultes a réellement pris forme à l'occasion des délibérations de la 57ème journée allemande des juristes consacrée en 1988 au thème: « Empfiehlt es sich das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen ? » La dynamique de la révision s'est articulée autour des axes suivants:

- le souci de personnaliser l'action figure au centre des objectifs de la réforme: « Zielsetzung des Betreuungsrechts ist es, von einer in der Vergangenheit häufig kritisierten blossen Verwaltung und Fremdbestimmtheit des Fürsorgebedürftigen Abstand zu nehmen und vielmehr Hilfe in Form einer Partnerschaft, orientiert am Mass der Fürsorgebedürftigkeit, zu erreichen » (Peters B., Die Betreuung Volljähriger, Bayreuth 1992, p.56);
- l'élimination de tout ce qui peut contribuer à la dévalorisation de la personne fut aussi l'un des moteurs du changement radical des structures de protection de l'adulte: « Der Reform geht es um Beseitigung von diskriminierenden und stigmatisierenden Regelungen, um die Aufwertung und Ernstnahme des Behinderten als Person und Mitbürger und - als Ausfluss des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsgebots - um die Begrenzung beschränkender Drittfürsorge auf das tatsächlich erforderliche Ausmass » (Coester M., Von anonymer Verwaltung zu persönlicher Betreuung, Jura 1991, p.3);
- une simplification des procédures et de l'organisation des structures s'imposait tout naturellement dans la réalisation de prises en charge mieux individualisées: « Ein hierauf zielender Reformsatz muss schliesslich Hand in Hand gehen mit einer Vereinfachung und Entbürokratisierung der Verfahrens- und Organisationsstrukturen » (Coester M., op.cit., p.3).

1.1. L'instauration de la mesure

1.1.1. Le cadre légal de la mesure d'assistance

Ce sont les § 1896 et 1902 BGB-BtG qui fixent les conditions matérielles applicables à la désignation de l'assistant (der Betreuer) et qui confèrent à celui-ci le pouvoir juridique de représenter valablement la personne assistée (der Betreute). Toutes les autres dispositions légales qui se rapportent à la mesure, soit les § 1897 à 1908i BGB-BtG, ne visent que l'aménagement et l'articulation des moyens mis en oeuvre pour la réalisation des objectifs fixés par le cadre légal précité.

1.1.2. Les conditions d'application de la mesure

En vertu du § 1896, al.1 et 2 BGB-BtG, la désignation d'un assistant ne peut intervenir qu'aux conditions suivantes:

- la personne qui a besoin d'aide est atteinte d'une maladie psychique ou d'un handicap physique, intellectuel ou mental;
- en raison de la maladie ou du handicap, l'intéressé est partiellement ou entièrement privé de la faculté de s'occuper de ses affaires;
- celui qui a besoin de l'assistance est majeur (sous réserve du cas prévu au § 1908a).

Lorsque le besoin d'assistance ne repose que sur un handicap physique, la mesure ne peut être ordonnée qu'à la demande de l'intéressé, à moins qu'il ne soit privé de la faculté d'exprimer sa volonté. Dans les autres cas, l'assistance peut être volontaire ou ordonnée d'office.

La notion de *maladie psychique* recouvre tout d'abord les psychoses endogènes qui entraînent des troubles mentaux sans lien avec des atteintes physiques du cerveau. En font notamment partie la schizophrénie et les affections maniaco-dépressives. Mais la maladie psychique comprend aussi les psychoses exogènes, c'est-à-dire les troubles mentaux découlant d'affections et de lésions du cerveau. Enfin, le législateur allemand intègre dans le concept toutes les formes de dépendance portant atteinte à la santé, telles que l'alcoolisme, l'abus de stupéfiants ou de médicaments, ainsi que d'autres états semblables.

La notion de *handicap intellectuel*(*geistige Behinderung*) se réfère aux carences de l'intelligence qui remontent à la naissance ou à la petite enfance, alors que celle de *handicap mental*(*seelische Behinderung*) recouvre les divers états de régression qui interviennent en cours d'existence. Ces derniers peuvent provenir aussi bien d'affections psychiques que de déficiences dues à l'âge, lesquelles sont souvent qualifiées de démence sénile. Compte tenu de l'évolution de la courbe démographique, l'on assiste à une augmentation substantielle de la part que représentent les handicaps liés à l'âge.

L'incapacité de s'occuper de ses propres affaires doit découler de la maladie psychique ou du handicap. Elle concerne aussi bien la sphère personnelle que le domaine patrimonial, la perte de l'autonomie pouvant être le résultat non seulement d'une incapacité juridique(*rechtliche Unvermögen*), mais également d'une incapacité de fait(*tatsächliches Unvermögen*).

Vu que la nécessité de la mesure ne concerne souvent qu'un ou plusieurs secteurs déterminés de la sphère personnelle ou patrimoniale de la personne atteinte dans son autonomie, la législation allemande prévoit expressément que la désignation d'un assistant ne peut se rapporter qu'à un éventail de missions spécifiques: « Das Gericht hat den Aufgabenkreis des Betreuers so zu bemessen, dass er nicht Angelegenheiten erfasst, die die/der Betreute selbst besorgen kann » (Bienwald W., op.cit. § 1896 no 198). Cela n'empêche nullement le tribunal de confier à l'assistant une mission de représentation générale (*Betreuung für alle Angelegenheiten*) lorsque la personne concernée est entièrement dépendante de l'action de la collectivité publique. La sphère des droits strictement personnels demeure néanmoins toujours exclue: « Für die Besorgung durch einen Betreuer kommen höchstpersönliche Angelegenheiten nicht in Betracht » (Bienwald W., op.cit. § 1896 no 224).

La désignation d'un assistant ne répond pas à l'exigence de la nécessité aussi longtemps que la sauvegarde des intérêts de la personne peut tout aussi bien être assurée par des formes d'aide qui n'impliquent pas la désignation d'un représentant légal. Tel est notamment le cas lorsque les affaires peuvent être réglées en totalité ou en partie sur la base de procurations: « Die Betreuerbestellung kommt immer dann nicht in Betracht, wenn und soweit eine Vollmacht besteht oder erteilt werden kann und die Angelegenheit, die zu besorgen ist, durch die Vollmacht erfasst wird » (Bienwald W., op.cit. § 1896 no 118).

1.1.3. Les conséquences juridiques de la désignation d'un assistant

Par rapport au champ de son intervention, l'assistant devient le représentant légal de l'assisté. La capacité civile de ce dernier ne s'en trouve toutefois pas limitée: « Die Geschäftsfähigkeit und damit die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten bleibt durch die Betreuerbestellung jedoch unberührt » (Peters B., op.cit. p.83). Le fait que tant le représentant légal que l'assisté capable de discernement aient la capacité d'agir (Doppelzuständigkeit) ne va pas sans soulever certaines difficultés. C'est ainsi qu'il faut décider de la valeur de chaque engagement en cas de collision résultant des actions concurrentes, hypothèse dans laquelle la doctrine paraît opter pour le principe de la priorité temporelle: « Bei rechtlich kollidierenden Rechtsgeschäften (z.B. Verfügungen über dieselbe Sache) gilt das Prinzip der zeitlichen Priorität » (Schwab D., Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992, p.504). Le même auteur considère que l'assisté peut délivrer lui-même des procurations à l'assistant pour le représenter dans les domaines qui ne font pas partie du champ pour lequel il a été institué par l'autorité.

Par rapport à toute une série d'actes, le pouvoir de représentation de l'assistant est subordonné à la délivrance du consentement préalable ou de l'approbation de l'autorité. La loi fait ici largement référence à ce qui vaut pour le tuteur d'un mineur(cf le renvoi du § 1908i BGB-BtG).

1.1.4. La capacité de l'assisté subordonnée à l'exigence du consentement de l'assistant

Lorsque les intérêts personnels ou pécuniaires de l'assisté sont sérieusement compromis et que la menace ne peut être écartée d'une autre manière, l'autorité peut subordonner la validité de l'exercice de tout ou partie des droits non strictement personnels à l'exigence du consentement de l'assistant (§ 1903 BGB-BtG). Cette « réserve du consentement » (Einwilligungsvorbehalt) peut être instituée sans qu'il soit fait référence à un diagnostic médical particulier, la question de savoir si l'intéressé dispose ou non de la « capacité de contracter » n'étant pas non plus déterminante pour juger de la nécessité de la mesure. Celle-ci ne peut être justifiée par les intérêts de tiers, quand bien même il s'agirait de créanciers qui auraient intérêt à la conservation d'un patrimoine accessible à une procédure de saisie. La prodigalité n'est relevante que si elle met en danger des intérêts propres.

Par rapport aux actes dont la validité est subordonnée à l'exigence du consentement de l'assistant, l'assisté jouit d'une capacité restreinte: « Insofern führt er(der Einwilligungsvorbehalt) faktisch zu einer dem deutschen Recht bisher unbekannten partiellen beschränkten Geschäftsfähigkeit » (Taupitz J., Von der entrechtenden Bevormundung zur helfenden Betreuung: Das neue Betreuungsgesetz, JuS 1992, p.12). Toujours dans les mêmes limites, l'assisté est privé de la capacité d'ester en justice.

1.1.5. Le cas particulier de l'intervention médicale

Les § 1904 et 1905 BGB-BtG ne concernent que les personnes soumises à une mesure d'assistance qui ne disposent plus des facultés nécessaires pour consentir ou s'opposer elles-mêmes à une intervention déterminée. L'assistant peut consentir seul aux actes médicaux qui ne représentent pas de danger pour l'assisté; sous réserve de l'urgence, l'approbation du tribunal de tutelle est nécessaire lorsque l'intervention expose l'assisté au risque de la mort ou d'un dommage important et durable à sa santé.

La stérilisation fait l'objet d'une réglementation spécifique particulièrement stricte. Celle de mineurs est exclue, de même que celle de majeurs qui ont exprimé un refus alors qu'ils étaient encore en état de se déterminer. Dans les autres cas, la stérilisation ne peut être effectuée qu'avec le consentement d'un assistant désigné spécialement à cet effet et moyennant l'approbation du tribunal de tutelle dont la décision doit être fondée sur une expertise. La délivrance du consentement de l'assistant n'est possible que si l'assisté est durablement privé de la faculté de se prononcer et si les risques liés à une grossesse répondent aux exigences légales particulières.

1.1.6. Le cas particulier du placement entraînant une privation de liberté

Le placement qui ne porte atteinte à la liberté de la personne est régi par le § 190l BGB-BtG, disposition selon laquelle l'intérêt et les désirs exprimés par la personne concernée sont les critères déterminants. Lorsque le placement s'accompagne d'une privation de liberté, il ne peut être ordonné contre le gré de l'assisté que dans les deux hypothèses suivantes:

- l'assisté risque de se donner la mort ou d'attenter gravement à sa santé en raison d'une maladie psychique ou d'un handicap intellectuel ou mental;
- un examen de l'état de santé, un traitement curatif ou une opération ne peuvent être exécutés sans un placement dont l'assisté ne peut saisir lui-même la nécessité en raison d'une maladie psychique ou d'un handicap intellectuel ou mental.

Selon Coester, l'état d'abandon ne suffit pas à justifier un placement privatif de liberté: « Blosser Verwahrlosung etwa bei Drogenabhängigen oder Altersdementen (Vermüllungssyndrom) genügt nicht, als gesetzlicher Vertreter hat der Betreuer die (im Konfliktfall durch Einwilligungsvorbehalt zu verstärkende) Macht, eine Zwangsreinigung als milderer Mittel zu veranlassen »(Jura, op.cit., p.9).

Le placement est régulièrement précédé de la désignation d'un assistant. Sous réserve de l'urgence, il n'est autorisé qu'après approbation par le tribunal de tutelle. Selon Coeppicus, le constat de « l'état d'incapacité » constituerait un préalable nécessaire à l'approbation de la décision de placement: « Voraussetzung für die Gestattung der Unterbringung ist also die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit. (...) Wer einsichtsfähig ist, möchte auch nicht, dass ein Betreuer bestellt wird, der für ihn entscheidet, ob er untergebracht wird oder nicht. Darin müsste er den Verlust seines Selbstbestimmungsrechts sehen »(Die Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung, das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen und ihr Wohl, FamRZ 1992, p.751).

Les exigences qui précèdent valent aussi pour l'assisté qui séjourne dans un établissement, un foyer ou une autre institution sans y avoir été formellement placé, mais dont la liberté d'action est entravée de façon régulière ou pour des durées prolongées par des dispositifs mécaniques, l'administration de médicaments ou de toute autre manière. Selon la doctrine dominante, l'on ne peut toutefois parler de privation de liberté au sens du § 1906 BGB-BtG lorsque la personne y consent d'une manière suffisamment reconnaissable bien qu'elle ne dispose plus d'une capacité pleine et entière.

L'on précisera enfin que la nouvelle législation n'a pas mis fin aux placements qui peuvent être ordonnés sur la base des dispositions de droit public propres aux différents « Länder ». Cette réserve concerne en particulier les privations de liberté découlant des législations régissant le placement des malades psychiques et des toxicomanes (à ce sujet, l'on se référera notamment au Commentaire Saage/Göppinger, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 3. Auflage, München 1994, Die Ländergesetze zur Unterbringung psychisch Kranker und süchtiger Menschen, p.182 à 355).

1.2. La désignation de la personne de l'assistant

Le législateur envisage en priorité la désignation d'une personne physique (§ 1897 BGB-BtG). Celle-ci doit être en mesure de s'occuper des affaires de l'assisté dans le cadre défini et de lui fournir l'assistance personnelle requise. La personne concernée peut formuler des propositions quant au choix de l'assistant, ceci même avant l'introduction de toute procédure. La doctrine parle ici tantôt de « Betreuungsverfügung » et tantôt de « Altenverfügung » ou « Altentestament », l'expression de vœux concernant avant tout les personnes âgées.

La désignation d'une association ou d'une autorité ne reste possible que dans les cas extrêmes pour lesquels l'assistance assumée par une ou plusieurs personnes physiques ne suffit pas à la sauvegarde des intérêts de la personne concernée.

1.2.1. Les divers types d'assistants

L'assistant unique

La doctrine distingue:

- les assistants qui exercent la fonction à titre privé (private Einzelbetreuer);
- les assistants qui sont les collaborateurs d'une association (Vereinsbetreuer = Bedienstete eines Betreuungsvereins);
- les assistants qui sont engagés par une autorité (Behördenbetreuer = Angestellter oder Beamter).

Les assistants « privés » peuvent être des professionnels rétribués (Berufsbetreuer), des personnes qui assument la fonction à titre accessoire mais indemnisées en raison du montant de la fortune de l'assisté ou de l'étendue des tâches confiées (Betreuer mit Vergütung, die nicht Berufsbetreuer sind) ou encore des particuliers qui interviennent à titre bénévole (Ehrenamtliche Betreuer).

L'assistant complémentaire ou de remplacement

Lorsque l'assistant unique ne peut agir en raison d'un conflit virtuel ou réel d'intérêts, il doit être doublé d'un assistant complémentaire(Ergänzungsbetreuer) qui agira à sa place.

L'assistant de remplacement(Ersatzbetreuer) peut être désigné, soit pour relayer celui qui est empêché, soit pour exercer tout ou partie des tâches de l'assistant principal (Hauptbetreuer) que celui-ci lui délègue.

Le « contre-assistant »

Ce n'est qu'au dernier stade de la réforme que fut introduit ce « Gegenbetreuer » en référence au modèle du « Gegenvormund ». Cette mesure qui consiste à confier le contrôle de l'activité de l'assistant principal à un autre assistant désigné à ses côtés serait avant tout envisagée pour le cas où l'assisté dispose d'un patrimoine relativement important.

La coassistance

Deux ou plusieurs assistants oeuvrent en commun ou selon les attributions que l'autorité confère à chacun d'eux. Lorsque la coassistance se traduit par un partage précis des missions et des compétences(geteilte Mitbetreuung), la mesure se confond pratiquement avec celle de l'assistance complémentaire(Ergänzungsbetreuung). Ce partage des attributions est parfois imposé par la loi, ce qui est notamment le cas de l'assistant désigné en vue d'une procédure de stérilisation.

1.2.2. Le poids des propositions faites par l'intéressé

Le nouveau droit prend très largement en compte la volonté exprimée par l'intéressé, laquelle l'emporte en principe sur d'autres considérations à moins qu'elle ne soit manifestement contraire à son intérêt bien compris. Le fait que la personne proposée soit elle-même sous assistance, son désintérêt prévisible pour la fonction, l'inaptitude ou encore le caractère préjudiciable d'une relation de dépendance, voilà quelques-uns des motifs qui amèneront l'autorité à conclure que la proposition est contraire aux intérêts de son auteur. La loi exclut expressément la désignation d'une personne qui a des liens étroits avec l'institution dans laquelle habite ou a été placé celui ou celle qui fait l'objet d'une procédure d'assistance.

Lorsque l'intéressé ne fait pas de proposition, le choix de l'assistant s'opère en tenant compte des relations familiales et personnelles du futur assisté, en particulier des rapports qui le lient à ses parents, à ses enfants et à son conjoint, ainsi que des risques de conflits d'intérêts.

1.2.3. L'obligation d'accepter un mandat d'assistance

La personne retenue par le tribunal de la tutelle en qualité d'assistant a en principe l'obligation d'accepter la charge, même si elle n'est pas de nationalité allemande. Celle qui est pressentie ne peut toutefois être désignée formellement qu'après enregistrement de son accord. Le refus n'entraîne pas de sanction contrairement à l'ancien droit qui prévoyait un « Zwangsgeld ».

1.2.4. Statut, missions et responsabilité de l'assistant

Le droit allemand connaît une réglementation assez complexe liée aux différences de statut qui existent selon que l'assistant intervient « à son propre compte » ou en qualité de collaborateur professionnel d'une association (Vereinsbetreuer) ou d'une autorité (Behördenbetreuer). La question de la rémunération semble soulever des difficultés non négligeables. Dans la doctrine, l'on s'interroge sur la capacité des structures sociales existantes de répondre aux exigences élevées de l'assistance personnelle si l'on tient compte du fait que la majorité des mandats sont censés être confiés à des bénévoles.

S'agissant des missions de l'assistant, elles sont taillées à la mesure des besoins de chaque assisté. Au niveau des dénominateurs communs, il faut mentionner l'obligation de l'assistant de consulter l'assisté avant de procéder à des actes importants, d'établir des rapports concernant les relations personnelles qu'il entretient avec son entourage et de favoriser dans toute la mesure du possible sa réintégration sociale.

En matière de responsabilité, un certain flou découle du fait que le pouvoir de représentation légale conféré à l'assistant ne prive pas l'assisté de l'exercice des droits civils. La violation du devoir de diligence de l'assistant entraîne une obligation de réparation du dommage fondée sur les dispositions générales du code (§ 249ss BGB). Contrairement à ce que pourraient laisser croire les textes légaux, les associations ou les autorités répondent aussi des fautes commises par leurs auxiliaires dans l'exécution des mandats d'assistance qui leur sont confiés.

L'on signalera enfin que le statut, les missions et la responsabilité de l'assistant sont régis à de nombreux égards par le renvoi opéré par le § 1908i BGB-BtG à une application par analogie de toute une série de dispositions concernant la tutelle des mineurs. Cette option du législateur se heurte à certaines critiques (cf notamment Bienwald W., op.cit., § 1908i BGB-BtG no 4).

2. La législation autrichienne

L'incapacité et la protection des majeurs sont aujourd'hui régis pour l'essentiel par les deux lois fédérales suivantes:

- das Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für Behinderte Personen, entrée en vigueur le 1.7.1984 (à ce sujet, cf notamment l'ouvrage de Gschnitzer F. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Wien 1992, p.247 à 262);
- das Bundesgesetz über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz), entrée en vigueur le 1.1.1991 (à ce sujet, cf notamment Kopetzki C., Unterbringungsgesetz, Eine systematische Darstellung des Bundesgesetzes über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten, Verein für Sachwalterschaft und Patienten-anwaltschaft, Nachrichten aus dem Rechtsreferat, Wien 1991).

L'institution de la « Sachwalterschaft » (mandat) s'est substituée à celle de la « Entmündigung » (interdiction). Par voie de conséquence, le « Vormund » (tuteur) a été remplacé par le « Sachwalter » (mandataire, avoué).

2.1. *Le mandat (die Sachwalterschaft)*

2.1.1. Les causes et les objectifs du mandat

La maladie psychique et le handicap mental sont les seules causes retenues par le législateur. La prodigalité, ainsi que l'abus chronique d'alcool ou d'autres stupéfiants, constituent des états qui, selon la doctrine, doivent être absorbés au travers d'une interprétation raisonnable des notions de maladie psychique et de handicap mental. Il en irait de même du handicap physique dont les effets ne seraient pas toujours très éloignés de ceux du handicap mental.

La désignation d'un mandataire présuppose que la personne souffrant d'une maladie psychique ou d'un handicap mental n'est pas ou plus en mesure de s'occuper de tout ou partie de ses affaires sans s'exposer au risque de subir un préjudice. La mesure ne peut être justifiée par le seul souci de protéger les intérêts de tiers. Mais à l'inverse, la loi n'exclut nullement que son principal effet s'opère au profit de tiers, tels que le conjoint ou les enfants.

2.1.2. La nature, l'étendue et les effets de la mesure

Le manque d'adaptation au besoin concret de protection fut l'un des principaux griefs adressés à la mesure d'interdiction. Aussi, le législateur autrichien a-t-il opté pour une solution beaucoup plus différenciée qui permet de cibler l'intervention en limitant les attributions du mandataire à ce qui est réellement requis dans chaque cas particulier au regard des exigences découlant du principe de la proportionnalité et plus particulièrement encore du sous-principe de la subsidiarité.

Le degré d'incapacité des personnes placées sous mandat dépend ainsi de l'étendue de la mesure. Lorsque la maladie psychique ou le handicap mental suffisait à priver la personne de l'exercice des droits civils, la mesure n'a qu'un effet déclaratif. Par rapport aux personnes capables de discernement, la mesure a pour effet de subordonner la validité de leurs actes à l'exigence du consentement du mandataire. Tant que celui-ci ne l'a pas délivré, l'acte demeure imparfait, c'est-à-dire susceptible de ratification. Ce pouvoir de ratification reste exclu pour les actes de l'incapable de discernement, même dans le cas où ils ne pourraient procurer que des avantages à la personne atteinte dans ses facultés mentales. L'institution de la « Sachwalterschaft » reste ainsi une proche parente de l'interdiction, telle que la connaît la législation suisse, le tribunal ayant toutefois le pouvoir de décider, qu'à l'intérieur même du champ d'action du mandataire, la personne protégée conserve une pleine capacité dans un ou plusieurs secteurs déterminés.

La capacité matrimoniale de la personne sous mandat est déterminée par son état mental et par le cadre de la mesure de protection; c'est ainsi que le mariage ne peut être subordonné au consentement du mandataire désigné à la seule fin d'assurer la vente d'une propriété. Quant à la capacité de tester, elle est en principe limitée aux déclarations faites oralement devant le tribunal ou le notaire.

2.1.3. Le choix du mandataire

Le choix tient compte de la nature des affaires dont le mandataire doit s'occuper et des besoins de la personne empêchée d'agir elle-même; dans la règle, il doit s'agir d'un proche. La

loi fait aussi référence à l'accompagnement par des professionnels, l'accent étant mis plutôt sur les connaissances juridiques que sur la formation socio-pédagogique. L'exercice de la mesure peut aussi être confié à un mandataire désigné par une association (Vereinssachwalter); la formation et l'encadrement de ce dernier ont fait l'objet d'une loi spéciale qui régit également le statut de l'avocat d'un patient (en vigueur depuis le 1.1.1991). Selon les travaux préparatoires, l'institution de l'association se prêterait particulièrement bien pour assurer la formation et l'encadrement des mandataires. Les attentes ont été trop optimistes puisque seul le 10% des mandats seraient assurés par un « Vereinssachwalter », 20% des mesures étant confiées à des représentants des professions juridiques et 70% à des proches. Conformément à ce qui est fréquemment le cas, la réalisation des objectifs de la réforme s'est heurtée à l'insuffisance des moyens matériels disponibles.

2.1.4. Les droits et les devoirs du mandataire

Les droits et les devoirs du mandataire sont en principe les mêmes que ceux du tuteur d'une personne mineure. Ce renvoi très général soulève toutefois des problèmes assez délicats, compte tenu du fait que la condition de l'adulte sous mandat ne peut sans autre être assimilée à celle d'un mineur sous tutelle.

La loi met l'accent sur l'appui personnel, en particulier sur l'assistance médicale et sociale. La représentation légale est subordonnée à l'approbation du tribunal pour certains actes énumérés par le texte légal et, de manière générale, pour toute affaire importante.

2.2. Le placement des malades psychiques (die Unterbringung psychisch Kranker)

La législation en vigueur depuis 1991 régit l'admission et le séjour des malades psychiques dans les établissements hospitaliers et les subdivisions psychiatriques, ceci dans la mesure où les patients subissent des restrictions involontaires dans l'exercice de leur liberté de mouvement ou par rapport à d'autres droits.

2.2.1. Les conditions matérielles du placement

Selon le §3 UbG, la personne concernée doit être atteinte d'une maladie psychique. Celle-ci ne peut justifier le placement que dans la mesure où elle constitue une menace sérieuse et importante, soit pour sa vie ou sa santé propres, soit pour la vie ou la santé d'autrui (Selbst- oder Fremdgefährdung). L'application de la mesure présuppose par ailleurs que l'aide médicale et l'assistance ne peuvent être apportées d'une autre manière, soit en particulier hors de l'établissement (Subsidiaritätsgrundsatz). L'exigence posée par la loi à propos de la gravité de la menace (ernstlich und erheblich) repose sur le principe de la proportionnalité.

2.2.2. Placement à la demande de l'intéressé

Cette forme de placement (Unterbringung auf Verlangen) ne doit pas être confondue avec l'admission dans une subdivision ouverte d'un établissement psychiatrique qui ne comporte pas de restriction de la liberté de mouvement (Aufnahme in den offenen Bereich einer psychiatrischen Anstalt ohne Beschränkungen der Bewegungsfreiheit).

Le placement à la demande de l'intéressé se caractérise par les éléments suivants:

- une requête volontaire, révocable en tout temps, formulée avant l'admission;
- un examen médical d'admission concluant à l'existence d'une maladie psychique et d'une menace répondant aux exigences du §3 UbG(cf supra, ch.2.2.1.);
- une limitation absolue de la durée du placement;
- la désignation d'un avocat chargé de conseiller et de représenter le patient à sa demande (Patientenanwalt);
- des restrictions dans la liberté de mouvement et les rapports avec le monde extérieur, identiques à celles que subit la personne placée contre son gré;
- le contrôle judiciaire, sur requête de l'intéressé, des restrictions de la liberté personnelle et des traitements médicaux auxquels il est soumis.

2.2.3. Placement non volontaire

Il y a placement non volontaire (Unterbringung ohne Verlangen) chaque fois qu'il est effectué sans ou contre la volonté du patient(zwangswise Unterbringung).

La mesure est soumise aux exigences des principes suivants:

- intervention d'un médecin officiel (Polizeiarzt), sous réserve des placements d'urgence par des organes de sécurité ou de la transformation d'un placement demandé par l'intéressé en un placement maintenu contre son gré;
- examen médical d'admission dans l'établissement;
- désignation d'un avocat chargé de représenter le patient dès son admission;
- orientation, par le responsable de l'établissement, de l'avocat et du tribunal sur la nature du placement;
- engagement d'office d'une procédure judiciaire destinée à statuer sur le bien-fondé du placement.

2.2.4. La défense des intérêts du patient

L'institution de la « Patientenanwaltschaft » constitue l'un des piliers de la nouvelle législation sur le placement. L'avocat du patient représente celui-ci dans la procédure judiciaire; mais de façon plus générale, il assure la défense de l'ensemble des intérêts du malade. L'intervention de l'avocat ne limite en rien l'exercice des droits civils du patient qui conserve par ailleurs la faculté de désigner lui-même un représentant dont l'action se substituera à celle de l'avocat. L'institutionnalisation de l'avocat du patient vise aussi à assurer l'autonomie du représentant à l'égard de l'établissement médical et des services officiels chargés de la protection des adultes.

2.2.5. Le déroulement du placement

La loi contient des dispositions spécifiques concernant:

- les limitations de la liberté de mouvement;
- les relations avec le monde extérieur;
- le traitement médical effectué avec ou sans le consentement du patient;
- le droit du patient de consulter le dossier médical.

3. La législation belge

L'incapacité et la protection des majeurs sont aujourd'hui régies pour l'essentiel par:

- la loi du 26.6.1990 sur la protection des malades mentaux(entrée en vigueur le 27.7.1991);
- la loi du 18.7.1991 sur la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables de les gérer en raison de leur état physique ou mental(entrée en vigueur le 28.7.1991).

Ces deux lois, qui se complètent l'une et l'autre sans toutefois recouvrir le même champ d'application, n'ont cependant pas mis fin aux mesures classiques, dont l'origine remonte en partie au Code civil de 1804. La plupart de celles-ci sont néanmoins reléguées à l'arrière-plan, non seulement en raison de la lourdeur de la procédure qui préside à l'application de certaines d'entre elles, mais encore parce qu'elles se trouvent en porte-à-faux avec l'esprit de la réforme. L'interdiction et la mise sous conseil judiciaire seraient même sur le point de tomber en désuétude.

L'on observera que toutes les mesures de protection, soit même les plus récentes, font l'objet d'une publicité officielle. Dans le cas de la minorité prolongée, la mesure est même portée sur la carte d'identité de la personne qui en est l'objet.

3.1. Les mesures classiques

3.1.1. L'interdiction judiciaire

La mesure vise le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité ou de démence. Par là, la loi entend une faiblesse d'esprit profonde.

L'interdiction judiciaire conduit à un état d'incapacité totale fondé sur la présomption irréfutable d'absence de discernement. Sous réserve de certaines particularités, l'interdit judiciaire est soumis à un régime de représentation comparable à la tutelle du mineur.

Selon la loi de défense sociale, l'interdiction judiciaire cède le pas à une représentation par un administrateur provisoire lorsqu'une personne reconnue en état de démence, de déséquilibre mental grave ou de débilité mentale a commis une infraction qualifiée crime ou délit et qu'elle a de ce fait été internée.

3.1.2. La mise sous conseil judiciaire

Il s'agit d'un régime d'assistance destiné à assurer la protection des faibles d'esprit, d'une part, et des prodigues, de l'autre. Selon la jurisprudence, « les personnes dites faibles d'esprit sont celles dont les facultés mentales sont affaiblies, soit par un manque initial de développement intellectuel(débilité), soit par une dégénérescence due à l'âge(sénilité) ou à la maladie, en telle manière que, sans se trouver dans un état d'absence complet de discernement, elles ne soient pas en état de gérer seules leurs affaires sans danger »(cf Cour de cassation du 2.2.1976). Les prodigues sont des personnes qui, sans être à proprement parler frappées d'insanité d'esprit, font un usage disproportionné et anormal de leur patrimoine. La prodigalité suppose la dissipation du capital(et non seulement des revenus) par des dépenses injustifiées.

La personne sous conseil judiciaire est frappée d'un état d'incapacité spéciale selon lequel la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Les actes qui ne peuvent être accomplis sans l'assistance du conseil judiciaire sont énumérés limitativement par la loi. Ce régime se rapproche beaucoup de celui de la curatelle du droit français(cf infra). Tout comme le curateur, le conseil judiciaire n'a pas pour mission de représenter, mais uniquement d'assister.

3.1.3. La minorité prolongée

La mesure a pour but de permettre aux parents d'enfants arriérés mentaux graves de continuer à exercer l'autorité parentale à leur égard après leur majorité. Le législateur entendait ainsi éviter qu'ils n'aient à recourir à l'interdiction judiciaire soumise à une procédure particulièrement lourde.

Contrairement à ce qui est le cas de l'interdiction et de la mise sous conseil judiciaire, le statut de minorité prolongée conserve toute son actualité, ce qui n'a d'ailleurs rien d'étonnant vu que son introduction ne remonte qu'à une vingtaine d'années.

La personne sous statut de minorité prolongée est frappée d'un état d'incapacité totale. Elle est placée sous la représentation légale de ses père et mère qui sont aussi les administrateurs légaux de ses biens, conformément aux règles de l'autorité parentale.

3.1.4. L'interdiction légale

La mesure constitue une sanction accessoire attachée par la loi elle-même à certaines condamnations criminelles frappant des délinquants qui ne sont nullement atteints d'infirmité ou de maladie mentale.

L'incapacité de l'interdit légal est générale, ce qui veut dire qu'il ne peut agir valablement par lui-même que dans les cas particuliers où la loi l'y autorise expressément.

3.2. La protection des biens par la désignation d'un administrateur provisoire

Instaurée par la loi du 18.7.1991, la mesure vise la protection de toute personne majeure rendue incapable, par son état physique ou mental, de gérer ses biens. L'incapacité peut être totale ou partielle, durable ou temporaire.

La désignation d'un administrateur provisoire n'est exclue que dans les cas où la personne est déjà l'objet d'une autre mesure incluant la protection de ses biens(interdiction ou mise sous conseil judiciaire, minorité prolongée, extension des pouvoirs du conjoint, etc.).

L'étendue de l'incapacité résulte de celle de la mission et des pouvoirs confiés à l'administrateur provisoire. Cette incapacité modulée peut ainsi être partielle ou totale. Selon la nature des actes à passer et l'état de la personne protégée, la mesure correspondra à un régime de représentation ou à un régime d'assistance.

La nullité(relative) des actes accomplis par la personne protégée, en violation des pouvoirs conférés à l'administrateur provisoire, vaut non seulement pour ceux qui ont été accomplis après le prononcé du jugement, mais déjà pour ceux qui avaient été effectués entre le jour du dépôt de la requête et celui du jugement. Pour ces derniers, la protection des tiers fait donc totalement défaut, vu que la requête ne peut être objet de publicité.

L'administrateur provisoire sera de préférence le conjoint, un membre de la proche famille ou encore une personne jouissant de la confiance de celui dont les biens doivent être protégés. Selon l'esprit de la loi, la relation de confiance l'emporterait sur les exigences liées à la compétence. La désignation d'un administrateur met fin d'office au mandat conféré antérieurement à un tiers.

La personne désignée pour exercer la mesure a pour mission de gérer « en bon père de famille ». Cette terminologie étonne par son caractère sexiste et désuet. Par rapport à la personne, la mission légale se limite à la remise des sommes périodiques destinées à améliorer son sort.

3.3. La protection des malades mentaux

La loi du 26.6.1990 régit les mesures privatives de liberté liées au traitement en milieu hospitalier fermé, d'une part, et aux soins en milieu familial, d'autre part. A défaut de tout autre traitement approprié, ces mesures sont applicables si le malade mental met gravement en péril sa santé et sa sécurité ou s'il constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité physique d'autrui. La loi précise expressément que l'inadaptation aux valeurs morales, sociales, religieuses, politiques ou autres, ne peut être considérée comme une maladie mentale.

3.3.1. Le traitement en milieu hospitalier

La loi distingue deux étapes:

- *la mise en observation*, destinée à permettre le diagnostic et si possible le traitement dans un délai qui ne peut dépasser quarante jours;
- *le maintien*, d'une durée maximum de deux ans, toute prolongation ou renouvellement étant subordonné à une décision judiciaire.

C'est au juge de paix qu'il appartient de se prononcer sur la légalité de la privation de liberté liée au traitement. Il statue sur la base d'un rapport médical circonstancié datant de moins de 15 jours établi par un médecin neutre. Des règles de procédure très strictes s'appliquent à l'audition du malade dans les 24 heures et à la visite qui doit lui être rendue dans les dix jours.

La loi régit également les conditions et la durée de la postcure en dehors de l'établissement, la fin du placement qui exige une décision motivée du médecin-chef du service et la révision judiciaire de la décision de maintien, à laquelle le juge de paix peut procéder en tout temps, soit d'office, soit à la demande du malade ou de tout intéressé.

3.3.2. Les soins en milieu familial

Les soins en milieu familial, auxquels il faut assimiler ceux qui sont dispensés dans les homes, se substituent au placement en milieu hospitalier aussi longtemps et dès que celui-ci

n'est pas ou plus indispensable. La possibilité d'y recourir ne dépend évidemment pas seulement de l'état du malade, mais aussi et surtout des circonstances familiales.

La mise en observation d'une durée de quarante jours sera suivie d'une décision éventuelle de maintien. La procédure à suivre est la même que celle applicable au traitement en milieu hospitalier. Le jugement désigne la personne chargée de veiller sur le malade et le médecin qui doit le traiter.

Ni les soins en milieu familial ni le traitement en milieu hospitalier n'entraînent en eux-mêmes un changement dans la capacité de la personne malade. Les mesures ne la privent pas non plus du pouvoir de gérer ses biens. Dans les faits, elles seront toutefois accompagnées le plus souvent de la désignation d'un administrateur provisoire des biens, le malade n'étant généralement plus en mesure de prendre lui-même les dispositions requises pour assurer la protection de son patrimoine.

4. La législation française

L'incapacité et la protection des majeurs sont aujourd'hui régies pour l'essentiel par :

- la loi du 3.1.1968 qui détermine les mécanismes de protection;
- la loi du 27.6.1990 relative à l'hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux.

Le régime instauré en 1968 se caractérise par le rôle prépondérant du juge des tutelles qui est appelé à travailler en étroite collaboration avec le médecin traitant. La protection privée est aménagée de façon beaucoup plus souple que dans le régime antérieur qui remonte au Code civil de 1804, mais il conserve la marque de *l'interdiction judiciaire* consacrée à la protection des aliénés mentaux et de *la dation de conseil judiciaire* réservée aux personnes atteintes de troubles moins graves. La loi de 1968 a notamment introduit le régime de *la sauvegarde de justice*, institution qui constitue un échelon intermédiaire entre l'absence complète d'organisation et les régimes beaucoup plus structurés que sont *la tutelle* et *la curatelle*.

La loi du 27.6.1990 accroît considérablement *la protection contre les risques d'internements arbitraires*, mais le système antérieur introduit par une loi de 1838 consacrée à la réglementation de l'internement des aliénés n'a pas été bouleversé. « On distingue l'hospitalisation volontaire, à l'initiative du malade lui-même, l'hospitalisation à la demande d'un tiers (membre de la famille, voisin...) sur le fondement de deux certificats médicaux, l'hospitalisation d'office prononcée par le préfet avec l'appui d'un avis médical, lorsque le malade trouble l'ordre public. De multiples contrôles sont prévus avec notamment l'intervention d'une commission départementale des hospitalisations psychiatriques » (cf Goubeaux G., Droit civil, 23e éd., Cahors 1991 p.215).

4.1. Les mesures particulières de protection

Selon la volonté du législateur de 1968, chacune des mesures (sauvegarde de justice, tutelle et curatelle) devrait répondre à des besoins spécifiques. L'on verra que la pratique les a parfois éloignées quelque peu de leur finalité première.

4.1.1. La sauvegarde de justice

La sauvegarde de justice est une mesure de protection, en principe temporaire, destinée aux malades dont la guérison rapide peut être envisagée(ex.: dépression nerveuse) ou aux malades plus gravement atteints dans l'attente d'une mise en tutelle ou en curatelle. Elle résulte d'une simple déclaration faite par le médecin traitant au procureur de la République.

La sauvegarde de justice tend aujourd'hui à devenir une mesure prolongée, en particulier dans le cadre de la protection des personnes âgées. Cela s'explique apparemment par la souplesse de la procédure et le caractère peu contraignant de la mesure. Le régime laisse à l'intéressé le libre exercice de ses droits, mais il lui assure néanmoins une protection:

- contre les inconvénients d'une inaction;
- contre les actes maladroits;
- contre une exploitation par le conjoint en cas de divorce.

La protection contre *les inconvénients d'une inaction* permet au juge des tutelles de désigner un mandataire spécial pour accomplir des actes déterminés, lorsque ceux-ci ne peuvent être effectués par un mandataire volontaire ou par la gestion d'affaires que la loi impose à certaines personnes, notamment aux proches.

La protection contre *les actes maladroits* permet au juge d'annuler l'acte ou d'en réduire la portée, lorsque la personne sous sauvegarde de justice s'est engagée dans un contrat fixant un prix qui s'éloigne sensiblement de la valeur vénale, objective d'un bien ou d'un service.

Une demande de *divorce par consentement mutuel* est exclue lorsque l'un des conjoints a été placé sous sauvegarde de justice. Dans les autres cas de divorce, la procédure est suspendue jusqu'à l'organisation de la tutelle ou de la curatelle, lorsque la sauvegarde de justice constituait le préalable de ces mesures.

4.1.2. La tutelle

La tutelle est ouverte quand un majeur a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile:

- soit parce que ses facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge;
- soit parce que l'altération des facultés corporelles empêche l'expression de la volonté.

Le régime de la tutelle s'applique de surcroît aux condamnés frappés d'interdiction légale.

Dans la doctrine, l'on s'inquiète du rapport qui paraît exister entre les mises sous tutelle et la pauvreté. Selon Thierry Fossier, « cette évolution ne laisse pas d'être inquiétante car elle porte en germe une marginalisation juridique des exclus socio-économiques »(cf Vingt-cinq ans de protection des majeurs, La Semaine juridique, Doctrine 1993 p.165).

La tutelle familiale, qui s'articule autour du conseil de famille, serait sur le point de tomber en désuétude. Les 98% des tutelles s'exerceraient aujourd'hui sous une forme simplifiée. Par ordre d'importance, il s'agit des tutelles exécutées selon le mode de l'administration légale sous contrôle judiciaire(46%), des tutelles en gérance(40%) et des tutelles d'Etat(12%).

L'administration légale (sous contrôle judiciaire) ne peut en principe être confiée qu'à un proche, le conjoint, un ascendant ou un descendant, un frère ou une sœur, apte à gérer les biens. Dans la doctrine, l'on préconise un assouplissement de ce cadre en faveur d'autres membres de la parenté ou du partenaire non marié.

La tutelle en gérance, prévue pour la gestion des patrimoines de faible importance, est surtout appliquée en faveur des personnes placées en établissement. Bien que la mesure mette l'accent sur le volet financier, le gérant entretient souvent des contacts réguliers avec le majeur protégé. Son succès tient à la simplicité et à la souplesse du système, ainsi qu'à la difficulté de constituer des tutelles familiales.

La tutelle d'Etat n'est devenue opérationnelle qu'en 1974. Elle s'impose lorsque le majeur concerné n'a pas de proches susceptibles de se voir confier une administration légale sous contrôle judiciaire et que les biens sont trop importants pour envisager une tutelle de gérance. L'exercice du mandat tutélaire sera confié soit au préfet, qui en délègue l'exercice au directeur départemental de l'action sanitaire et sociale, soit à un notaire du ressort du tribunal d'instance, soit encore à une personne physique ou morale qualifiée figurant sur une liste établie à cet effet par le procureur de la République pour chaque ressort de tribunal d'instance.

Lorsque la tutelle revêt une forme simplifiée, la tentation est grande de mettre par trop l'accent sur le volet patrimonial de la protection. C'est ainsi que la jurisprudence et la doctrine semblent devoir rappeler régulièrement que *la tutelle à la personne est une mission de tout tuteur*.

L'on relèvera enfin qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une tutelle si par application du régime matrimonial il peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne protégée. C'est ainsi que par voie judiciaire un conjoint peut être autorisé à effectuer seul un acte qui nécessiterait normalement le concours de l'autre ou qu'il peut être chargé de représenter celui qui est incapable.

La mise sous tutelle entraîne une incapacité légale générale et continue. Sous réserve de la conclusion du mariage, l'acte de l'incapable n'est toutefois jamais frappé de nullité absolue, mais de nullité relative seulement. Celle-ci se caractérise par le fait qu'elle ne peut être invoquée que par un nombre restreint de personnes, que l'acte reste sujet à confirmation et que l'action est soumise à la prescription. L'on signalera encore la nullité de droit du testament fait après l'ouverture de la tutelle, mais la possibilité de reconnaître seul un enfant naturel dans un intervalle lucide.

Les règles sur la tutelle des mineurs sont très largement applicables à la mesure concernant les majeurs incapables, qu'il s'agisse de son organisation, de son fonctionnement, des comptes ou de la responsabilité.

4.1.3. La curatelle

La mesure vise la protection:

- du majeur dont les facultés mentales ou corporelles sont altérées et qui, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile;

- du majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance, son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales.

Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerrait une autorisation du conseil de famille. Il ne peut non plus, sans cette assistance, recevoir des capitaux ni en faire emploi. Le rôle du curateur est donc d'assister et non de représenter; l'initiative des actes appartient au majeur et non au curateur. Si le curateur refuse son assistance à un acte, la personne en curatelle peut demander au juge des tutelles une autorisation supplétive.

La curatelle peut être *allégée* ou au contraire *aggravée*. En ouvrant la curatelle ou dans un jugement postérieur, le juge peut, sur l'avis du médecin traitant, énumérer certains actes que la personne en curatelle aura la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est prévue par la loi. Le juge peut aussi décider que le curateur percevra seul les revenus de l'incapable, réglera ses dépenses et versera l'excédent à un compte ouvert chez un dépositaire agréé. En ce cas, la fonction du curateur se rapproche de celle du tuteur.

L'acte que le majeur en curatelle a fait seul, alors qu'il ne pouvait l'effectuer valablement qu'avec l'assistance du curateur, est frappé de nullité relative. Il est sujet à confirmation par le curateur. Son annulation ne peut être requise que par ce dernier ou le majeur protégé lui-même. Contrairement à ce qui vaut pour la tutelle, le juge n'est pas lié par une nullité de droit; il peut ainsi refuser de prononcer la nullité lorsqu'il considère que celle-ci n'est pas justifiée au regard de l'ensemble des circonstances. La personne sous curatelle peut librement tester. Elle ne peut demander le divorce par consentement mutuel et a besoin de l'assistance du curateur pour agir ou pour défendre dans un autre cas de divorce.

4.2. Les mesures générales de protection

4.2.1. La sauvegarde du logement et des meubles de la personne protégée

Quel que soit le régime de protection applicable, le logement de la personne protégée et les meubles meublants dont il est garni doivent être conservés à sa disposition aussi longtemps qu'il est possible. Il découle de ce principe général que le logement ne peut faire l'objet de conventions de jouissance durable au profit de tiers, tant que la personne protégée est placée dans un établissement de soins. S'il est nécessaire d'aliéner les droits relatifs à l'habitation avec le mobilier, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles; les souvenirs et objets personnels sont dans tous les cas exclus de l'aliénation.

Cette mesure générale de protection visant le maintien du cadre de vie concerne en particulier les personnes âgées appelées à faire des séjours périodiques en établissements de soins. Dans certains cas, l'objectif poursuivi par la présente disposition légale peut aussi être atteint par les règles particulières prévues par le droit des successions en faveur du conjoint survivant.

4.2.2. Protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux

Par rapport aux *établissements*, l'innovation principale a consisté à ajouter un organe indépendant de contrôle au quatuor classique: médecin - famille - administration - justice. Il s'agit de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques. Informée de tout placement non volontaire, la commission doit procéder d'office à l'examen de la mesure si celle-ci a été prise à la demande d'un tiers et qu'elle se prolonge au-delà de trois mois. Elle occupe également une fonction importante en matière de visites des établissements; elle reçoit par ailleurs les réclamations des personnes hospitalisées ou de leurs conseils. L'organe est composé d'un psychiatre désigné par le procureur général près la Cour d'appel, d'un magistrat désigné par le premier président de la Cour d'appel, d'une personnalité qualifiée désignée par le préfet et d'une autre par le président du conseil général.

La législation tient compte de la dichotomie « établissement public » et « établissement privé ». En matière de surveillance, le législateur a manifesté le souci d'éviter tout monopole en s'efforçant d'organiser de manière équilibrée les pouvoirs et contre-pouvoirs exercés par des acteurs différents.

S'agissant *des modes de placement*, la loi ne consacre que peu de dispositions aux placements libres qui représentent plus des trois-quarts de l'ensemble des hospitalisations. Son attention se concentre sur le placement pour soins sur demande d'un tiers et le placement d'office.

Le placement à la demande d'un tiers est d'origine privée (initiative des membres de la famille du malade ou de tiers). Il est subordonné à la double condition que les troubles mentaux dont est atteinte la personne rendent impossible son consentement éclairé et que son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier, notamment lorsque la personne compromet sa sécurité ou celle d'autrui. La requête doit être accompagnée de deux certificats médicaux datant de moins de quinze jours; le premier ne peut être établi que par un médecin qui n'exerce pas dans l'établissement accueillant le malade. La loi prévoit toute une série d'exigences pour assurer un contrôle efficace de la réalisation des conditions du placement.

Le placement d'office s'applique aux personnes dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes. La mesure peut être originaire ou consécutive à une hospitalisation découlant d'un autre mode de placement. Prise par le préfet qui statue sur la base d'un avis médical écrit d'un psychiatre extérieur à l'établissement d'accueil, la décision est soumise au juge administratif qui en contrôle la régularité formelle. Il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier le bien-fondé de la mesure.

La loi prévoit par ailleurs un certain nombre de garanties par rapport *à la protection des droits des malades, à la fin de l'hospitalisation et à la responsabilité pénale des directeurs d'établissements et des médecins.*

4.2.3. Accueil par des particuliers, à leur domicile, à titre onéreux, de personnes âgées ou handicapées adultes

En vertu d'une loi datant du 10.7.1989, l'accueil, à domicile et à titre onéreux, de personnes âgées ou handicapées est soumis à agrément officiel, à moins qu'il ne s'agisse de parents. Dans la règle, une même famille ne peut accueillir plus de deux personnes âgées ou handicapées.

La loi exige l'établissement d'un contrat écrit qui détermine la durée et les conditions matérielles de l'accueil. L'accueillant doit offrir des garanties en matière de protection de la santé, la sécurité et le bien être physique et moral des personnes prises en charge. La délivrance de l'agrément est par ailleurs subordonnée à l'existence de polices d'assurances responsabilité civile couvrant les dommages causés involontairement par l'accueillant à la personne accueillie, et inversement. La loi prévoit des exigences particulières pour le cas où le bénéficiaire de l'agrément est le tuteur de la personne qu'il accueille, compte tenu des conflits virtuels ou réels d'intérêts qui découlent d'une telle situation.

5. La législation suédoise

L'aperçu de la législation suédoise sera limité aux caractéristiques principales de la révision du droit de la tutelle et de la curatelle opérée en 1988 et entrée en vigueur le 1.1.1989 (à ce sujet, cf notamment Westman P., Die schwedische vormundschaftsrechtliche Gesetzgebung im Wandel, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Uppsala, FamRZ 1991, S.520ff).

La réforme de 1988 se situait dans le prolongement de celle de 1974 qui conduisit déjà à une importante limitation du champ de l'interdiction et à l'introduction d'une mesure comparable à une curatelle générale (godmanskap). L'interdiction fut définitivement abandonnée au profit du mandat d'administrateur (förwaltare).

La curatelle et le mandat d'administrateur découlent tous deux de la maladie (physique ou psychique), du handicap mental, d'un affaiblissement général de l'état de santé ou de causes analogues, telle la toxicomanie. Les deux mesures se situent dans un rapport de subsidiarité, en ce sens que le mandat d'administrateur ne peut être institué que dans les cas où la curatelle ne permet pas d'assurer une protection suffisante.

L'instauration d'une curatelle est possible dès que, pour l'une des causes évoquées ci-dessus, une personne n'est plus en mesure d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts personnels ou patrimoniaux. La mesure présuppose le consentement de la personne concernée, à moins que celle-ci ne soit plus en état de se déterminer elle-même.

La curatelle ne porte pas atteinte à l'exercice des droits civils. Sous réserve des actes courants de la vie quotidienne, et tant que la personne protégée reste capable de discernement, le curateur ne peut agir en son nom qu'après avoir recueilli son consentement. A la demande de l'intéressé, cette exigence peut même être étendue aux actes de la vie quotidienne.

Le mandat d'administrateur ne peut être ordonné que si une personne est totalement privée de la faculté de s'occuper elle-même de tout ou partie de la gestion de ses affaires, et pour autant

que la protection ne puisse être assurée par une mesure moins contraignante. Le mandat est adapté aux besoins et aux circonstances propres à chaque cas particulier.

Par rapport aux secteurs touchés par la mesure, l'administrateur est investi des pouvoirs de représentant légal, la personne protégée étant privée de l'exercice des droits civils. La restriction de ces droits conserve ainsi un caractère limité tant que le mandat d'administrateur n'est pas ordonné pour l'ensemble de la sphère juridique. Aussi longtemps qu'il jouit de la capacité de discernement, l'intéressé conserve par ailleurs la faculté de s'engager valablement par ses propres actes, lorsque ceux-ci sont effectués avec le consentement de l'administrateur. Sous réserve d'une décision contraire du tribunal, l'administré peut aussi conclure seul un contrat de travail et disposer du produit de celui-ci, ainsi que des biens acquis par donation ou héritage exclus du champ de l'administration par la volonté expresse du donateur ou du testateur.

La désignation du curateur ou de l'administrateur fait l'objet de dispositions légales détaillées, de même que l'exercice de leur mission. Le mandat est confié à une femme ou à un homme de bonne réputation, expérimenté et jouissant d'aptitudes appropriées. La compétence de prononcer la mesure et de désigner le curateur ou l'administrateur est du seul ressort du tribunal civil. Le prononcé d'un mandat d'administrateur est en principe sujet à publication dans un organe officiel.

C. LES PROPOSITIONS RELATIVES A LA REFORME DU DROIT SUISSE

1. Les thèses

1.1. La situation initiale

1.1.1. En général

1) Le droit suisse de la tutelle a besoin d'une révision

Les travaux préparatoires des révisions législatives opérées dans les pays voisins, en particulier en Autriche et en Allemagne, ont démontré à quel point le droit traditionnel de la tutelle est aujourd'hui éloigné des besoins, tels qu'ils se présentent et s'expriment dans la société, compte tenu de l'évolution des structures de cette dernière. Même si la réalité sociale de la Suisse n'est pas en tous points comparable à celle des pays environnants, les principes juridiques de base qui régissent le droit de la représentation et de la protection de l'adulte en Europe occidentale ne devraient pas différer fondamentalement d'un Etat à un autre. Parmi les exigences communes figurent notamment celles de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), auxquelles le droit en vigueur ne répond que de façon lacunaire.

C'est en 1962 déjà qu'un postulat du Conseiller national Emil Schaffer invitait le Conseil fédéral à se pencher sur la question de la révision du droit de la tutelle et à engager le processus des travaux préparatoires. Depuis lors, ce sont plus de quarante auteurs qui, dans 54 publications, se sont exprimés, de façon ponctuelle ou selon une approche plus globale, sur la nécessité d'une révision partielle ou complète du droit de la tutelle en vigueur. Malgré l'évolution importante que celui-ci a connu au travers de la jurisprudence et de la doctrine, la plupart des auteurs plaident en faveur d'une refonte totale, en particulier MEYER (1967), TERCIER (1976), MÜLLER (1980), HEGNAUER (1984), KELLER (1988) et SCHNYDER (1967, 1975, 1992). De nombreux auteurs souscrivent à cette revendication, soit notamment SPITZER (1977), STETTLER (1989, 1992), HÄFELI (1989, 1990), BACHMANN (1990), KOLLER (1992) et STURM (1993).

2) Le tout doit être repensé

Le commentaire SCHNYDER/MURER est très riche en suggestions ponctuelles à retenir dans l'optique du « de lege ferenda ». Mais comme l'indiquent eux-mêmes ces derniers auteurs, la révision du droit de la tutelle exige que le tout soit repensé, ce qui n'implique pas nécessairement que tout doive être changé: « So richtig und wichtig solche einzelne Verbesserungsvorschläge sind, so sehr ist Wert darauf zu legen, dass bei der Revision des Vormundschaftsrechts das Ganze neu überdacht wird. Damit ist nicht gesagt, dass alles anders werden soll » (Systematischer Teil no 386).

3) *Ce qui a fait ses preuves doit être intégré dans « un tout repensé »*

Le « tout », dont il est ici question, se réfère d'abord au sens et au but du droit de la tutelle, aux lignes directrices qui permettent d'en déterminer les contours, ainsi qu'à l'organisation et à la procédure.

1.1.2. En particulier

1) Le droit en vigueur(le pays légal) et la réalité juridique(le pays réel) sont de moins en moins concordants

Selon le concept de base retenu par le législateur de 1907, c'est l'interdiction suivie d'une mise sous tutelle qui se situe au premier plan de la protection de la personne et du patrimoine des adultes. L'essentiel des dispositions légales du droit de la tutelle en vigueur se rapporte ainsi à une institution dont la rigidité est si mal adaptée aux besoins du contexte social actuel que dans certaines régions du pays son application serait devenue tout à fait exceptionnelle. Une enquête effectuée en 1989 a démontré que dans les 12 cantons pris en considération le nombre des interdictions prononcées par tranche de dix mille habitants se situait dans une fourchette de moins de un à plus de dix. C'est ainsi que dans le canton du Tessin, ce n'est qu'une personne sur 14'896 habitants qui s'est vu appliquer la mesure en 1989, alors que dans le canton d'Argovie on comptait une personne sur 1'274 habitants(cf MEIER, RDT [47]1992 p.173). L'interdiction fondée sur l'exécution d'une sanction privative de liberté (art.371 CC) ne joue plus qu'un rôle marginal.

La même enquête a révélé qu'environ les deux tiers des mesures tutélaires appliquées étaient constituées de curatelles. Cette évolution peut être jugée réjouissante au regard des exigences du principe de la proportionnalité. Mais il n'est pas certain que la mise en oeuvre de la mesure coïncide dans tous les cas avec la volonté du législateur; c'est ainsi que la curatelle de gestion de biens serait fréquemment appliquée pour assurer une administration du salaire, alors que selon la doctrine dominante et la jurisprudence seule l'interdiction constituerait une base légale suffisante. Par ailleurs, la doctrine a recouru progressivement à des constructions juridiques non prévues par le législateur, l'exemple le plus frappant étant celui de l'institution de la curatelle combinée(art.392, ch.1 et 393, ch.2 CC), évolution qui suscite des inquiétudes légitimes au regard de l'égalité de traitement.

D'autre part, tout porte à croire que la fréquence de l'application des diverses mesures est largement liée à la question de la compétence à raison de la matière. C'est ainsi que dans un canton, l'on a pu assister à une généralisation de la curatelle combinée parce que son application était du ressort de l'autorité tutélaire, alors que la curatelle volontaire(art.394 CC) ne pouvait être ordonnée que par l'autorité tutélaire de surveillance.

L'ampleur du fossé qui s'est creusé entre le texte légal et l'application qui en est faite peut aussi se mesurer en référence aux exemples suivants:

- selon l'art.385, al.3 CC, le maintien sous autorité parentale des enfants interdits devait constituer la règle; ce principe n'a nullement été observé dans la pratique, même si les parents d'enfants handicapés mentaux en revendiquent aujourd'hui plus régulièrement l'application;

- selon l'art.375, al.3 CC, la publication de l'interdiction s'impose au regard de la sécurité juridique, mais la prémisse selon laquelle le futur cocontractant de l'interdit aurait enregistré cette publication repose sur une parfaite illusion, sinon une pure fiction;

- l'institution de la tutelle privée(art.362 à 366 CC/Familienvormundschaft) n'a pas ou que très rarement été appliquée;

- l'institution de la cotutelle prévue par l'art.379, al.2 et 3 CC n'a (à regret) acquis qu'une signification négligeable dans la pratique.

Enfin, il faut relever que le droit en vigueur n'est pas adapté au développement considérable des services officiels qui assurent aujourd'hui un nombre important de mandats tutélaires en lieu et place ou aux côtés des mandataires tutélaires privés.

2) Les besoins ont changé

Le droit tutélaire est dominé par certaines missions qui conservent un caractère immuable. Ainsi la collectivité publique doit-elle en permanence se préoccuper de la protection et de la représentation des personnes qui ne sont pas ou plus à même d'assurer elles-mêmes la défense de leurs propres intérêts. Mais la société à laquelle le législateur était confronté au début du siècle s'est considérablement modifiée; les personnes à protéger ne sont plus nécessairement les mêmes et les instruments ne correspondent de loin plus toujours aux besoins. Les commentaires qui accompagnent les thèses relatives à l'objet de la révision (cf infra 1.2.) permettront d'approfondir la question du changement des besoins.

3) Le schéma des valeurs a changé

Si la protection et l'assistance des plus faibles restent aujourd'hui comme hier les dominantes du droit tutélaire, les moyens pour atteindre l'objectif doivent être définis sur la base de la place prépondérante qu'occupe aujourd'hui la liberté personnelle dans le schéma des valeurs. Le cadre des atteintes susceptibles d'être portées à l'exercice des droits civils et à la liberté d'action de la personne doit prendre en compte non seulement l'évolution spectaculaire de la doctrine, mais aussi et surtout la jurisprudence, en particulier celle du Tribunal fédéral dans le domaine des droits fondamentaux et celle relative à l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme(CEDH).

4) La loi est inutilement stigmatisante

Toute une série d'auteurs branchés sur la révision insistent sur le caractère inutilement stigmatisant du droit en vigueur. Même si le recours à l'euphémisme n'écarter pas nécessairement le risque de connotation négative d'une intervention tutélaire, il vaut certainement la peine d'accorder un maximum d'attention à la terminologie. C'est ainsi que les notions d'interdiction (Entmündigung) ou de pupille (Mündel) appartiennent manifestement à un autre temps. S'agissant des causes d'interdiction, les concepts de maladie mentale, faiblesse d'esprit, d'ivrognerie ou d'inconduite ont aussi un relent de ségrégation.

La stigmatisation qui peut découler de la formulation des dispositions légales n'est toutefois pas seule en cause dans le développement de complexes d'infériorité ou de sentiments de subordination. Les institutions en tant que telles peuvent être génératrices d'étiquetage. A ce sujet l'on se référera en particulier à l'étude circonstanciée consacrée par QUELOZ au thème « Pauvretés sous tutelle ». Il faut être conscient qu'un nouveau droit de la tutelle ne sera pas à l'abri des effets pervers; mais tout doit être mis en oeuvre pour réduire ceux-ci dans toute la mesure du possible.

1.2. L'objet de la révision

1.2.1. En général

1) Tout comme la législation actuelle, le nouveau droit sera centré en priorité sur les personnes physiques

Le droit tutélaire actuel se concentre presque exclusivement sur la protection des personnes physiques. Seule une partie de l'art.393 CC est expressément consacrée aux personnes morales et aux fonds recueillis publiquement. L'on ne voit pas les raisons pour lesquelles cette priorité devrait être remise en question.

2) Accessoirement, le nouveau droit est aussi appelé à se préoccuper des personnes morales

Si la révision concerne en priorité la protection des personnes physiques, rien n'empêche a priori le maintien de celle que la législation en vigueur accorde à des personnes morales. Aussi, le groupe d'experts s'est-il interrogé sur les réajustements éventuels qui s'imposeraient dans ce domaine.

3) La révision concerne en premier lieu le droit tutélaire des adultes

Le droit suisse de la tutelle se caractérise notamment par le fait qu'il se réfère aussi bien aux adultes qu'aux mineurs. Il en va par exemple différemment en Autriche, pays dans lequel la condition du mineur sous tutelle a toujours été régie par un ensemble de dispositions autonomes pratiquement indépendantes de celles qui régissent la condition des adultes bénéficiant de mesures de protection(cf STORMANN, RDT 1992, 42[1992] p.139). Le droit tutélaire suisse est par ailleurs conçu d'un seul bloc, de telle sorte qu'à de nombreux égards il vaut aussi bien pour les adultes que pour les mineurs(cf par ex. les art.379ss CC et 398ss CC). Il ne fait guère de doute qu'à l'avenir un droit de nature tutélaire devra subsister aussi bien pour les adultes que pour les mineurs.

Toutefois, et conformément à ce qui figure déjà dans l'introduction, le projet de révision se concentre en premier lieu sur le droit de la tutelle des adultes. Cela tient à plusieurs raisons, en particulier au fait que le fondement de la tutelle des mineurs n'est guère contesté vu qu'il repose sur la nécessité de pallier le défaut d'autorité parentale par la désignation d'un représentant légal dont les compétences sont analogues à celles de parents. Des mesures tutélaires spécifiques figurent par ailleurs aux art.307ss CC au titre de mesures de protection de l'enfant, dispositions introduites par la révision de 1976/1978.

Les propositions de réforme se rapportent pour partie à la seule condition des adultes, alors que certains volets, notamment celui de la responsabilité des organes, concernent aussi bien les mineurs que les adultes. Le fait que les propositions des experts se concentrent sur la condition des adultes découle aussi des contours du mandat fixé par l'Office fédéral de la justice. Enfin, il y a lieu de rappeler que tant la révision du droit autrichien que celle de la législation allemande ont porté exclusivement sur le droit de la tutelle des adultes.

4) Le droit de la tutelle des mineurs doit pour le moins tirer les conséquences du réaménagement du droit de la tutelle régissant la condition des adultes

Le groupe d'experts ne pouvait faire l'économie d'un examen des répercussions de la réforme du droit des adultes sur la condition des mineurs sous tutelle. Objet de la partie V.2. du rapport principal, l'analyse porte en particulier sur la place qui reviendra dorénavant aux dispositions tutélaires propres aux mineurs du point de vue de la systématique de la loi, des propositions relatives à un réaménagement de leur contenu n'étant pas non plus à exclure d'emblée.

1.2.2. En particulier

1) Le nouveau droit assurera avant tout la protection:

- *des malades psychiques*
- *des handicapés mentaux*
- *des personnes âgées*
- *des toxicomanes (dans la mesure où ceux-ci ne font pas partie des malades psychiques)*

En exprimant les choses de manière simplifiée, il est permis d'affirmer que le droit tutélaire recouvre les mesures juridiques dont dépendent les personnes frappées d'un état de faiblesse pour s'acquitter de leurs affaires propres, alors qu'elles ne sont pas en mesure de se procurer l'aide nécessaire par d'autres moyens. Quatre catégories de personnes figurent ici parmi les premières visées: les malades psychiques, les handicapés mentaux, les personnes âgées et les toxicomanes (dans la mesure où ceux-ci ne sont pas intégrés, à l'instar du droit allemand, dans la catégorie des malades psychiques). Cette classification provisoire repose sur les données scientifiques qu'ont pu recueillir les experts et sur l'existence des différentes organisations d'entraide constituées en vue d'assurer la défense des intérêts de personnes dont les carences présentent des caractéristiques communes.

La protection tutélaire des différentes catégories n'ayant apparemment pas encore fait l'objet de recherches scientifiques en Suisse, les experts se sont inspirés de données recueillies à l'étranger (cf notamment l'expertise sectorielle effectuée par le Dr JENS BRUDER, Hambourg: « Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen ? » Verhandlungen des 57. Juristentages, Mainz 1988). Ce dernier travail donne un aperçu des états mentaux et psychiques qui peuvent nécessiter une protection au sens du « Betreuungsgesetz » allemand. Il est à souhaiter que des représentants des disciplines non juridiques s'associent à la discussion des propositions de réforme du droit suisse et qu'ils seront représentés de façon équitable dans la commission d'experts qui pourrait être constituée ultérieurement.

2) Dans la règle, il n'y a pas lieu de prévoir des dispositions légales spécifiques propres à chacune des catégories

La distinction faite entre les diverses catégories de personnes à protéger n'implique nullement que le législateur prévoie des dispositions légales spécifiques pour chacune d'entre elles. Sous réserve de normes particulières réservées aux personnes frappées d'une maladie psychique, les droits étrangers ont précisément su éviter ce piège. C'est ainsi que les dispositions de base du « Betreuungsgesetz » allemand s'appliquent à toutes les catégories de malades et de handicapés psychiques ou mentaux, le cas échéant, même aux handicapés physiques.

Si la loi renonce à prendre en compte les besoins spécifiques de chaque catégorie de personnes à protéger, il importe que l'exécution des mesures soit accompagnée de toute la connaissance et du savoir faire nécessaires à une intervention adaptée aux besoins de chaque cas d'espèce. Ce facteur doit notamment être pris en considération dans le recours aux experts, la désignation de la personne chargée d'exercer le mandat tutélaire et dans la composition des autorités compétentes.

3) Toutes les mesures de protection sont destinées en priorité à la défense des intérêts des personnes frappées d'un état de faiblesse ou de dépendance. A titre secondaire, elles peuvent aussi servir:

- les intérêts de la famille (de l'entourage)
- la sécurité de tiers
- la sécurité des affaires
- l'intérêt public

Le droit en vigueur privilégie manifestement la protection du faible par rapport à tout autre intérêt. Mais le danger encouru par la famille est expressément évoqué à l'art.370 CC, alors que l'art.369 CC fait référence à la menace de la sécurité d'autrui. A l'art.397a, al.2 CC, le législateur prend en compte « les charges que la personne impose à son entourage ». La loi contient par ailleurs une série de dispositions qui, du point de vue de leur finalité, visent la protection des tiers(cf art.375, 377, a.3, 387, al.2, 397, al.2 et 411 CC). L'on considère, d'autre part, que le bon fonctionnement du système tutélaire répond à un intérêt public.

Le point de savoir si la protection des intérêts de tiers doit conserver une place dans le futur droit impose l'établissement d'une distinction entre les questions liées à la sécurité du droit et des affaires, d'une part, et celles relatives à la protection immédiate de tiers, d'autre part. Dans le premier cas, la pesée des intérêts en cause pourrait amener le législateur à se demander si l'effet stigmatisant de la publication officielle des restrictions portées à l'exercice des droits civils ne devrait pas l'amener à privilégier la protection de la partie la plus faible par une renonciation à cette exigence. Dans le second cas, la protection du tiers ne soulève aucun problème si elle découle d'une mesure qui profite d'abord et surtout à celui qui en est le destinataire immédiat. Si la nature ou le maintien de la mesure devait être influencé d'une manière ou d'une autre par le souci de protéger les intérêts d'un tiers, la pesée des intérêts réciproques devrait accorder une place privilégiée au droit à l'autodétermination de la personne dont la limitation des droits est en cause. Le législateur ne saurait éluder le problème du seul fait de sa complexité.

4) Le droit de la capacité civile constitue le noyau central de tout droit tutélaire

Il convient de se demander si la question de l'existence ou du défaut de l'exercice des droits civils ne doit être posée qu'a posteriori par rapport à chaque acte déterminé ou s'il faut prévoir un statut juridique selon lequel une personne peut être limitée dans l'exercice de ses droits civils, ou même en être privée, de plein droit en vertu de critères formalisés par la loi ou sur la base d'une décision fondée sur une procédure « Es geht also um die Frage institutionalisierter Fremdbestimmung im Handlungsfähigkeitsbereich » (SCHNYDER, RDT 47[1992] p.163).

Les expériences faites non seulement en Suisse mais aussi à l'occasion des réformes opérées à l'étranger ont démontré la nécessité de disposer d'un éventail de mesures tutélaires fondé sur le principe de la gradation des interventions; le catalogue de ces mesures devrait répondre au plus grand nombre possible de constellations que l'on rencontre dans la pratique. Par ailleurs, un nouveau droit devrait déterminer à l'avance, et de la manière la plus fiable possible, l'étendue de l'atteinte portée à l'exercice des droits civils par les diverses mesures tutélaires. En s'efforçant de parvenir à des solutions qui ne laissent pas de place à la controverse, le législateur pourrait éviter les désagréments que connaît aujourd'hui l'Allemagne; l'on y assiste à des divergences de doctrine sur une question aussi fondamentale que celle de savoir si l'état de l'incapacité juridique d'agir soi-même (die Geschäftsunfähigkeit) constitue ou non une condition d'application des mesures de protection (Voraussetzung von Betreuungsmassnahmen).

5) Sans négliger la protection du patrimoine, le nouveau droit devra mettre un accent particulier sur la protection de la personne

Selon le droit en vigueur, « le tuteur prend soin de la personne et administre les biens du pupille mineur ou de l'interdit » (art.367, al.1 CC). Mais en jetant un coup d'oeil sur l'ensemble des dispositions légales, l'on constate qu'elles s'intéressent presque exclusivement aux intérêts pécuniaires. Seuls les art.405 et 405a CC se réfèrent expressément à l'éducation et au placement du mineur, alors que la protection et l'assistance de l'interdit dans toutes ses affaires personnelles n'occupe qu'un seul alinéa à l'art.406 CC. Ce constat apparaît de plus en plus comme une lacune du droit actuel; la doctrine et la jurisprudence ont cherché à la combler peu à peu en démontrant que l'assistance personnelle faisait partie du mandat tutélaire dans de nombreuses hypothèses malgré le silence de la loi. Dans le nouveau droit, il conviendra non seulement d'insister sur le volet de l'assistance personnelle qui doit accompagner chaque type de mesure, mais aussi de décrire au mieux les limites des compétences du mandataire tutélaire ou de l'autorité s'agissant des interventions dans la sphère personnelle et l'organisation de la vie de l'assisté.

6) Les règles sur la responsabilité des organes tutélaires doivent être revues

La responsabilité des organes tutélaires découlant de la violation des devoirs de diligence représente un corollaire important par rapport aux interventions et aux restrictions de liberté auxquelles doit se soumettre la personne dont l'état de faiblesse et de dépendance nécessite des mesures de protection.

Si le principe de la réparation des dommages causés par des violations des devoirs de diligence ne saurait être remis en question par le nouveau droit, celui de la responsabilité dite en cascades, en vertu duquel le mandataire tutélaire répond en premier, les autorités de tutelle à titre subsidiaire et la collectivité publique en dernier lieu, est manifestement dépassé. Point n'est besoin de déployer des trésors d'imagination pour se douter que la seule solution envisageable et équitable est celle d'une responsabilité directe de l'Etat. Le législateur a déjà opté pour ce principe en matière de privation de liberté à des fins d'assistance (cf art.429a, al.2 CC) et l'ensemble de la doctrine préconise sa généralisation de lege ferenda.

7) Dans la mesure nécessaire à la mise en oeuvre du droit matériel, la législation fédérale doit contenir:

- *des dispositions relatives à l'organisation*
- *des dispositions relatives à la procédure*

Le mandat délivré par l'Office fédéral de la justice se rapporte aussi expressément à l'organisation du système de protection des adultes. Cela se justifie par le fait que la qualité de la mise en oeuvre du droit tutélaire est étroitement liée à celle des mandataires tutélaires et des autorités chargées de l'exécution des mesures. Il ne fait aucun doute que les questions se rapportant à l'organisation et à la procédure sont en principe du ressort des cantons, puisque telle est la solution prévue par la Constitution fédérale (art.64, al.3); cela étant, il appartient au législateur fédéral de prévoir lui-même des dispositions là où elles s'imposent pour garantir une application du droit matériel conforme à sa volonté.

Le droit actuel ne fixe pratiquement aucune exigence par rapport aux mandataires tutélaires et aux autorités, sinon que selon l'art.379, al.1 CC, le tuteur doit être une personne majeure apte à remplir ces fonctions. En ce qui concerne la composition et la nature des autorités, le Code se contente de la formule lapidaire selon laquelle les autorités de tutelle sont désignées par les cantons (art.361, al.2 CC). De l'avis des experts, le nouveau droit ne saurait faire l'économie d'un certain nombre de règles relatives à l'organisation, ceci pour toutes les raisons qui sont exposées dans les parties II, 1. et III, 2. du rapport principal. Indépendamment des considérations liées au fonctionnement de nos institutions, il convient d'examiner dans quelle mesure certaines contraintes ne découleraient pas directement des dispositions de la CEDH, ou tout au moins de l'esprit de celle-ci.

Ce qui vient d'être dit à propos de l'organisation vaut aussi, mutatis mutandis, pour la procédure. En droit tutélaire, celle-ci occupe une place très importante; outre les règles de procédure régissant l'application et la levée des mesures, il y a celles qui se rapportent à la désignation des mandataires tutélaires et celles qui sont liées à l'exécution des mesures. Dans ce domaine, une réglementation fédérale est incontournable, ce que démontre à lui seul le droit en vigueur (cf art.373ss, 385ss, 397e ss, 434ss et 446ss CC). Peu après l'entrée en vigueur du CC, le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs trouvé dans l'obligation d'adresser aux cantons une circulaire relative à la procédure à appliquer en matière d'interdiction (cf RO 40 II 182).

Les principales exigences en matière de procédure ont été mises en évidence par la doctrine (cf en particulier GUILLOD et HÄFELI, RDT 46 [1991] p.41ss et 56ss). Les règles de procédure revêtent une importance toute particulière lorsqu'il est question de la protection des droits fondamentaux. A cet égard, il est à prévoir que certaines exigences pourraient découler

directement de la CEDH, plus précisément des art.5, 6, 8 et 13. Dans le rapport principal, les questions de procédure sont traitées pour l'essentiel dans les parties II, 1.5., III, 1.3. et V, 1.1.3.

8) Sont aussi concernés par la réforme du droit tutélaire:

- *tout le droit de la capacité civile*
- *le droit de la protection de la personnalité*
- *le droit de la représentation volontaire.*

Ces domaines doivent être adaptés au nouveau droit dans la mesure où les dispositions de celui-ci l'exigent

Il saute aux yeux que les art.12ss CC sont directement touchés par la révision du droit de la tutelle des adultes. Parmi de nombreux autres exemples, il suffit de se référer aux conséquences qu'entraînerait la renonciation à l'institution de l'interdiction(die Entmündigung). Par rapport au texte allemand, cela irait jusqu'à remettre en question la distinction qui est faite entre les notions de « unmündig » et « minderjährig », d'une part, et de « mündig » et « volljährig », d'autre part (à ce propos, cf infra les thèses figurant sous 1.8.1.). Si le nouveau droit tutélaire abandonnait par ailleurs les notions de « maladie mentale » et de « faiblesse d'esprit » qui figurent aussi bien à l'art.369 CC qu'à l'art.16 CC, il conviendrait pour le moins de s'interroger sur l'opportunité de procéder à une révision parallèle de la dernière disposition citée. En d'autres termes, il ne sera guère possible de procéder à une réforme du droit de la représentation et de la protection des adultes sans opérer un réexamen simultané du droit de la capacité civile. Dans le rapport principal, ce point est développé dans la partie V, 1.

Il a déjà été fait plusieurs fois allusion aux liens étroits qui existent entre le droit de la tutelle des majeurs et le droit de la tutelle des mineurs. Les rapports sont ici encore plus étroits que ceux qui relient le droit tutélaire en général et le droit de la capacité civile. Dans le rapport principal, l'ensemble des questions qui se posent à cet égard fait l'objet de la partie V, 2.

Dans l'application du droit de la tutelle, le praticien est souvent confronté à des personnes frappées d'une incapacité durable de discernement. La législation met à leur disposition les instruments nécessaires pour leur permettre de participer malgré tout de façon appropriée à la vie juridique. Mais l'on se heurte fréquemment à une question préalable délicate, à savoir la mesure dans laquelle le droit est ou non sujet à représentation; celle-ci est exclue lorsqu'il appartient à la catégorie des droits strictement personnels au sens absolu(selon la terminologie adoptée par TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 11e éd., Fribourg 1995, p.79/80). Sous réserve de quelques cas particuliers(cf art.97, al.1, 183, al.1 et 467 CC), le droit privé qui nous régit actuellement s'en tient à des principes très généraux(cf art.19, al.2 et 27ss CC). Il conviendra d'examiner si la révision du droit tutélaire ne nécessite pas un réexamen parallèle de certaines questions qui se rapportent à ce domaine. A ce propos, l'on signalera qu'en Allemagne les travaux préparatoires du « Betreuungsgesetz » ont donné lieu à un vaste débat sur la question de la stérilisation des personnes incapables de discernement; celle-ci est aujourd'hui régie par le « Betreuungsrecht », alors qu'elle concerne tout autant le droit de la protection de la personnalité(Persönlichkeitsschutz). Il est vrai que l'ampleur de la discussion et le souci de légiférer en la matière s'expliquent en partie par des raisons historiques. Le groupe d'experts est parfaitement conscient que la protection des droits des personnes incapables de discernement soulève des questions d'une rare complexité. Aussi les réflexions et les propositions répercutées dans le rapport sont-elles marquées par une retenue d'autant plus légitime que l'on se situe ici à la frontière de plusieurs domaines du droit, soit en particulier du champ très vaste

que recouvre celui de la protection de la personnalité. Les experts sont néanmoins de l'avis qu'à l'occasion des travaux de la réforme, il y aura lieu de s'interroger sur l'opportunité de légiférer sur l'une ou l'autre des questions inventoriées dans la partie V, 3 du rapport principal.

La protection des personnes incapables de discernement soulève également la question de savoir dans quelle mesure il y a lieu de légiférer pour permettre aux personnes jouissant de la capacité de discernement de prendre elles-mêmes des dispositions pour le jour où elles seraient privées de celle-ci. Cela revient à se demander si la révision complète du droit tutélaire doit s'accompagner de réaménagements au sein des dispositions qui régissent le droit de la représentation volontaire rattaché au droit des obligations (cf art. 32ss CO). C'est en particulier le point de savoir si le droit actuel offre suffisamment de possibilités en matière de « testaments ou de procurations pour la vieillesse » (Altersvollmachten) qui devrait faire l'objet d'un examen plus détaillé. Cette question et d'autres interrogations analogues sont abordées de façon synthétique dans la partie V, 4. du rapport principal.

1.3. Le tableau des références

1) Une image de l'être humain fondée sur la dignité reconnue à chacun constitue la prémisse de la réforme. Celle-ci valorise le droit à l'autodétermination tout en assurant aux personnes fortement dépendantes de l'aide d'autrui les prises de décisions de tiers nécessaires à la sauvegarde de leur dignité humaine

Par rapport à chaque décision à prendre, l'on se laissera guider en premier lieu par l'intérêt de la personne en situation de dépendance, ce qui n'exclut pas la prise en compte, à titre subsidiaire, d'autres intérêts (à ce sujet, cf supra la thèse 1.2.2.[3]). « Das Wohl des Schwachen », expression que SCHNYDER proposait déjà en 1974, peut difficilement être traduite en français par « le bien du faible ». Sa prise en compte découle directement du respect de la dignité humaine. Celle-ci repose sur la valeur propre et inaliénable de chaque personne humaine. Le temps fait malheureusement défaut pour une reprise plus complète des développements consacrés à cette thèse par le rapport principal aux pages 38 à 40 (à ce propos, cf aussi SCHNYDER, Vormundschaft für Erwachsene und Menschenwürde, in: L'image de l'homme en droit, Fribourg 1990, p. 429ss).

2) Une réforme du droit de la tutelle est étroitement liée au développement récent des droits fondamentaux et par là même aux garanties de la Convention européenne des droits de l'homme

Le droit tutélaire est intégré dans le droit privé. Mais même celui qui accueille avec scepticisme le principe de l'effet horizontal des droits fondamentaux (die sogenannte Drittwirkung) reconnaîtra l'importance des droits constitutionnels, respectivement des droits fondamentaux, dans un domaine qui se situe à cheval entre le droit privé et le droit public. Cela est d'autant plus vrai que dans le droit tutélaire, il est régulièrement question d'atteintes à la liberté personnelle. Tout au long des travaux de la réforme du droit tutélaire, le législateur doit ainsi se laisser guider par le cadre constitutionnel à l'intérieur duquel les restrictions de certains droits demeurent possibles, en vue de la sauvegarde des intérêts de la personne à protéger.

L'exigence fondamentale de la base légale ne fait guère problème, vu que la révision vise précisément à la satisfaire. Le respect du principe de la proportionnalité occupe une position centrale, mais la notion est déjà solidement implantée dans le droit tutélaire. Plus délicate se révèle, du point de vue dogmatique, la prise en compte de l'intérêt public raisonnable (die Rücksicht auf ein haltbares öffentliches Interesse); il est cependant permis d'affirmer que le fait d'assurer une protection aux personnes dépendantes de l'aide d'autrui correspond, dans son principe, à un tel intérêt. Même si la doctrine s'est encore peu exprimée sur la problématique des rapports existant entre les droits fondamentaux et le droit tutélaire, les experts ont pu s'inspirer des principes dégagés par la théorie moderne des droits fondamentaux (die moderne Grundrechtstheorie).

S'agissant du respect des exigences de la CEDH, l'on se référera en particulier à l'exposé du professeur HEINRICH KOLLER consacré aux « Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ausgangspunkt einer Revision des Vormundschaftsrechts » (RDT 47 [1992] p.83ss). Une tentative d'intégration des principes de la CEDH dans le droit interne avait déjà été entreprise lors de l'introduction des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance. Par ailleurs, l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 décembre 1992 fondé sur l'application des dispositions de la CEDH (RO 118 Ia 473) a eu une influence marquée sur l'organisation des autorités compétentes en matière tutélaire, plus particulièrement en Suisse alémanique.

3) L'évolution du droit de la représentation et de la protection des adultes au niveau européen mérite une attention particulière

A ce propos, l'on se référera aux éléments de droit comparé exposés ci-dessus (cf supra L'EVOLUTION DES LEGISLATIONS ETRANGERES, p.4 à 24).

4) Il convient de faire un usage approprié des données fournies par la doctrine orientée vers la réforme du droit tutélaire

L'on se contentera ici d'un simple renvoi aux nombreuses sources fournies par le rapport principal aux pages 41 à 43 (ch. 5.4.2.).

5) Les données fournies par les disciplines scientifiques non juridiques apportent aussi de précieux éléments de réponse à certaines questions que soulève la révision du droit tutélaire

Toutes les disciplines scientifiques concernées à un titre ou un autre par l'encadrement ou la prise en charge des personnes frappées d'une privation partielle ou complète de l'exercice des droits civils contribuent tout naturellement à l'élaboration d'un nouveau droit, ceci au travers des solutions proposées pour aider les intéressés à surmonter leur état de dépendance. C'est ainsi que les développements qui figurent dans le rapport des experts sont influencés en permanence par les données mises en évidence par la psychiatrie, la psychologie, la sociologie, la gérontologie, le travail social ou d'autres disciplines encore.

6) Le rôle significatif de la famille doit aussi trouver une place dans un nouveau droit tutélaire

Le fait que du point de vue systématique le droit tutélaire ait été intégré dans le droit de la famille repose sur des raisons historiques. A l'origine, la tutelle faisait en effet partie des attri-

butions du « clan familial » constitutif d'une communauté juridique (die Sippe als Rechtsgemeinschaft) ayant également des compétences sur le plan matrimonial, successoral et juridictionnel. La tutelle privée (art.362 CC), le droit de préférence des parents et du conjoint (art.380 CC), la priorité accordée aux vœux exprimés par le père ou la mère de l'incapable (art.381 CC), l'obligation d'accepter la tutelle des parents mâles et du mari de l'interdit (art.382 CC) ou encore la prolongation de l'autorité parentale (art.385, al.3 CC), voilà un ensemble de dispositions qui reposent sur cette toile de fond qui privilégiait le rôle de la famille.

Si le nouveau droit doit continuer à mobiliser les ressources disponibles au sein de la famille, il devra tenir compte:

- de la transformation de la société et de la famille
- de l'évolution des relations entre les générations
- de la nouvelle répartition des rôles entre la famille et l'Etat.

Cette approche nouvelle, qui fait l'objet des développements qui figurent dans le rapport principal aux p.43 à 45 sous ch.5.5., est de nature à influencer les conditions de l'attribution des mandats tutélaires aux proches; au vu de la complexité psychologique des dynamiques qui régissent aujourd'hui les comportements individuels ou collectifs, en particulier les relations entre les membres de la famille, l'engagement de ces derniers en faveur de l'un des leurs ne devrait plus reposer sur le seul facteur de la solidarité, mais aussi sur celui de l'adéquation du choix fondé sur les circonstances du cas d'espèce. Là où les relations familiales sont demeurées intactes et où subsiste un état de disponibilité réciproque, les mesures protectrices offertes par le droit tutélaire ne trouvent que rarement à s'appliquer.

7) Dans le futur, le droit social cantonal et les services sociaux chargés de son application continueront à remplir une fonction importante dans la protection des personnes dépendantes de l'aide d'autrui. Le catalogue des mesures de protection, dont l'application repose sur une décision formelle de l'autorité, prononcée le cas échéant contre le gré de l'intéressé, doit par contre être défini de manière exhaustive par les dispositions du droit fédéral privé

C'est en particulier dans certains cantons de Suisse alémanique que l'on trouve aujourd'hui encore bon nombre de législations dans lesquelles les normes relatives à l'assistance publique, de nature pécuniaire, sont accompagnées de dispositions légales prévoyant l'obligation de se soumettre à des mesures de protection ou d'encadrement non volontaires. Cette situation ne saurait être maintenue à l'avenir, car elle est source de confusions entre des mesures qui ne répondent pas aux mêmes finalités; par ailleurs, les garanties de procédure qui accompagnent la mise en oeuvre de dispositions coercitives fondées sur le droit cantonal laissent d'autant plus à désirer que les instances de recours sont en principe toujours des autorités administratives. L'on devine aisément les problèmes que cela soulève du point de vue du respect des droits fondamentaux et de l'observation des garanties de la CEDH (à ce propos, cf infra les thèses développées sous ch. 1.5.4. et 1.5.5.). Pour de plus amples développements, l'on se référera aux p.45 à 49 du rapport principal, ch.5.6.

1.4. Les objectifs de la réforme

Ces objectifs résultent de l'analyse de la situation initiale (ci-dessus 1.1.), de l'objet de la révision (ci-dessus 1.2.) et du tableau des références (ci-dessus 1.3.). Ils peuvent se résumer comme suit:

- 1) *Dans le cadre de la codification du droit civil, il y a lieu:*
 - *d'élaborer, en faveur des adultes atteints d'états de faiblesse ou de dépendance (notamment d'une maladie psychique, d'un handicap mental, de toxicomanie ou de démence sénile), un droit assurant la protection de leur personne et de leur patrimoine*
 - *d'inclure, dans la révision, les domaines juridiques voisins concernés*
- 2) *La révision est déterminée par l'intérêt de la personne qui est frappée d'un état de faiblesse ou de dépendance (das Wohl des Schwachen); le point d'ancrage est celui de la dignité humaine qui implique le respect du droit à l'autodétermination, d'une part, et la garantie de la protection nécessaire, d'autre part*
- 3) *Comme pour toute oeuvre législative, il importe de trouver un équilibre harmonieux entre les exigences de la justice, de l'équité, de la sécurité et de l'opportunité*
- 4) *Il y a lieu de créer des normes et des institutions juridiques qui:*
 - *permettent d'éliminer les carences reconnues du droit en vigueur*
 - *tiennent compte de l'évolution des besoins et du schéma des valeurs*
 - *prennent en considération les expériences étrangères*
 - *écartent, dans la mesure du possible, le risque de stigmatisation*
- 5) *Du point de vue du résultat recherché, la réforme vise:*
 - *un système flexible de mesures correspondant aux exigences du principe de la proportionnalité*
 - *une organisation adaptée à l'ampleur et aux difficultés de la tâche*
 - *des procédures à tous égards conformes aux garanties que doit fournir l'Etat de droit*
- 6) *La genèse et la mise en oeuvre de la réglementation doivent impliquer la participation de professionnels dont l'activité s'exerce hors du domaine juridique*
- 7) *Il convient de créer un droit auquel peuvent souscrire les représentants des diverses personnes visées et, dans la mesure du possible, ces dernières elles-mêmes*
- 8) *La collectivité publique doit être sensibilisée aux objectifs de la révision et à sa future mise en oeuvre*

1.5. La structure générale de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte

1.5.1. De la terminologie

1) Il est renoncé à la notion de « tutelle » en tant que générique de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte

Il a déjà été fait référence au caractère inutilement stigmatisant de la terminologie (cf supra 1.1.2.[4]). Ce sont en particulier les termes de « tutelle », « mise sous tutelle » et « interdiction » qui font problème. Il convient donc de trouver des solutions pour en faire l'économie.

2) Il est renoncé à la notion de « tuteur/tutrice » pour le titulaire du mandat le plus étendu de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte

Les motifs sont analogues à ceux invoqués à propos de la notion de « tutelle ».

3) A titre provisoire, l'on utilisera le générique « Sauvegarde des intérêts de l'adulte » en guise de référence à l'ensemble des mesures de protection de la personne et du patrimoine de l'adulte(sous réserve du placement)

Dans la terminologie allemande, les experts ont opté pour la notion de « Betreuung », laquelle a déjà été retenue par le législateur allemand(Betreuungsgesetz). La traduction française du terme « Betreuung » est malaisée. En recourant au concept de « l'assistance », l'on crée la confusion avec le terme de « Fürsorge » qui se rapporte généralement au volet de l'aide matérielle fournie par la collectivité publique, c'est-à-dire à « l'assistance publique ». Le recours à la notion de protection (der Schutz) n'est guère satisfaisant non plus. Si l'expression « Sauvegarde des intérêts de l'adulte » n'est proposée qu'à titre provisoire, bien qu'elle soit assez courante dans les pays francophones(cf par ex. l'institution de « la sauvegarde de justice » du droit français), c'est que les experts nourrissent l'espoir que les consultations et la poursuite des travaux préparatoires permettront de dégager un générique plus approprié et surtout plus concis.

4) Le titulaire d'un mandat fondé sur la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte est « l'assistant/l'assistante »

Ici encore la traduction du terme allemand « Betreuer/Betreuerin » est loin d'être évidente. Les professionnels de l'action sociale jugeront vraisemblablement que la notion fait trop directement référence à « l'assistante sociale » de temps révolus, le terme aujourd'hui en usage étant le plus souvent celui de « travailleur social ». Il faut cependant tenir compte du fait que dans le domaine particulier du droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte, le mandataire « tuteur » ne sera pas nécessairement un travailleur social, notamment si le mandat est confié à un particulier. Mais là encore, il est à souhaiter que l'on trouve par la suite une solution plus satisfaisante.

5) Pour le remplacement des notions de « tutelle » et de « tuteur », les experts ont renoncé aux solutions alternatives

- du mandat/mandataire (*Sachwalterschaft/Sachwalter*) du droit autrichien

- de la curatelle/curateur (*Beistandschaft/Beistand*) à laquelle songeait sérieusement le législateur allemand avant d'opter finalement pour les termes « *Betreuung/Betreuer* »

Les experts ont estimé que la terminologie autrichienne mettait par trop l'accent sur la protection pécuniaire, alors que par rapport à la curatelle l'on ne pouvait faire abstraction de sa vocation initiale qui était de répondre à des besoins bien déterminés dans des situations exceptionnelles généralement limitées dans le temps. Mais il convenait surtout de tenir compte du fait que dans la perception courante, la notion de curatelle se confond fréquemment avec celle de tutelle et qu'elle revêt ainsi un caractère tout aussi stigmatisant.

6) L'expression « curatelle de biens » (*Vermögensbeistandschaft*) est retenue pour désigner la mesure de protection d'un patrimoine non administré, ceci pour des raisons indépendantes d'états naturels de faiblesse ou de dépendance

Pour le champ d'application de cette institution, cf infra 1.5.2. [4].

7) La notion de « placement » a été retenue en guise de générique qui recouvre à la fois « la privation de liberté à des fins d'assistance (*die fürsorgerische Freiheitsentziehung*) et la sauvegarde des intérêts à l'intérieur de l'institution (*die Betreuung in der stationären Einrichtung*)

A ce propos, cf infra 1.5.2.[3].

1.5.2. Les mesures/Aperçu

1) La protection de la personne et du patrimoine de ceux qui n'appartiennent pas à la catégorie des mineurs comprend les subdivisions suivantes:

- la sauvegarde des intérêts de l'adulte (*die Betreuung Erwachsener*)
- le placement (*die Unterbringung*)
- la curatelle de biens (*die Vermögensbeistandschaft*)

2) La sauvegarde des intérêts de l'adulte constitue le noyau du nouveau droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte. Ce droit se caractérise par la priorité accordée à l'assistance personnelle, par une gradation, soignée du point de vue de la technique juridique, des limitations de l'exercice des droits civils et de la liberté d'agir (*mit Bezug auf das Betroffensein der Handlungsfähigkeit und der Handlungsfreiheit*) et par un système flexible permettant une adaptation de la mesure aux besoins de chaque cas d'espèce (*ein flexibles System der massgeschneiderten Massnahme*)

3) Le placement se substitue à l'actuelle privation de liberté à des fins d'assistance. Il se caractérise par la distinction qui sera dorénavant faite entre la privation de liberté proprement dite et la sauvegarde des intérêts de la personne à l'intérieur de l'institution (*es wird unterschieden zwischen fürsorgerischer Freiheitsentziehung [im Sinne von Einweisung] und Betreuung in der stationären Einrichtung*)

4) *La curatelle de biens se résume au contenu de l'art.393 CC actuel, à l'exception du ch.2*

A propos de la mesure qui se substituera au ch.2 de l'art.393 CC, cf infra les thèses qui figurent sous ch.1.6.3.2.

1.5.3. Les principes généraux

1) Le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte est régi par une série de principes. Il y aurait lieu d'examiner dans quelle mesure il conviendrait d'intégrer tout ou partie de ceux-ci dans le texte légal, compte tenu de la spécificité de la matière

S'agissant des principes qui régissent le droit en vigueur, l'on se référera au Commentaire de SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, Nr 231ss. Si dans le Code civil, le législateur renonce généralement à faire expressément mention des principes généraux, l'on peut se demander si une exception ne serait pas justifiée du fait que le droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte se trouve à cheval sur le droit privé et le droit public. Si la question n'a pas besoin d'être tranchée aujourd'hui, les experts considèrent qu'elle devrait faire l'objet d'un examen plus approfondi au cours des travaux préparatoires. L'on songe notamment à une disposition consacrée à la finalité de ce droit, à une description des contenus possibles et des moyens à mettre en oeuvre pour atteindre les objectifs ou encore à une tentative de cerner le rapport de tension inhérent à ce droit qui voit s'affronter en permanence la volonté d'aider et celle de respecter le droit de la personne à l'autodétermination (den Versuch wagen, Betreuung und Freiheit als grundlegendes Spannungsverhältnis des Betreuungsrechts auszuformulieren). Dans l'immédiat, l'on rappellera encore que des normes générales (Grundnormen) ont déjà été introduites dans le droit du mariage (art.159 CC) et dans le droit de la filiation (art.272 CC). Pour de plus amples développements concernant les principes qui seraient susceptibles de figurer dans le code, l'on se référera aux pages 55 à 57 du rapport principal.

2) Le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte vise d'abord et surtout les personnes qui dépendent de l'aide d'autrui. Sa finalité première repose sur l'intérêt de la personne frappée d'un état de faiblesse ou de dépendance. Ce n'est qu'en deuxième, troisième ou quatrième lieu qu'interviennent la protection de la famille, la sécurité d'autrui ou encore la sécurité du droit (die Rechtssicherheit)

A ce propos, cf déjà supra ch.1.2.2, la thèse no 3.

3) Le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte conjugue le droit à l'autodétermination avec le pouvoir de décision d'autrui, lorsque ce dernier répond aux nécessités de la protection due à l'intéressé

A propos des rapports qui existent entre le respect du droit à l'autodétermination et le devoir de fournir l'aide nécessaire, cf en particulier les pages 39 et 40 du rapport principal.

4) Le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte revêt un caractère subsidiaire par rapport à la famille et à l'aide sociale volontaire

Cette subsidiarité découle tout naturellement des exigences du principe de la proportionnalité dont il est question dans la thèse qui suit.

5) Toute intervention fondée sur le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte est dominée par le principe de proportionnalité, selon lequel une mesure ne peut être prise que si elle répond aux exigences de la nécessité et de l'adéquation, et qu'elle peut donc raisonnablement être imposée à l'intéressé

Bien que l'application de ce principe s'étende à l'ensemble du droit, le groupe d'experts a jugé utile d'en faire expressément mention dans le cadre des mesures de sauvegarde qui vont au-delà d'une simple assistance personnelle. A propos des exigences du principe de proportionnalité, cf notamment STETTLER, Droit civil I, Représentation et protection de l'adulte, 3e éd., Fribourg 1992 p.43ss.

6) La personne qui a besoin d'une aide fondée sur le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte peut revendiquer une prise en charge appropriée

Ce droit entraîne l'obligation pour les collectivités publiques de mettre sur pied une organisation et des équipements qui sont en mesure de répondre aux besoins.

1.5.4. Organisation des services et des autorités chargés de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte

1) Les principes directeurs pour l'organisation des services chargés de l'exécution des mesures de protection sont la régionalisation, la polyvalence, le professionnalisme, l'interdisciplinarité, de même que l'unité entre l'attribution formelle du mandat et l'exécution effective de la mission

A propos des différents modèles d'organisation existant actuellement en Suisse, cf en particulier HÄFELI, Ausbildung von Amts- und Privattvormunden - Organisation der Amtsvormundschaft, RDT 50 [1995] p.4ss.

L'approche plus professionnelle de l'exercice des mandats qui s'est développée au cours des vingt dernières années doit se poursuivre. Le tuteur officiel et le tuteur privé constituent des institutions complémentaires qui conservent leur justification pour l'avenir. Il convient par contre d'améliorer le recrutement, l'initiation à l'exercice de la fonction, l'instruction individualisée et l'accompagnement durant l'exercice du mandat. Il faut, par ailleurs, se rendre à l'évidence que de nombreuses missions dépassent les forces et les compétences des particuliers bénévoles, la tâche ne pouvant être assumée que par des personnes ayant reçu une formation professionnelle appropriée.

La régionalisation des services offre de multiples avantages pour les communes de petite dimension qui peuvent ainsi se doter en commun d'une infrastructure plus performante. Le regroupement de plusieurs professionnels assure une certaine complémentarité dans l'éventail des aptitudes, des compétences et assure aux usagers des garanties de confidentialité nette-

ment supérieures à celles qui accompagnent une action entreprise sur le plan local. Le nombre et la diversité des cas à prendre en charge permet de tirer parti de l'échange des expériences. Par ailleurs, la régionalisation assure également une plus grande autonomie des services par rapport aux autorités locales.

La polyvalence implique que les activités de conseil et d'assistance fondées sur le droit social cantonal et les missions qui découleront du futur droit fédéral de la sauvegarde des intérêts de l'adulte soient assumées par les mêmes services. La séparation entre l'aide volontaire et celle qui repose sur une décision formelle de l'autorité est jugée artificielle aussi bien par les usagers que par les professionnels eux-mêmes.

Une approche professionnelle de l'action présuppose une solide formation de base actualisée par les compléments apportés dans le cadre de la formation continue. Quant à l'interdisciplinarité, elle ne peut être garantie que dans les services qui jouissent d'une polyvalence et d'une dimension suffisantes pour permettre la collaboration de représentants de plusieurs disciplines.

L'organisation des services nécessaires à l'exécution des mandats officiels continuera à être l'affaire des cantons. Mais ceux-ci devraient pour le moins avoir l'obligation de maintenir ou de mettre sur pied l'équipement nécessaire; le législateur pourrait s'inspirer du modèle retenu à l'art.171 CC s'agissant de la création des offices de consultation conjugale ou familiale.

2) Les principes directeurs pour l'organisation des autorités sont la régionalisation, la composition interdisciplinaire, le professionnalisme de l'autorité chargée d'appliquer les mesures, la concentration des autorités de surveillance, ainsi qu'un fonctionnement garantissant une protection juridique conforme aux exigences de la CEDH

Les motifs qui peuvent être invoqués à l'appui de cette dernière thèse sont largement les mêmes que ceux qui viennent d'être exposés à propos de l'organisation des services. Ce sont avant tout les cantons de Suisse alémanique, dont la plupart connaissent encore le système tutélaire organisé à l'échelon communal, qui sont ici visés. Sous réserve des agglomérations d'une certaine importance, la conservation de ce modèle ne parviendra pas à répondre aux exigences d'une législation moderne de sauvegarde des intérêts de l'adulte.

3) Compte tenu des exigences auxquelles elle doit répondre, l'autorité de première instance devrait être régionale, interdisciplinaire et judiciaire

Dans le texte allemand, la nouvelle autorité de première instance porte le nom de « Betreuungsbehörde »(en lieu et place de la « Vormundschaftsbehörde » du droit actuel). Ici encore, il paraît difficilement concevable de parler de « l'autorité d'assistance », expression réservée dans la plupart des cantons au secteur de l'assistance publique. Dans l'attente de trouver une réponse adéquate, l'on se contentera du générique « autorité de première instance », par opposition à « autorité de surveillance », qui est la seconde instance.

Une fois encore, les propositions de réforme concernent avant tout la Suisse alémanique. S'agissant de la régionalisation, elle est en effet aujourd'hui déjà réalisée dans la plupart des cantons de Suisse romande. L'interdisciplinarité impliquerait la présence d'un minimum de deux juges assesseurs exerçant leur activité à titre accessoire(quatre au maximum), système

qui existe depuis fort longtemps, notamment dans les cantons de Neuchâtel et Vaud. Mais pour mériter le qualificatif d'interdisciplinaire, ces assesseurs devraient bien entendu se recruter parmi les professions les plus directement concernées, à savoir des représentants de la psychiatrie ou d'autres secteurs de la médecine, des travailleurs sociaux ou des psychologues. L'on pourrait s'inspirer du modèle que l'on rencontre dans les juridictions pénales des mineurs; c'est ainsi que le Tribunal de la jeunesse du canton de Genève est présidé par un juge assisté de deux assesseurs, dont l'un est un représentant du secteur médical et l'autre du secteur socio-pédagogique. Enfin, le caractère judiciaire de l'institution est lui aussi d'ores et déjà réalisé dans la majorité des cantons romands; il offre le très grand avantage de couper court aux doutes et aux discussions qui ressurgissent périodiquement à propos de la conformité aux exigences de la CEDH des décisions portant atteintes à l'exercice des droits civils, lorsqu'elles émanent d'une autorité administrative.

4) Les affaires urgentes et les décisions de portée juridique mineure pourraient rester du ressort du seul président siégeant en qualité de juge unique; les tâches d'instruction et de surveillance seraient, le cas échéant, confiées à des inspecteurs

Parmi les activités du juge unique, l'on songe notamment à l'application de mesures ordonnées à titre provisoire ou pour une durée limitée, ou encore à celles qui ne portent pas atteinte à l'exercice des droits civils.

L'on doit se demander si les activités se rapportant à l'instruction et à la surveillance des titulaires de mandats, à l'approbation de certains actes ou au contrôle des comptes, justifient le maintien parallèle d'une autorité administrative. Le groupe d'experts plaide en faveur de la constitution d'une autorité unique de caractère judiciaire chargée d'assumer l'ensemble des tâches, selon le système déjà connu dans plusieurs cantons romands. Dans la mesure où cela s'impose en raison de l'ampleur de la charge, l'autorité judiciaire pourrait être secondée par un ou plusieurs auxiliaires assumant des missions particulières.

Il convient de préciser que ce modèle n'exclut nullement que des médecins conservent la compétence d'ordonner une privation de liberté à des fins d'assistance en cas de péril en la demeure.

Une variante de la solution proposée pourrait être celle d'un rattachement de ce secteur à un tribunal constitué pour l'ensemble des affaires se rapportant au droit de la famille. A ce sujet, cf notamment l'art.152 du projet de révision du droit du divorce qui préconise l'instauration de tribunaux de la famille.

5) Il ne subsiste qu'une seule autorité de surveillance(de caractère judiciaire)

Si l'autorité de première instance est organisée à l'échelon régional, qu'elle est interdisciplinaire et judiciaire, le système de la double autorité de surveillance, tel qu'il est connu dans la plupart des cantons de Suisse alémanique, perd beaucoup de sa raison d'être. Dans le nouveau concept, l'autorité de surveillance pourrait être déchargée de certaines attributions, notamment de celle qui fait aujourd'hui l'objet de l'art.422 CC, vu que l'autorité de première instance fournirait, de par sa composition, des garanties élevées. Il serait ainsi parfaitement concevable que l'autorité de surveillance ne dispose plus que d'un pouvoir de cognition limité.

1.5.5. A propos de la procédure

1) *Dans le droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte, la compétence des cantons de régler la procédure est beaucoup plus restreinte que dans les autres domaines du droit privé, ceci en raison des impératifs suivants:*

- *les contraintes de la Constitution fédérale*
- *les garanties fournies par la CEDH*
- *la nécessité de prévoir des dispositions fédérales de procédure pour assurer la mise en oeuvre du droit matériel*

Il a déjà été insisté sur l'importance de la place occupée par la procédure dans le droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte (cf supra 1.2.2, la thèse no 7).

2) *Ce sont notamment les dispositions suivantes de la CEDH qui méritent une attention particulière:*

- *l'art.5 (le droit à la liberté et à la sûreté)*
- *l'art.6 (le droit à un procès équitable)*
- *l'art.8 (le respect de la vie privée et familiale)*
- *l'art.13 (le droit à une voie de recours efficace)*

L'art.5 CEDH concerne avant tout les garanties dont doivent être entourées les mesures de privation de liberté à des fins d'assistance. Il s'agit en particulier *du devoir de l'information donnée dans les plus brefs délais* sur les raisons de la privation de liberté, ainsi que *du droit d'introduire un recours devant un tribunal* afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de la détention et ordonne la libération si elle est illégale. Ces exigences sont aujourd'hui déjà satisfaites par les règles de procédure figurant aux art.397d, 397e et 397f CC, dont le contenu ne devrait guère être modifié par la réforme. Il est à relever qu'en vertu de l'art.397d, al.2 CC, le contrôle judiciaire est aussi garanti en cas de rejet d'une demande de libération qui s'inscrit dans le cadre de l'examen périodique de la justification du maintien de la mesure.

L'art.6 CEDH figure au centre des préoccupations du législateur chargé de réformer le droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte, vu que les procédures tutélaires, en particulier les décisions qui entraînent une restriction de l'exercice des droits civils, constituent sans aucun doute des « *contestations sur des droits et obligations de caractère civil* » au sens de l'art.6 CEDH (cf notamment O. GUILLOD, Les garanties de procédure en droit tutélaire, RDT 46 [1991] p.41ss; H. KOLLER, Das Vormundschaftsrecht im Wandel - Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ausgangspunkt einer Revision des Vormundschaftsrechts, RDT 47 [1992] p.95ss; TH. GEISER, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen, RDT 48 [1993] p.207ss). Il y a une vingtaine d'années, la Commission européenne des droits de l'homme a expressément admis cette qualification à propos d'une procédure suisse de mise sous tutelle (Affaire X, Y et Z c/Suisse, Décisions et Rapports [D.R.] 16, p.107ss).

Le droit à un procès équitable découle déjà du droit interne, soit en particulier de l'art.58 Cst féd. (garantie du juge naturel). « Le Tribunal fédéral a déduit deux droits de cette disposition: le droit au juge compétent, selon une norme générale et abstraite (ce qui prohibe les juges ad hoc ad personam); le droit à la composition correcte du tribunal, qui englobe le droit à un juge indépendant et impartial » (O. GUILLOD, op.cit. RDT 46 [1991] p.48).

En matière de procédure proprement dite, les garanties qui doivent entourer *le droit d'être entendu* ont déjà fait l'objet de passablement de jurisprudence et de doctrine. La plupart des législations cantonales de procédure en décrivent les contours. Aussi le droit fédéral pourrait-il se contenter de rappeler les principes de l'audition personnelle, de la motivation systématique des décisions, de l'indication des voies de recours et de la désignation d'un avocat d'office dans tous les cas où une mesure est prise contre la volonté de l'intéressé. Le droit à la consultation du dossier, dont il sera plus largement question dans les développements consacrés à l'art.8, mériterait une approche nuancée en raison des effets pervers susceptibles d'en compromettre la finalité.

Le droit à une expertise devra aussi faire l'objet d'une attention spéciale, les particuliers concernés et les collectivités se plaignant notamment des frais excessifs engendrés par des requêtes faites trop systématiquement, alors que dans de nombreux cas, notamment ceux où l'état déficient est patent, un certificat médical pourrait parfaitement suffire pour attester de la condition de l'intéressé. L'exigence de l'expertise pourrait certes d'emblée être écartée par rapport à l'instauration des mesures qui restent sans effet direct sur l'exercice des droits civils, soit notamment celle qui se limiterait à une simple assistance personnelle.

S'agissant de *la publicité de la procédure*, la Suisse a émis une réserve sur la base de laquelle les cantons peuvent aujourd'hui déjà prévoir dans leur législation que tant les débats que les jugements relatifs aux procédures tutélaires échapperont à l'accès public (cf TH. GEISER, op.cit., RDT 48 [1993] p.208). L'art.6, al.1 CEDH contient d'ailleurs lui-même des exceptions au principe de la publicité de la procédure; c'est sur la base de ces dernières que le Tribunal fédéral a admis que l'application d'une mesure de privation de liberté à des fins d'assistance pouvait se dérouler à huis clos (cf 114 Ia 189 E.3.d.).

L'art. 8 CEDH garantit non seulement le respect de la vie privée et familiale, mais encore celui du domicile et de la correspondance. En matière tutélaire, il existe assez peu de doctrine et de jurisprudence définissant la portée et les incidences concrètes de la disposition sur la procédure. C'est par rapport à l'aspect particulier *du droit de consulter le dossier*, pendant, après ou en dehors de la procédure, que la disposition semble avoir donné lieu à l'examen le plus approfondi. Dans un arrêt de 1986 concernant un jeune adulte à la recherche d'informations sur sa petite enfance et sur l'identité de son père biologique, le Tribunal fédéral a estimé que l'art.8 CEDH n'exigeait pas que l'on établisse une hiérarchie entre des intérêts prépondérants contraires, vu que la disposition conventionnelle reste muette sur la façon de pondérer les intérêts opposés; il fut par ailleurs exigé du requérant qu'il fasse la démonstration d'un intérêt concret à la consultation du dossier (cf RO 112 Ia 97 [106ss]). Dans une affaire similaire (arrêt Gaskin, Série A, vol. 160), la Cour de Strasbourg a, au contraire, jugé que l'obtention de renseignements permettant de connaître et de comprendre l'enfance correspondait à « un intérêt primordial, protégé par la Convention », ce qui démontre que dans la pesée des intérêts à effectuer, l'intérêt du requérant à connaître son passé est d'un poids considérable.

Il n'est évidemment pas facile de déterminer la nature et l'étendue des enseignements de portée générale qui peuvent être dégagés de cette jurisprudence pour l'application du droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte, soit en particulier par rapport à l'accès et à la transparence du dossier constitué en vue du prononcé d'une mesure restreignant l'exercice des droits civils ou la liberté personnelle. C'est ainsi que dans l'arrêt fouillé rendu le 17 décembre 1992 (RO 118 Ia 473), le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de sa-

voir ce qu'il conviendra de qualifier, en matière tutélaire, « d'ingérence dans la vie privée et familiale selon l'art.8 CEDH ».

Il ne paraît en tous les cas guère contestable que l'art.8, al.2 CEDH exige que le traitement imposé (*Zwangsbehandlung*), même celui qui accompagne une privation de liberté à des fins d'assistance, repose sur une base légale formelle suffisamment élaborée pour permettre à l'autorité appelée à en contrôler la légalité de se prononcer avec la sécurité juridique requise. Par contre, la disposition ne ferait pas obstacle à ce que le traitement imposé soit ordonné par un médecin.

Quoi qu'il en soit, un examen plus approfondi des incidences de l'art.8 CEDH sera incontournable dans le cadre de l'élaboration future d'un projet de loi. Mais il n'est pas a priori certain que la garantie du respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance gagne à être concrétisée par des dispositions procédurales expresses; si elles devaient être formulées de manière trop absolues, leurs effets pervers pourraient finalement l'emporter sur les effets protecteurs visés.

L'art.13 CEDH garantit à toute personne, dont les droits et libertés reconnus par la Convention ont été violés, la voie du recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

La disposition va moins loin que l'art.6, notamment par le fait qu'elle n'exige pas que l'instance de recours soit un tribunal. Les deux articles se situent néanmoins dans un rapport de complémentarité. C'est ainsi qu'un traitement non volontaire, dont la légalité ne saurait être contestée sur la base de l'art.6, devrait obligatoirement pouvoir l'être sur celle de l'art.13 CEDH. Si l'instance de recours n'a pas besoin d'être une autorité judiciaire, elle doit cependant être indépendante de l'autorité qui a ordonné le traitement et avoir la compétence de prononcer des décisions ayant force obligatoire.

1.5.6. La responsabilité

Seule est ici en cause la responsabilité civile qui réside dans l'obligation de réparer le dommage ou de répondre du tort moral causés dans l'exercice d'une fonction liée à la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte. Il n'est pas question de responsabilité pénale ou disciplinaire.

Les thèses développées ci-dessous se rapportent à la responsabilité du titulaire d'un mandat confié dans le cadre de la sauvegarde des intérêts de l'adulte et à celle des autorités chargées de l'application ou de l'exécution des mesures. S'il est fait plusieurs fois référence à la responsabilité liée au cas particulier du placement, c'est parce que les principes qui régissent aujourd'hui déjà la privation de liberté à des fins d'assistance (cf art.429a CC) pourront vraisemblablement être généralisés pour les autres domaines. Il convient néanmoins de préciser que les questions ayant trait au placement seront traitées dans une subdivision spécifique (cf infra sous ch.1.7.1.). Quant à la responsabilité accompagnant l'exercice d'une curatelle de biens (*Vermögensbeistandschaft*, cf supra sous ch.1.5.2[4]), elle devrait être réglée de façon identique à celle qui régit l'exercice des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte, le tort moral étant toutefois difficilement concevable dans le cas de la curatelle de biens.

1) Dans le nouveau droit, il y a lieu de renoncer à la faute en tant que condition de la responsabilité civile

Un premier élément constitutif de la responsabilité civile est celui du dommage constitué le plus souvent par une diminution involontaire du patrimoine. La doctrine et la jurisprudence sont à cet égard abondantes. Mais il convient de s'interroger sur l'opportunité de faire explicitement référence au tort moral; en l'absence d'une disposition spéciale, l'on peut admettre que l'art.49 CO serait en principe applicable au tort moral causé par les personnes et autorités chargées de l'application ou de l'exécution des mesures de sauvegarde prévues par la loi. Vu que celles-ci peuvent impliquer des atteintes importantes à la personnalité, il serait parfaitement concevable de prévoir une réparation morale, lorsque celle-ci est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi, à l'image de ce qui figure déjà à l'art.429a, al.1 CC pour le cas particulier de la privation de liberté à des fins d'assistance.

La condition de l'illicéité pourrait figurer dans la loi sans qu'elle ne soit nécessairement définie; mais peut-être la transparence serait-elle mieux assurée en parlant de « comportement contraire à ses devoirs » ou de « violation des devoirs de fonction » (pflichtwidriges Verhalten).

Selon le droit en vigueur (le texte légal tout au moins), une responsabilité des organes de la tutelle n'est prévue que pour le cas où le dommage est causé « à dessein ou par négligence » (cf art.426 CC). Le groupe d'experts considère que cette condition ne se justifie plus dans le cas où c'est la collectivité publique, plus précisément le canton, qui doit répondre directement du dommage causé par les actes illicites de ses organes. C'est ainsi que la condition de la faute ne figure ni à l'art.3 de la loi sur la responsabilité de la Confédération ni à l'art.5 LP. A ce sujet, cf en particulier la thèse de CAVIEZEL, Die Vermögensverwaltung durch den Vormund, Fribourg 1987 et les pages 67 et 68 du rapport principal.

2) La qualité pour agir revient en premier lieu à la personne atteinte d'un état de faiblesse ou de dépendance. Mais il est concevable que d'autres personnes se voient reconnaître cette qualité

Dans l'arrêt RO 115 II 15, le Tribunal fédéral n'a pas exclu que la responsabilité des organes de la tutelle puisse être invoquée par les proches de la personne ayant fait l'objet d'une mesure tutélaire. Cette question continuera à se poser lors de la mise en forme du nouveau droit, lequel prendra toujours en compte, même si ce n'est qu'à titre subsidiaire, les intérêts de la famille. Il en va de même pour le point de savoir si la qualité pour agir devrait, le cas échéant, être reconnue, dans certaines circonstances et à certaines conditions, à des tiers. Il s'agit là de problèmes délicats qui ne pourront trouver leur réponse qu'au travers d'une étude plus approfondie effectuée avec le secours de spécialistes du droit de la responsabilité civile.

3) Le système doit reposer sur la responsabilité directe du canton; celui-ci peut exercer une action récursoire contre les personnes qui ont causé un préjudice à dessein ou par négligence grave

Contrairement à ce qui figure à l'art.5, al.3 LP, disposition selon laquelle l'action récursoire contre les auteurs du dommage est réglée par le droit cantonal, il convient d'adopter en cette

matière une solution uniforme de droit fédéral. Celle qui est prévue par l'art.429a CC pour le cas particulier de la privation de liberté à des fins d'assistance pourrait sans autre être généralisée pour l'ensemble du droit régissant la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte.

Plus délicate est la description du cercle des personnes visées par une éventuelle action récursoire. S'il n'y a aucun doute quant au titulaire d'un mandat (l'assistant[e]/der Betreuer[in]), l'on ne voit pas non plus pourquoi les autorités ne répondraient pas du dommage causé intentionnellement ou par une négligence grave. Se pose enfin la question d'une extension du cercle à des personnes qui assument des tâches spécifiques, sans être les titulaires directs du mandat de sauvegarde des intérêts de l'adulte. Dans ce dernier cas, il faut probablement établir une distinction entre les personnes qui interviennent sur la base d'une relation contractuelle (médecin privé, fiduciaire, etc.), lesquelles répondent en principe selon les règles définies par la responsabilité liée à l'exécution du contrat, et les personnes qui participent régulièrement à l'exécution de certaines missions dans le cadre de services officiels.

4) La prescription absolue doit intervenir dix ans après le terme de l'exécution d'une mesure de sauvegarde des intérêts de l'adulte

Si les experts ne proposent pas de modification par rapport à la prescription relative d'un an, ils considèrent que la solution du droit actuel qui permettrait, le cas échéant, d'ouvrir une action en responsabilité des dizaines d'années après la fin de l'exercice d'un mandat tutélaire doit être abandonnée. Cette situation découle du fait que la prescription absolue n'intervient que dix ans après la remise du compte final (cf art.454, al.1 CC appliqué en combinaison avec l'art.455, al.1 CC). De lege ferenda, il y a lieu de renoncer à une réglementation qui s'écarte de manière aussi flagrante et non justifiée de règles générales qui régissent la responsabilité civile.

5) Dans le cas du placement, la responsabilité découlant d'une privation illégale de la liberté à des fins d'assistance doit être complétée par une responsabilité liée au traitement forcé illicite

Les principes sur lesquels se fonde l'art.429a CC peuvent demeurer inchangés. Mais une réflexion plus approfondie s'impose par rapport à certains points particuliers. C'est ainsi que des doutes subsistent sur ce qu'il faut entendre par « privation de liberté *illégale* ». L'on se contentera ici d'un renvoi à la thèse très fouillée de MATTMANN, Die Verantwortlichkeit bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung [Art.429a CC], Fribourg 1988, ainsi qu'aux développements circonstanciés figurant aux pages 70 et 71 du rapport principal.

L'on relèvera par ailleurs que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art.429a CC ne se rapporte qu'à la privation de liberté à des fins d'assistance en tant que telle et que la disposition ne concernerait ni les conditions ni les effets du traitement ordonné dans l'établissement (cf RO118 II 254). Selon cet arrêt, la décision de la privation de liberté ne comprendrait même pas le droit de procéder au traitement non volontaire qui lui est lié, raison pour laquelle les experts proposent de compléter la législation en ce domaine (cf infra les thèses figurant sous ch.1.7.3.). La responsabilité liée au traitement opéré à l'intérieur de l'institution doit donc elle aussi être réglée par une disposition légale distincte.

En matière de prescription, il conviendrait de retenir les solutions figurant dans l'arrêt RO 116 II 407, à savoir une prescription relative courte, qui pourrait être d'un an, et une prescription absolue plus longue, qui pourrait être de dix ans.

1.6. L'exécution des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte

1.6.1. Les éléments de base

1) Trois carences essentielles du droit actuel doivent être éliminées:

- la possibilité d'appliquer une mesure appropriée strictement limitée aux besoins du cas concret fait trop souvent défaut,*
- la protection de la personne n'est pas suffisamment valorisée,*
- il y a trop d'incertitudes quant aux effets des mesures sur l'exercice des droits civils et de la liberté d'action de la personne concernée*

2) La première décision de principe relative à l'aspect matériel du nouveau droit réside dans l'abandon des catégories (trop) rigides du système actuel et leur remplacement par des mesures « calibrées » (massgeschneiderte Massnahmen)

3) La seconde décision de principe concernant le droit matériel se traduit par une valorisation substantielle de la protection de la personne (sans pour autant négliger celle de son patrimoine)

4) La troisième décision de principe se rapporte à la réglementation un peu subtile mais parfaitement claire des incidences des différentes mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte sur l'exercice des droits civils et la liberté d'action de la personne assistée

Ces quatre thèses sont à mettre en liaison avec les développements consacrés ci-dessus à « L'objet de la révision » (cf supra ch. 1.2.). L'on se référera par ailleurs aux pages 72 à 74 du rapport principal.

5) Les garants de la mise en oeuvre de ces décisions de principe sont:

- la nouvelle organisation des autorités*
- les qualités et le statut de la personne de l'assistant(e)*
- l'attention portée à la procédure*

Pour les solutions proposées par rapport à l'organisation des autorités, cf infra les thèses figurant sous ch.1.6.4. S'agissant des qualités et du statut de la personne de l'assistant, les thèses figurent sous ch.1.6.5.

6) Des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte peuvent être appliquées en cas de:

- maladie psychique*
- toxicomanie*
- handicap mental*
- ou d'autres états de faiblesse qui frappent une personne*

L'examen des législations étrangères a révélé que la description des états de faiblesse susceptibles de justifier une mesure de sauvegarde variait beaucoup d'un pays à l'autre. A cet égard, l'on constate que plus une loi est restrictive dans l'énumération des causes, plus les états finalement retenus font l'objet d'une application extensive. C'est ainsi que le texte de loi autrichien n'envisage que le cas de la personne atteinte d'une maladie psychique ou frappée d'un handicap mental, alors que dans la pratique le catalogue des causes inclut la prodigalité, l'alcoolisme, la dépendance des stupéfiants et même le handicap physique.

Le concept de la maladie mentale est abandonné au profit de *la maladie psychique*. Il fut à vrai dire déjà sérieusement question de renoncer au terme de maladie mentale, lors de l'élaboration des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance; maintenue à l'art.397a, al.1 CC pour des raisons de concordance avec l'art.369 CC, la notion fut remplacée par celle de « maladie psychique » à l'art.397b, al.2 CC, disposition ayant trait à la compétence, et à l'art.397e, ch.5 CC, disposition relative à la procédure. L'étude de droit comparé démontre que la maladie psychique est considérée comme un état de faiblesse qui figure régulièrement parmi les causes à l'origine des mesures de protection de la personne et du patrimoine de l'adulte. Si son intégration dans la loi fait de la maladie psychique un concept juridique, ses contours continueront à être définis par les données scientifiques fournies par la psychiatrie.

En faisant par ailleurs expressément référence à *la toxicomanie*, l'on désamorce le débat relatif à la question de savoir si elle fait ou non partie des maladies psychiques. L'on assure du même coup la concordance avec l'art.5, ch.1, lettre e) CEDH, de même qu'avec les conditions du placement.

Le handicap mental constitue également une condition classique de la mise en oeuvre de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte. Comme indiqué ci-dessus, le handicap mental représente l'une des deux seules causes retenues par le droit autrichien, alors qu'il figure au côté de plusieurs autres conditions alternatives dans le « Betreuungsgesetz » allemand. En référence au commentaire que le professeur SCHWAB consacre au § 1896 BGB (cf Nr 14), le handicap mental doit être compris dans le sens d'une déficience des facultés intellectuelles décelée dès la naissance ou au cours de la petite enfance; l'oligophrénie (arriération mentale) peut être plus ou moins profonde et avoir des origines diverses.

Les autres états de faiblesse qui frappent une personne font référence aux troubles dont peuvent notamment être atteintes les personnes âgées, déficiences dont les effets s'apparentent parfois à ceux qui découlent d'une maladie psychique ou d'un handicap mental. Prise à la lettre, la notion permettrait aussi d'englober les cas extrêmes d'immatrité(cf l'art.372 CC qui parle d'inexpérience). L'état de faiblesse lié à la mauvaise gestion(art.370 CC), telle que définie par l'arrêt du Tribunal fédéral RO 108 II 93, constituerait un cas limite. Pour de plus amples développements concernant la référence à la mauvaise gestion et à d'autres causes que les experts ont renoncé à retenir pour le texte légal, l'on se référera aux pages 76 et 77 du rapport principal.

7) *L'application d'une mesure de sauvegarde des intérêts de l'adulte exige non seulement la réalisation de l'un des états de faiblesse précités, mais encore l'incapacité de la personne de s'occuper de ses propres affaires*

L'expression « s'occuper de ses propres affaires » (ihre eigenen Angelegenheiten zu erledigen) recouvre aussi bien ce qui se rapporte à la personne elle-même, tels les soins ou le secours quotidien, que ce qui a trait à son patrimoine. L'incapacité peut n'être que sectorielle ou recouvrir, au contraire, l'ensemble des actes liés à la sauvegarde des intérêts personnels et matériels. Cette interprétation permet de faire l'économie de la condition « ne peut se passer de soins et secours permanents » qui figure aux art.369 et 370 CC; elle assure par ailleurs la concordance avec les solutions retenues par le droit allemand et le droit autrichien. Cette référence au droit comparé devra évidemment être prise en compte dans l'interprétation du futur droit. Dans le texte légal, «la personne incapable de s'occuper de ses propres affaires» pourrait être avantageusement remplacée par « la personne empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts », afin d'éviter une mise en évidence de l'élément pécuniaire.

8) *Les mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte sont:*

- *l'assistance personnelle(seule ou couplée avec une autre mesure)*
- *l'assistance qualifiée sous la forme de*
 - *la gestion légale*
 - *la coopération légale*
 - *la représentation légale*
- *l'assistance de substitution*
- *l'assistance d'urgence*

Si le générique « Betreuungrecht » a été traduit, à titre provisoire, par « droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte », il n'y a aucune raison de ne pas utiliser la notion de « l'assistance personnelle » là où l'allemand parle de « persönliche Betreuung ». Dans ce cas, il n'y a pas de risque de confusion avec « l'assistance publique »; par ailleurs, tant la loi (cf art.406, al.1 CC) que la doctrine et la jurisprudence utilisent couramment l'expression.

Si le terme « assistance qualifiée » semble assez bien traduire la notion de « besondere Betreuung », il serait vraisemblablement difficile de se familiariser avec les concepts de « l'assistance de gestion » (Verwaltungsbetreuung), « l'assistance de coopération » (Mitwirkungsbetreuung) et « l'assistance de représentation » (Vertretungsbetreuung). Dans l'immédiat, la difficulté a été contournée en parlant de gestion légale, coopération légale et représentation légale, ceci par opposition à une gestion, une coopération ou une représentation volontaire.

L'assistance personnelle et les différentes formes que peut revêtir l'assistance qualifiée (gestion, coopération ou représentation légale) seront définies et commentées au travers des thèses qui figurent ci-dessous sous ch.1.6.2. et 1.6.3. L'attention se concentrera donc ici sur l'assistance de substitution (Ersatzbetreuung) et l'assistance d'urgence (Notbetreuung).

L'assistance de substitution vise les cas prévus par le droit actuel aux ch.2 et 3 de l'art.392 CC. Dans le premier cas, la curatelle de représentation s'impose en raison du conflit d'intérêt entre le représenté et le représentant légal, alors que dans le second, elle découle de l'empêchement du représentant légal. Si le texte de la loi ne prend en compte que la personne qui intervient en qualité de représentant légal(détenteur de l'autorité parentale ou tuteur), la doctrine considère que l'art.392, ch.2 CC s'applique aussi à la mesure du conseil légal et exceptionnellement à la curatelle, alors que l'art.392, ch.3. CC se rapporterait à tous les cas de figure.

Dans le nouveau droit, c'est l'assistance de substitution qui régirait le cas du conflit d'intérêts entre l'assistant(e) et la personne assistée, de même que celui de l'empêchement de l'assistant(e), ceci pour l'ensemble des mesures de sauvegarde énumérées ci-dessus. Le législateur pourrait saisir l'occasion pour compléter le texte légal dans le sens qu'en cas de conflit d'intérêts le pouvoir de représentation cesse de plein droit, sous réserve de la protection des tiers de bonne foi (à ce sujet, cf notamment RO 107 II 105, 118 II 101, 120 II 9, ainsi que les développements complémentaires figurant à la page 87 du rapport principal).

L'assistance d'urgence vise le cas prévu aujourd'hui par l'art.392, ch.1 CC, disposition selon laquelle l'autorité tutélaire institue une curatelle de représentation lorsqu'un majeur ne peut, pour cause de maladie, d'absence ou d'autres causes semblables, agir dans une affaire urgente, ni désigner lui-même un représentant.

S'agissant des états de faiblesse qui justifieraient une assistance d'urgence selon le nouveau droit, il faut penser avant tout aux trois cas suivants: à la personne momentanément absente (en cas d'absence prolongée sans résidence connue, il conviendrait par contre d'appliquer la curatelle de biens, cf supra ch. 1.5.2.[4]), à la personne majeure passagèrement incapable de discernement, en particulier à celle plongée dans le coma, et enfin à celle qui, alors qu'elle n'est pas assistée, n'est provisoirement plus en état d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts personnels et patrimoniaux.

Quant à l'exécution de l'assistance de substitution et de l'assistance d'urgence, il conviendrait de compléter le nouveau titre dixième par une disposition analogue à celle qui figure aujourd'hui à l'art.418 CC du titre onzième du code. Il importerait aussi de régler clairement l'étendue des exigences légales par rapport aux consentements que l'assistant(e) doit requérir auprès de l'autorité.

9) Les mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte sont appliquées sur requête des intéressés ou d'office; la gestion légale ne peut être ordonnée contre la volonté de la personne concernée

Le droit en vigueur et la législation proposée par le groupe d'experts ont en commun que la sauvegarde des intérêts de la personne souffrant d'un état de faiblesse peut, si besoin, être assurée par une mesure ordonnée contre son gré (Hilfe wider Willen). La réserve prévue par rapport à l'instrument de la gestion légale s'explique par le fait que l'assistant est investi d'un pouvoir de représentation sans que la mesure n'entraîne une restriction formelle dans l'exercice des droits civils. Aussi, la gestion légale n'a-t-elle véritablement de sens que si elle est instituée à la demande de l'intéressé ou en faveur d'une personne privée de la faculté de manifester sa propre volonté.

10) La protection de la personne et du patrimoine de l'adulte peut aussi être assurée par la mesure de l'autorité parentale prolongée

Selon le droit en vigueur(art.385, al.3 CC), les enfants majeurs interdits sont, *dans la règle*, placés sous autorité parentale au lieu d'être mis sous tutelle. Mais le texte légal est trompeur en ce sens que le maintien ou le rétablissement de l'autorité parentale revêt plutôt un caractère exceptionnel. Cela n'implique cependant pas nécessairement que les père et mère soient

écartés plus facilement que par le passé de l'exercice de la fonction de représentant légal de leur enfant majeur. Ils peuvent en effet parfaitement être désignés eux-mêmes en qualité de tuteur ou tutrice, la loi leur conférant à cet égard un droit de préférence(art.380 CC).

La situation des détenteurs de l'autorité parentale exercée sur un enfant « majeur » est largement comparable à celle des parents d'un enfant mineur. Mais, comme le démontre JULMY dans sa thèse(*Die elterliche Gewalt über Entmündigte*, Fribourg 1991), le droit de la filiation ne répond pas à toutes les questions que soulève la mise en oeuvre de cette institution, ce qui contraint la doctrine à faire quelques emprunts au droit de la tutelle, dont certaines dispositions doivent être appliquées, directement ou par analogie(cf SCHNYDER/MURER, *Commentaire bernois*, art.385 nos 30 à 58, auteurs qui qualifient l'instrument de « sinnvolles Rechtsinstitut »).

Le statut des détenteurs de l'autorité parentale exercée sur des mineurs ne devrait guère être influencé par la révision du droit de la tutelle. Il continuera à s'accompagner d'une représentation légale pondérée par la capacité sectorielle ou conditionnelle reconnue aux mineurs capables de discernement, en particulier au travers des principes énoncés à l'art.19, al.1 et 2 CC. Par contre, pour les majeurs soumis à une assistance personnelle, la représentation légale susceptible d'accompagner la mesure ne sera ordonnée que pour les secteurs dans lesquels elle s'impose impérativement et pour autant qu'une coopération légale n'y suffise pas. Autrement dit, le statut de l'adulte protégé ne sera comparable à celui du mineur que dans le cas où la mesure d'assistance personnelle est complétée par une représentation légale de portée générale(*Vertretungsbetreuung für alle Angelegenheiten*).

L'on constate ainsi que la prolongation de l'exercice de l'autorité parentale au-delà de 18 ans (seuil de la majorité civile à partir de 1996) n'est pratiquement concevable que par rapport aux personnes durablement incapables de discernement. C'est vraisemblablement parmi les handicapés mentaux que cet état de dépendance complet se rencontre le plus souvent, et c'est aussi au sein de la Fédération suisse des associations de parents d'enfants handicapés mentaux que la revendication d'un recours plus fréquent à l'institution s'est manifesté avec le plus d'insistance(cf Rapport du Symposium, « Tutelle 2000 », Fribourg 1985 p.72). Vu le caractère subsidiaire des instruments spécifiques au droit tutélaire, cette exigence paraît tout à fait légitime pour tous les cas où l'âge, le degré d'autonomie, la nature des rapports personnels entretenus avec l'enfant et le sens des responsabilités permettent une poursuite optimale de l'action assumée par les parents tout au long de la minorité.

La solution du droit en vigueur, selon laquelle le maintien de l'autorité parentale devrait être la règle, ne peut en aucun cas être retenue dans l'optique du nouveau droit. Vu la grande diversité des situations concrètes, il n'est guère possible d'aller au-delà de la référence au seul critère de l'intérêt de l'enfant, notion sur laquelle le législateur s'est constamment fondé tout au long de la révision du droit de la filiation. Tel est notamment le cas à l'art.298, al.2 CC, selon lequel « le bien de l'enfant » détermine le choix entre la désignation d'un tuteur ou le transfert de l'autorité parentale au père, lorsque la mère de l'enfant né hors mariage ne peut l'exercer elle-même. La mesure n'entre en considération que si elle est ordonnée peu avant ou peu après l'accès de la personne au seuil d'âge des 18 ans. L'éventualité d'un rétablissement de l'autorité parentale postérieur à l'application d'une autre mesure de sauvegarde des intérêts de l'adulte doit être écartée.

S'agissant de la durée d'application de la mesure, il serait concevable de la limiter à un seuil d'âge qui pourrait être celui de 25 ans, limite que l'on rencontre fréquemment dans la législation de la sécurité sociale. Une analyse plus approfondie conduit néanmoins à opter pour la souplesse, vu que dans certains cas cette barrière aurait un caractère artificiel et pourrait être préjudiciable aux intérêts bien compris de la personne concernée. Au moment de l'élaboration définitive du texte légal, il y aurait lieu d'examiner dans quelle mesure des dérogations au principe de l'application des dispositions régissant la condition juridique des mineurs sous autorité parentale peuvent s'imposer. A propos des motifs de renonciation à la solution alternative de « la minorité prolongée » que connaît le droit belge, cf page 86 in fine du rapport principal.

1.6.2. L'assistance personnelle

1) L'assistance personnelle représente le premier degré des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte

Comme indiqué plus haut, le texte de loi en vigueur n'accorde que peu de place à l'assistance personnelle, dont le champ d'application a toutefois été étendu par la doctrine et la jurisprudence. Le groupe d'experts entend attribuer à cette mesure un rôle central, en ce sens que dans chaque cas d'espèce il conviendra de se demander, dans un premier temps, si elle ne suffirait pas à elle seule à la satisfaction des besoins. Sa fonction de pilier du système se caractérise aussi par le fait qu'une mesure d'assistance qualifiée n'intervient dans tous les cas qu'à titre complémentaire (cf infra ch.1.6.3.1. [1]).

2) L'assistant personnel assiste l'intéressé de ses conseils et de son appui. La liberté d'action et l'exercice des droits civils de la personne assistée ne sont point limités

Si l'art.394 CC peut constituer l'une des sources d'inspiration de l'assistance personnelle, c'est plus encore l'art.308, al.1 CC, soit la curatelle d'assistance éducative du mineur sous autorité parentale, qui en représente le modèle. Conformément à l'esprit sinon à la lettre de cette disposition, l'assistant(e) de l'adulte « assiste la personne de ses conseils et de son appui et se préoccupe de son bien-être ». Mais si l'assistance apportée aux père et mère d'un mineur peut être accompagnée d'une restriction de l'autorité parentale (cf art.308, al.3 CC), l'assistance personnelle fournie à l'adulte n'entraîne aucune limitation dans l'exercice des droits de l'assisté. L'assistant(e) doit, au contraire, veiller à ce que la personne puisse conserver la liberté d'organiser sa vie selon ses propres désirs et conceptions, cela en fonction de ses aptitudes.

L'on peut alors se demander si cette mesure ne fera pas double emploi avec les mesures d'assistance prévues par le droit social cantonal. Tel ne sera pas le cas, car ces dernières se distinguent de toutes les mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte prévues par le Code civil par le fait qu'elles reposent nécessairement sur une collaboration volontaire (cf supra ch. 1.3(7)). Or, l'assistance personnelle, dont il est ici question, peut être appliquée d'office, ce qui sera notamment le cas lorsque la personne concernée n'a pas ou plus la faculté d'exprimer sa volonté.

3) Une assistance personnelle appropriée fait partie intégrante de toutes les mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte

Ce principe vaut non seulement pour les mesures d'assistance qualifiée, dont il est question ci-dessous (cf infra ch.1.6.3.), mais encore pour l'autorité parentale prolongée (cf supra ch.1.6.1.[10]) et même pour l'assistance de substitution et l'assistance d'urgence (cf supra ch.1.6.1. [8]), quand bien même l'assistance personnelle n'occuperait dans ces derniers cas qu'une place réduite.

1.6.3. L'assistance qualifiée

1.6.3.1. En général

1) L'assistance qualifiée est complémentaire à l'assistance personnelle

Si l'assistance personnelle constitue la base de toute action de sauvegarde des intérêts de l'adulte, il existe de nombreux états de faiblesse qui exigent une protection complémentaire assurée à l'assisté sous la forme d'une gestion légale de certains éléments du patrimoine, d'une subordination de la validité de certains actes au consentement de l'assistant ou d'une représentation légale pour tout ou partie des engagements à prendre à l'égard des tiers, voire encore d'une combinaison de ces diverses mesures.

2) Une attention particulière doit être accordée au principe de nécessité, lequel détermine le seuil d'intervention et le choix de la mesure appropriée dans chaque cas d'espèce

L'impact normatif du principe de nécessité est certes réduit par le fait qu'il est en soi déjà compris dans le principe général de proportionnalité sur lequel se fonde l'ensemble du droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte. En optant pour une référence expresse dans la disposition générale qui régit l'assistance qualifiée, l'on souligne l'importance particulière qu'il revêt dans le domaine des mesures qui portent atteinte à la liberté d'action et/ou à l'exercice des droits civils. Déjà dans le droit en vigueur, l'on trouve des formulations qui se réfèrent implicitement au principe de nécessité: ainsi en va-t-il à l'art.393, ch.2 CC «...sans qu'il y ait lieu cependant de lui nommer un tuteur » ou à l'art.395, al.1 CC « S'il n'existe pas de cause suffisante pour interdire des personnes majeures et si néanmoins ... ». Le nouveau droit régissant le placement conservera par ailleurs le texte en vertu duquel une privation de liberté à des fins d'assistance ne peut être ordonnée que si l'assistance personnelle *nécessaire* ne peut être fournie d'une autre manière (art.397a, al.1 CC). Pour d'autres références au droit en vigueur et pour les enseignements à tirer du « Betreuungsrecht » allemand, cf en particulier la page 81 du rapport principal.

3) L'assistance qualifiée peut prendre la forme de:

- la gestion légale
- la coopération légale
- la représentation légale

Comme indiqué ci-dessus, il s'agit là d'une mise en oeuvre du principe de la gradation des mesures (cf supra ch.1.5.2. [2]).

4) Le domaine (ou le secteur) concerné par la gestion, la coopération ou la représentation légale doit être décrit de façon aussi précise que possible dans la décision fondée sur les impératifs de la sauvegarde des intérêts en jeu

Cette exigence découle du principe du « calibrage » de la mesure (die massgeschneiderte Massnahme).

5) La gestion, la coopération ou la représentation légale peuvent être combinées en faveur de la même personne, en ce sens que chacune des mesures s'applique à un domaine spécifique

Mais il est alors essentiel de connaître avec précision laquelle des mesures concerne chaque domaine particulier. Le principe du « calibrage » de la mesure s'applique ainsi à un double titre: par rapport au choix de l'instrument à l'intérieur du catalogue des mesures légales, d'une part, et par rapport au choix des domaines spécifiques couverts par chacun des instruments retenus, d'autre part. Il serait ainsi concevable que pour une même personne la gestion légale s'applique au salaire, la coopération légale aux questions liées à la résidence et la représentation légale aux rapports contractuels découlant de la conclusion d'assurances.

1.6.3.2. Gestion légale

1) la gestion légale se rapporte soit à des fractions ou à l'ensemble des revenus, soit à des fractions ou à l'ensemble de la fortune; elle ne peut être appliquée simultanément à la globalité des revenus et de la fortune

S'agissant de la gestion légale des revenus, l'on songe d'abord à l'administration du salaire ou de rentes. Mais la mesure peut s'appliquer à n'importe quel élément de revenu délimité avec précision, soit par exemple aux intérêts d'un capital ou aux loyers découlant de la mise en location d'un immeuble.

Quant à la gestion légale de la fortune, elle concernera soit des biens immobiliers (terrain, maison, etc.) ou des biens mobiliers (par ex. des papiers-valeurs) déterminés, soit l'ensemble des biens de l'assisté, au sens que la doctrine et la jurisprudence donnent aujourd'hui à ce terme dans le cadre de l'application de l'art.395, al.2 CC (à ce propos, cf notamment STETTLER, Droit civil I, Représentation et protection de l'adulte, 3 éd., Fribourg 1992, p.41/42 no 63 et 64).

Si la mesure reste exclue par rapport à la globalité des revenus et de la fortune, c'est que les experts sont d'avis que dans un tel cas il est nécessaire de recourir à d'autres instruments légaux.

Au cours des travaux préparatoires, il conviendra encore de se demander si certains actes de gestion de l'assistant devraient être subordonnés à l'exigence du consentement préalable de l'autorité. A priori, la réponse devrait être plutôt négative, sous réserve des actes générateurs d'obligations ou des actes de disposition qui seraient soumis à autorisation dans l'hypothèse où l'assistant serait investi d'une représentation légale.

2) La gestion légale ne restreint l'exercice des droits civils que dans la mesure où la personne assistée est tributaire des actes effectués par l'assistant

Le statut juridique de l'assisté soumis à une gestion légale serait analogue à celui des personnes qui se trouvent aujourd'hui sous curatelle, à propos desquelles la lettre de l'art.417, al.1 CC précise « qu'elles conservent l'exercice des droits civils ». Si cela est vrai du point de vue du principe, l'on constate, à y regarder de plus près, que la personne sous curatelle subit tout de même une légère atteinte à sa liberté d'action et à l'exercice de ses droits civils, en ce sens qu'elle est liée par les actes du curateur (die Person muss sich die Handlungen des Beistandes anrechnen lassen). Cette ambiguïté devrait être levée par le nouveau droit.

Le projet des experts tient compte de ce statut juridique particulier en prévoyant que la mesure ne peut être imposée à l'assisté contre son gré. Cela implique qu'elle ne pourra être ordonnée que si la personne y consent, expressément ou implicitement, ou si elle n'est pas ou plus en mesure de se déterminer (incapacité durable de discernement). A un stade ultérieur, il conviendra encore de s'interroger sur le cas dans lequel l'assisté retire son consentement par la suite en exigeant la levée de la mesure.

3) Les compétences particulières de l'assistant liées à la gestion légale sont réglées de façon exhaustive par la loi

Dans le cadre d'une gestion légale, l'assistant pourrait notamment être chargé de l'établissement et de l'exécution d'un plan de désendettement, de faire valoir les créances de l'assisté auprès des tiers débiteurs ou encore de procéder à l'encaissement des revenus ou à la récolte des fruits de ses propres biens mobiliers ou immobiliers. Il se verrait conférer le pouvoir de conclure les contrats nécessaires à l'accomplissement de ses missions (par exemple les baux à loyer ou les conventions d'entretien accompagnant la gestion d'un immeuble). La loi pourrait aussi lui confier le soin de remettre régulièrement à l'intéressé les liquidités nécessaires à son entretien courant, en fonction des ressources disponibles.

Les compétences de gestion confiées par la loi à l'assistant n'empêcheront pas l'assisté capable de discernement de continuer à prendre valablement des engagements contractuels dont devra répondre son patrimoine. Mais le « Betreuungsrecht » allemand admet cette double compétence (Doppelzuständigkeit) de manière beaucoup plus étendue, puisqu'elle existe toujours, sauf pour les actes par rapport auxquels l'autorité prévoit expressément que la validité est soumise au consentement de l'assistant [Einwilligungsvorbehalt] (cf supra B, ch. 1.1.3. et 1.1.4.). Les experts considèrent par ailleurs que les inconvénients qui peuvent résulter de cette compétence concurrente ne sauraient justifier une renonciation pure et simple à une mesure relativement légère qui peut rendre de précieux services lorsque l'assisté ne s'y oppose pas, notamment dans le domaine de la gestion du salaire.

Pour plus de détails, cf notamment les pages 107 et 108 du rapport principal. S'agissant de la distinction à faire entre des missions particulières et des secteurs ou domaines déterminés (Aufgaben und Aufgabenkreise), cf infra ch. 1.6.3.3. [3], ainsi que les pages 110 et 111 du rapport principal.

1.6.3.3. Coopération et représentation légale

1) Dans le cadre de la coopération légale, la personne assistée agit avec le consentement de l'assistant; dans le cadre de la représentation légale, l'assistant agit à la place et pour le compte de la personne assistée

L'institution de la coopération légale ressemble à celle du conseil légal coopérant, dont il est question à l'art.395, al.1 CC, mais elle n'est pas réservée aux seuls actes énumérés par les ch. 1 à 9 de la disposition. L'assistant n'a pas une fonction de représentant légal; c'est l'assisté qui prend l'initiative de l'acte, l'assistant se bornant à coopérer au travers de l'exercice de son devoir de consentir ou d'opposer son veto. L'acte ne peut être conclu valablement que si les positions de l'assisté et de l'assistant sont concordantes. A propos des liens qui existent entre cette « Mitwirkungsbetreuung » et le « Einwilligungsvorbehalt » du « Betreuungsgesetz » allemand, cf la page 83 du rapport principal.

La notion de la représentation légale reste la même que dans le droit en vigueur. Mais à la différence de celui-ci, la désignation du représentant légal ne sera plus jamais précédée d'une décision formelle de retrait de l'exercice des droits civils, c'est-à-dire d'un prononcé d'interdiction (Entmündigung). La représentation légale ne constituera que l'une des formes de l'assistance qualifiée fondée sur les causes prévues expressément par la loi; elle aura certes pour effet de priver la personne d'une partie, voire de l'ensemble, de ses droits civils, mais l'assisté ne sera plus que « le représenté » et non plus « l'interdit » auquel il faut désigner « un représentant ». Les experts sont de l'avis que rien ne s'oppose au maintien dans le nouveau droit du principe de la capacité conditionnelle du représenté capable de discernement(cf art.19. al.1 CC); la disposition devrait cependant ne plus revêtir qu'une importance réduite, vu que la représentation légale sera souvent limitée à un domaine particulier(principe du « calibrage » de la mesure).

2) L'exercice des droits civils et la liberté d'action de la personne assistée sont limités en conséquence

Si les effets de la coopération légale et ceux de la représentation légale ont déjà été exposés ci-dessus dans leur principe, il convient d'insister ici sur le fait que ces mesures n'entraîneront le plus souvent qu'une limitation sectorielle de l'exercice des droits civils et de la liberté d'action de la personne assistée (la traduction de « Handlungsfreiheit » par « liberté d'action » n'a aussi qu'un caractère provisoire). En effet, et sous réserve d'une représentation légale générale (eine Vertretung für alle Angelegenheiten), les deux mesures, combinées le cas échéant entre elles, ne se rapporteront qu'aux domaines précis pour lesquels la sauvegarde des intérêts de l'assisté ne peut être assurée d'une autre manière.

3) La coopération et la représentation légale se rapportent à des missions particulières ou à des secteurs déterminés

La thèse découle des exigences du principe de proportionnalité, et plus précisément du sous-principe de la nécessité (à ce sujet, cf supra ch.1.6.3.1. [2 et 4]). Leur mise en oeuvre pourra s'inspirer très largement de la législation autrichienne et plus encore du « Betreuungsgesetz » allemand.

Si une représentation légale générale est parfaitement concevable, notamment pour des personnes durablement incapables de discernement (statt von einer Vertretung für alle Angelegenheiten könnte man auch von der gesamten Personen- und Vermögenssorge sprechen), l'on ne saurait par contre imaginer une coopération légale générale. Expressément prévue par le droit autrichien, et reconnue en droit allemand par la doctrine, la représentation légale générale constitue « l'ultima ratio » des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte.

4) A titre exemplatif, la loi décrit des missions particulières et des secteurs déterminés d'application des mesures

A ce sujet, cf infra ch.1.6.5.[2] et en particulier les pages 110 et 111 du rapport principal.

1.6.3.4. Affaires prohibées et actes de peu d'importance

1) Dans la mesure où elle serait maintenue, la prohibition de certaines affaires devrait être réservée à l'hypothèse de la représentation légale, en premier lieu à celle de portée générale (Vertretung für alle Angelegenheiten)

Les art.408 CC et 340, al.1 CO prévoient des affaires dites prohibées. A cet égard, le mineur et l'interdit sont privés de la jouissance des droits (pour le mineur sous autorité parentale, cf art.305 al.1 CC). La doctrine s'interroge sur la nécessité de maintenir ces dispositions; selon MEIER (AISUF, 140, 559), l'exigence du consentement de l'autorité constituerait une garantie suffisante pour la sauvegarde des intérêts de l'assisté.

Vu que la question n'est pas d'une importance primordiale, il n'est pas indispensable de la trancher dans l'immédiat. Si le nouveau droit optait pour le maintien de la prohibition de certaines affaires, les trois cas figurant à l'art.408 CC pourraient être repris, l'interdiction de faire concurrence soulevant plus de réserves. Quoi qu'il en soit, la prohibition ne pourrait se justifier que pour le cas où l'assisté fait l'objet d'une mesure de représentation légale, celle de portée générale étant visée en premier lieu.

2) L'exercice des droits civils de toutes les personnes assistées demeure réservé pour les actes de peu d'importance

Les actes de peu d'importance constituent le corollaire des affaires prohibées. La réserve, dont il est ici question, concerne les actes courants de la vie quotidienne qui restent sans portée juridique significative. Si la question n'est pas réglée formellement par le droit en vigueur, l'art.414 CC devrait constituer une base légale suffisante pour la plupart des cas. De lege ferenda, l'on peut ici encore se référer au droit allemand qui prévoit au § 1903 BGB que l'assisté n'a pas besoin du consentement de l'assistant lorsque la manifestation de volonté concerne un acte de peu d'importance du quotidien.

1.6.4. Organisation et procédure

L'application, la modification et la levée des mesures ne peuvent se faire dans des conditions optimales que si le législateur trouve des solutions adéquates dans les domaines suivants:

- la désignation des autorités compétentes
- les garanties en matière de procédure
- les mesures provisoires
- la publicité des décisions
- les voies de recours.

Les mesures provisoires ne figurent ici que pour mémoire. Le rapport principal ne leur consacre que quelques lignes à la page 98, non pas tellement parce que le droit actuel n'y fait référence que dans une seule disposition (cf art.386 CC), mais plutôt parce qu'en cette matière la réglementation appartient exclusivement aux cantons, sous réserve d'impératifs qui auraient encore échappé à l'attention des experts. Quant aux voies de recours, il en sera question dans la partie traitant de l'activité des autorités (cf infra 1.6.6.[2]).

1) Toutes les mesures sont appliquées par la nouvelle autorité de première instance (par son président[e] pour les décisions de portée mineure)

Les développements à l'origine de cette thèse figurent déjà dans la partie consacrée à la structure générale de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte (cf ch. 1.5.). Les garanties que doit apporter cette « Betreuungsbehörde » (faute de mieux, le texte français parle provisoirement de l'autorité de première instance), *régionale, interdisciplinaire et judiciaire*, font l'objet des thèses nos 2 et 3 du ch. 1.5.4., alors que la thèse no 4 traite des compétences propres du président qui revêt la qualité de juge.

2) La compétence à raison du lieu est déterminée par la résidence habituelle de la personne qui a besoin d'assistance et de protection

La proposition du groupe d'experts de remplacer le critère du domicile par celui de la résidence habituelle de la personne à assister n'a rien de révolutionnaire. Elle était dans l'air depuis fort longtemps (cf en particulier SCHNYDER/MURER, Commentaire bernois, Vorbeurmerkungen zu Art.376-378 ZGB, Nr 17 et les auteurs cités) et elle correspond à la solution généralement retenue dans les conventions internationales. L'on observera d'autre part que les solutions adoptées par le législateur aux art.315 et 397b CC ont ouvert la voie à cette réforme. La reconnaissance d'une compétence subsidiaire à la commune d'origine ne paraît plus justifiée à partir du moment où seule la commune de domicile est en principe compétente pour la fixation des contributions de l'assistance publique, alors qu'un rapatriement de celui qui a besoin de secours est aujourd'hui hors de question.

3) S'agissant des garanties en matière de procédure, il faut insister sur:

- le droit d'être entendu
- le droit à une expertise

Le principe général selon lequel la procédure est régie par le droit cantonal demeure bien entendu inchangé. Comme cela est aujourd'hui déjà le cas, le droit fédéral doit se limiter à

rappeler les exigences minimales nécessaires à la mise en oeuvre du droit matériel et justifiées par le souci d'éviter des inégalités de traitement qui se heurteraient aux exigences du droit de fond. S'agissant des contraintes de la Constitution fédérale et des garanties fournies par la CEDH, elles ont déjà été traitées ci-dessus sous ch. 1.5.5.

Dans le droit en vigueur, et abstraction faite de la privation de liberté à des fins d'assistance (art.397e & f CC), *le droit d'être entendu* n'est expressément prévu que pour le cas de l'interdiction fondée sur l'art.370 CC (cf art.374, al.1 CC). Pour le cas de celle qui repose sur l'art.369 CC, la loi dispose que le rapport d'expertise « déclarera en particulier, si l'audition préalable du malade est admissible » (cf art.374, al.2 CC).

La renonciation à toute référence légale au droit d'être entendu, au motif que le juge est censé connaître les exigences découlant de l'art.4 Cst féd (à ce propos cf notamment les exposés de GUILLOD et de HÄFELI, RDT 1991, p.41ss et 56ss, déjà cités) paraît difficilement concevable. Aussi le groupe d'experts propose-t-il d'inscrire dans la loi que l'autorité doit assurer à toute personne les garanties suivantes:

- l'audition personnelle avant l'application de toute mesure, sous réserve de l'empêchement fondé sur l'absence, le refus ou l'état physique ou psychique de la personne concernée;
- l'indication, lors de toute décision, des motifs justifiant la mesure prise et des voies de recours;
- la désignation d'un avocat d'office dans tous les cas où une mesure s'impose contre la volonté de l'intéressé.

Dans la mesure où l'autorité est présidée par un juge, il serait parfaitement concevable que, dans un certain nombre d'hypothèses, l'audition personnelle soit assurée par le seul président.

Le groupe d'experts manifeste des doutes quant à l'opportunité d'inscrire dans le texte légal *le droit de consulter le dossier*. Que cette prérogative doive être largement reconnue ne saurait être contesté, mais en l'inscrivant expressément dans la loi, l'on s'expose au risque de voir se développer une pratique consistant à établir simultanément deux dossiers, celui que l'on soumettra plus ou moins d'office à la personne concernée et celui que l'on conservera au fond d'un tiroir parce que les pièces seraient de nature à léser les intérêts de proches, de tiers ou à aggraver l'état psychique de celui que l'on entend protéger.

S'il n'est pas question de légiférer par rapport *au droit à la constitution régulière d'une autorité impartiale*, cette garantie doit par contre être prise en compte pour fixer les limites de l'autonomie des cantons par rapport à l'organisation et à la composition des autorités chargées de l'application des mesures. Les impératifs liés à ce droit seraient évidemment pleinement respectés si l'on optait de façon uniforme pour la solution de l'autorité interdisciplinaire présidée par un juge.

L'exigence *du rapport d'expertise* n'est aujourd'hui prévue par la loi que pour l'interdiction fondée sur la maladie mentale et la faiblesse d'esprit (cf art.374, al.2 CC). La doctrine est divisée par rapport à l'application par analogie de la disposition dans le cas de la mise sous conseil légal.

Par rapport au catalogue des mesures envisagées de *lege ferenda*, l'exigence de l'expertise ne serait pas justifiée pour celles qui n'ont pas d'effet direct sur l'exercice des droits civils. Ainsi

en irait-il de l'assistance personnelle et, en principe aussi lorsque celle-ci est accompagnée d'une gestion légale (à propos des incidences très limitées de cette dernière sur la capacité civile, cf supra ch. 1.6.3.2.[1]). Lorsque l'assistance personnelle est assortie d'une coopération ou d'une représentation légale, l'expertise devrait être exigée dans tous les cas où une mesure non volontaire est fondée sur la maladie psychique ou le handicap mental. Le rapport d'expertise doit par ailleurs être requis dans tous les autres cas où il paraît nécessaire pour définir la nature et l'étendue de l'assistance, ainsi que le champ de la restriction éventuelle de l'exercice des droits civils.

Conformément à ce qui a déjà été suggéré ci-dessus (cf supra ch.1.5.5.), l'autorité devrait pouvoir se contenter d'un certificat médical explicite, lorsque l'incapacité durable de discernement du malade ou du handicapé est patente, ou lorsque l'autorité dispose d'une expertise établie récemment par une autre autorité, notamment l'assurance invalidité. Cela permettrait de tenir compte des préoccupations exprimées par de nombreux parents de handicapés mentaux, lors du symposium « Tutelle 2000 », lesquels se sont plaints de frais souvent importants jugés inutiles et qui ne sont pas nécessairement couverts par les assurances.

Toujours en référence au droit en vigueur, il y a lieu de prévoir que dans les cas où l'expertise est fondée sur la maladie ou le handicap mental, le rapport doit aussi se prononcer sur la forme et les limites de l'audition de l'intéressé par l'autorité.

4) Le prononcé des mesures n'est pas publié; celui qui peut justifier d'un intérêt juridique peut requérir des informations auprès de l'autorité qui a pris la décision

A l'occasion de la révision récente de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, le législateur a modifié le contenu de l'art.375 CC en prévoyant en son alinéa 2: « Il est possible, avec l'accord de l'autorité de surveillance, de renoncer à la publication lorsque l'incapacité de la personne apparaît à l'évidence pour les tiers ou qu'il s'agit d'un malade mental, d'un faible d'esprit ou d'un alcoolique soigné dans un établissement; l'interdiction doit cependant être communiquée à l'office des poursuites ».

Le groupe d'experts a pris acte de l'évolution de la doctrine qui va manifestement dans le sens d'une renonciation, de lege ferenda, au principe de la publication des décisions portant atteinte à l'exercice des droits civils (cf notamment HEGNAUER, RDT 1990 p.9/10). L'argument principal qui milite en faveur d'un pas aussi important est certainement celui de l'absence de plus en plus évidente d'efficacité concrète de la publication officielle. Il existe une distorsion manifeste entre le bénéfice très hypothétique que les tiers peuvent tirer de la publication et l'importance du préjudice qu'elle cause à l'interdit au travers de l'étiquetage et de la stigmatisation qui en découlent. Analysée en termes de statistiques, la mesure s'apparente à une pure fiction. L'adage « nul n'est censé ignorer la publication » tient réellement d'un autre âge. A cela s'ajoute le fait que, selon les informations glanées au fil des échanges avec des représentants des autorités concernées, les pratiques en matière de publication varieraient considérablement d'un canton sinon d'une autorité à l'autre. L'abandon de l'exigence de la publication pourrait amener le législateur à reconsidérer le contenu de l'art.411, al.2 CC (cf aussi supra ch. 1.1.2. et 1.2.2.[3], ainsi que infra ch. 1.8.1.[3]).

Les experts se sont aussi interrogés sur la praticabilité d'un registre central rendant compte de tous les cas d'application de mesures restreignant l'exercice des droits civils. A y regarder de

plus près, l'enregistrement au niveau régional ou cantonal risque de se heurter à des difficultés liées non seulement au coût de l'exploitation de l'appareil administratif, mais aussi à la fiabilité des données inscrites de façon trop sommaire ou mises à jour avec retard, ou encore à la difficulté de savoir si la personne qui demande à consulter le registre peut ou non justifier d'un intérêt légitime. Les comparaisons avec d'autres registres centraux, tels que le registre foncier ou le registre du commerce, paraissent difficilement soutenables.

Enfin, il serait aussi envisageable de renoncer aussi bien à la publication qu'à la constitution d'un registre tout en reconnaissant à l'assistant chargé d'une coopération ou d'une représentation légale le droit de porter la mesure à la connaissance de tiers intéressés par des avis individuels. En référence au droit autrichien, il y aurait lieu de prévoir que l'autorité (die Betreuungsbehörde) répond aux demandes d'informations présentées par des instances publiques ou privées et par des particuliers qui justifient d'un intérêt juridique légitime.

5) En cas de changement des circonstances, les mesures doivent être levées ou modifiées

Traitée succinctement à la page 100 du rapport principal, la modification et la levée des mesures est régie par le principe de proportionnalité. Il en découle, en effet, qu'une mesure doit prendre fin *dès que* sa justification tombe, ou être remplacée par une autre mesure plus légère *dès que* l'évolution favorable de la situation le permet. Vu que l'individualisation des mesures proposées est beaucoup plus prononcée que dans le droit en vigueur, il n'y a plus lieu de prévoir une durée minimale, comme le fait aujourd'hui l'art.437 CC à propos de l'interdiction fondée sur l'art.370 CC. Pour l'essentiel, les questions de procédure devraient trouver leur solution au travers d'un renvoi ou d'une application par analogie des dispositions applicables lors de l'instauration des mesures.

1.6.5. L'assistant(e)

1) Les principes directeurs du choix de la personne de l'assistant sont:

- une aptitude générale et, au besoin, des qualifications particulières*
- une prise en compte aussi large que possible des vœux exprimés par la personne à assister*
- une priorité relative des proches*
- des conditions cadre qui rendent l'acceptation volontaire des mandats attrayante*
- un recrutement fondé sur la complémentarité de l'action professionnelle et de l'action volontaire*

L'énumération de ces principes est fondée sur une analyse fouillée et critique du droit actuel et sur les propositions dégagées par la doctrine. Le rapport principal en rend compte aux pages 100 à 106. L'on ne fera ici état que de quelques éléments à l'origine des propositions susmentionnées:

- tous les auteurs qui se sont penchés sur la question du choix des mandataires tutélaires aboutissent à la conclusion que les institutions du tuteur officiel et du tuteur privé doivent conserver à l'avenir leurs fonctions complémentaires;
- l'action volontaire favorise la conscience de la responsabilité individuelle, la compréhension et les égards dus aux personnes frappées d'états de faiblesse; elle permet de freiner la tendance à déléguer systématiquement le secours à autrui à des institutions officielles;

- la possibilité de désigner deux ou plusieurs assistants pour assurer la sauvegarde des intérêts personnels et patrimoniaux d'un même assisté n'est pas non plus remise en question, mais il faut s'interroger sur le peu de succès que rencontre aujourd'hui la cotutelle prévue par l'art.379, al.2 CC; la combinaison la plus facilement envisageable est celle dans laquelle l'autorité désigne deux personnes, dont l'une assure l'assistance personnelle et l'autre la sauvegarde des intérêts patrimoniaux;

- dans la doctrine, l'on considère généralement que la possibilité pour la personne assistée d'exprimer des vœux quant au choix de la personne de l'assistant (cf art.381 CC) constitue un facteur plus important que le droit de préférence reconnu aux proches (cf art.380 CC);

- l'éventualité de la désignation de personnes morales, non prévue par le droit en vigueur, n'a jamais fait l'objet de discussions approfondies en Suisse, bien que l'on puisse tout à fait concevoir que la gestion légale d'une fortune soit confiée à une fiduciaire ou à une banque, alors que l'assistance personnelle serait assumée par une personne physique désignée en qualité de coassistante. S'ils n'ont pu se pencher sur ce point particulier, les experts recommandent qu'une réflexion prenant en compte les solutions retenues par le droit allemand (cf supra B 1.2.) et le droit autrichien (cf supra B 2.1.3.) soit engagée au cours des travaux préparatoires.

2) La loi détermine non seulement les compétences mais aussi les missions générales de l'assistant

Les développements consacrés à cette thèse figurent dans le rapport principal aux pages 106 à 113. Dans la présente version abrégée, l'on s'en tiendra pour l'essentiel aux éléments qui ont déjà été fournis dans le cadre de l'examen des différentes mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte que sont l'assistance personnelle, la gestion légale, la coopération légale et la représentation légale (cf supra ch. 1.6.). A titre complémentaire, l'on relèvera encore:

- que la distinction faite de lege ferenda entre une mission particulière (eine Aufgabe) et un domaine ou un secteur déterminé d'activités (ein Aufgabenkreis) ne devrait pas être approchée sous un angle trop dogmatique; elle est destinée à simplifier la tâche de l'autorité et à clarifier le rôle de l'assistant et non à favoriser les querelles de doctrine. Si la charge d'assurer les rapports juridiques entre l'assisté et l'institution dans laquelle il est placé constitue un exemple de mission déterminée, celle de veiller à la santé de l'assisté se rapporterait, quant à elle, à tout un domaine d'activités; mais il ne fait guère de doute que les deux notions auront parfois tendance à se recouper;

- que l'autorité chargée de formuler le contenu du mandat doit à la fois se garder de formules lapidaires susceptibles d'exposer l'assisté aux abus de pouvoir sinon à l'arbitraire de l'assistant et à la fois éviter un esprit tatillon qui négligerait la prise en compte de besoins d'ores et déjà prévisibles et qui contraindrait ainsi l'assistant à requérir sans cesse des réajustements de son mandat;

- que la finalité et le contenu des art.398 à 403 CC devront être revus en fonction des paramètres de la nouvelle conception de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte.

3) *L'assistant a droit à une indemnisation*

Cette indemnisation devrait être assurée par la collectivité publique lorsque l'assisté ne dispose pas lui-même des moyens nécessaires. La disposition légale prévue par le droit actuel (cf art.416 CC) est à cet égard insuffisante. Les experts considèrent que l'indemnisation devrait être fondée sur les critères suivants:

- indemnisation prenant en compte non seulement les activités de gestion du patrimoine, mais aussi l'assistance personnelle fournie à l'assisté
- fixation de l'indemnité selon l'importance de la charge et de l'investissement
- détermination du montant par l'autorité qui a confié le mandat
- indemnisation par la collectivité publique
- mise à la charge de l'assisté de tout ou partie de l'indemnité lorsque sa situation patrimoniale le permet.

4) *Le canton veille à la formation initiale et à la formation continue des assistants*

Les experts sont d'avis que dans le nouveau droit il y a lieu de prévoir que les cantons ont l'obligation de tout mettre en oeuvre pour que les personnes qui se voient confier des mandats de sauvegarde des intérêts de l'adulte puissent bénéficier d'une initiation et d'un accompagnement dans le domaine de la formation qui répondent aux exigences des missions qu'elles sont appelées à assumer. Des efforts importants sont aujourd'hui entrepris par l'Association suisse des tuteurs et tutrices officiels, sous la forme de journées d'études, et par la Conférence des autorités cantonales de tutelle, dont le nouveau secrétariat central a mis sur pied un programme de formation pour les autorités et pour les tuteurs privés. L'école professionnelle supérieure de Suisse centrale à Lucerne (HFS Zentralschweiz, Höhere Fachschule im Sozialbereich) assure, depuis septembre 1994, une formation en cours d'emploi pour des tutrices et tuteurs officiels (Nachdiplomstudiengang für Amtsvormund/innen).

1.6.6. Les activités des autorités

1) La validité des décisions importantes de l'assistant, qui font l'objet d'une énumération exhaustive, est subordonnée à l'approbation de l'autorité de première instance (Betreuungsbehörde); cette exigence ne s'applique pas à la coopération légale

L'activité principale de l'autorité de première instance réside dans l'application des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte (à ce sujet, cf supra ch.1.6.4 [1]). En fixant des exigences plus élevées par rapport à la qualification et à la formation initiale et continue des assistants (cf supra ch. 1.6.5. [5]), l'on peut réduire d'autant les craintes que l'assisté ne soit la victime de l'incompétence et l'on devra tenir compte de ce facteur dans l'établissement de l'éventail des actes dont la validité restera subordonnée au consentement de l'autorité.

Dans le droit actuel, ce sont les art.421 et 422 CC qui déterminent à cet égard les compétences respectives de l'autorité tutélaire et de l'autorité tutélaire de surveillance. Si dans le nouveau droit, l'autorité de première instance était régionale, interdisciplinaire et judiciaire, il ne se justifierait plus de maintenir ces deux niveaux de compétence qui se partagent la responsabilité en fonction de l'importance attribuée par le législateur aux actes en cause. L'approbation ou

le refus seraient du seul ressort de la première instance, étant entendu que les décisions de celle-ci seraient sujettes à recours auprès de l'autorité de surveillance (cf infra la thèse no 2).

La liste des actes à soumettre de *lege ferenda* à l'approbation de l'autorité pourrait être déterminée en s'inspirant très largement de la thèse de MEIER (Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, Fribourg 1994). L'examen de ce point particulier a été réservé à un stade ultérieur des travaux préparatoires. Le catalogue des actes à prendre en considération devrait tenir compte de l'importance accrue accordée par le nouveau droit à la protection de la personne; l'on peut envisager des cas dans lesquels la protection de la personne et celle du patrimoine se fondent l'une dans l'autre (cf notamment les contrats de bail). S'agissant de la protection de la personne, le législateur pourrait s'inspirer du § 1904 BGB ayant trait aux interventions médicales comportant des risques élevés. D'une manière plus générale, il conviendrait d'examiner de près la place à réserver au pouvoir d'approbation de l'autorité dans le domaine des droits strictement personnels.

La proposition de renoncer à toute exigence d'approbation dans le cas de *la coopération légale* est conforme à la doctrine dominante relative à l'interprétation de l'art.395, al.1 CC qui régit l'institution du conseil légal coopérant (cf SCHNYDER/MURER, Art.395, Nr 105). Pour le cas de *la gestion légale*, cf supra ch. 1.6.3.2 [1].

2) Les voies de recours à l'autorité tutélaire contre les actes du tuteur (art.420, al.1 CC) et à l'autorité de surveillance contre les décisions de l'autorité tutélaire (art.420, al.2 CC) s'appliquent, mutatis mutandis, aux organes prévus par le nouveau droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte; le recours a un effet suspensif facultatif

Le groupe d'experts considère que la qualité pour recourir contre les actes ou les omissions de l'assistant doit être accordée aux proches, conformément à la solution adoptée par le législateur à l'art.397d CC en matière de privation de liberté à des fins d'assistance. Il faudrait encore examiner de plus près la question de l'opportunité d'ouvrir les deux niveaux de recours à des tiers en mesure de faire valoir des intérêts légitimes. La question de savoir si le recours doit rester ouvert contre toute mesure volontaire ou involontaire, y compris une simple assistance personnelle, devrait être résolue par l'affirmative. En effet, aujourd'hui déjà, tant l'instauration que la levée de toutes les formes d'interdiction, de mise sous conseil légal et de curatelle, sont sujettes à recours auprès d'une seconde instance cantonale (art.420, al.2 CC), puis en réforme auprès du Tribunal fédéral (art.44 LOJF). Il conviendrait également d'examiner si cette dernière voie ne devrait pas être étendue aux actes de l'assistant et aux décisions de l'autorité ayant de graves incidences pour l'assisté.

Le droit actuel ne règle pas la question de l'effet suspensif du recours. Compte tenu du risque que comporte la suspension de certaines décisions, il conviendrait d'introduire pour l'ensemble du droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte le principe de l'effet suspensif facultatif, tel qu'il figure déjà aux art.314, ch.2 et 397e, ch.4 CC.

Comme indiqué plus haut (cf supra ch.1.5.4. [5]), l'option en faveur d'une première instance régionale, interdisciplinaire et présidée par un juge simplifierait considérablement la question des garanties à fournir par la seconde instance. Les exigences de la CEDH seraient en effet réalisées dès le premier stade de l'intervention de l'autorité. Il en découlerait que l'instance de recours devrait aussi être obligatoirement une autorité judiciaire, mais il ne serait plus indis-

pensable qu'elle dispose d'un plein pouvoir de cognition. Compte tenu des garanties de l'interdisciplinarité en première instance, il serait même concevable que la seconde instance s'impose une certaine retenue, à moins que le canton n'adopte également la forme de l'interdisciplinarité en seconde instance, solution qui ne pourrait en aucun cas être imposée par le droit fédéral.

3) L'examen des rapports périodiques et la vérification des comptes incombent à l'autorité de première instance (die Betreuungsbehörde)

Il ne fait pas de doute que dans le nouveau droit les titulaires de mandats auront aussi à rendre compte de l'exercice de leur mission et que les compétences reconnues en cette matière à l'autorité doivent subsister. Les dispositions légales pourraient être analogues à celles que prévoit actuellement l'art.423, al.1 et 2 CC. Compte tenu de la compétence matérielle reconnue à l'autorité de première instance dans le nouveau droit, le législateur pourrait faire l'économie de la faculté réservée aux cantons par l'art.423, al.3 CC.

1.7. Le placement

1.7.1. En général

1) Les décisions de principe suivantes, liées à l'introduction de la privation de liberté à des fins d'assistance dans les années 1978/1981, ne sont pas remises en question:

- *l'intégration de ce domaine dans le droit tutélaire,*
- *l'abandon de l'internement administratif cantonal au profit d'une institution uniforme de droit fédéral,*
- *l'énumération exhaustive des états de faiblesse pris en considération,*
- *la possibilité de confier des compétences liées au placement, non seulement à des autorités tutélaires, mais aussi à d'autres offices appropriés,*
- *la réglementation étendue de droit fédéral en matière de protection juridique et de procédure,*
- *la responsabilité directe de l'Etat pour les privations de liberté illégales*

Le groupe d'experts est d'avis que les conditions de la privation de liberté à des fins d'assistance, dont l'énumération exhaustive figure à l'art.397a, al.1 et 2 CC, peuvent être reprises par le nouveau droit moyennant des retouches mineures (à propos du contenu et de l'interprétation de cette disposition, cf en particulier la thèse de BARBARA CAVIEZEL-JOST, Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung [Art.397a Abs.1 und 2 ZGB], Fribourg 1988).

2) Le placement comprend la privation de liberté à des fins d'assistance, d'une part, et la sauvegarde des intérêts de la personne à l'intérieur de l'institution, d'autre part

Déjà évoquée ci-dessus (cf supra ch.1.5.2. [3]), la distinction qui sera dorénavant faite entre la privation de liberté en tant que telle et l'assistance à fournir à la personne à l'intérieur de l'institution (die Betreuung in der stationären Einrichtung) s'impose notamment par le fait que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf RO 118 II 254), la décision fondée sur

l'art.397a CC ne couvre pas le traitement en vue duquel l'autorité a ordonné l'admission dans l'institution (pour les développements, cf infra ch.1.7.3.).

1.7.2. La privation de liberté à des fins d'assistance

1) Les états de faiblesse qui peuvent entraîner une telle privation de liberté sont:

- *la maladie psychique*
- *le handicap mental*
- *la toxicomanie*
- *le grave état d'abandon*

Les notions de « maladie mentale » et de « faiblesse d'esprit » sont remplacées par celles de « maladie psychique » et de « handicap mental », ce qui découle tout naturellement de l'adoption de ces dernières par le nouveau droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (cf supra ch. 1.6.1. [6]). S'agissant de la maladie psychique, le groupe d'experts s'est interrogé une fois de plus sur l'opportunité de faire expressément référence à la mise en danger de sa propre personne ou d'autrui. A cet égard, les données scientifiques disponibles révèlent qu'il n'existe pas de différence significative par rapport à la mise en danger d'autrui entre les personnes frappées de maladie psychique et le reste de la population; l'on ne saurait donc prendre le risque de contraindre l'autorité à qualifier une personne « d'auteur potentiel d'infractions ». De même, une mention par le texte légal du danger qu'un état peu entraîner par rapport à sa propre personne conduirait à poser le diagnostic de « tendances suicidaires », ce qui provoquerait là encore un étiquetage préjudiciable pour l'intéressé.

L'on relèvera par ailleurs que le droit actuel distingue l'alcoolisme de la toxicomanie, alors que le texte allemand parle de « Trunksucht und andere Suchterkrankungen ». Il ne peut être question d'ouvrir ici un long débat d'ordre terminologique. Il est probable que la solution consistant à renoncer à la mention expresse de l'alcoolisme pour ne retenir que la notion de « toxicomanie » se heurtera à certaines critiques, certains jugeant qu'une telle « absorption » ne peut que contribuer à la confusion des genres, et d'autres estimant qu'il serait préférable de parler « d'états de dépendance ». De l'avis des experts, il faut ici privilégier la concordance des textes français et allemand; pour ce dernier, l'option en faveur du générique « Suchtkrankheit » ne soulève pas de difficulté, vu la formulation du texte en vigueur.

Le groupe d'experts estime qu'il convient de maintenir « le grave état d'abandon », la pratique n'ayant nullement utilisé la référence légale à cet état de faiblesse pour rétablir de manière détournée une forme d'internement administratif. Il semble, au contraire, que les décisions fondées sur cette condition soient fort rares. Comme par le passé, il y a lieu de conclure au grave état d'abandon dans le cas où le fait de renoncer à apporter à la personne l'assistance indispensable qui ne peut lui être fournie qu'en milieu institutionnel serait contraire à la dignité humaine.

Il n'est pas non plus question de toucher au principe selon lequel une personne ne peut être privée de sa liberté que « si l'assistance nécessaire ne peut lui être fournie d'une autre manière » (art.397a, al.1 in fine CC), exigence qui découle directement du principe de proportionnalité. L'art.397a, al.2 CC peut être maintenu tel quel, alors que pour l'art.397a, al. 3 CC se pose la question de l'introduction légale d'un contrôle périodique de la justification du maintien du placement, auquel devrait procéder l'autorité qui l'a ordonné.

La privation de liberté à des fins d'assistance continuera à concerner aussi bien les personnes jouissant de la capacité de discernement que celles qui en sont privées. La disposition légale de base vise ainsi autant les unes que les autres, la distinction entre les capables et les incapables n'étant d'ailleurs pas toujours facile à opérer dans le cas de la maladie psychique. Le problème se présente sous un jour plus délicat dans la phase postérieure à celle de l'admission, s'agissant des conditions d'application d'un traitement non volontaire (cf infra ch.1.7.3).

2) La compétence ordinaire pour l'application de la privation de liberté à des fins d'assistance revient à l'autorité de première instance chargée de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (die Betreuungsbehörde) du lieu de la résidence habituelle de ce dernier

Au vu de l'organisation proposée par rapport à la sauvegarde des intérêts de l'adulte (cf supra ch. 1.6.4.[1]), il est dans la parfaite logique des choses que, du point de vue de la compétence ordinaire à raison de la matière, l'autorité chargée de statuer sur les privations de liberté à des fins d'assistance soit la même que celle appelée à instituer une assistance personnelle accompagnée ou non d'une assistance qualifiée. Le caractère interdisciplinaire et judiciaire de cette « Betreuungsbehörde », qualifiée provisoirement d'autorité de première instance, fournit toutes les garanties souhaitables.

S'agissant de la compétence ordinaire à raison du lieu, elle est aujourd'hui déterminée par le critère du domicile. Cette solution est contraire à celle que prévoit la Convention de la Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961; selon l'art.1er de celle-ci, la compétence primaire revient aux autorités du lieu de la résidence habituelle de la personne à protéger. Il s'agit du centre de vie (der Mittelpunkt der Lebensführung), l'élément déterminant n'étant pas celui de la durée de la présence, mais celui de la qualité des relations personnelles ou professionnelles (cf notamment A. BUCHER, Droit international privé suisse, Tome II, Personnes, Famille et Successions, Genève 1991 p.277 no 847, ainsi que SIEHR, Commentaire, Art. 85 LDIP Nr 15). Le groupe d'experts estime qu'il est temps d'adopter ce critère pour l'ensemble du droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte (cf supra ch. 1.6.4.[2]).

3) Plusieurs autres compétences sont maintenues pour le cas du péril en la demeure

Cette thèse concerne les cas prévus par l'art.397b, al.1 et 2 CC qui devraient être maintenus, mutatis mutandis, par le nouveau droit, ainsi que la disposition qui se substituera à l'art.406, al.2 CC. Par rapport aux malades psychiques, le canton pourrait même se voir contraint par la loi à accorder cette compétence à un certain nombre de médecins désignés à cet effet.

4) L'autorité de première instance est compétente pour la transformation d'une privation de liberté passagère en un placement durable

Cette question n'est pas réglée de façon satisfaisante par le droit en vigueur. La doctrine diverge en particulier sur le point de savoir si une mesure ordonnée en cas de péril en la demeure par le tuteur au sens de l'art.406, al.2 CC peut ou non entraîner un placement durable, quant à son résultat. De lege ferenda, l'on peut envisager que l'autorité chargée de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (die Betreuungsbehörde) se prononce obligatoirement sur la

prolongation d'un placement qu'elle n'a pas effectué elle-même, dès que la privation de liberté dure plus de dix jours. Cette décision pourrait bien entendu faire l'objet d'un recours auprès de l'instance judiciaire supérieure. Le risque que la personne soit ainsi parfois privée de l'étape du contrôle judiciaire (cf art.397d CC) serait largement atténué par le fait que, selon la proposition des experts, l'autorité de première instance serait toujours présidée par un juge.

5) Dans des cas particuliers, la compétence de prononcer la mainlevée peut être déléguée par l'autorité de placement à l'institution

Le principe figurant à l'art.397a, al.3 CC, selon lequel la personne en cause doit être libérée dès que son état le permet, est à reprendre par le nouveau droit. S'agissant de la compétence de mainlevée (cf art.397b, al.3 CC), il serait concevable que, dans des cas particuliers, l'autorité de placement décide, dès le prononcé de la mesure ou à un stade ultérieur, de déléguer la compétence de mainlevée à l'institution, en se réservant bien entendu le pouvoir de revenir en tout temps sur sa décision (à ce sujet, cf SCHNYDER, Zur Frage der Entlassungskompetenz bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ..., RDT 48 [1993] p.173ss, avis de droit fondé sur la situation juridique telle qu'elle découle actuellement de l'art.397b, al.2 in fine CC).

Les dispositions légales qui régissent la procédure de mainlevée, soit en particulier la règle figurant à l'art.397d, al.2 CC, sont à transférer dans un nouveau droit.

6) Les mesures préalables ou postérieures à une privation de liberté à des fins d'assistance liées à une décision de l'autorité sont prononcées selon les règles qui régissent la sauvegarde des intérêts de l'adulte

A ce sujet, cf supra ch.1.6., en particulier ch.1.6.4.

1.7.3. La sauvegarde des intérêts de la personne à l'intérieur de l'institution

1) Les cantons ont l'obligation d'assurer l'existence d'un nombre suffisant d'institutions appropriées; la Confédération soutient les initiatives prises à cet effet

Le droit en vigueur s'en remet entièrement aux cantons. L'obligation de mettre en place l'équipement institutionnel nécessaire découle implicitement de l'art.397a CC, mais en réalité les carences restent très importantes. Les observations faites en 1985 par le juge Marguerite FONTANET restent largement d'actualité (cf Etablissements appropriés: volonté du législateur et réalités concrètes, RDT 41 [1986] p.1ss). Un soutien par la Confédération des efforts entrepris sur le plan régional en vue de la création d'institutions spécialisées destinées à une prise en charge thérapeutique particulièrement intensive, ou la favorisation de la conclusion de conventions ou d'accords concordataires propres à assurer une répartition équitable des tâches entre les différents cantons, figurent toujours parmi les objectifs à long terme, malgré les difficultés présentes liées à la conjoncture. Les experts sont toutefois conscients que les prérogatives compatibles avec le cadre constitutionnel restent limitées.

2) Le droit fédéral fixe les principes qui régissent le traitement exécuté sans ou contre la volonté de l'intéressé (traitement forcé) dans le cadre de la privation de liberté à des fins d'assistance

Le groupe d'experts s'est penché de façon intensive sur la réglementation du traitement forcé dans le cadre d'une privation de liberté à des fins d'assistance. Il a fait appel aux experts, les professeurs ASMUS FINZEN et MARCO BORGHI. Des éléments précieux ont pu être tirés de la publication de FINZEN/HAUG/BECK/LÜTHY, *Hilfe wider Willen, Zwangsmedikation im psychiatrischen Alltag*, Bonn 1993, ouvrage également fort remarqué à l'étranger. Les travaux furent toutefois accompagnés de la prise de conscience qu'il est extrêmement difficile de trouver une réglementation susceptible d'assurer aux personnes souffrant d'une maladie psychique une protection juridique et une aide illimitées. La difficulté réside notamment dans la réalisation de deux objectifs en apparence contradictoires. D'une part, il s'agit d'éviter tout traitement forcé non justifié; d'autre part, il importe de définir le cadre juridique nécessaire à la réalisation de l'intervention thérapeutique dictée, dans un cas d'espèce, par les impératifs d'une assistance médicale bien comprise. Les experts sont bien conscients du fait que l'idée même du traitement forcé peut se heurter à un rejet de principe, et que tel est fréquemment le cas. Ils se conforment néanmoins à l'avis qui semble être celui de la majorité des spécialistes de la question, à savoir que l'on ne peut exclure sans autre le traitement non volontaire effectué dans l'intérêt manifeste d'une personne déterminée.

Le groupe d'experts réalise également qu'une réglementation légale du traitement forcé comporte nécessairement certains effets pervers et que toutes les astuces juridiques ne suffiront pas forcément à éviter les abus. Mais cela vaut en fait pour l'ensemble du droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte. Il convient ici de s'en remettre en premier lieu aux normes éthiques qui régissent l'activité des membres du corps médical et de leurs auxiliaires. L'on peut évidemment objecter à cela que l'éthique professionnelle rend toute réglementation juridique superflue; mais cela ne correspond nullement à l'état du droit, tel qu'il s'est développé en matière de protection des droits fondamentaux.

Malgré tous les efforts entrepris, le présent rapport ne contient pas de solution « passe-partout » (keine Patentlösung); il se borne à fournir un état de la question et à faire un certain nombre de propositions qui se fondent sur le document de travail le plus récent établi par l'un des membres du groupe, sur les solutions retenues à l'étranger et la littérature scientifique citée plus haut. Les propositions qui suivent sont fondées sur la prémisse que la décision de la privation de liberté ne couvre pas, directement ou indirectement, le traitement qui la justifie (cf notamment RO 118 II 254), indépendamment de la question de savoir si elle découle ou non de l'urgence. Il s'ensuit que la loi doit prévoir des dispositions légales spécifiques tant pour le cas de l'urgence que pour celui de l'intervention planifiée: « Der massive Eingriff in fundamentale Grundrechte des Patienten (körperliche Unversehrtheit; allgemeine Handlungsfreiheit) ist nur mit einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zulässig » (cf Kommentar Saage/Göppinger, *Freiheitsentziehung und Unterbringung*, 3. Auflage, S. 319 Nr 317). Il existe certes déjà, dans plusieurs cantons, des bases légales applicables en la matière. Mais à partir du moment où les conditions de la privation de liberté liée à un traitement sont régies par le droit fédéral, il paraît indispensable que celui-ci fixe également le cadre légal de l'intervention médicale.

3) *Pour les questions relatives au traitement forcé, l'on distingue le traitement d'urgence et le traitement planifié*

Dans le domaine psychiatrique, ce sont *les placements liés à l'urgence d'un traitement* qui paraissent être de loin les plus fréquents. Il faut aussi tenir compte du fait que s'agissant de malades psychiques, les hospitalisations non volontaires peuvent avoir un caractère cyclique, ce qui veut dire qu'elles concernent souvent des patients déjà connus de l'établissement.

Le texte légal devrait probablement faire expressément état de l'exigence de principe *du consentement libre et éclairé du patient*, même si elle va aujourd'hui de soi au regard des impératifs du droit de la protection de la personnalité. Le législateur doit par ailleurs se déterminer quant aux dispositions applicables dans le cas où le patient n'est pas en état, au moment de son hospitalisation, de délivrer ou de refuser le consentement. La doctrine et la jurisprudence se réfèrent généralement à la notion de la capacité ou de l'incapacité de discernement pour trancher la question de l'aptitude ou de l'inaptitude à délivrer un consentement éclairé. De nombreux médecins considèrent que dans le contexte de l'intervention en faveur de malades souffrant de troubles psychiques, le maniement de cette notion s'avère difficile. Aussi peut-on se demander, s'il est vraiment indispensable d'y faire expressément référence. C'est ainsi qu'il est concevable qu'une opposition à un traitement, par rapport auquel le patient nourrit une aversion particulière, ne se manifeste qu'au travers de gestes ou de manifestations verbales, dont le véritable sens sera d'autant plus difficile à saisir qu'il s'agit d'interpréter un comportement dans lequel l'expression d'une volonté délibérée n'est pas toujours facile à dissocier d'éléments qui ressortissent plutôt à des réactions neurovégétatives ou instinctives. Si l'on se réfère aux situations concrètes que les médecins rencontrent sur le terrain, il faut probablement s'incliner devant le fait que la question de savoir si le consentement est ou non donné comporte parfois une part d'incertitudes, d'où la nécessité d'introduire à cet égard une présomption légale et de favoriser la détermination anticipée.

4) *Lorsque le patient est totalement incapable de discernement, son consentement au traitement d'urgence est présumé; à titre exceptionnel, le traitement d'urgence peut être entrepris contre la volonté du patient*

Lorsque le patient n'est pas en mesure de se prononcer, alors que l'intervention thérapeutique est jugée nécessaire pour assurer la sauvegarde de ses intérêts, la loi devrait autoriser le médecin à se fonder sur *l'anticipation ou la présomption du consentement*. Compte tenu du caractère répétitif de certaines hospitalisations, la délivrance anticipée du consentement à un traitement déterminé pourrait certainement être pratiquée plus couramment. Quant à la présomption du consentement, elle ne peut être infirmée que par un refus exprimé clairement antérieurement par l'intéressé ou son représentant légal. Ainsi en irait-il par exemple si une patiente s'est opposée antérieurement avec vigueur à l'administration de neuroleptiques, préférant l'isolement forcé, voire même la contrainte physique, pour le cas où il s'agirait là des seuls moyens de l'empêcher de porter atteinte à son intégrité corporelle. C'est ainsi que l'arrêt du 7 mars 1995 du Tribunal administratif du canton de Genève précise: « Dès lors que Mme X a clairement déclaré préférer la contrainte physique à l'administration de neuroleptiques, la présomption de l'art.5, al.3 LRMP ne permet pas de lui imposer la seconde solution, lorsque la première peut lui sauver la vie. Le but de cette disposition est en effet de sauver la vie du patient qui n'est pas en état d'exprimer un consentement. Si ce but peut être atteint tout en se

conformant à la volonté exprimée du patient, fût-ce de façon anticipée, ce serait détourner l'art.5, al.3 LRMP de son but que d'adopter une autre solution »(cf p.17).

Dans le cas du péril en la demeure, la consultation systématique des proches ou la sollicitation du consentement de l'éventuel représentant légal, ou encore la demande d'autorisation adressée à une autorité désignée à cet effet, paraissent difficilement pouvoir être imposées au médecin. Le souci de ne pas abandonner le sort du malade psychique au seul pouvoir de décision du médecin pourrait finalement se traduire par des retards dans l'intervention thérapeutique, ceci au détriment des intérêts bien compris du patient.

La loi genevoise sur les rapports entre membres des professions de la santé et patients prévoit en son art.5, al.4: « En cas de refus ou de retrait du consentement pouvant entraîner des conséquences graves pour le patient, le médecin en informe ce dernier de façon approfondie. Si le patient persiste, le médecin est en droit de demander une confirmation écrite ». L'on peut exprimer des doutes quant à la compatibilité d'une information approfondie du patient avec la nécessité d'intervenir dans l'urgence. *Aussi, la loi devrait-elle prévoir que dans le cas du péril en la demeure l'expression d'une volonté propre doit céder le pas devant des impératifs éthiques supérieurs liés à l'urgence de l'intervention, lorsque des intérêts vitaux immédiats du patient sont en jeu.* Une telle réserve par rapport au principe du respect de la volonté exprimée par le patient se justifierait d'autant plus que « des études récentes ont montré un pourcentage élevé de patients qui, s'étant opposés d'abord à une thérapie, ont reconnu, au moment de leur départ de l'hôpital, que la décision concernant le traitement forcé était justifiée »(cf M. BORGHI, Les limites posées par l'Etat de droit au traitement forcé psychiatrique, RDT 1991[3] p.85 note 17). A cela s'ajoute que dans le cas des affections psychiques, le médecin aura le plus souvent des doutes quant au caractère « libre et éclairé » d'un refus de consentir manifestement contraire aux intérêts vitaux du patient.

5) Chaque traitement d'urgence est accompagné de la rédaction d'un rapport (procès-verbal); celui-ci constitue la référence de base pour un contrôle de l'autorité

Le médecin qui intervient en urgence établit *un rapport dans lequel sont consignés les principaux signes psychiatriques observés, le diagnostic présumé, les soins prodigués et les traitements administrés.* Ce rapport est intégré dans le dossier médical que l'établissement tient pour chaque malade admis sous son toit.

La question de savoir à quelles conditions et à qui il y a lieu de transmettre ce rapport est plus délicate qu'il n'y paraît de prime abord. L'intérêt du patient à la sauvegarde du secret médical mérite autant d'attention que le bénéfice qu'il pourrait tirer du fait que les informations seraient transmises aux proches, à l'assistant ou au représentant légal ou encore à une autorité qui, en raison de leur indépendance à l'égard de l'établissement, devraient être en mesure d'assurer la défense de ses droits en toute autonomie.

De ce fait, toute transmission d'informations sur la nature de l'intervention devrait rester subordonnée au consentement du patient, lorsque celui-ci a recouvré rapidement la faculté de se déterminer lui-même. Ce n'est que dans le cas où le malade est privé durant plusieurs jours de cette capacité que la transmission d'office du rapport à l'autorité compétente paraît se justifier. La démarche le serait d'autant plus qu'il appartiendra alors à cette dernière de s'assurer de la présence d'un accompagnement du patient. L'information donnée aux proches et à l'éventuel

assistant ou représentant légal devrait conserver un caractère oral et rester du ressort du médecin.

Lors des hospitalisations faites en urgence, et souvent répétitives, ce sont généralement *les proches qui assurent l'accompagnement de la personne concernée*. Si la privation de liberté ne suffit pas à entraîner la désignation d'office d'un assistant, l'on ne voit pas pourquoi celle-ci devrait être automatique lorsque le placement est doublé d'un traitement non volontaire.

Le patient qui ne peut compter sur des proches doit bien entendu être informé de la possibilité de requérir une mesure d'assistance personnelle ou particulière. Mais l'instauration d'office et immédiate de celle-ci devrait être réservée aux cas dans lesquels le patient est frappé d'un état durable d'incapacité de se déterminer et à ceux pour lesquels il est d'emblée possible de prévoir que l'hospitalisation et le traitement non volontaires se prolongeront au-delà d'une certaine durée.

6) Si la faculté du patient de consentir à un traitement planifié fait défaut, celui-ci ne peut être effectué qu'avec le consentement du représentant légal, toujours sous réserve de l'urgence; en cas de refus du représentant légal, il peut être fait appel à l'autorité

Lorsque le médecin n'intervient plus sous la pression de l'urgence, il se justifie de prévoir un certain nombre de garanties pour assurer au patient un degré optimal d'autonomie par rapport à l'établissement qui l'accueille pour subir un traitement.

La condition du *consentement libre et éclairé* prend ici son plein relief, vu que le médecin dispose de toute la latitude nécessaire pour informer le patient de façon approfondie non seulement de toutes les implications du traitement, mais aussi des conséquences de l'absence de celui-ci. Si l'on s'en tient à l'évolution récente de la doctrine et de la jurisprudence, le refus ou le retrait libre et éclairé du consentement doit être respecté, tout au moins aussi longtemps que des intérêts vitaux immédiats du patient ne sont pas en jeu. Lorsqu'il en va de questions de survie, l'on retombe dans l'hypothèse du péril en la demeure dont il a déjà été fait état plus haut. L'on ne saurait cependant exclure que le fait de devoir renoncer à un traitement puisse avoir des incidences sur le champ et la durée de la privation de liberté ordonnée à des fins d'assistance, soit parce que le patient reste alors dépendant de l'encadrement assuré par l'établissement, soit parce qu'il représentera une trop lourde charge pour les proches tant qu'il ne se sera pas soumis à un traitement approprié.

Lorsque le patient n'est pas apte à consentir ou à s'opposer lui-même au traitement envisagé, il convient de lui désigner un représentant légal. Celui-ci sera appelé à se prononcer en lieu et place du malade, dans les limites et aux conditions suivantes:

- le représentant légal est en principe lié par les instructions que le patient a pu donner avant d'être privé de la capacité de se déterminer lui-même, sous réserve de faits nouveaux importants;
- le refus de consentir du représentant légal jugé contraire aux intérêts du patient doit pouvoir être soumis, par le médecin concerné ou un proche, à la décision de l'autorité qui a ordonné la privation de liberté en vue de l'exécution du traitement;

- le représentant légal doit être tenu d'en référer à l'autorité qui l'a désigné, lorsque l'intervention médicale revêt un caractère délicat, qu'elle s'accompagne d'effets secondaires pénibles, qu'elle entraîne des restrictions importantes de la liberté personnelle ou que les conséquences en demeurent incertaines;
- les décisions de l'autorité sont fondées sur une expertise dans tous les cas où il existe un doute quant au véritable intérêt du patient.

Comme indiqué plus haut dans le cadre des placements et traitements effectués en urgence, l'on ne voit guère les raisons pour lesquelles la désignation d'un assistant (Betreuer) interviendrait de façon systématique, même pour des hospitalisations de courte durée.

Lorsque le patient n'est pas apte à se déterminer lui-même par rapport au traitement envisagé, l'autorité doit lui désigner un représentant légal. Dans ce cas, l'assistance personnelle fera partie intégrante du mandat. Si le patient dispose de la faculté de se déterminer lui-même, la question de l'accompagnement devrait être laissée à sa propre appréciation. Pour s'assurer que des personnes hospitalisées ne restent pas livrées longtemps à elles-mêmes, il serait pensable d'exiger de l'établissement la communication à l'autorité d'assistance (Betreuungsbehörde) de toute hospitalisation dont la durée dépasse un mois, afin qu'elle procède d'office à un examen de la nécessité d'instaurer une mesure. En cas d'hospitalisation durable, un réexamen de la question devrait avoir lieu périodiquement.

7) Le contrôle exercé par l'autorité en matière de traitements peut être confié par le canton à un organe spécialisé; mais, il est pensable que la création d'un tel organe soit rendue superflue par la compétence matérielle accrue dont devrait disposer la nouvelle autorité chargée de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (Betreuungsbehörde) siégeant en l'occurrence avec le concours de professionnels

Par rapport à toutes les questions qui se rapportent à l'accompagnement ou à la représentation du patient, la compétence revient naturellement exclusivement à l'autorité chargée de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (Betreuungsbehörde). La réponse est moins évidente pour le champ d'intervention réservé à l'autorité dans les cas où le patient n'est pas en état de se déterminer lui-même. L'examen du rapport transmis par le médecin intervenu dans l'urgence, la contestation par le médecin ou les proches du refus d'un représentant légal de consentir à un traitement ou la décision d'octroyer ou de refuser un consentement dans les cas où le représentant légal doit en référer à l'autorité, voilà un ensemble de questions qu'il serait légitime de confier à un organe spécialisé désigné à cet effet par le droit cantonal. L'on songe notamment à une autorité de surveillance des établissements psychiatriques ou à un conseil psychiatrique composé de représentants du secteur médical, psycho-social et judiciaire. Mais dans la mesure où l'autorité d'assistance deviendrait elle-même un organe interdisciplinaire présidé par un juge, l'on ne voit plus très bien quelles pourraient être les raisons qui s'opposeraient à lui confier l'ensemble de ces missions, étant entendu qu'il lui appartiendrait de s'assurer le concours de professionnels et d'ordonner une expertise psychiatrique dans tous les cas où il y a doute sur le véritable intérêt du patient à subir un traitement non volontaire.

1.8. La révision d'autres domaines juridiques

1.8.1. Le droit de la capacité civile

1) Il existe une relation très étroite entre le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (das Betreuungsrecht) et le droit de la capacité civile

Déjà dans le droit en vigueur, les dispositions générales régissant la capacité civile, et plus particulièrement celles qui déterminent l'exercice des droits civils (art.12ss CC), contiennent des éléments qui se rapportent au droit tutélaire. Inversement, ce dernier contient toute une série de dispositions qui ont trait à la capacité civile.

Les dispositions régissant la capacité civile, telles qu'elles figurent dans le droit des personnes, sont lacunaires, pour ne pas dire plus. C'est ainsi que le cas de l'exercice restreint des droits civils lié à la mesure du conseil légal (art.395 CC) n'est même pas pris en considération. Cela tient vraisemblablement au fait que cette institution tutélaire n'a été introduite dans le code qu'au stade des débats parlementaires. Par ailleurs, le droit de la capacité civile est dépendant de normes qui figurent dans le droit de la tutelle, mais dont la portée dépasse le cadre de celui-ci; c'est ainsi que les art.410 et 411 CC s'appliquent autant aux mineurs sous autorité parentale qu'aux personnes sous tutelle; il en va de même pour l'art.408 CC.

2) Certaines innovations introduites dans le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (das Betreuungsrecht) ont des répercussions inévitables sur le droit de la capacité civile; outre la prise en compte de celles-ci, il convient de s'assurer, au travers d'un réexamen plus global, de la coordination de ces deux domaines juridiques

Si le droit de la capacité civile constitue le noyau central du droit tutélaire (cf supra ch.1.2.2. [4]), il importe de tout mettre en oeuvre pour assurer une concordance aussi optimale que possible entre les dispositions qui régissent la jouissance et l'exercice des droits civils de la personne et le dispositif mis en place par le législateur pour assurer la sauvegarde des intérêts de celle-ci. C'est de la clarté des définitions données à des concepts fondamentaux, tel celui de la capacité de discernement, que dépend dans une large mesure le degré de la sécurité juridique qui peut être atteint dans la mise en application d'un système de protection de la personne et du patrimoine de l'adulte.

3) Pourraient en particulier être concernés par la réforme:

- les rapports existant entre la notion de la majorité et celle de l'exercice des droits civils (avant tout pour le texte allemand)
- la notion de la capacité de discernement
- le contenu de l'art.19 CC
- le contenu et la place des art.410/411 et 424 CC
- la capacité matrimoniale
- la capacité de tester

- La majorité et l'exercice des droits civils

Au vu des développements contenus dans ce rapport, l'interdiction est censée appartenir au passé. De ce fait, l'un des sens que la langue allemande attribue à la notion de majorité, celui de « *Mündigkeit* », par opposition à celui de « *Volljährigkeit* », perdrait de sa raison d'être et de son utilité pratique. Dans le domaine du droit de la capacité civile, la notion de « *mündig* » avait en effet la signification de « majeur et non interdit »: « *Im Rahmen des Handlungsfähigkeitsrechts muss *mündig* immer als abkürzende Bezeichnung für *mündig und nicht entmündigt* gelesen werden* » (cf E. BUCHER, Commentaire bernois, Art.14 Nr 1). Cela aurait pour conséquence que le législateur renonce également à la notion corollaire de « *unmündig* » pour ne retenir que celle de « *minderjährig* ». Tous les moins de 18 ans seraient ainsi des « *Minderjährige* », conformément à ce qui est aujourd'hui déjà le cas pour la langue française « *mineurs* » et la langue italienne « *minorenni* ».

Cela conduit à s'interroger sur la formulation future de l'art.13 CC. L'on observera tout d'abord que dans le texte français les conditions à remplir pour disposer de l'exercice des droits civils ne se recoupent que partiellement avec celles qui entraînent l'incapacité d'exercer ces mêmes droits; la contradiction tient au fait que la mention de « l'interdit » faite à l'art.17 CC ne trouve pas son pendant à l'art.13 CC. Cela dit, la nouvelle disposition pourrait être libellée comme suit: *Toute personne capable de discernement a l'exercice des droits civils dans la mesure où celui-ci n'est pas limité par une coopération ou une représentation légale*. Une telle formulation mettrait aussi en évidence le principe de la relativité qui sous-tend la notion de l'exercice des droits civils tout comme celle de la capacité de discernement.

Plus délicate est la question de savoir si l'on peut ou si l'on doit renoncer à établir dans le texte légal une distinction entre les personnes capables, les personnes qui sont partiellement capables ou partiellement incapables, ou encore celles qui sont totalement incapables d'agir. La solution extrême consistant à s'abstenir de toute référence à de telles catégories ne serait pas nécessairement déraisonnable; elle aurait pour conséquence que l'on renonce purement et simplement à une disposition construite selon le modèle de l'art.17 CC. Quoi qu'il en soit, le droit actuel n'est guère satisfaisant en ce sens qu'une personne proche de ses 18 ans et pleinement capable de discernement, fait aujourd'hui encore partie des incapables au sens de l'art.17 CC, alors que l'adulte qui se trouve sous conseil légal combiné fait partie des personnes capables (la restriction de la capacité ne découlant que de l'interprétation de l'art.395 CC).

- La capacité de discernement

La notion de *la capacité de discernement*, régie par l'art.16 CC, constitue un élément fondamental du droit de la capacité civile. Par rapport à la révision du droit tutélaire, un examen plus approfondi devrait porter avant tout sur la détermination des états de faiblesse à prendre en compte et sur l'introduction éventuelle d'un statut qui ne serait ni celui de la capacité complète ni celui de l'incapacité totale de discernement; mais il ne saurait être question de proposer une sorte de gradation de la capacité comportant plusieurs degrés dans la restriction; comme indiqué ci-dessous, la réserve légale ne viserait que des personnes dont les facultés intellectuelles et volitives seraient fort restreintes, sans qu'elles ne soient pour autant totalement incapables de discernement.

Selon les propositions formulées ci-dessus dans le cadre de la sauvegarde des intérêts de l'adulte, les notions de « maladie mentale », de « faiblesse d'esprit » et d'« alcoolisme » sont appelées à disparaître. Quand bien même la stigmatisation liée à l'art.16 CC serait moins évidente que celle découlant de certains concepts figurant aux art.369, 370 et 397a CC, il conviendrait d'examiner dans quelle mesure la qualification des causes de l'incapacité de discernement devrait être adaptée à l'évolution de la terminologie et des concepts utilisés dans les disciplines médico-psychiatriques.

Quant au souci de mieux tenir compte de la situation particulière des personnes dont la capacité de discernement est fortement restreinte sans pour autant faire totalement défaut, le législateur pourrait notamment s'inspirer du § 1905, al.1 BGB, disposition selon laquelle une stérilisation n'est possible que si elle n'est pas contraire à la volonté de l'assisté (« wenn sie dem Willen des Betreuten nicht widerspricht »); en constatant par ailleurs que seule est ici visée la personne qui n'a pas la faculté de consentir (« nicht einwilligen kann »), l'on observera que le législateur allemand postule bel et bien l'existence d'un état voisin de l'incapacité, mais qui ne prive pas totalement la personne de manifester un désaccord, un souci ou un besoin, ne serait-ce qu'au travers d'un geste ou de l'expression d'un son. C'est notamment dans le domaine du traitement non volontaire que de telles situations peuvent susciter l'embarras (cf infra 1.8.3. [1]).

- *L'incapacité de discernement*

Par rapport aux *personnes incapables de discernement*, l'art.18 CC prévoit que leurs actes n'ont pas d'effets juridiques, sous réserve des exceptions prévues par la loi. Cette règle s'applique indépendamment de la question de savoir si l'incapable de discernement est mineur, majeur ou interdit (cf A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle 1992 p.58 no 171). La nullité de l'acte peut aussi être invoquée par la partie incapable, le Tribunal fédéral ayant toutefois réservé l'abus de droit (cf RO 117 II 18). De lege ferenda, l'on peut se demander si l'art.18 CC ne devrait pas être complété par un second alinéa (lequel constituerait une réserve légale supplémentaire) prévoyant que la partie capable ne peut pas invoquer la nullité du contrat lorsqu'il a été conclu dans l'intérêt de l'incapable. La question soulevée mériterait toutefois un examen particulièrement attentif, une telle modification de la loi ne pouvant être envisagée sans que l'on prenne en compte un certain nombre de principes fondamentaux qui figurent dans la partie générale du Code des obligations. Pour plus de détails, cf les pages 128 et 129 du rapport principal, ainsi que E. BUCHER, *Commentaire bernois*, Art.17/18 Nr 165ss et Art.27 Nr 131.

- *L'art.19 CC*

En vertu de *l'alinéa 1er*, les mineurs et les interdits capables de discernement ne peuvent s'obliger par leurs propres actes qu'avec le consentement du représentant légal. A défaut d'autorisation, le contrat reste imparfait, en ce sens que seule la partie pleinement capable est engagée, situation qui dure jusqu'à ce que le représentant ratifie ou refuse l'engagement boiteux.

Pour l'avenir, l'on ne voit pas les raisons pour lesquelles la règle ne continuerait pas à s'appliquer aux mineurs. Pour les personnes de plus de 18 ans, elle conservera aussi son intérêt, malgré la diversification des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte. Pas plus que

la disposition ne se confond aujourd'hui avec la mesure de conseil légal coopérant (art.395, al.1 CC), elle ne sera rendue superflue par l'introduction de la coopération légale. Comme c'est le cas actuellement, la règle s'appliquera aux personnes soumises à une mesure de représentation légale; le fait que celle-ci puisse ne se rapporter qu'à des actes particuliers ou à des domaines particuliers ne justifierait nullement que le législateur renonce à cet exercice conditionnel des droits civils fondé sur la seule capacité de discernement.

La disposition correspondant à l'art.19, al.1 CC pourrait être formulée comme suit: « *Les personnes capables de discernement soumises à une représentation légale ne peuvent s'engager par leurs propres actes qu'avec le consentement du ou des représentants légaux* ». Le texte concernerait ainsi tous les mineurs, de même que les adultes soumis à une mesure de représentation légale.

L'*alinéa 2*, peut pratiquement demeurer inchangé. Le pronom « Ils.. » se référera aux personnes capables de discernement soumises à une représentation légale(cf supra alinéa 1er). Le cas échéant, l'on pourrait tenter de résoudre la problématique liée aux rapports existant entre l'art.19, al.2 CC et l'art.241, al.2 CO, dont la solution ne devrait pas avoir un caractère insurmontable (à ce sujet, cf E. BUCHER, Commentaire bernois, Art.19 ZGB Nr 161ss). A propos des droits strictement personnels, cf supra ch. 1.2.2. [8] et infra ch. 1.8.3. [2], ainsi que le rapport principal aux pages 109, 138 et 139.

L'*alinéa 3* n'est en principe pas touché par la réforme du droit tutélaire. L'on relèvera cependant que par rapport à la question de savoir si la capacité de discernement est ou non donnée, l'on rencontre, dans le domaine de la capacité délictuelle, des difficultés analogues à celles évoquées ci-dessus(à ce propos, cf E. BUCHER, Verschuldensfähigkeit und Verschulden, in Festschrift MARIO N. PEDRAZZINI, Berne 1990 p.287ss).

- Les art.410/411 et 424 CC

La mise en oeuvre de l'art.19, al.1 CC s'effectue au travers des éléments complémentaires qui figurent aux art.410 et 424 C, les conséquences du refus de ratification par le représentant légal étant déterminées par l'art.411 CC (à propos de ces dispositions, cf en particulier les thèses de EBERHARD, Die Zustimmung des Vormundes zu Rechtsgeschäften des urteilsfähigen Mündels, Berne 1990 et de MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, Fribourg 1994). Les art.410 et 411 CC concernent tous les mineurs et les personnes interdites, alors que l'art.424 CC ne vise que les mineurs et les interdits sous tutelle.

Le maintien de la règle figurant à l'art.19, al.1 CC nécessite que le législateur reprenne, sinon à la lettre du moins quant au fond, le contenu des art.410/424 et 411 CC. Le groupe d'experts propose par contre un transfert de ces dispositions dans le droit de la capacité civile(Droit des personnes); cela se justifie d'autant plus que dans le Commentaire bernois, dont l'éditeur est très attaché au respect de la systématique de la loi, le spécialiste de la matière, E. BUCHER, commente les art.410 et 411 CC, de manière tout à fait circonstanciée, dans le cadre des dispositions régissant la capacité civile(cf Commentaire bernois, Art.17/18 ZGB Nr 195ss et Art.19 ZGB Nr 144ss et 410ss).

Si dans la doctrine les art.410, 411, al.1 et 424 CC ne font apparemment pas l'objet de propositions de modifications de lege ferenda, les experts se demandent s'il ne conviendrait pas

de tenir compte à l'art.411, al.2 CC d'une renonciation au principe de la publication des décisions portant atteinte à l'exercice des droits civils. N'y aurait-il pas lieu d'accorder une meilleure protection au tiers par rapport à l'intérêt négatif qu'il peut faire valoir lorsqu'il est confronté à la caducité du contrat ? Tout en prenant en compte le fait que la publication est aujourd'hui largement assimilable à une fiction, il est permis de s'interroger sur la portée d'une protection du tiers subordonnée à la condition que le mineur ou l'interdit capable de discernement « s'est donné faussement pour capable ». Seul l'intérêt négatif étant ici en cause, ne suffirait-il pas d'exiger du tiers qu'il ait fait preuve de « l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui », selon ce que prévoit l'art.3, al.2 CC ? La question n'a toutefois pas besoin de trouver une réponse dans l'immédiat; peut-être que l'équité y trouverait son compte quelque part à mi-chemin entre le plus et le moins.

- La capacité matrimoniale

L'exigence du consentement du représentant légal à la conclusion du mariage est maintenue dans l'AP 1992 relatif à la révision du droit du mariage et du divorce. Si le législateur devait la reprendre à son compte, elle se laisserait facilement intégrer dans le nouveau droit, si l'on tient compte de la structure de celui-ci. La subordination de la conclusion du mariage à un consentement serait alors conçue comme un cas particulier de la coopération légale. Mais la renonciation à la mesure de l'interdiction contraindrait alors le législateur à déterminer de façon précise les conditions de ce cas particulier de sauvegarde des intérêts de l'adulte(*der Gesetzgeber müsste die Voraussetzungen dieser Betreuung besonders umschreiben*).

- La capacité de tester

Au cours des travaux de la commission, l'on s'est demandé si une représentation légale générale (*Vertretung für alle Angelegenheiten*) ne devrait pas entraîner une présomption d'incapacité de discernement. L'adoption d'un tel principe aurait vraisemblablement eu des répercussions sur la capacité de tester. Les experts ayant finalement renoncé à retenir l'idée d'un état d'incapacité de discernement qui découlerait d'une présomption légale, il n'y a pas lieu de modifier quoi que ce soit à la capacité de tester. Vu la nature du droit, une coopération légale n'entre pas en considération, contrairement à ce qui est le cas pour la capacité matrimoniale.

1.8.2. La tutelle des mineurs

1) Le droit de la tutelle des mineurs est fortement touché par le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte(Betreuungsrecht für Erwachsene); certaines adaptations s'imposent d'elles-mêmes, alors que d'autres sembleraient judicieuses

Le groupe d'experts a toujours conservé l'optique selon laquelle la priorité est accordée à la réforme du droit des adultes (cf supra 1.2.1. [3]). Mais, il fut d'emblée très clair que les similitudes existant entre le statut de l'interdit sous tutelle et du mineur sous tutelle conduiraient nécessairement le législateur à se pencher aussi sur la condition de ce dernier(cf supra ch.1.2.1. [4]). Pour mémoire, l'on rappellera que de très nombreuses dispositions légales s'appliquent tant aux mineurs sous tutelle qu'aux adultes interdits, voire à ceux qui font l'objet d'autres mesures tutélaires (cf notamment les art.379ss, 398ss, 420ss, 426ss, 441ss,

451ss CC). Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la législation vise les seuls mineurs (par ex. les art.385, al.2, 405 et 405a CC) ou les seuls adultes (par ex. l'art.406 CC).

Si le droit actuel est dominé par l'institution de la tutelle et la désignation d'un tuteur qui prend soin de la personne et administre les biens du pupille mineur ou interdit, et qu'il le représente dans les actes civils (cf art.367, al.1 CC), le nouveau droit proposé pour assurer la sauvegarde des intérêts de l'adulte repose sur le principe du « calibrage » des mesures, c'est-à-dire de leur adaptation aux besoins précis de chaque cas d'espèce. L'on passe ainsi de « la confection » à du « sur mesure » (das einheitliche Institut der Vormundschaft bzw. des Vormunds wird durch massgeschneiderte Massnahmen ersetzt).

La situation des mineurs sous tutelle n'est pas du tout la même que celles des adultes dépendant d'une mesure de sauvegarde de leurs intérêts. Contrairement à ces derniers, le besoin de protection n'est pas lié à un état particulier de faiblesse, mais au fait que, d'une part, ils n'ont pas encore atteint l'âge de 18 ans, et que, d'autre part, les détenteurs de l'autorité parentale font défaut. Il en va tout simplement du remplacement des parents, qu'il s'agisse d'enfants en bas âge ou en âge de scolarité, ou d'adolescents.

Mais le législateur ne peut se soustraire à une réflexion sur la future condition du mineur privé de l'autorité parentale en se contentant d'affirmer que dans les faits l'institution de la tutelle continuera à exister dans le droit applicable aux adultes, ceci sous la forme de la représentation générale ([gesetzliche] Vertretung für alle Angelegenheiten). Une telle interprétation serait tout à fait contraire à l'esprit de la réforme proposée. Par ailleurs, l'on ne saurait nier que la nouvelle réglementation prévue en faveur des adultes place l'institution de la tutelle des mineurs dans un contexte différent qui en modifie le relief. Il y a lieu d'en tenir compte dans la recherche d'un dispositif légal qui pourrait vraisemblablement s'inspirer pour partie d'un certain nombre d'innovations introduites dans le droit de la protection de la personne et du patrimoine de l'adulte.

2) A propos de la terminologie:

Variante 1: Les termes « tuteur » et « tutelle » sont aussi abandonnés pour les mineurs et remplacés par « assistant » et « sauvegarde des intérêts » (Betreuer/Betreuung)

Variante 2: Pour les mineurs, l'on en reste aux notions de « tuteur » et « tutelle »

Le groupe d'experts est ici d'avis partagés. L'un des membres serait plutôt en faveur du maintien de la notion de « tuteur »; un autre considère que toute autre solution doit avoir la préférence, alors que le troisième expert estime qu'il faut essayer par tous les moyens possibles d'en faire l'économie.

Parmi les arguments qui plaident en faveur de l'abandon, l'on peut citer:

- l'effet de stigmatisation et d'étiquetage qui vaut également pour les mineurs
- l'avantage d'une certaine simplification du point de vue de la classification, en ce sens que l'on aurait un seul droit de la sauvegarde des intérêts de la personne, lequel se subdiviserait en un droit régissant la condition des adultes et un droit régissant la condition des mineurs

- la modification terminologique laisserait aussi entendre que certains principes fondamentaux du « Betreuungsrecht » des adultes pourraient s'être glissés dans le « Betreuungsrecht » des mineurs.

S'agissant des arguments qui plaident plutôt en faveur du maintien de la terminologie actuelle, l'on peut relever:

- l'effet de stigmatisation et d'étiquetage n'est pas aussi prononcé pour le mineur que pour l'adulte, car c'est d'abord le défaut de l'autorité parentale qui est pris en compte

- tant le droit autrichien que le droit allemand en sont restés à la « tutelle du mineur » (il est vrai que cela tient certainement en partie à l'autonomie de l'institution et au fait que le législateur a ainsi pu faire l'économie d'une réforme parallèle)

- si la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ne fait nulle part référence au tuteur, la notion figure à plusieurs reprises dans la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

3) Le droit de la tutelle des mineurs est à intégrer dans le titre consacré par le code aux effets de la filiation, sous la forme d'un dernier chapitre

Ce chapitre engloberait toutes les dispositions spécifiques à la tutelle ou au droit de la sauvegarde des intérêts des mineurs. Il comprendrait, par ailleurs, toute une série de renvois aux dispositions légales qui régissent la condition du mineur sous autorité parentale, d'une part, et à celles qui s'appliquent à la sauvegarde des intérêts de l'adulte, d'autre part. Pour plus d'arguments à l'appui d'une telle solution, cf les pages 134 et 135 du rapport principal (ch.2.3.) et pour les renvois à d'autres dispositions les pages 135 et 136 (ch.2.5.).

4) Que l'on opte pour un régime de tutelle ou un régime de sauvegarde des intérêts des mineurs (Vormundschaft oder Betreuung), la condition juridique de ces derniers devrait être aussi proche que possible de celle des mineurs sous autorité parentale

La loi pourrait ainsi prévoir que le tuteur ou l'assistant d'un mineur est tenu de remplir, de façon analogue à des parents, les missions que ceux-ci sont tenus d'assumer au sens des art.301 à 303 CC. Il conviendrait également de supprimer la différence de traitement qui résulte des contenus respectifs des art.323 et 414 CC. Pour d'autres exemples, cf la page 135 du rapport principal(ch.2.4.).

5) Considérée dans son ensemble, la réforme aurait aussi certains effets sur d'autres secteurs du droit de la filiation; c'est ainsi que l'autorité chargée de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (Betreuungsbehörde) serait aussi compétente en matière de mesures de protection de l'enfant(au sens des art.307ss CC)

La renonciation à l'interdiction se répercuterait sur le contenu des art.296, al.2 et 298, al.2 CC. Convierait-il alors de renoncer en ce domaine à tout effet juridique immédiat des mesures de protection de la personne et du patrimoine de l'adulte, les art.311 312 CC devenant ainsi

seuls applicables ? La recherche d'une solution pourrait s'inspirer des données révélées par l'étude effectuée par QUELOZ, Pauvretés sous tutelle, avec l'appui du Fonds national.

Les art.304, al.2 et 305, al.1 CC devraient être remodelés, de telle sorte que les principes en question figurent directement dans le droit de la filiation et que les analogies ou les renvois se fassent dans l'autre sens, ce qui se justifierait d'autant plus que le nombre des mineurs qui ne sont pas sous autorité parentale est statistiquement insignifiant. Pour d'autres exemples et de plus amples développements, cf la page 137 du rapport principal.

1.8.3. La protection de la personnalité des personnes incapables de discernement

1) Il existe un rapport étroit entre le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (Betreuungsrecht) et la protection de la personnalité des personnes incapables de discernement

Les règles de droit privé sur la protection de la personnalité concernent toutes les personnes, mais celles qui sont très dépendantes de l'aide d'autrui sont plus particulièrement visées par ces dispositions. Parmi elles se trouvent aussi des hommes et des femmes concernés par le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (Betreuungsrecht); frappées d'un état de faiblesse, elles sont exposées plus que d'autres à des atteintes illicites à leur personnalité (cf art.28ss CC).

Toute atteinte à la personnalité est en principe frappée d'illicéité. Mais celle-ci fait défaut, s'il existe un motif justificatif au sens de l'art.28, al.2 CC (à propos du principe selon lequel un comportement ne peut être que licite ou illicite, cf TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984 Nr 594). Les deux motifs justificatifs qui intéressent plus particulièrement notre domaine sont « le consentement de la victime » et « l'intérêt prépondérant privé ». La possibilité de consentir à une atteinte dépend elle-même de la question de savoir si une personne déterminée dispose ou non d'une telle faculté (cf RO 114 Ia 350), laquelle est considérée par la doctrine et la jurisprudence comme un aspect de la capacité de discernement. Selon le droit suisse, il n'existe pas de faculté de consentir qui se situerait entre la pleine capacité et l'incapacité totale de discernement. Il en découle que par rapport aux personnes incapables de discernement, seul l'intérêt prépondérant privé reste envisageable; TERCIER envisage l'atteinte « sans l'avis de la victime » qui peut se justifier lorsque celle-ci n'est pas en mesure de donner son consentement, mais qu'une intervention s'impose (op.cit. Nr 675).

Dans le domaine dont il est ici question, les préoccupations du législateur tournent essentiellement autour des interventions de nature médicale. Lorsqu'une personne est privée de la faculté de consentir, il s'agit en fait de savoir qui décide, avant et non après, de l'existence ou du défaut d'un intérêt prépondérant privé susceptible de justifier l'acte. WIEGAND (cf HONSELL, Handbuch des Arztrechts, Zurich 1994 p.172ss) établit une distinction entre les personnes occasionnellement (kasuell) incapables de discernement et celles pour lesquelles l'incapacité correspondrait à leur état courant (habituell). Pour ces dernières, le consentement est donné par le représentant légal, sauf dans les cas d'urgence; c'est donc à lui qu'il incombe de déterminer s'il existe ou non un intérêt prépondérant privé.

Dans le nouveau droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte, c'est la nature et le contenu du mandat de l'assistant qui permettront de trancher la question de sa compétence pour délivrer

un consentement en lieu et place de l'assisté privé de la faculté de décider lui-même. Une telle compétence irait de soi dans le cas d'une représentation générale (Vertretung für alle Angelegenheiten); à défaut de celle-ci, seule une assistance qualifiée ordonnée sous la forme qu'une représentation sectorielle, ou une assistance d'urgence semblent entrer en considération. Un obstacle insurmontable subsistera toujours pour les cas dans lesquels l'acte strictement personnel ne souffre aucune représentation (absolut höchstpersönliche Rechte, selon la terminologie TUOR/SCHNYDER/SCHMID), la personne étant ainsi privée de la jouissance même du droit. Pour ce dernier point, cf aussi les développements qui figurent dans le rapport principal à la page 109.

2) Les domaines principalement concernés sont:

- *l'assistance médicale en général*
- *la stérilisation*
- *la transplantation d'organes*
- *l'assistance des personnes en fin de vie*
- *la recherche médicale*

A des degrés divers, c'est en permanence la question de savoir si la décision à prendre tolère ou non une représentation du droit pour autrui qui est en jeu. Le groupe d'experts ne disposait ni de la compétence formelle ni des données scientifiques nécessaires pour tenter de fournir des solutions, même partielles, aux nombreux problèmes apparents et sous-jacents. La sagesse commande ici une approche toute en nuances; c'est ainsi que par rapport aux soins, il conviendrait peut-être de distinguer entre l'assistance médicale ordinaire et l'assistance médicale extraordinaire. Si la doctrine consacrée au droit tutélaire n'a de loin pas épuisé le sujet, l'on trouvera pourtant des éléments de réflexion précieux dans les exposés de BERNHARD SCHNYDER, *Vormundschaft und Menschenrechte*, RDT 27 [1972] p.41ss et de PETER SALADIN, *Grundrechte und Vormundschaft - Historische und dogmatische Ueberlegungen*, RDT 44 [1989] p.1ss.

3) Du point de vue formel, les solutions qui s'offrent au législateur pour apporter des réponses générales ou partielles à ces questions paraissent être les suivantes:

- *introduction de normes spécifiques dans le droit de la protection de la personnalité (art.28ss CC),*
- *création de lois spéciales,*
- *intégration de la problématique dans le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte (Betreuungsrecht),*
- *renonciation à une réglementation et délégation matérielle à la jurisprudence.*

L'état actuel de la réflexion permet de penser que des solutions différenciées s'imposeront selon les domaines concernés.

Il faut ici encore insister sur la nécessité de l'approche interdisciplinaire. Pour les développements, cf la page 139 du rapport principal.

1.8.4. Le droit de la représentation volontaire

1) Le droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte constitue dans une large mesure du droit de la représentation

Tant le droit actuel que la réforme proposée prévoient la représentation légale de personnes adultes. A l'avenir, celle-ci accompagnerait la gestion légale (cf supra ch. 1.6.3.2.), l'assisté capable de discernement conservant toutefois le pouvoir d'agir lui-même (Doppelzuständigkeit); elle prendrait par ailleurs la forme de la représentation légale sectorielle ou générale (cf supra ch.1.6.3.3.), et se retrouverait dans l'assistance d'urgence (cf supra ch. 1.6.1. [8]) ou encore, selon les cas, dans l'assistance de substitution (cf supra ch. 1.6.1. [8]).

Comme c'est déjà le cas aujourd'hui dans le droit tutélaire, les normes qui régiront la représentation légale dans un futur droit de la sauvegarde des intérêts de l'adulte auront toujours une signification propre par rapport à la représentation volontaire, dont il est question aux art.32ss CO. Mais une partie de ces dernières dispositions continueront à s'appliquer directement ou par analogie à la représentation légale. Il est cependant parfaitement concevable que l'un ou l'autre élément du droit de la représentation acquière une portée nouvelle, compte tenu de l'importance des modifications proposées de lege ferenda. Que l'on songe par exemple aux incidences de la renonciation à l'exigence de la publication (art.375 CC) recommandée par les experts.

2) Le nouveau droit devrait clarifier la question des effets des mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte sur les procurations

L'art.35, al.1 CO prévoit que les pouvoirs découlant d'un acte juridique s'éteignent par la perte de l'exercice des droits civils. Or, l'interprétation de cette importante disposition n'est pas toujours uniforme; le seul cas qui ne fait l'objet d'aucune contestation est celui de la perte de l'exercice des droits civils entraînée par l'interdiction. Si la doctrine admet que la mise sous conseil légal pourrait avoir les mêmes conséquences, le doute subsiste quant aux conséquences d'une incapacité durable de discernement qui n'est pas accompagnée d'une interdiction. Par ailleurs, il y a divergence quant au point de savoir dans quelle mesure une personne capable de discernement peut délivrer valablement des procurations pour le jour où elle serait privée de cette faculté, ce qui revient à s'interroger sur le caractère impératif ou dispositif de l'art.35, al.1 CO.

La complexité des questions soulevées ci-dessus ne fera que s'accroître avec la réforme proposée, en ce sens que le seul cas incontesté, celui de la perte de l'exercice des droits civils à la suite d'une interdiction, ne devrait plus exister; le législateur ou l'exégète du texte légal devraient alors s'interroger sur les rapports existant entre chaque mesure de sauvegarde des intérêts de l'adulte et le principe énoncé à l'art.35 CO.

Mais beaucoup plus importante est aujourd'hui la question de la portée des dispositions prises par une personne en vue d'une future incapacité de discernement. Le problème dépasse le ca-

dre des besoins auxquels sont censées répondre les nouvelles mesures de sauvegarde des intérêts de l'adulte; pour s'en convaincre, il suffit de penser à toutes les difficultés que soulève le testament biologique (à ce propos, cf KATRIN REUSSER, *Patientenwille und Sterbebeistand, Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung*, Zürcher Studien zum Privatrecht Nr 112, Zurich 1994). L'on ne saurait nier l'existence d'un besoin évident de clarification, que ce soit au travers de la loi, de la jurisprudence ou de l'évolution rapide de la doctrine vers des opinions plus ou moins convergentes. Le groupe d'experts considère que la mise en oeuvre d'un nouveau droit de protection de la personne et du patrimoine de l'adulte peut difficilement se concevoir sans résolution préalable d'une question aussi essentielle, sur laquelle se greffe d'ailleurs celle des « procurations de prévoyance vieillesse » évoquée par la troisième thèse (cf ci-après).

3) Dans l'optique de nouveau droit, il y a lieu de rechercher des solutions par rapport aux procurations liées à la prévoyance vieillesse

La question n'ayant pu être traitée par le groupe d'experts, l'on se contentera de faire ici référence à la publication de WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, *Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht*, in FS MAX KELLER, Zurich 1989, p.35ss.

En relation avec ce point, l'on peut encore se demander s'il convient d'autoriser une personne à désigner par avance, pour le cas où une mesure de sauvegarde des intérêts devrait être prise à son endroit, un(e) assistant(e) de confiance. La solution apportée par le législateur devra tenir compte du fait que l'intéressé pourrait revenir sur sa décision aussi longtemps qu'il dispose de la capacité de discernement, alors que si celle-ci venait à faire défaut, il ne serait pas certain que l'autorité juge le choix « approprié ».

Hors thèses, il faut finalement évoquer brièvement deux questions qu'il y aurait lieu de prendre en compte au cours de la poursuite des travaux préparatoires:

- Dans la disposition générale qui régit l'assistance qualifiée (cf infra E., **Titre dixième**, art.2, al.2), il est prévu que celle-ci n'est pas nécessaire dans la mesure où la sauvegarde des intérêts de l'adulte peut tout aussi bien être assurée par une représentation volontaire.... Découlant du principe de nécessité (cf supra ch. 1.6.3. [2]), cette réserve sera sujette à interprétation. Celle-ci pourra prendre en compte le § 1896 Abs.3 BGB, disposition selon laquelle un assistant peut être chargé de faire valoir les droits qu'une personne détient à l'égard de son représentant volontaire.

- L'on peut se demander si la personne assistée conserve le pouvoir de délivrer des procurations à l'assistant pour les domaines non couverts par la mesure. La réponse est sans doute affirmative pour le cas où le mandat se limite à une assistance personnelle. Il serait paradoxal que l'assisté ne puisse mandater celui ou celle qui est censé(e) être sa personne de confiance, alors qu'il ne subit aucune restriction dans l'exercice de ses droits civils. La question se pose en des termes un peu différents dans le cas de l'assistance qualifiée, en ce sens que la position de l'assistant pourrait devenir délicate s'il est appelé à assumer simultanément des fonctions de gérant, coopérant ou représentant légal et des fonctions de représentant volontaire. La question devrait être approfondie dans une étape ultérieure.

D. ARTICULATION ENVISAGEABLE DU FUTUR DROIT

CODE CIVIL SUISSE

Livre deuxième

Droit de la famille

Troisième partie

La sauvegarde des intérêts de l'adulte

(Représentation légale et protection des adultes)

Titre dixième: La structure générale de la sauvegarde des intérêts de l'adulte

Chapitre I Dispositions générales

- A. Les mesures
- B. Les principes
- C. L'organisation
- D. La procédure
- E. La responsabilité

Chapitre II La sauvegarde des intérêts de l'adulte

- A. L'assistance personnelle
- B. L'assistance qualifiée
 - I. En général
 - II. La gestion légale
 - III. La coopération et la représentation légale
 - 1. En général
 - 2. Missions particulières et secteurs déterminés
- C. L'autorité parentale prolongée
- D. L'assistance de substitution et d'urgence
 - I. L'assistance de substitution
 - II. L'assistance d'urgence
 - III. Dispositions communes

Chapitre III Le placement

- A. La privation de liberté à des fins d'assistance
- B. La sauvegarde des intérêts de la personne à l'intérieur de l'institution

Chapitre IV La curatelle de biens

- A. La mesure
- B. La procédure
- C. L'exécution

Titre onzième: La mise en oeuvre de la sauvegarde des intérêts de l'adulte

Chapitre I L'application et la levée des mesures

- A. L'application
- B. La levée

Chapitre II L'assistant/L'assistante

- A. La personne de l'assistant
 - I. Conditions générales
 - II. Voeux de la personne à assister, des parents et du conjoint
 - III. Les proches
 - IV. Assistants/assistantes volontaires et assistants/assistantes professionnels
 - V. Motifs d'incompatibilité
 - VI. Formation initiale et continue des assistants/assistantes
 - VII. L'indemnisation des assistants/assistantes
- B. La désignation de l'assistant
 - I. Refus et contestation du choix
 - II. Remise du mandat
- C. La libération de l'assistant de ses fonctions

Chapitre III L'exécution du mandat

Chapitre IV Les activités des autorités

Titre douzième: La mise en oeuvre du placement

Chapitre I L'application et la levée de la privation de liberté à des fins d'assistance

- A. La compétence
- B. La procédure
- C. Le contrôle périodique

Chapitre II La sauvegarde des intérêts de la personne dans l'institution

- A. L'institution appropriée
- B. Le traitement
- C. L'assistant

E. PROJETS DE LOI SECTORIELS OU PARTIELS

Troisième partie

La sauvegarde des intérêts de l'adulte

Titre dixième: La structure générale de la sauvegarde des intérêts de l'adulte

.....

Chapitre II La sauvegarde des intérêts de l'adulte

A. L'assistance personnelle

Art. 1

¹ A la requête de l'intéressé ou d'office, un(e) assistant(e) est désigné(e) à la personne totalement ou partiellement empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une maladie psychique, d'un handicap mental, d'une toxicomanie ou d'un autre état de faiblesse affectant la condition personnelle.

² Il est aussi tenu compte, de manière équitable, des charges imposées à la famille et de la protection de tiers.

³ L'assistant(e) apporte à la personne conseils et appui, et se préoccupe de son bien-être; il/elle respecte la liberté de la personne assistée d'organiser sa vie selon ses propres désirs et conceptions, en fonction de ses aptitudes.

⁴ L'assistance personnelle reste sans influence sur l'exercice des droits civils et sur la liberté d'action de l'assisté.

B. L'assistance qualifiée

I. En général

Art.2

¹ A la requête de l'intéressé ou d'office, l'assistance personnelle est complétée, dans la mesure où cela est nécessaire, par une assistance qualifiée prenant la forme de la gestion, de la coopération ou de la représentation légale.

² Une assistance qualifiée n'est pas nécessaire dans la mesure où la sauvegarde des intérêts de la personne peut tout aussi bien être assurée par une représentation volontaire ou par d'autres formes d'aide.

II. La gestion légale

Art.3

¹ La gestion légale se rapporte aux revenus ou à des parties de ceux-ci, respectivement à la fortune ou à des parties de celle-ci; l'application de la mesure à la globalité des revenus et de la fortune reste exclue.

² La gestion légale ne restreint l'exercice des droits civils que dans la mesure où la personne assistée est tributaire des actes effectués par l'assistant(e).

³ La gestion légale ne peut être appliquée contre la volonté de la personne assistée.

III. La coopération et la représentation légale

1. En général

Art.4

¹ Dans le cadre de la coopération légale, la personne assistée agit avec le consentement de l'assistant(e); dans le cadre de la représentation légale, l'assistant(e) agit pour le compte de la personne assistée.

² L'exercice des droits civils et la liberté d'action de la personne assistée sont limités en conséquence.

2. Missions particulières et secteurs déterminés

Art.5

¹ La coopération et la représentation légale se rapportent à des missions particulières ou à des secteurs déterminés.

² La coopération et la représentation légale peuvent être appliquées simultanément, chacune des mesures se rapportant à des missions ou des secteurs définis; cette combinaison est aussi possible avec la mesure de la gestion légale.

³ En cas de besoin d'assistance particulièrement prononcé, notamment si la personne est frappée d'une incapacité durable de discernement, la représentation légale peut avoir un caractère général (Variante: se rapporter à l'ensemble de la sauvegarde des intérêts personnels et patrimoniaux).

C. Autorité parentale prolongée

Art.6

L'autorité parentale peut être prolongée par l'autorité (Betreuungsbehörde) au-delà de la minorité, aussi longtemps que l'intérêt de la personne le commande.

D. Assistance de substitution ou d'urgence

I. L'assistance de substitution

Art.7

¹ Un(e) assistant(e) de substitution est désigné(e) en cas de conflit d'intérêts entre l'assistant(e) et la personne représentée ou en cas d'empêchement du titulaire du mandat.

² L'existence d'un conflit d'intérêts met fin au pouvoir de représentation de l'assistant(e); demeure réservée la protection des tiers de bonne foi.

II. L'assistance d'urgence

Art.8

Un(e) assistant(e) est désigné(e) à la personne majeure pour des affaires urgentes, lorsqu'en raison d'une absence, d'une incapacité passagère de discernement ou d'autres causes semblables, elle ne peut ni agir elle-même ni faire appel à un(e) représentant(e) volontaire.

III. Dispositions communes

Art.9

¹ L'assistant(e) chargé(e) d'un mandat de substitution ou d'urgence se conforme aux instructions délivrées par l'autorité (die Betreuungsbehörde).

² Les actes soumis à l'exigence de l'approbation de l'autorité dans le cadre d'une assistance qualifiée le sont aussi lorsqu'ils sont accomplis sous la forme d'une assistance de substitution ou d'urgence.

Titre onzième: La mise en oeuvre de la sauvegarde des intérêts de l'adulte

.....

Chapitre II L'assistant/L'assistante

A. La personne de l'assistant

I. Conditions générales

Art. 1

¹ En qualité d'assistant ou de curateur, l'autorité désigne une personne physique, dont les qualités personnelles et les connaissances sont adaptées aux exigences des missions qui lui sont confiées.

² L'autorité procède d'office à l'examen des aptitudes générales et particulières des personnes qui lui sont proposées ou qu'elle prend elle-même en considération.

³ Des circonstances particulières peuvent justifier la désignation de plusieurs personnes appelées à assumer les mandats respectifs selon les attributions définies par l'autorité.

II. Voeux de la personne à assister, des parents et du conjoint

Art.2

¹ Lorsque la personne à assister propose une personne de confiance apte à remplir la fonction d'assistant(e), celle-ci est désignée en cette qualité si elle est d'accord d'accepter le mandat.

² Si la personne à assister récusé une personne déterminée, il y a lieu de respecter la manifestation de volonté, lorsque celle-ci ne fait pas obstacle à la désignation d'un(e) assistant(e) apte à remplir la fonction.

³ Les voeux du conjoint et des père et mère sont pris en compte de façon appropriée, lorsque la personne à assister est privée de la faculté de faire des propositions en raison de l'incapacité de discernement.

III. Les proches

Art.3

A défaut de proposition faite par la personne à assister, les proches jouissant des aptitudes requises, notamment le conjoint, les enfants ou les frères et soeurs, peuvent être désignés en qualité d'assistant(e); le risque de conflits d'intérêts fait l'objet d'une attention particulière.

IV. Assistants/assistantes volontaires et assistants/assistantes professionnels

Art.4

¹ A défaut de proposition faite par la personne à assister et de possibilité de confier la fonction d'assistant(e) à un proche, l'autorité désigne à cet effet un(e) assistant(e) volontaire ou une personne d'un service social privé ou public jouissant de la formation requise et apte à remplir la mission définie.

² Les cantons veillent à l'existence de services disposant de l'équipement et du personnel formé nécessaires.

V. Motifs d'incompatibilité

Art.5

La fonction d'assistant(e) est notamment incompatible avec l'existence de conflits d'intérêt par rapport à la personne à assister, ainsi qu'avec l'exercice de la fonction de membre ou de secrétaire de l'autorité chargée de l'application de la mesure.

VI. Formation initiale et continue des assistants/assistantes

Art.6

¹ Les cantons veillent à l'existence de l'équipement nécessaire pour assurer la formation initiale et continue des assistants volontaires et professionnels.

² La Confédération contribue aux frais de la formation.

VII. L'indemnisation des assistants/assistantes

Art.7

¹ L'assistant(e) a droit à une indemnité pour l'exercice des tâches liées à l'assistance personnelle et à d'autres missions.

² L'indemnité est assurée par la collectivité publique; lorsque la situation patrimoniale le permet, elle est mise pour tout ou partie à la charge de la personne assistée.

³ Les cantons édictent les dispositions complémentaires nécessaires.

B. La désignation de l'assistant

I. Refus et contestation du choix

Art.8

¹ Lorsqu'une personne de confiance ou un proche est désigné en qualité d'assistant(e) sans son accord propre, elle peut contester sa nomination dans les dix jours à partir de celui où elle en a été avisée.

² Par ailleurs, l'intéressé lui-même, ainsi que toute personne qui fait valoir ses droits, peut contester le choix pour illégalité de la décision dans les dix jours qui suivent le prononcé.

³ En cas de refus de la personne désignée et de contestation motivée, l'autorité procède à un nouveau choix; si elle juge la contestation infondée, elle transmet l'affaire, avec son rapport, à l'autorité de surveillance, qui prononcera.

Art.9

Un(e) assistant(e) jouissant de la formation professionnelle appropriée est désigné(e) par l'autorité pour assurer l'exercice du mandat jusqu'au terme de la procédure en contestation.

Art.10

¹ L'autorité de surveillance communique sa décision à la personne qui avait été désignée et à l'autorité de première instance.

² Si la contestation est acceptée, l'autorité de première instance procède à une nouvelle désignation.

II. Remise du mandat

Art.11

Lorsque la désignation est entrée en force, l'autorité(die Betreuungsbehörde) procède à la remise du mandat.

P.S. L'emploi simultané du féminin et du masculin n'a pas été effectué de façon systématique. Il vise simplement à marquer la distance par rapport à la législation actuelle.