

CH_VB 06-0731 6635 vom 12. September 2006

Bundesverwaltung, 2006-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_06-0731_6635_

FR: CH_VB 06-0731 6635 du 12 septembre 2006

IT: CH_VB 06-0731 6635 del 12 settembre 2006

Erwägungen

E. 28

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

6699 la date de l'examen médical. La décision de placement doit aussi faire état des résultats de l'examen ainsi que des raisons et du but du placement. La personne ordonnant le placement doit notamment expliquer comment elle est entrée en contact avec le patient, mentionner le motif de la mesure, indiquer si elle dispose de données anamnestiques permettant de mieux cerner la situation et décrire l'état dans lequel se trouve la personne concernée. Les raisons et le but du placement – traitement ou assistance – en institution doivent ressortir de ces explications. Enfin, la décision de placement doit indiquer les voies de recours. Il va de soi qu'elle doit également mentionner les noms et l'adresse de la personne concernée. Si celle-ci n'est pas en mesure de les fournir elle-même, cela doit être mentionné. Dans la pratique, les médecins pourront utiliser des formulaires préimprimés pouvant être remplis à la main, qui faciliteront le respect des conditions de forme. En dérogation au principe général qui veut qu'un recours ait un effet suspensif (art. 450c), mais en conformité avec l'art. 450e, al. 2, et l'art. 397e, ch. 4, CC, l'al. 3 prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif, à moins que le médecin ou le tribunal ne l'accorde. Un exemplaire de la décision de placement est remis à la personne concernée, un autre à l'institution lors de l'admission (al. 4). L'institution est ainsi informée d'emblée des motifs du placement et peut donc réagir en conséquence. Selon l'al. 5, le médecin, dans la mesure du possible, communique par écrit la décision de placement à l'un des proches de la personne concernée et il l'informe qu'il a la possibilité de recourir contre cette décision. Le choix du proche revient en premier lieu à la personne concernée. Si celle-ci n'exprime aucune préférence, il appartient au médecin de choisir la personne en vertu de son pouvoir d'appréciation. Il privilégiera le conjoint ou la personne vivant maritalement avec la personne concernée ou un proche parent ou une personne faisant ménage commun avec celle-ci. Il n'est pas nécessaire de mener de longues recherches pour trouver une personne. Mais en aucun cas, le médecin informera une personne proche que la personne concernée ne souhaite pas voir mise au courant. Selon le droit actuel (art. 397e, ch. 2, CC), toute personne qui entre dans un établissement doit être immédiatement informée par écrit de son droit d'en appeler au juge contre son maintien dans cet établissement ou contre le rejet d'une demande de libération. Ce devoir général d'information est inopportun pour les institutions qui n'accueillent qu'à titre exceptionnel des personnes qui font l'objet d'une mesure de privation de liberté à des fins d'assistance, comme par exemple un home pour personnes âgées. Par ailleurs, le nouveau droit n'autorise le maintien d'une personne contre son gré dans l'institution qu'à de strictes conditions (art. 427), il instaure une protection générale (cf. en particulier art. 429 à 431) et il exige l'indication des voies de recours en cas de

décision de maintien contre son gré d'une personne dans l'institution ou en cas de rejet d'une demande de libération. En conséquence, le présent projet renonce purement et simplement au devoir général d'information. En compensation, il prévoit le droit de faire appel à une personne de confiance (art. 432). Art. 431 Examen périodique L'autorité de protection de l'adulte ne devrait toutefois pas intervenir seulement lorsqu'elle est contactée par l'institution ou lorsqu'elle reçoit une demande de libération. Elle doit procéder d'office à des examens périodiques afin de s'assurer que

6700 les conditions de placement sont toujours réalisées et que l'institution est toujours appropriée (al. 1). Le premier examen doit avoir lieu au plus tard six mois à compter de la date du placement (al. 1). Un deuxième examen doit être effectué au cours des six mois suivants. Par la suite, l'examen doit avoir lieu au moins une fois par année (al. 2). Cette solution a été choisie pour éviter que l'examen devienne une affaire de routine et soit finalement peu efficace. Dans le cas des personnes souffrant de démence sénile, notamment, l'examen a plus pour but de s'assurer que l'institution est toujours adéquate que d'étudier la possibilité d'une vie en dehors de l'institution. Art. 432 Personne de confiance Les personnes placées contre leur gré dans une institution dans le cadre d'une mesure de placement à des fins d'assistance se trouvent dans une situation difficile pour plusieurs raisons. D'une part, elles souffrent d'un état de faiblesse qui a motivé leur placement. D'autre part, elles peuvent éprouver des difficultés à s'adapter à un environnement nouveau. Certaines d'entre elles n'ont alors plus la force de faire usage de leurs droits de manière autonome. Il est donc important qu'elles aient le soutien de quelqu'un de l'extérieur. Le présent projet tient compte de cette nécessité en ouvrant les voies de droit non seulement aux personnes concernées, mais aussi à leurs proches (art. 430). En complément, l'art. 432 prévoit que toute personne placée dans une institution a le droit de faire appel à une personne de confiance de son choix, qui l'assistera pendant la durée de son séjour et jusqu'au terme des procédures en rapport avec celui-ci. La personne de confiance a pour tâche d'informer la personne concernée de ses droits et de ses obligations, de l'aider à formuler ses demandes et de les transmettre à qui de droit, de s'entremettre en cas de conflit et de l'assister dans le cadre d'éventuelles procédures. Elle contribue ainsi à décharger l'institution. Munie d'une procuration de la personne concernée, elle a, en outre, accès à tous les documents concernant celle-ci. La personne de confiance doit pouvoir rendre visite à la personne placée en institution même si le droit de visite a été restreint. Au surplus, elle a un rôle particulier à jouer dans l'établissement du plan de traitement d'une personne souffrant de troubles psychiques (art. 433). L'institution doit faire en sorte que les entretiens aient lieu en présence de la personne de confiance, pour autant que celle-ci soit disponible dans un délai correct. La personne placée dans une institution est entièrement libre dans le choix de sa personne de confiance. Elle choisira le plus souvent un membre de sa famille ou un proche, mais elle peut aussi désigner un défenseur des patients ou, par exemple, un collaborateur d'un service social. Les cantons peuvent édicter des dispositions complémentaires et, par exemple, charger un service indépendant de mettre des personnes de confiance à disposition des patients qui le souhaitent. La fonction de la personne de confiance n'est pas assimilable à celle de l'avocat. L'Etat n'est pas tenu de la rémunérer ni de lui rembourser ses frais. Art. 433 Soins médicaux en cas de trouble psychique. Plan de traitement Lorsqu'une personne est placée dans une institution pour y subir un traitement en raison d'un trouble psychique, le médecin traitant établit par écrit un plan de traitement avec elle et, le cas échéant, avec sa personne de confiance (al. 1). Les cas d'urgence sont réservés (art. 435). Selon le «modèle bio-psycho-social» de la santé

6701 mentale reconnu en psychiatrie, le traitement d'un trouble psychique exige la collaboration des personnes importantes pour le patient, comme des membres de la famille, des proches ou des spécialistes en soins ambulatoires ou des membres des autorités (cf. art. 432). La personne concernée et la personne de confiance sont renseignées sur tous les éléments essentiels des soins médicaux envisagés, en particulier sur les raisons, le but, la nature, les modalités, les risques et les effets secondaires du traitement, ainsi que sur les conséquences d'un renoncement aux soins et sur l'existence éventuelle d'autres traitements (al. 2). Contrairement à l'opinion généralement répandue, la plupart des personnes atteintes dans leur santé mentale ne sont pas placées dans une institution dans le cadre d'une privation de liberté à des fins d'assistance. Actuellement, il est déjà habituel que le médecin établisse le plan de traitement avec son patient, que ce soit oralement ou par écrit. Ce plan de traitement fait état des examens prévus, pose un diagnostic provisoire ou confirmé, décrit le traitement possible avec ses risques et ses effets secondaires et, le cas échéant, établit un pronostic. Il doit également mentionner d'autres traitements envisageables ainsi que les conséquences d'un rejet du traitement. Le plan de traitement doit être établi de la même manière pour une personne placée dans une institution pour y traiter un trouble psychique. Le placement d'une personne n'implique en effet pas le droit de la traiter. Il faut au contraire tenter d'obtenir le consentement de la personne concernée au traitement envisagé; il s'agit là d'une condition primordiale au succès du traitement. Cela signifie donc que ses souhaits en matière de traitement doivent être pris en compte dans toute la mesure du possible. Le patient ne doit cependant pas abuser de ce droit aux fins d'empêcher son traitement. Le plan de traitement est ensuite soumis pour consentement à la personne concernée (al. 3, 1^{re} phrase). Si elle est incapable de discernement, le médecin traitant tient compte d'éventuelles directives anticipées (al. 3, 2^e phrase). En conséquence, il y a lieu de prendre en considération, dans la mesure du possible, les vœux exprimés par la personne concernée lorsqu'elle était encore capable de discernement. Mais le respect des vœux ne peut pas faire renoncer à un traitement adéquat lorsqu'un placement à des fins d'assistance a été ordonné, étant donné qu'un traitement administré sans le consentement de la personne concernée ne peut être effectué qu'aux strictes conditions fixées par l'art. 434, à savoir que le défaut de traitement met gravement en péril la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui. Pour assurer la transparence de la situation pour tous les intéressés, le plan de traitement doit être établi par écrit (al. 1). En outre, il doit être adapté à l'évolution de l'état de la personne concernée (al. 4). Art. 434 Traitement sans consentement Si la personne concernée ne peut pas ou ne veut pas donner son consentement, le médecin-chef du service concerné peut prescrire par écrit les soins médicaux prévus par le plan de traitement si les conditions suivantes sont remplies cumulativement. 1. Le défaut de traitement met gravement en péril la santé de la personne concernée (al. 1, ch. 1). Cette règle fait exception au principe selon lequel le consentement de la personne habilitée à représenter une personne incapable de discernement (art. 378) suffit pour prodiguer à cette dernière des soins qui sont dans son intérêt. La compétence du médecin-chef du service concerné

6702 est ainsi limitée aux situations dans lesquelles il y a péril pour la santé de la personne. Elle est de ce fait conforme à l'art. 7 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, tout en étant plus restrictive dans la mesure où le traitement doit avoir été précédé d'un placement à des fins d'assistance et où – contrairement à la convention précitée – la personne concernée doit être incapable de discernement.

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

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

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

6703 Les personnes bien intentionnées qui défendent la liberté de ces malades ne se rendent souvent pas compte que cela fait bien longtemps que cette liberté n'existe plus en raison de la maladie. 3. Il n'existe pas de mesures appropriées moins rigoureuses (al. 1, ch. 3). Ainsi, le traitement doit être proportionné à la cause du placement et conforme aux connaissances médicales les plus récentes. Des mesures incertaines ou contestées sur le plan scientifique, tout comme des interventions chirurgicales, n'entrent pas en ligne de compte si la personne concernée n'y a pas donné son consentement. La disposition vise plus généralement la prescription de médicaments, le mode de vie ou encore l'alimentation forcée. La décision est communiquée par écrit à la personne concernée et à sa personne de

confiance; elle doit indiquer les voies de droit (al. 2). En psychiatrie, comme dans les autres branches de la médecine, lorsqu'il n'y a pas péril pour la santé de la personne concernée ou pour la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui et que la personne concernée ne donne pas son accord au traitement envisagé, le patient doit être autorisé à rentrer chez lui. Les hôpitaux psychiatriques ne sont pas des institutions dans lesquelles on peut retenir des personnes sans traitement afin de les tenir à l'écart de la société. Art. 435 Cas d'urgence En cas d'urgence, des soins médicaux indispensables peuvent être administrés immédiatement si la protection de la personne concernée ou d'autrui l'exige (al. 1). On considère communément comme cas d'urgence les personnes souffrant d'affections soudaines les plus diverses comme les infarctus, les attaques cérébrales, les blessures et hémorragies graves, les infections foudroyantes ou les empoisonnements. Dans ces situations, l'intervention médicale est généralement incontestée. En conformité avec l'art. 8 de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, le présent projet constituera désormais la base légale nécessaire à une telle intervention (art. 379). Dans le domaine de la psychiatrie, les situations d'urgence se présentent de manière quelque peu différente. Une personne souffrant de troubles psychiques peut soudainement menacer de se tuer ou de se blesser, de tuer ou de blesser quelqu'un d'autre ou se déchaîner, par exemple, sur des fenêtres, des portes, des meubles, etc. Dans ce genre de cas, il importe de pouvoir prendre des mesures thérapeutiques immédiates. Ne peuvent être traitées que les personnes dont le comportement est dû à une maladie. Les personnes violentes pour d'autres motifs devront faire l'objet de mesures de police. Dans les institutions gérées de manière professionnelle, le respect de la proportionnalité va de soi. Sont ainsi autorisées uniquement les mesures médicales qui sont indiquées et qui ne peuvent pas être remises à plus tard. Lorsque l'institution sait comment la personne entend être traitée, notamment parce que cette question a été abordée dans le cadre de l'entretien de sortie (art. 436), elle doit prendre en considération sa volonté (al. 2; cf. aussi art. 433, al. 3). Art. 436 Entretien de sortie Avant de quitter un hôpital, le patient a, en règle générale, un entretien avec le médecin traitant. Selon l'art. 436, s'il existe un risque de récurrence, le médecin traitant doit tenter de prévoir avec la personne concernée, avant sa sortie de l'institution,

6704 les soins de base à lui administrer en cas de nouvelle hospitalisation (al. 1). Cette solution contribue à clarifier et à simplifier la situation lorsque la maladie survient à nouveau. L'entretien de sortie doit être consigné par écrit (al. 2). Art. 437 Droit cantonal Le traitement ambulatoire administré contre la volonté de la personne concernée n'était pas réglé dans l'avant-projet de loi, notamment parce que peu de cantons ont jugé nécessaire, jusqu'à présent, de régler ce traitement et qu'il est pratiquement impossible de forcer une personne à se soumettre à une mesure ambulatoire. Cependant, cette position a été fortement critiquée lors de la procédure de consultation. Il a été relevé que tous les traitements ne nécessitaient pas une hospitalisation. Ainsi, dans le cas de certains troubles psychiques engendrés par exemple par l'arrêt du traitement médical décidé par la personne elle-même ou par une intoxication, une mesure ambulatoire est moins radicale et stigmatisante qu'un placement à des fins d'assistance. Il a également été observé qu'il n'est pas conforme au système du nouveau droit de ne pas prévoir une gradation des mesures aussi dans le traitement des troubles psychiques. Pour tenir compte de ces remarques pertinentes, le présent projet fait une réserve expresse en faveur du droit cantonal. Ainsi, il appartient aux cantons de prévoir des mesures ambulatoires (al. 2) et de régler la prise en charge de la personne concernée à sa sortie de l'institution (al. 1). Art. 438 Mesures limitant la liberté de mouvement Les règles sur les mesures limitant la liberté de mouvement d'une

personne résidant dans une institution médico-sociale ou dans un home (art. 383 ss) s'appliquent par analogie aux mesures limitant la liberté de mouvement de la personne placée dans une institution à des fins d'assistance (1re phrase). La possibilité de faire appel au juge en tout temps est réservée (2e phrase; art. 439, al. 1, ch. 5, et al. 2, 2e phrase). Art. 439 Appel au juge Le contrôle judiciaire selon l'actuel art. 397d CC est une disposition centrale en matière de privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a ss CC). Le futur droit doit maintenir une protection juridique étendue dans le domaine du placement à des fins d'assistance (art. 426 ss). Selon l'avant-projet de loi, le placement ordonné par l'autorité de protection de l'adulte pouvait être attaqué par un recours auprès du tribunal; par contre, le placement ordonné par le médecin pouvait faire l'objet d'un double recours: tout d'abord auprès de l'autorité de protection de l'adulte et ensuite devant le tribunal. Mais contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, l'autorité de protection de l'adulte ne doit plus obligatoirement être un tribunal. En conséquence, pour être conforme avec l'art. 5 CEDH, le placement ordonné par le médecin doit pouvoir être attaqué directement devant le tribunal désigné par le canton (al. 1, ch. 1). Cette solution remplit l'exigence selon laquelle un tribunal doit se prononcer le plus rapidement possible sur la légalité du placement. Un tel recours est également possible en cas de maintien de la personne par l'institution (al. 1, ch. 2), de rejet d'une demande de libération par l'institution (al. 1, ch. 3), de traitement d'un trouble psychique sans le consentement de la personne concernée (al. 1, ch. 4) et de mesures limitant la liberté

6705 de mouvement (al. 1, ch. 5). Selon l'al. 3, les dispositions de la procédure devant l'instance judiciaire de recours (art. 450 ss) s'appliquent par analogie. La compétence à raison du lieu pour les cas visés par l'art. 439, al. 1, ch. 2 à 5 est le tribunal au siège de l'institution (cf. aussi art. 385, al. 1). L'al. 1, ch. 4, prévoit la possibilité d'un recours devant le tribunal contre «le traitement d'un trouble psychique» administré sans le consentement de la personne concernée. Le «traitement» comprend, d'une part, le traitement effectué dans un cas d'urgence (art. 435). Le recours doit alors établir, par exemple, qu'il n'y avait pas d'urgence ou que les soins médicaux administrés n'étaient pas proportionnés à la cause du placement. Le traitement recouvre, d'autre part, le plan de traitement en tant que tel (art. 433) et les soins prévus par ce plan et administrés sans le consentement de la personne concernée (art. 434, al. 2), auxquels la personne concernée ou un proche peut aussi s'opposer. Comme actuellement (art. 397d, al. 1, CC), le recours doit être interjeté par écrit (al. 1) et signé par la personne qui fait recours (art. 14 CO). Il n'est pas nécessaire qu'elle dépose une demande formelle ou motivée (voir art. 450e, al. 1). L'exigence de la forme écrite sert à la sécurité du droit. Il est possible de mettre à disposition des formules pour demander un contrôle judiciaire. La capacité de discernement nécessaire pour recourir selon le droit fédéral est reconnue dans la mesure où la personne concernée est capable de rédiger sa demande par écrit. Conformément à l'art. 397e, ch. 3, CC, toute requête de contrôle judiciaire doit être transmise immédiatement au juge compétent (al. 4). Comme en droit actuel (art. 397d, al. 1, CC), le recours doit être déposé devant le tribunal dans un délai de dix jours à compter de la date de la notification de la décision (al. 2, 1re phrase). Si ce délai n'est pas respecté, il n'est pas entré en matière sur le recours; celui-ci est alors considéré comme une demande de libération qui peut être déposée en tout temps (art. 426, al. 4). Aucun délai n'est prévu pour le recours contre des mesures limitant la liberté de mouvement (al. 2, 2e phrase). Une personne retenue sur ordre du médecin-chef dans une institution dans laquelle elle est entrée de son plein gré peut la quitter après trois jours si aucune décision exécutoire de placement n'a été ordonnée (art. 427). Selon les art. 450 ss,

les décisions de l'autorité de protection de l'adulte peuvent être attaquées devant le tribunal désigné par le droit cantonal. 2.3 De l'organisation de la protection de l'adulte 2.3.1 Des autorités et de la compétence à raison du lieu Art. 440 Autorité de protection de l'adulte La résolution des problèmes psychosociaux de plus en plus complexes qui se posent dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que la prescription, dans le futur, de «mesures sur mesure» requièrent des exigences élevées des membres de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (cf. ch. 1.3.9). C'est pour- quoi lors de la procédure de consultation, l'exigence de la professionnalisation et de l'interdisciplinarité a été largement approuvée. Mais il a aussi été demandé avec insistance de garantir autant que possible la liberté d'organisation des cantons et de

6706 ne pas prévoir au niveau du droit fédéral l'obligation de constituer un tribunal spécialisé interdisciplinaire. Le présent projet tient compte de cette demande en stipu- lant que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit être une autorité inter- disciplinaire (al. 1 et 3). Les cantons sont ainsi libres de prévoir comme autorité de protection de l'enfant et de l'adulte soit un organe administratif, soit une autorité judiciaire. Ce qui importe c'est que les membres de cette autorité soient élus en fonction des compétences nécessaires pour remplir leur tâche. La compétence peut toutefois aussi s'acquérir par une formation continue et la pratique. Mais, dans tous les cas, l'autorité doit comprendre un juriste afin de garantir une application correcte du droit. En outre, selon le cas à régler, les membres devraient disposer de compé- tences psychologiques, sociales, pédagogiques, comptables, actuarielles ou médi- cales. Pour les questions se rapportant à la gestion des biens ou à l'approbation des comptes, il serait souhaitable que l'autorité comprenne aussi des personnes disposant de connaissances en gestion de biens ou de comptabilité. Il appartient aux cantons de décider si l'autorité doit être organisée au niveau de la commune, du district, de l'arrondissement ou de la région. Il ne faut en effet pas négliger le fait que les petites communes sont pratiquement dans l'impossibilité d'organiser une autorité interdisciplinaire. C'est pourquoi elles peuvent s'associer et constituer une autorité commune. Le droit fédéral permet également d'adopter une solution à l'instar de celle du canton du Tessin, qui a formé des arrondissements tutélaires; l'autorité tutélaire est composée de deux membres permanents et d'un membre délégué au lieu de domicile ou de séjour de la personne concernée. Il appartient également aux cantons de décider s'ils veulent que les membres de l'autorité soient des professionnels ou des non-professionnels, ou s'ils veulent un mélange des deux systèmes. Il est aussi du ressort des cantons de fixer le nombre des membres. Afin de garantir une certaine interdisciplinarité et en considération notamment de la portée importante des mesures prises, le droit fédéral prévoit uni- quement que l'autorité doit, en règle générale, siéger à trois membres au moins (al. 2, 1re phrase). Les cantons peuvent fixer un plus grand nombre de membres et prévoir la composition en fonction du cas à juger. L'autorité doit faire preuve de compétence en particulier dans le domaine principal de la protection de l'enfant et de l'adulte, qui est la prescription des mesures; dans ce domaine, les décisions doivent être prises par l'ensemble des membres de l'autorité. Mais il existe une série de procédures où le pouvoir d'appréciation est moins impor- tant; dans ces cas, il est possible pour des raisons de flexibilité et de célérité de renoncer à l'exigence de la collégialité. C'est pourquoi les cantons peuvent prévoir des exceptions pour des affaires déterminées et les soumettre à la compétence d'un seul membre de l'autorité (al. 2, 2e phrase). Contrairement à l'art. 12 de l'avant- projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, le présent projet, dans ce domaine aussi, laisse aux cantons la compétence organisationnelle et

renonce à déterminer les cas relevant de la compétence d'un seul membre de l'autorité. L'autorité de protection de l'adulte fait également office d'autorité de protection de l'enfant (al. 3). Les deux autorités sont ainsi composées des mêmes personnes.

6707 Art. 441 Autorité de surveillance Les cantons désignent l'autorité chargée de surveiller la ou les autorités de protection de l'adulte (al. 1). Ils peuvent confier cette fonction soit à un organe administratif, soit à une autorité judiciaire. Ils peuvent, comme actuellement, prévoir deux autorités: une autorité inférieure et une autorité supérieure (art. 361, al. 2, CC). L'autorité de protection doit de façon générale veiller à ce que le droit soit appliqué correctement et de manière uniforme. Elle peut dès lors intervenir d'office lorsqu'elle a connaissance d'un acte ou d'une omission illicites de l'autorité de protection de l'adulte et indirectement également des curateurs. Il ne lui appartient toutefois pas de corriger une décision prise par l'autorité de protection de l'adulte dans un cas particulier. En effet, seul le tribunal désigné par le droit cantonal peut rejuger l'affaire et modifier la décision dans le cadre d'une procédure de recours selon l'art. 450. Le Conseil fédéral peut édicter des dispositions d'exécution en matière de surveillance (al. 2) et concrétiser les différentes tâches afin de garantir une surveillance administrative uniforme et de qualité. Comme l'autorité de protection de l'adulte sera désormais une autorité interdisciplinaire et que les mesures ordonnées constituent une atteinte au principe fondamental de la liberté personnelle, ses décisions ne pourront plus faire l'objet d'un recours auprès d'un organe administratif. En procédure de recours, elles doivent être jugées directement par le tribunal désigné par le droit cantonal (pour plus de détails, cf. art. 450 ss; cf. aussi art. 29 Cst. qui garantit à toute personne le droit fondamental à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable). Les cantons peuvent confier la surveillance générale à l'instance judiciaire de recours ou prévoir deux instances judiciaires de recours. Le terme «tribunal» ne doit pas être compris au sens formel. Il doit s'agir d'un organe qui répond aux exigences de l'art. 6, al. 1, CEDH, à savoir qu'il doit être indépendant et impartial. Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, les caractéristiques de cet organe sont qu'il détermine lui-même les faits juridiquement pertinents, qu'il applique les normes juridiques aux faits et enfin qu'il rende un jugement obligatoire. Par contre, il ne doit pas être composé uniquement de juges professionnels. Art. 442 Compétence à raison du lieu L'art. 442 règle la compétence à raison du lieu de l'autorité de protection de l'adulte. La compétence à raison du lieu dans le domaine de la protection de l'enfant est déterminée en principe par le droit de la filiation (art. 275 et 315 CC). L'autorité de protection compétente est celle du lieu de domicile de la personne concernée (al. 1, 1re phrase). Quant au fond, la disposition correspond au droit actuel (art. 376, al. 1, et 396, al. 1, CC). Elle est fondée sur les dispositions relatives au domicile figurant aux art. 23 à 26. Lorsqu'une procédure est en cours, la compétence à raison du lieu reste acquise jusqu'au terme de la procédure (al. 1, 2e phrase), même si la personne concernée a changé de domicile entretemps. Comme en droit de la filiation (art. 315, al. 2 et 3, CC), à l'avenir, lorsqu'il y aura péril en la demeure (al. 2, 1re phrase), sera compétente en matière de protection de l'adulte en général – et plus seulement dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397b, al. 1, CC) – l'autorité du lieu où réside la personne

6708 concernée. Le cas échéant, elle doit informer l'autorité du lieu de domicile qu'elle a ordonné une mesure; la procédure est alors transférée à l'autorité du lieu de domicile, qui décidera de la suite à lui donner (cf. al. 2, 2e phrase). L'al. 3 prévoit, en outre, une compétence au lieu où la majeure partie du patrimoine est administrée (cf. art. 396, al. 2,

CC), qui est toutefois limitée au cas prévu par l'art. 390, al. 1, ch. 2. Selon l'al. 4, les cantons peuvent décréter que leurs ressortissants domiciliés sur leur territoire sont soumis à l'autorité de protection de l'adulte de leur lieu d'origine (cf. art. 376, al. 2, CC). Cette compétence s'applique également au domaine de la protection de l'enfant. En effet, en 1978, l'art. 315, al. 1, CC a codifié l'opinion juridique d'alors selon laquelle les mesures de protection de l'enfant relèvent de la compétence de l'autorité du lieu de domicile de l'enfant, sans exclure toutefois expressément la compétence du lieu d'origine²⁹. Lorsqu'une personne faisant l'objet d'une mesure de protection change de domicile, la compétence est transférée immédiatement à l'autorité du nouveau lieu de domicile, à moins qu'un juste motif ne s'y oppose (al. 5). Pour tenir compte des multiples contingences pratiques appelant une certaine souplesse des autorités, il y a lieu de leur accorder une marge de manoeuvre. C'est pourquoi il a été renoncé à prévoir dans la loi un délai pour transférer la mesure.

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

Les règles de procédure prévues dans le deuxième chapitre pour les autorités de protection de l'adulte et le recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'adulte (art. 443 ss) s'appliquent également à l'autorité de protection de l'enfant, conformément aux art. 440, al. 3, et 314, al. 1. Art. 443 Droit et obligation d'aviser l'autorité Toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide et qu'il faudrait instituer une mesure (al. 1). Un tel principe contribue à l'efficacité de la protection de l'adulte. En outre, les personnes soumises au secret professionnel doivent demander à être déliées du secret professionnel selon l'art. 321, ch. 2, CP avant d'aviser l'autorité. L'al. 2 reprend, en les étendant, les art. 368, al. 2, et 369, al. 2, CC sur le devoir d'annoncer. La procédure devant l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est soumise à la maxime inquisitoire, comme cela ressort expressément de l'art. 446, al. 1 et 2. De cette procédure découle une obligation d'aviser l'autorité, qui s'adresse exclusivement aux personnes exerçant une activité officielle. Ces personnes sont tenues d'annoncer les cas dont elles ont connaissance dans l'exercice de leur fonction (al. 2, 1^{re} phrase). L'expression «dans l'exercice de leur fonction» doit être comprise dans un sens large. Elle recouvre l'activité de toute personne qui exerce des compétences de droit public, même si elle n'occupe pas une fonction de fonctionnaire ou d'employée dans une collectivité publique. La disposition est une

E. 29

FF 1974 II 1

6709 prescription minimale de droit fédéral. Les cantons peuvent soumettre d'autres personnes à l'obligation d'aviser l'autorité (al. 2, 2^e phrase). L'art. 443 correspond à l'art. 448, al. 1 à 3, dont les destinataires sont les personnes parties à la procédure et les tiers. Art. 444 Examen de la compétence La disposition se rattache à l'art. 442, mais elle s'applique tant à la compétence quant au lieu qu'à la compétence quant à la matière. Conformément à la maxime inquisitoire (art. 446, al. 1) et à la maxime d'office (art. 446, al. 3), les compétences quant au lieu et quant à la matière de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit, comme dans le droit en vigueur (art. 314 ss, 376 s. et 397b CC), être examinée d'office (al. 1). Si l'autorité estime clairement qu'elle n'est pas compétente, elle doit transmettre l'affaire dans les plus brefs délais à l'autorité qu'elle considère compétente (al. 2). Elle ne peut en principe pas entrer en matière, mais des exceptions peuvent être prévues. Des incertitudes sur la compétence sont possibles, par exemple en ce qui concerne les tribunaux civils qui doivent ordonner des mesures de protection de l'enfant ou en ce qui

concerne l'art. 442, al. 1 à 3. L'échange de vues prévu par l'al. 3 n'est pas inconnu dans le droit actuel³⁰. L'al. 4 règle le conflit de compétence négatif. Selon le droit actuel, les conflits de compétence entre autorités sont réglés au niveau cantonal; il n'est pas possible de porter le conflit devant le Tribunal fédéral³¹. Un conflit de compétence intercantonal doit être résolu au moyen d'une réclamation de droit public (art. 83, let. b et e, OJ). Cette voie est longue, compliquée et lourde. La solution prévue par l'al. 4 simplifie la procédure et vaut aussi bien pour les conflits de compétence intracantonaux qu'intercantonaux. La décision de l'instance de recours lie en principe les autorités des autres cantons. Le canton perdant peut toutefois interjeter un recours de droit civil contre cette décision auprès du Tribunal fédéral³². Art. 445 Mesures provisionnelles Les mesures prises par l'autorité doivent garantir l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide (art. 388, al. 1). A cet effet, il est important que les mesures nécessaires soient ordonnées et prises à temps. Pour que le but de la loi puisse être réalisé, il est souvent indispensable d'ordonner les mesures nécessaires pendant la procédure en cours (cf. pour le droit actuel art. 386 CC). C'est pourquoi l'al. 1 autorise l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte à prendre des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure. Le principe de la proportionnalité n'est pas spécialement mentionné dès lors qu'il peut être considéré comme inhérent au but d'une mesure provisoire dont la durée est limitée à celle de la procédure et qui sera probablement remplacée ultérieurement par une mesure définitive. L'al. 2 règle les mesures superprovisionnelles. Il appartient au droit cantonal de décider si le président ou un membre de l'autorité a la compétence d'ordonner seul de telles mesures. Si on notifie la mesure à une personne partie à la procédure, il y a

E. 30

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

E. 31

ATF 110 II 92

E. 32

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

6710 lieu de lui garantir aussi le droit d'être entendu, comme le prévoit le projet de code de procédure civile suisse. Selon l'al. 3, toute décision relative aux mesures provisionnelles peut faire l'objet d'un recours. Contrairement à ce que prévoit l'art. 450b, al. 1, le délai de recours est seulement de dix jours, à compter de la notification de la décision; les autres dispositions sur la procédure devant l'instance judiciaire de recours s'appliquent sans modification. Dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte – contrairement à ce que prévoit le projet de code de procédure civile suisse – il est possible de former un recours également contre des mesures superprovisionnelles, étant donné qu'elles peuvent porter une atteinte profonde à la personnalité de la personne concernée et que la procédure pour ordonner une mesure provisoire ordinaire, lorsque plusieurs personnes parties à la procédure doivent être entendues, peut être relativement longue. Mais cette procédure de recours n'aura en principe pour objet que de vérifier si les conditions des mesures superprovisionnelles étaient réalisées. Il y a lieu de noter que l'intérêt légitime pour recourir n'existe plus à partir du moment où la mesure superprovisionnelle est levée. Le droit cantonal détermine (cf. art. 450f) si les décisions relatives aux mesures provisionnelles

doivent être motivées par écrit. Une motivation est toutefois indispensable lorsque la décision peut faire l'objet d'un recours. Art. 446 Maximes de la procédure En vertu du principe fondamental de la protection du bien de l'enfant, la législation en vigueur dans le domaine du droit de l'enfant respecte de manière conséquente la maxime inquisitoire et la maxime d'office, soit en vertu de prescriptions expresses du code civil valables pour certains domaines (art. 145, 254 et 280 CC), soit en application de règles de droit fédéral non écrites, par exemple dans le cas de mesures de protection de l'enfant (art. 307 ss CC). Dans le droit de la tutelle actuel, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent elles aussi ces maximes dans les procédures d'interdiction et de mise sous curatelle, de privation de liberté à des fins d'assistance, mais aussi, dans les autres procédures lorsque la cause le justifie. La maxime inquisitoire et la maxime d'office, désormais valables pour toutes les procédures, sont expressément inscrites dans les al. 1 et 3. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte a donc le devoir d'établir les faits. Les personnes parties à la procédure et les tiers sont également tenus de collaborer à l'établissement des faits selon l'art. 448 (cf. aussi art. 443). L'al. 2 concrétise la maxime inquisitoire. L'établissement des faits en sera ainsi facilité. Certaines tâches pourront être confiées à des personnes compétentes, qui ne sont pas membres de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, par exemple à des greffiers, des assistants sociaux, des médecins ou à d'autres experts. Les membres de l'autorité peuvent ainsi être déchargés des affaires de routine. Sous réserve d'une dérogation fédérale, il appartient aux cantons de déterminer les affaires qui relèvent de la seule compétence des membres de l'autorité, comme par exemple l'audition de témoins ou l'instruction des experts. La compétence décisionnelle reste toutefois exclusivement à l'autorité, qui, selon l'art. 440, al. 1, doit être une autorité interdisciplinaire. L'art. 440, al. 2, 1re phrase, prévoit qu'elle prend ses décisions en siégeant à trois membres au moins. Les cantons peuvent cependant prévoir des exceptions pour des affaires déterminées; ils peuvent ainsi fixer dans la loi que la compétence de décider appartient à un seul membre de l'autorité (art. 440, al. 2,

6711 2e phrase). Toutefois, il est interdit de faire échouer par ce biais le but de la révision exprimé par l'art. 440, al. 1. Ainsi, les décisions qui limitent l'exercice des droits civils de la personne concernée ou qui, d'une autre manière, portent atteinte gravement à sa liberté personnelle relèvent en principe de la compétence de l'autorité collégiale, à moins qu'il ne s'agisse de mesures provisionnelles urgentes (art. 445, al. 2). En outre, il est permis de conférer la compétence décisionnelle à un seul membre de l'autorité pour des raisons de flexibilité et de gain de temps, par exemple pour des affaires qui ne nécessitent pas un grand pouvoir d'appréciation et qui présentent beaucoup de similitude avec les décisions rendues selon la procédure sommaire en matière de droit civil. Si l'autorité n'a pas les connaissances nécessaires pour traiter un cas, elle doit faire appel à un expert. Cela peut s'avérer indispensable en particulier pour le placement à des fins d'assistance et la limitation de l'exercice des droits civils en raison d'un trouble psychique ou d'une déficience mentale (al. 2, 3e phrase). Conformément à la pratique actuelle relative à l'art. 397e, ch. 5, CC33, mais en dérogation par rapport à l'art. 374, al. 2, CC34, il n'y a pas lieu de faire obligatoirement appel à un expert externe si l'un des membres de l'autorité qui participe à la prise de décision dispose des connaissances nécessaires. L'al. 4 prévoit que l'autorité doit appliquer le droit d'office. Cela signifie que l'autorité n'est pas liée par les arguments juridiques présentés par les parties à la procédure et que le droit de procédure doit lui aussi être appliqué d'office. Art. 447 Droit d'être entendu Selon l'art. 29, al. 2, Cst., toutes les personnes parties à la procédure ont le droit d'être entendues. Le droit de la personne

concernée d'être entendue en personne va au-delà du simple droit d'être entendu. L'al. 1 prévoit pour l'autorité l'obligation générale d'entendre la personne concernée en personne, qui ne peut être contournée ni par une prise de position écrite, ni par la représentation par un avocat ou un curateur appelé à représenter la personne dans la procédure. Pour des informations sur le droit des enfants d'être entendu en personne, il faut se référer à l'art. 314a. L'obligation d'entendre la personne concernée est une concrétisation de l'art. 388, selon lequel les mesures prises par l'autorité ont pour but de garantir l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide, ainsi que de maintenir et de développer autant que possible l'autonomie de la personne concernée. C'est pourquoi, d'un point de vue procédural, il est en règle générale indispensable d'entendre la personne concernée personnellement lorsqu'une mesure est ordonnée. Cela vaut en particulier dans le cas d'une limitation de l'exercice des droits civils, lorsque la mesure envisagée porte atteinte au droit de la personnalité ou lorsque la personne concernée exige expressément d'être entendue. L'audition en personne est aussi souvent indispensable pour établir les faits. Cependant, des exceptions au principe de l'audition en personne sont permises si elle paraît disproportionnée au vu de l'ensemble des circonstances (art. 4 CC). C'est le cas, par exemple, lorsque des décisions complémentaires doivent être prises et qu'une opinion personnelle n'est plus de nature à les influencer ou lorsqu'une mesure existante doit être étendue,

E. 33

ATF 110 II 123 s.

E. 34

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

6712 alors que la personne concernée ne peut plus s'exprimer, par exemple lorsqu'il y a lieu d'ordonner une gestion des biens pour une personne sous curatelle de représentation qui se trouve dans le coma. Il peut également être renoncé à l'audition personnelle pour la levée d'une mesure. Le fait que la santé physique ou psychique de la personne concernée rende l'audition personnelle plus difficile ne suffit pas, à lui seul, à justifier que l'on y renonce d'emblée. L'autorité ne peut pas alors se contenter de mener une procédure «à distance». Le droit d'être entendu au sens de l'al. 1 est réputé aussi être respecté lorsque la personne habilitée à procéder à l'audition se rend chez la personne concernée, alors même qu'un entretien avec elle n'est plus possible en raison de son état physique ou psychique. Mais même dans de tels cas un contact personnel au sens de l'art. 388 peut être justifié. Par contre, il y a toujours lieu de respecter le refus d'une audition personnelle émis par une personne capable de discernement. L'audition personnelle peut, conformément au droit cantonal, être réalisée par un seul membre de l'autorité ou – contrairement au droit actuel³⁵, mais en conformité avec l'art. 446, al. 2 – par une autre personne qualifiée. Il est toutefois indispensable de veiller à ce que l'interdisciplinarité préconisée par l'art. 440, al. 1, soit garantie dans chaque cas. Pour les placements à des fins d'assistance, l'al. 2 prévoit par contre que l'audition doit en règle générale être réalisée par l'ensemble des membres de l'autorité. Contrairement au droit actuel (art. 397f, al. 3, CC), la possibilité de déléguer est admise exceptionnellement³⁶. Dans ce cas également, il pourrait être renoncé à une audition personnelle parce que, par exemple, la personne concernée la refuse ou parce que sa réalisation est rendue impossible pour d'autres motifs³⁷. Art. 448 Obligation de

collaborer et assistance administrative L'obligation de collaborer prévue à l'al. 1 découle de la maxime inquisitoire (cf. art. 446, al. 1). Les personnes parties à la procédure et les tiers doivent notamment fournir, oralement ou par écrit, les renseignements nécessaires, témoigner, produire les documents requis et se soumettre à des examens médicaux, à des perquisitions officielles ou à des inspections locales. En cas de nécessité, l'autorité de protection de l'adulte ordonne que l'obligation de collaborer soit accomplie sous la contrainte. Cette mesure doit toutefois être prise dans le respect du principe de la proportionnalité. Cela signifie qu'elle doit être tolérable au vu des circonstances et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé. Il est indispensable que les moyens de contrainte soient réglés au niveau d'une loi. Selon l'art. 450f, les dispositions de la procédure civile leur sont applicables par analogie, à moins que les cantons n'en disposent autrement. Comme l'exécution de l'obligation de collaborer porte souvent atteinte aux droits de la personnalité, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit, dans chaque cas, après avoir procédé à une pesée des intérêts, prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts dignes de protection. Selon l'art. 321, ch. 3, CP, la Confédération et les cantons peuvent adopter des dispositions qui statuent l'obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice pour les personnes soumises au secret professionnel selon l'art. 321, ch. 1,

E. 35

ATF 117 II 132

E. 36

Cf. ATF 110 II 122, 124 c. 4

E. 37

Cf. ATF 116 II 406 s.

6713 CP. L'al. 3 énumère les personnes qui ne sont pas tenues de collaborer. Dispenser en principe ces personnes de l'obligation de collaborer se justifie au regard d'une pesée d'intérêts générale et abstraite. Les personnes concernées sont en principe celles prévues par l'art. 321 CP, mais avec en plus les médiateurs et les précédents curateurs nommés pour la procédure (cf. art. 139, al. 3, CC). Selon l'al. 2, les personnes du milieu médical, soit les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires, ne sont tenues de collaborer que si le détenteur du secret les y a autorisées ou que, à la demande de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, l'autorité supérieure les ait déliées du secret professionnel (art. 321, ch. 2, CP). Les cas tombant sous le coup de l'art. 358ter CP38 (cf. aussi art. 443) n'exigent pas que les personnes concernées soient déliées du secret professionnel. L'al. 4 complète l'art. 446, al. 1. Pour établir les faits de manière complète, il est souvent indispensable que les autorités administratives et les tribunaux fournissent les documents en leur possession et communiquent les informations requises, à moins que des intérêts dignes de protection ne s'y opposent. Les documents et les informations reçus par l'assistance administrative font partie du dossier. L'obligation de garder le secret est levée exceptionnellement en ce qui concerne l'information obtenue par l'assistance administrative. Le droit pour la personne concernée de consulter le dossier (art. 449b) peut ainsi porter atteinte à des intérêts privés de tiers ou à des intérêts publics. L'autorité appelée à apporter l'assistance administrative requise doit, dans un tel cas, procéder à une pesée des intérêts en présence et, le cas échéant, prendre les mesures de protection nécessaires. C'est pourquoi une demande d'assistance administrative devrait en

principe être faite en la forme écrite et être motivée³⁹. Art. 449 Expertise effectuée dans une institution L'al. 1 complète l'art. 426, al. 1, et constitue la base légale pour pouvoir placer une personne dans une institution afin d'y effectuer une expertise psychiatrique indispensable qui ne peut pas être faite de manière ambulatoire. Une telle mesure est admise si le principe de la proportionnalité est respecté. L'al. 2 garantit la même protection qu'en cas de placement à des fins d'assistance. Art. 449a Représentation La disposition a pour modèle l'art. 397f, al. 2, CC relatif à la privation de liberté à des fins d'assistance et vaut pour toutes les procédures, qu'elles se rapportent tant à la protection de l'adulte qu'à la protection de l'enfant (cf. art. 314, al. 1, et 314b, al. 1). Le droit d'être assisté par un curateur dans la procédure est une composante du droit d'être entendu qui est garanti par la Constitution fédérale (art. 29, al. 2, Cst.). Les termes «si nécessaire» confère un pouvoir d'appréciation à l'autorité. La jurisprudence fédérale relative à l'article constitutionnel est déterminante. Un curateur nommé pour la procédure doit en principe être désigné lorsque la personne concernée n'est pas en mesure de défendre elle-même ses intérêts et de désigner un représentant. La nomination a lieu soit sur demande, soit d'office. Les raisons énu-

E. 38

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

E. 39

Cf. aussi ch. 2.5.24.

6714 mérées à l'art. 146 CC (et selon l'art. 294 P PCS), qui justifient que l'autorité ordonne la représentation de l'enfant dans une procédure de divorce, exigent également une représentation de l'enfant dans la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant (art. 314, al. 1). La représentation ne doit pas nécessairement être assurée par un avocat; il est seulement exigé, comme à l'art. 147 CC, que «la personne dispose d'expérience en matière d'assistance et dans le domaine juridique». Les questions financières, soit l'indemnisation du curateur et la répartition des frais, seront réglées en principe par le droit cantonal (art. 404, al. 3; cf. toutefois aussi art. 147, al. 3, CC). Il en sera de même pour la question de savoir s'il y a un droit à disposer gratuitement d'un curateur pour la procédure, étant souligné qu'il y a lieu dans ce cas de respecter les exigences du droit fédéral (art. 29, al. 3, Cst.) et de la jurisprudence y relative⁴⁰. La présente disposition vaut en principe pour toute la procédure, y compris la procédure de recours. Ce principe est exprimé expressément à l'art. 450e, al. 4, pour la procédure de recours en cas de placement à des fins d'assistance ou d'expertise psychiatrique effectuée dans une institution (cf. art. 449, al. 2). Art. 449b Consultation du dossier Le droit de consulter le dossier concrétise le droit constitutionnel d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst.). Pour des raisons d'équité, les personnes parties à la procédure doivent savoir sur quelles bases les autorités ont pris leur décision. Cela suppose que tous les documents soient saisis de manière systématique et que le dossier soit tenu à jour (cf. aussi art. 46 LPGA⁴¹). Le droit de consulter le dossier peut être invoqué en principe même une fois la procédure close. Un tiers qui porterait plainte n'aurait pas le droit de consulter le dossier s'il n'est pas aussi une personne partie à la procédure. Le droit de consulter le dossier peut être restreint s'il en va de la protection d'intérêts privés prépondérants au maintien du secret ou d'autres intérêts – également publics –, par exemple la protection de la personne concernée. Si une personne partie à la procédure se voit refuser la consultation d'une pièce pour l'une de ces raisons, cette pièce ne peut, selon l'al. 2, être

utilisée que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire. Le droit d'être entendu exige que la personne concernée puisse se prononcer sur le refus de consulter la pièce (pour le principe, cf. aussi art. 48 LPGA⁴²).
Art. 449c Obligation de communiquer Tous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus qui ne sont pas interdits pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit ont les droits politiques en matière fédérale (art. 136, al. 1, 1^{re} phrase, Cst.). Selon l'art. 2 du projet de la loi fédérale sur les droits politiques⁴³, les interdits exclus du droit de vote sont les personnes mentionnées par la disposition constitutionnelle qui, en raison d'une incapacité durable de discernement, sont protégées par une curatelle de portée générale (art. 398) ou par un mandat pour cause d'inaptitude (art. 363). La communication de ces cas à l'état civil, qui se base matériellement sur les art. 40 ss OEC⁴⁴, a

E. 40

TF, 12.1.2006, I 501/05

E. 41

RS 830.1

E. 42

RS 830.1

E. 43

Cf. annexe au projet.

E. 44

RS 211.112.2

6715 pour but de garantir que l'autorité qui gère le fichier des électeurs en ait connaissance. Cette disposition ne s'applique pas aux autres personnes incapables de discernement.

2.3.3 Procédure devant l'instance judiciaire de recours

Le nouveau droit prévoit différents moyens de recours. Le deuxième sous-chapitre sur la procédure devant l'instance judiciaire de recours (art. 450 ss) règle la procédure applicable par le tribunal désigné par le droit cantonal aux recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 450, al. 1). Il s'agit là du cas normal. Par contre, l'appel au juge selon l'art. 439 constitue un cas particulier. Le but de cette norme est, entre autres, d'harmoniser le droit suisse avec les exigences posées par l'art. 5 CEDH. En cas de placement à des fins d'assistance, il est possible d'en appeler directement au juge lorsque le placement a été ordonné par un médecin ou lorsqu'il s'agit de certaines décisions prises par l'institution (art. 439, al. 1, ch. 1 à 5). Le délai d'appel est de dix jours à compter de la date de la notification de la décision; pour les mesures limitant la liberté de mouvement, il peut en être appelé au juge en tout temps (art. 439, al. 2). Il s'agit là d'un recours d'un genre particulier. Selon l'art. 439, al. 3, les dispositions relatives à la procédure devant l'instance judiciaire de recours (art. 450 ss) s'appliquent par analogie. Si l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est, selon le droit cantonal, un tribunal, il est possible de lui octroyer la compétence décisionnelle pour les cas prévus à l'art. 439. Par contre, si elle est un organe administratif, les cantons doivent prévoir une compétence judiciaire spéciale, qui ne doit toutefois pas être l'instance judiciaire de recours qui se prononce sur les recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 450 ss). Enfin, selon l'art. 419 (et art. 314, al. 1), la personne concernée, l'un de ses proches ou toute personne qui justifie d'un

intérêt juridique peut en appeler à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte contre les actes ou les omissions du curateur. Ce recours peut être interjeté en tout temps. Il correspond au recours à l'autorité tutélaire prévu par l'actuel art. 420, al. 1, CC. A l'avenir, il s'appliquera également lorsque l'autorité de protection de l'adulte donnera mandat à un tiers ou à un office d'accomplir des tâches particulières selon l'art. 392. Il ne s'agit pas d'une procédure de recours au sens technique. Ce sont les dispositions de procédure applicables en première instance qui s'appliquent (art. 443 ss). La procédure de première instance s'applique aussi aux actes qualifiés par le projet d'«intervention de l'autorité de protection de l'adulte» (art. 385, cf. en outre art. 368, 373, 376 et 381). La décision de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte peut faire l'objet d'un recours auprès du tribunal conformément aux art. 450 ss. Le droit fédéral ne prévoit qu'une seule voie de droit contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte: le recours. Ce recours a un effet dévolutif en ce qu'il transfère à l'instance de recours la compétence, c'est-à-dire la procédure et tous les documents qui s'y rapportent. L'autorité de recours examine d'office la décision de la première instance, en appliquant la maxime inquisitoire et la maxime d'office (art. 446), en règle générale en se limitant seulement à l'étendue du recours; le cas échéant, elle procède, à la lumière de la maxime inquisitoire et de

6716 la maxime d'office ainsi que du principe de l'application d'office du droit, à un examen complet des points attaqués, au niveau des faits et du droit, et rend une nouvelle décision. Conformément au but de protection ancré dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (cf. art. 388 s. et 426, al. 1 et 2) et compte tenu de la possibilité d'annuler ou de modifier en tout temps la mesure ordonnée (cf. art. 383, 414, 415, 426, al. 3, et 431), les notions de force de chose jugée formelle et matérielle n'ont ici pas une importance décisive – contrairement à ce qui vaut en procédure civile – et l'on peut en particulier renoncer au moyen de droit extraordinaire que constitue la révision. Art. 450 Objet du recours et qualité pour recourir Toutes les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (al. 1, en rapport avec art. 314, al. 1), de même que toutes les décisions relatives aux mesures provisionnelles (art. 445, al.) peuvent faire l'objet d'un recours. Le recours contre les décisions préjudicielles, par exemple celles sur la récusation, la nomination d'un curateur, la suspension de la procédure ou l'obligation de collaborer, n'est pas réglé par le présent projet. Si le droit cantonal ne prévoit pas de réglementation, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie, conformément à l'art. 450f. La réglementation de la qualité pour recourir se base matériellement sur l'art. 420 CC. Selon l'al. 2, ch. 1 à 3, peuvent former un recours les personnes parties à la procédure, les proches de la personne concernée et les personnes qui ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. Pour former un recours, la personne concernée doit être capable de discernement⁴⁵, alors que les proches et les autres personnes doivent avoir l'exercice des droits civils. La notion de personne proche est déjà connue en droit actuel (cf. art. 397d, al. 1, CC). Selon la doctrine et la jurisprudence, le proche est une personne qui connaît bien la personne concernée et qui, grâce à ses qualités et, le plus souvent, grâce à ses rapports réguliers avec celle-ci, paraît apte à en défendre les intérêts. L'existence d'un rapport juridique entre les deux personnes n'est toutefois pas requise. C'est le lien de fait qui est déterminant. La légitimation du proche ne suppose pas nécessairement que des intérêts de la personne concernée doivent être sauvegardés⁴⁶. Peuvent être des proches les parents, les enfants, d'autres personnes étroitement liées par parenté ou amitié à la personne concernée, le partenaire, mais également le curateur, le médecin, l'assistant social, le prêtre ou le

pasteur, ou une autre personne qui a pris soin et s'est occupée de la personne concernée⁴⁷. La personne de confiance selon l'art. 432 peut être un proche. Il est envisageable que plusieurs proches soient parties à la procédure indépendamment l'une de l'autre. D'autres personnes également, soit des tiers, qui ne peuvent pas être qualifiées de proches, peuvent être légitimées à recourir. La légitimation à recourir des tiers s'inspire de l'art. 419, selon lequel les tiers peuvent former recours contre une action ou une omission du curateur pour autant qu'ils aient un intérêt juridique. Le tiers peut recourir aux mêmes conditions contre la décision de première instance de l'autorité de protection de l'adulte. La légitimation à recourir suppose un intérêt juridique qui doit être sauvegardé par le droit de la protection de l'adulte; un simple intérêt de fait ne suffit pas. C'est pourquoi un tiers n'est dès lors habilité à recourir

E. 45

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

E. 46

ATF 122 I 18 ss 30

E. 47

ATF 114 II 213, 217 c. 3

6717 que s'il fait valoir une violation de ses propres droits; il n'aura pas la qualité pour recourir s'il prétend défendre des intérêts de la personne concernée, alors qu'il n'est en réalité pas un proche de celle-ci⁴⁸. Selon l'al. 3, le recours doit être dûment motivé et interjeté par écrit. Les exigences formelles ne peuvent toutefois pas être trop élevées. Ainsi, il suffit que la personne concernée capable de discernement signe un texte écrit et brièvement motivé qui fasse ressortir l'objet du recours et dont on peut déduire la volonté de contester, en tout ou en partie, la décision prise par l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Les vices de forme, par exemple l'absence de signature ou de procuration etc., doivent être rectifiés dans un délai raisonnable. Ici également, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie sur la base de l'art. 450f si les cantons n'en disposent pas autrement. Art. 450a Motifs Le recours est une voie de droit complète. Selon l'al. 1, le recours permet d'attaquer toute violation du droit, toute constatation fautive ou incomplète des faits pertinents et toute inopportunité de la décision. L'al. 2 prévoit en outre que le déni de justice ou le retard injustifié peut également faire l'objet d'un recours. On est en présence d'un déni de justice lorsque l'autorité ne prend aucune décision tout en étant juridiquement tenue de le faire, alors qu'on est en présence d'un retard injustifié lorsque l'autorité ne règle pas l'affaire dans un délai raisonnable. Dans ces cas, le recours ne suppose pas qu'il y ait une décision à attaquer. Le déni et le retard sont assimilés à des décisions attaquables⁴⁹. L'al. 2 n'est pas applicable lorsque le grief ne s'adresse pas à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, mais vise un acte ou une omission du curateur. Dans ces cas, il y a lieu de faire appel à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, conformément à l'art. 419. Art. 450b Délais Le délai de recours est de 30 jours à compter de la notification de la décision (al. 1, 1^{re} phrase), en conformité avec l'art. 100, al. 1, LTF, mais en dérogation avec l'art. 420, al. 2, CC. Par contre, pour les mesures provisionnelles et le placement à des fins d'assistance, le délai de recours est de dix jours (art. 445, al. 3, et 450b, al. 2). Les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie, en complément, à la notification et au délai si les cantons n'en disposent pas autrement. Selon la doctrine relative à l'actuel art. 420 CC, pour les personnes auxquelles la

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

E. 48

Cf. aussi ATF 121 III 1.

E. 49

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

6718 quelles la décision ne doit pas être notifiée (al. 1, 2e phrase). Au terme de ce délai, ces personnes peuvent encore requérir la levée ou la modification de la mesure. Si la notification doit être faite à plusieurs personnes, le délai commence à courir lorsque la notification a été faite à la dernière personne. Selon l'al. 3, le déni de justice ou le retard injustifié de la part de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte peut faire l'objet d'un recours en tout temps. Art. 450c Effet suspensif Cette disposition contient le principe généralement valable, selon lequel le recours a un effet suspensif de par la loi. Toutefois, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou l'autorité judiciaire de recours peut le retirer dans des cas particuliers. C'est pourquoi, conformément à la doctrine relative à la procédure civile, le recours peut être considéré dans cette mesure comme une voie de recours ordinaire. Par contre, conformément au droit actuel (art. 397e, ch. 4, CC), l'art. 450e, al. 2, prévoit qu'en ce qui concerne le placement à des fins d'assistance et l'expertise psychiatrique effectuée dans une institution (cf. art. 449, al. 2), le principe est que la décision est immédiatement exécutoire. Il confère toutefois à l'autorité de protection de l'adulte ou au tribunal le pouvoir de décider d'accorder l'effet suspensif. Art. 450d Consultation de la première instance et reconsidération L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ne participe pas à la procédure de recours. Selon l'al. 1, le tribunal doit toutefois l'inviter à donner son avis. En règle générale, elle est libre de donner ou de ne pas donner suite à cette invitation. Mais le tribunal peut également l'obliger à se déterminer si cela est indispensable pour établir les faits. Le droit d'être entendu exige que toutes les personnes parties à la procédure puissent se prononcer sur l'avis de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. L'al. 2 accorde à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte – s'écartant en cela du principe de l'effet dévolutif (cf. commentaire précédant l'art. 450) – la possibilité de renoncer à donner son avis et de communiquer à l'autorité de recours, en lieu et place, qu'elle reconsidérera la décision attaquée et prendra une nouvelle décision⁵⁰. Cette possibilité n'est pas liée à l'interdiction de la reformatio in peius prévue actuellement par quelques cantons, en vertu de laquelle le recourant ne doit pas se retrouver dans une situation plus défavorable. Un réexamen n'est en principe admissible qu'aussi longtemps que les autres parties à la procédure n'ont pas pris position sur le recours. Dans le cas contraire, la procédure de recours doit être poursuivie. Une nouvelle décision suite au réexamen du cas peut être justifiée lorsque l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte

constate seulement au moment du recours qu'elle a commis des erreurs qui peuvent être corrigées rapidement et à moindres frais. Dans certains cas, cela permettra d'éviter des procédures devant la deuxième instance. L'autorité judiciaire de recours suspendra alors provisoirement la procédure en cours – avant de demander la prise de position selon l'art. 450d par écrit ou par oral – jusqu'à la nouvelle décision de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Si cette dernière prend une nouvelle décision qui annule la précédente, la procédure de recours devient sans objet puisque le motif de recours n'existe plus.

E. 50

0 38 18 2 4 0 0 6 23 54 0 31 317 garçons 115 60 0 39 17 2 5 1 0 7 33 99 0 45 423

Total 664 4 833 181 508 1 054 621 88 363 105 97 779 1 822 87 1 594 12 796 7 582 149
1.69

* Pas de statistiques selon le sexe (f/h). 4 Pas de statistiques cantonales concernant les art. 307, 310, 324 et 298a. ** Statistiques selon le sexe incomplètes. 5 Suite à la réorganisation territoriale des justices de paix, il n'est pas 1 Pas de statistiques cantonales concernant l'art. 318, al. 3, CC.

possible de fournir des statistiques exactes pour l'année 2004. 2 Dont 529 basés sur l'art 298a et 57 sur l'art. 134, al. 3, CC. 6 Pas de statistiques cantonales concernant les art. 146 et 147. 3 Le canton de Bâle-Campagne ne saisit pas les mesures protectrices de l'enfance de manière centralisée. 7 Pas de statistiques cantonales concernant les art 146, 147 et 298a.

6766

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2006 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 36 Cahier Numero Geschäftsnummer 06.063 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 12.09.2006 Date Data Seite 6635-6766 Page Pagina Ref. No 10 139 871 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.