

Rapport explicatif accompagnant le projet de loi concernant la protection de l'enfant et de l'adulte

Plan

1. Nécessité du projet
2. Déroulement des travaux
3. Conséquences du projet
4. Commentaire des articles

1 NÉCESSITÉ DU PROJET

1.1 En général

Le 19 décembre 2008, les Chambres fédérales ont adopté un projet de révision du code civil suisse portant sur la protection de l'adulte, le droit des personnes et le droit de la filiation.

Le but principal de cette révision était la modernisation du droit de la tutelle (art. 360 à 455 CC). Ce droit ne répond plus aux besoins et conceptions actuels. Il n'a en effet pas subi de modification importante depuis son entrée en vigueur en 1912, à l'exception des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a à 397f CC), introduites au début des années quatre-vingt.

Pour rappel, les éléments essentiels de la révision sont les suivants :

- encouragement de la personne à disposer d'elle-même ;
- renforcement de la solidarité familiale et réduction de l'intervention de l'Etat ;
- amélioration de la protection des personnes incapables de discernement résidant dans un home ou dans une institution médico-sociale ;
- remplacement des mesures actuelles (interdiction et conseil légal) par une seule institution juridique, à savoir la curatelle, de manière à garantir le droit à l'autodétermination et à l'autonomie des personnes concernées ;
- abandon de l'autorité parentale prolongée ;
- abandon de la publication de la limitation ou du retrait de la capacité d'exercer les droits civils ;
- amélioration de la protection juridique et suppression des lacunes existantes en matière de privation de liberté à des fins d'assistance.

Outre ces nouveautés relevant du droit matériel, le code civil révisé pose des exigences particulières s'agissant de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (ci-après l'autorité de protection) et fixe les principes fondamentaux de la procédure applicable dans ce domaine.

Le Conseil fédéral a fixé au 1^{er} janvier 2013 la date d'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Il appartient aux cantons d'adapter leur législation en conséquence.

A cet égard, on peut noter les points suivants s'agissant du droit matériel, du droit de procédure et des dispositions d'organisation.

Le droit matériel de la protection de l'adulte et de l'enfant est entièrement régi par le droit fédéral. Hormis dans les cas où le code civil réserve expressément les dispositions cantonales, il n'y a dès lors pas de place pour des règles cantonales particulières.

La protection juridique des personnes n'est toutefois pas uniquement assurée par le droit matériel. Le droit de procédure joue également un rôle important. Le législateur fédéral en était conscient et, s'il a renoncé à adopter une loi spéciale sur la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, il a néanmoins inséré de nombreuses règles de procédure directement dans le code civil (cf. chapitre II : Procédure, art. 443 ss nCC). Ces dispositions doivent être prises en compte par les autorités d'application et n'ont pas à être reprises dans l'ordre juridique cantonal. En outre, l'article 450f CC prescrit que si les cantons n'adoptent pas d'autres règles de procédure, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie. Dès lors, et pour éviter une surenchère législative, les redites inutiles et les risques d'erreur qui en découleraient, il convient de ne prévoir, dans la loi cantonale d'application, que les règles complémentaires ou dérogatoires par rapport à celles du droit fédéral.

Ce cadre étant posé, la tâche principale du législateur cantonal consiste à déterminer l'organisation et la surveillance des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

1.2 Autorité fribourgeoise de protection de l'enfant et de l'adulte

L'article 440 nCC charge les cantons de désigner l'autorité de protection de l'adulte (al. 1), qui fait également office d'autorité de protection de l'enfant (al. 3). Le droit fédéral exige que l'autorité soit interdisciplinaire (al. 1) et qu'elle siège à trois membres au moins, sous réserve d'exceptions prévues par le canton pour des affaires déterminées (al. 2). Pour le reste, les cantons sont libres de prévoir comme autorité de protection un organe administratif ou une autorité judiciaire. Il leur appartient également de décider si l'autorité doit être organisée au niveau de la commune, du district, de l'arrondissement ou de la région. Ils sont aussi libres de prévoir que l'autorité doit être composée de professionnels, ou de non-professionnels, ou encore d'un mélange des deux.

Le droit fribourgeois actuel désigne la justice de paix en qualité d'autorité tutélaire au sens de la législation fédérale (cf. art. 58 al. 1 de la loi du 31 mai 2010 sur la justice [LJ]). Le groupe de travail chargé d'élaborer le projet de loi concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (cf. ci-après ch. 2) a étudié la possibilité et l'utilité d'un changement de compétence. Après analyse, il est rapidement arrivé à la conclusion que la désignation de la justice de paix donne pleine et entière satisfaction. Cette attribution de compétence répond aux exigences posées par le nouveau droit fédéral ; il n'y a dès lors pas lieu de prévoir de modification à cet égard.

En ce qui concerne la condition liée aux compétences interdisciplinaires des membres de l'autorité, il appartiendra en pratique aux juges de paix de veiller à désigner dans chaque cas des assesseur-e-s satisfaisant dans leur ensemble aux exigences posées par le droit fédéral, de telle sorte que la composition de l'autorité soit conforme aux intérêts en jeu dans l'affaire en cause.

Cf. également ci-après commentaire relatif à l'article 2.

1.3 Autorités fribourgeoises de surveillance et de recours

L'article 441 nCC charge les cantons de désigner la ou les autorités de surveillance. Le Conseil fédéral est par ailleurs habilité à édicter des dispositions en matière de surveillance.

Selon le message du Conseil fédéral, la fonction de surveillance des autorités de protection peut être confiée soit à un organe administratif, soit à une autorité judiciaire. Par ailleurs, les cantons peuvent, comme actuellement, prévoir deux autorités de surveillance : une autorité inférieure et une autorité supérieure (FF 2006 6707).

Toujours selon le Conseil fédéral, « l'autorité de [surveillance] 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 illicite (...). Il ne lui appartient toutefois pas de corriger une décision prise par l'autorité de protection 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 ajoute en outre que « le Conseil fédéral peut édicter des dispositions d'exécution en matière de surveillance et concrétiser les différentes tâches afin de garantir une surveillance administrative uniforme et de qualité ».

La surveillance des autorités tutélaires est actuellement régie par les articles 2 à 9 de la loi du 23 novembre 1949 d'organisation tutélaire (LOT). L'organisation de la surveillance est relativement complexe, la surveillance étant confiée à deux instances judiciaires, qui fonctionnent également comme autorités de recours - si on fait abstraction du cas particulier de la surveillance dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 6a LOT). L'autorité de surveillance et de recours inférieure est le tribunal d'arrondissement (art. 2 à 6 LOT) ; l'autorité supérieure est la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal (art. 7 à 9 LOT).

Comme pour l'autorité de protection, le groupe de travail chargé de l'élaboration du projet de loi s'est penché sur l'organisation de la surveillance dans le domaine la protection de l'enfant et de l'adulte. Au terme d'une réflexion et de discussions riches et approfondies, il est parvenu à la conclusion que le système actuel, avec sa complexité et ses lourdeurs, ne se justifie plus compte tenu des changements intervenus dans le domaine de la justice de paix, suite à la mise en œuvre de la volonté politique de professionnaliser cette institution. Le projet prévoit par conséquent que la surveillance des autorités de protection est, comme celle des autres autorités judiciaires, confiée au Conseil de la magistrature. Il désigne en outre le Tribunal cantonal en qualité d'autorité de recours, les décisions rendues par ce tribunal étant ensuite sujettes à recours auprès du Tribunal fédéral.

La désignation de deux autorités distinctes pour la surveillance et le traitement des recours garantit une plus grande marge de manœuvre à l'autorité de surveillance. Celle-ci serait en effet tenue à une certaine réserve dans les indications qu'elle donne, si elle pouvait également être amenée à fonctionner comme autorité de recours dans un cas donné.

Cf. également ci-après commentaires relatifs aux articles 7 et 8.

1.4 Relation avec la LACC

La révision de la loi du 22 novembre 1911 d'application du code civil suisse pour le canton de Fribourg (LACC) est en cours. Le projet de nouvelle LACC adopté par le Conseil d'Etat sera, selon toute vraisemblance, examiné lors de la première session de l'année 2012 du Grand Conseil.

Il est important de noter que les dispositions régissant la tutelle ne sont pas incluses dans le projet de nouvelle LACC, pour des raisons liées à des calendriers différents. La possibilité du rattachement des dispositions sur la protection de l'enfant et de l'adulte au corpus de la LACC a été discutée au sein du groupe de travail. Ces dispositions ont finalement été mises en consultation sous la forme d'une loi indépendante ; elles seront intégrées dans la LACC si les résultats de la procédure de consultation en démontrent le besoin.

2 DÉROULEMENT DES TRAVAUX

Le projet de loi mis en consultation a été élaboré, sur la base de propositions formulées par la Direction de la sécurité et de la justice, par un groupe de travail représentatif des divers autorités et milieux intéressés, sous la présidence du Conseiller d'Etat-Directeur de la sécurité et de la justice, Er-

win Jutzet. Le groupe de travail s'est réuni à 7 reprises durant la période allant du 7 juillet au 5 décembre 2011 dans la composition suivante :

M. Henri Angéloz, greffier-chef de la section civile du Tribunal cantonal ;
Mme Maryline Boson Sulmoni, cheffe du Service de la justice ;
M. Christophe Chardonnens, préfet de la Broye ;
M. Christian Delaloye, avocat, représentant de l'Ordre des avocats fribourgeois ;
Mme Marianne Dey, membre du comité de l'Association des communes fribourgeoises ;
M. Alexandre Grandjean, conseiller juridique à la DSAS ;
M. Jean-Marc Groppo, directeur de Pro Senectute ;
Mme Claudine Lurf-Vonlanthen, juge de paix ;
M. Pascal L'Homme, président du tribunal de la Veveyse ;
Mme Josette Moullet Auberson, conseillère juridique à la DSJ ;
M. Nicolas Robert, directeur de Pro Infirmis ;
M. Steve Rufenacht, chef du service des tutelles d'Estavayer-le-Lac ;
M. Thomas de Tribolet, chef du service des tutelles et curatelles de la ville de Fribourg.

Le secrétariat était assuré par Mme Lise-Marie Graden, cheffe du Service de la justice adjointe.

3 CONSÉQUENCES DU PROJET

S'agissant des incidences financières du projet, il faut d'ores et déjà considérer que la mise en œuvre des nouvelles dispositions du code civil sur la protection de l'adulte et de l'enfant nécessitera un renforcement de l'effectif du personnel des justices de paix.

Suivant les estimations de la Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes, il faut compter de treize à seize postes à temps complet pour le traitement annuel de 1000 mesures en cours et de 200 à 250 nouvelles mesures. Les statistiques cantonales ne traitent malheureusement pas des mesures en cours. Il faut donc, pour évaluer le nombre de postes requis pour la mise en œuvre du nouveau droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant, se fonder sur le chiffre des nouvelles mesures. Selon lesdites statistiques, environ 1'800 nouvelles mesures ont été prononcées dans le canton en 2010. L'effectif total du personnel des justices de paix se monte actuellement à 27, 25 EPT ; il est donc insuffisant au regard des estimations précitées. Elles paraissent cependant quelque peu excessives. On peut partir de l'idée que l'effectif des justices de paix devra, dans un premier temps, être renforcé de 8 à 10 postes (à répartir dans les différents cercles en fonction de leurs besoins spécifiques). La charge de travail des justices de paix pourra naturellement être réexaminée par la suite pour tenir compte des expériences qui auront été faites avec la mise en œuvre du nouveau droit.

A signaler encore qu'un crédit extraordinaire, unique, devra être prévu pour procéder aux adaptations des mesures actuellement en cours aux nouvelles règles et aux exigences qu'elles prévoient, en particulier au principe des « mesures sur mesure ».

Le projet n'a pas d'influence sur la répartition des tâches Etat-communes, à noter cependant qu'il oblige les communes à établir un service officiel de la curatelle (cf. art. 12). Il n'a pas non plus d'effets sur le développement durable et ne soulève pas de difficulté s'agissant de sa conformité au droit constitutionnel, fédéral et européen.

4 COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1

Cette disposition précise l'objet de la loi, à savoir l'application des dispositions du code civil sur la protection de l'adulte et de l'enfant.

Comme indiqué ci-dessus (cf. ch. 1.1), le projet contient principalement les règles sur l'organisation et la surveillance des autorités de protection, le droit matériel et la procédure étant en principe régis par le droit fédéral.

Article 2

L'article 2 détermine l'organisation et la composition de l'autorité de protection.

L'alinéa 1 désigne, comme actuellement, la justice de paix comme autorité de protection (cpr. art. 58 al. 1 LJ) (cf. également ci-dessus ch. 1.2).

Conformément à l'article 440 al. 2 nCC et à la LJ, l'alinéa 2 prescrit que l'autorité est composée du ou de la juge de paix, qui assure la présidence, et de deux assesseur-e-s. La présence d'un greffier ou d'une greffière est en outre requise en vertu de l'article 23 al. 1 LJ. Le projet réserve les cas dans lesquels le ou la juge de paix ou un ou une assesseur-e a la compétence de traiter seul-e une affaire en vertu des articles 4 et 5 du projet.

L'alinéa 3 répond à l'exigence d'interdisciplinarité posée par le législateur fédéral. A cet égard, l'article 440 al. 1 nCC est sibyllin ; il parle simplement d'« autorité interdisciplinaire ». Le message du Conseil fédéral est plus explicite. Le Conseil fédéral précise que « l'autorité doit comprendre un juriste afin de garantir une application correcte du droit. En outre, selon le cas à régler, les membres devraient disposer de compétences psychologiques, sociales, pédagogiques, comptables, actuarielles ou médicales » (FF 2006 6706). Le projet reprend les diverses compétences mentionnées par le Conseil fédéral ; il appartiendra au ou à la juge de paix de désigner, individuellement pour chaque cas, les assesseur-e-s disposant des compétences les plus utiles et pertinentes en fonction des problèmes à résoudre.

En ce qui concerne plus particulièrement le ou la juriste, le projet contient une proposition principale et une variante.

La proposition principale, selon laquelle la personne qui doit disposer de connaissances dans le domaine juridique peut être le greffier ou la greffière, est formulée de manière à correspondre à la situation actuelle. En effet, les juges de paix en fonction ne disposent pas tous d'une formation juridique ; en revanche, les greffiers et les greffières doivent être titulaires d'une licence ou d'un master en droit (cf. art. 24 al. 1 LJ). Si, dans cette configuration, on exigeait que l'un ou l'une des assesseur-e-s soit juriste lorsque le ou la juge de paix ne l'est pas, on restreindrait, de manière excessive et inutilement (puisque l'exigence de la présence d'un ou d'une juriste est réalisée dans le personne du greffier ou de la greffière) les possibilités de composer une autorité interdisciplinaire. Le droit cantonal ne satisferait alors pas aux exigences du droit fédéral.

La variante, quant à elle, apporte une nouveauté par rapport à la situation actuelle : elle implique que les juges de paix bénéficient d'une formation juridique (obtention d'une licence ou d'un master en droit). Cette solution est préconisée par les juges de paix qui se fondent sur les exigences fixées pour les autres autorités judiciaires. Elle présenterait l'avantage d'adapter la législation au travail, de plus en plus juridique, effectué par la justice de paix.

Le choix de la variante nécessiterait naturellement l'adoption d'un régime transitoire prenant en compte la situation des juges de paix actuellement en fonction et ne disposant pas d'une formation juridique. Ces personnes ne devraient pas être soumises aux nouvelles conditions (exigence d'une licence ou d'un master en droit).

Article 3

L'alinéa 1 n'appelle pas de commentaire ; il correspond à l'article 58 LJ.

L'alinéa 2 règle le cas particulier de l'appel au juge dans les cas de placements à des fins d'assistance. L'article 439 nCC prévoit que la personne concernée ou l'un de ses proches peut en appeler au juge pour contester certaines décisions prises par un médecin ou une institution. Dans ces cas, il ne serait pas judicieux de ne pas prévoir de contrôle judiciaire avant le recours au Tribunal cantonal (cf. art. 8). En accord avec le législateur fédéral, le projet propose par conséquent que ces décisions soient revues par l'autorité de protection, les décisions de celle-ci pouvant ensuite être portées devant le Tribunal cantonal en application des règles ordinaires (cf. FF 2006 6715).

A noter que, en droit actuel, le contrôle judiciaire de première instance est réalisé par la Commission de surveillance en matière de privation de liberté à des fins d'assistance (cf. art. 16 ss de la loi du 16 novembre 1998 concernant la privation de liberté à des fins d'assistance [ci-après LPLAFA ; RSF 212.5.5]). Le projet tire les conséquences de la réforme de 2008 des justices de paix, de leur professionnalisation et de leur caractère désormais interdisciplinaire ; il renonce à la commission précitée et prévoit que ses attributions seront reprises par l'autorité de protection.

Articles 4 et 5

L'article 440 al. 2 nCC autorise les cantons à prévoir des exceptions à la compétence de l'autorité de protection dans des affaires déterminées.

Les articles 4 et 5 mettent en œuvre cette possibilité.

L'article 4 permet au ou à la juge de paix de traiter seul-e certaines affaires pour lesquelles la présence de tous les membres de l'autorité n'est pas nécessaire, le but visé étant une plus grande efficacité et une accélération de la procédure.

L'alinéa 1 donne une compétence particulièrement importante au ou à la juge de paix, à savoir celle de prononcer les mesures provisionnelles pendant la durée de la procédure.

Les alinéas 2 et 3 déterminent, dans les affaires relevant de la protection de l'enfant, respectivement dans celles relevant de la protection de l'adulte, les décisions et opérations ponctuelles que le ou la juge de paix est habilité-e à traiter de manière individuelle.

L'article 5, quant à lui, permet de déléguer à un ou une assesseur-e la collaboration à l'établissement de l'inventaire lors de l'entrée en fonction du curateur ou de la curatrice.

Article 6

Cette disposition règle la prise en charge des frais et dépens induits par la procédure devant l'autorité de protection.

Elle reprend la législation actuelle :

L'alinéa 1 correspond à l'article 116 LACC.

Les alinéas 2 et 3 correspondent à l'article 14 LOT, tels que modifiés par la loi sur la justice.

La prise en charge des frais proposée correspond également au système de l'article 5 LPLAFA.

Article 7

Conformément aux règles ordinaires de la loi sur la justice, cette disposition désigne le Conseil de la magistrature en qualité d'autorité de surveillance des autorités de protection. Il s'agit d'une modification importante par rapport au système actuel, qui se justifie compte tenu de la professionnalisation des justices de paix et de la lourdeur, devenue inutile, du double contrôle.

En effet, dans le système actuel, les décisions de l'autorité tutélaire sont soumises à une double instance de surveillance, le tribunal d'arrondissement puis le Tribunal cantonal. Compte tenu de la réforme des justices de paix, qui a été mise en place en 2008, ce double contrôle ne s'impose plus et est même parfois dommageable sous l'angle de la célérité des procédures. Le projet propose par conséquent, comme le droit fédéral le permet, de renoncer à la double instance de contrôle et d'adopter pour l'avenir un système plus simple et performant et qui, en outre, correspond au système général de surveillance des autorités judiciaires (cf. également ci-dessus ch. 1.3).

Article 8

Cette disposition désigne le Tribunal cantonal comme autorité de recours ; les décisions du Tribunal cantonal sont sujettes à recours auprès du Tribunal fédéral (cf. également ci-dessus ch. 1.3).

A la différence du droit actuel, le projet ne précise pas la section du Tribunal cantonal compétente. Il appartiendra au Tribunal cantonal lui-même de régler cette question dans son règlement.

Article 9

Cette disposition précise les personnes susceptibles d'être prises en compte pour l'exercice d'un mandat de curateur ou de curatrice. Conformément à la législation fédérale et comme actuellement, seules des personnes physiques peuvent être désignées pour l'exercice d'un tel mandat. Selon le message du Conseil fédéral, peuvent « être chargés d'une curatelle une personne exerçant la fonction à titre privé, un collaborateur d'un service social ou public ou une personne exerçant la fonction de curateur à titre professionnel » (cf. FF 2006 p. 6683).

L'article 9 énumère expressément les catégories de personnes concernées ; il est introduit dans le projet pour des motifs didactiques.

A noter que les personnes visées à la lettre d sont principalement les collaborateurs et les collaboratrices des institutions « Pro Senectute » et « Pro Infirmis ». Les collaborateurs et collaboratrices de ces deux institutions sont en effet régulièrement amenés prendre en charge les situations de personnes pendant de relativement longues périodes, indépendamment de toute décision officielle de mise sous protection. Lorsqu'une décision de mise sous curatelle doit finalement être prononcée à l'égard d'une des personnes suivies par « Pro Senectute » ou « Pro Infirmis », il convient, dans l'intérêt de la personne dépendante et dans celui des autorités, d'assurer la continuité de la prise en charge et de donner à l'autorité de protection la possibilité de désigner comme curateur ou curatrice le collaborateur ou la collaboratrice de l'institution qui connaît déjà la situation en question.

Article 10

L'alinéa 1 correspond à l'article 122 LACC et n'appelle pas de commentaire particulier.

L'alinéa 2 est formellement nouveau. Il règle en premier lieu l'assermentation des curateurs et curatrices liés par un contrat de travail à un service officiel de la curatelle et soumis au contrôle hiérarchique des autorités communales. Une dérogation au système général est prévue pour cette catégorie de curateurs, car il serait excessif d'exiger des curateurs professionnels exerçant de nombreux mandats qu'ils ou elles prêtent serment chaque fois qu'un mandat leur est confié. L'intérêt public est suffisamment pris en compte si ces personnes sont assermentées lors de leur entrée en fonction. La solution retenue est du reste conforme à la pratique actuelle.

L'alinéa 2 règle également le cas des collaborateurs et collaboratrices du Service cantonal en charge de la protection de la jeunesse, à savoir le Service de l'enfance et de la jeunesse (SEJ). La réglementation applicable à ces personnes, auxquelles sont confiées des curatelles éducatives, est en revanche nouvelle. Actuellement, elles ne sont pas assermentées. Cette différence de traitement ne se justifie pas. Le projet prévoit donc que, à l'image des collaborateurs et collaboratrices des services officiels de la curatelle, une assermentation unique. Comme il n'est pas sûr, au moment de l'entrée en fonction des collaborateurs et collaboratrices du SEJ, que chacun d'entre eux soit amené à assumer une curatelle, l'assermentation devra intervenir lors de la prise en charge du premier mandat.

Article 11

Cette disposition met en œuvre l'article 404 nCC régissant la rémunération du curateur ou de la curatrice et le remboursement de ses frais.

Conformément à l'article 404 al. 2 nCC, l'alinéa 1 prévoit la compétence de l'autorité de protection ; il fixe également le moment auquel la rémunération du curateur ou de la curatrice et le remboursement des ses frais doivent avoir lieu : une fois par année, lors de l'examen périodique du rapport d'activité et des comptes (cf. art. 15 du projet).

Le droit fédéral prévoit que les montants nécessaires à la rémunération et au remboursement des frais du curateur ou de la curatrice sont prélevés sur les biens de la personne concernée (art. 404 al. 1 nCC).

En application de l'article 404 al. 3, l'article 11 al. 2 règle la prise en charge des coûts liés aux mesures prononcées à l'égard des personnes dont les biens sont insuffisants ; il est prévu que ces coûts soient mis à la charge de la commune de domicile.

La notion de domicile de l'article 11 al. 2 ne doit pas être interprétée comme étant le domicile légal. En effet, en vertu de l'article 26 nCC, les personnes majeures sous curatelle de portée générale sont légalement domiciliées au siège de l'autorité de protection ; en cas de changement de lieu de résidence, le changement de domicile légal n'intervient qu'au moment où l'autorité de protection du nouveau lieu de résidence a repris la mesure (art. 442 al. 1 nCC). Dans ce cadre légal, l'utilisation de la notion de domicile légal aurait pour conséquence de mettre à la charge des communes « chefs-lieux de district » la rémunération et le remboursement des frais liés à toutes les curatelles de portée générale prononcées dans le district. Ce résultat n'est pas souhaitable du point de vue de l'équilibre entre les différentes communes.

Dès lors, la notion de domicile utilisée dans le projet correspond à celle de la législation sur l'aide sociale (art. 9 ss de la loi du 14 novembre 1991 sur l'aide sociale, LAsoc, RSF 831.0.1) : la commune de référence est celle dans laquelle la personne réside avec l'intention de s'y établir (art. 9 al.

1 LASoC) et, pour les personnes faisant l'objet d'une curatelle de portée générale, la commune où elles résident en fait et où elles créent leur centre d'activité (art. 13 LASoC).

A noter que, dans les situations dans lesquelles les sommes nécessaires ne peuvent pas être prélevées sur les biens de la personne concernée, le projet prévoit que le curateur ou la curatrice ne reçoit que le 70 pourcent de la rémunération à laquelle il ou elle aurait droit si la personne disposait de suffisamment de moyens. Cette nouveauté est inspirée de la réglementation applicable en matière de défense d'office devant les tribunaux et repose sur l'idée que la charge de curateur ou de curatrice constitue un devoir civique.

L'alinéa 3 délègue au Conseil d'Etat l'adoption de la réglementation d'exécution.

Article 12

L'article 12 LOT autorise les communes à instituer un ou des tuteurs ou tutrices officiels, de manière individuelle ou par le biais de regroupements.

Les expériences faites avec les services existant sont excellentes. Ces services correspondent à un besoin de la justice de paix ; ils permettent de prendre en compte les intérêts des personnes concernées. En effet, les tâches à accomplir dans le domaine de la tutelle sont toujours plus complexes et il est toujours plus difficile de trouver des particuliers disposant des compétences spécifiques requises et de suffisamment de temps à consacrer à l'exercice d'un mandat de protection.

Le projet prévoit par conséquent que toutes les communes doivent disposer d'un service officiel de la curatelle, organisé de manière individuelle ou sur la base d'un regroupement (al. 1). Il est important de noter que la mise en place des services officiels de la curatelle n'exclut pas que l'autorité de protection puisse également confier des mandats à des particuliers (cf. art. 9) ; du fait de l'existence d'un service officiel, elle disposera simplement d'un « réservoir » plus étendu de personnes susceptibles d'être désignées en qualité de curateur ou de curatrice.

Le projet prévoit que les communes peuvent décider d'établir ensemble un service officiel. La forme de la collaboration intercommunale n'est pas fixée ; la collaboration intercommunale peut prendre l'une des formes prévues par la loi sur les communes (entente ou association). Il n'est pas non plus exclu qu'une commune délègue simplement cette tâche à une autre, disposant de la structure requise.

L'alinéa 2 donne la possibilité au Conseil d'Etat de contraindre les communes qui ne sont pas en mesure de mettre sur pied un service officiel indépendant à s'organiser avec d'autres afin de disposer d'une structure correspondant aux exigences légales. Par cet alinéa, le projet veut éviter la mise en place de structures « alibi ».

L'alinéa 3 précise les exigences imposées aux services officiels sous l'angle du personnel engagé. Le projet contient une proposition principale et une variante. La proposition principale est moins incisive que la variante : elle fait uniquement référence aux aptitudes et connaissances exigées des collaborateurs et collaboratrices des services officiels, alors que la variante règle également la dotation en personnel de ces services.

Article 13

L'article 13 correspond à l'article 125 LACC.

Article 14

L'article 14 correspond à l'article 137 LACC. Il délègue au Conseil d'Etat la possibilité de régler les aspects formels de la tenue des comptes et de la rédaction des rapports périodiques. Le but de cette délégation est de permettre au Conseil d'Etat de prévoir des règles uniformes destinées à faciliter le travail de vérification des autorités de protection.

Article 15

L'article 15 correspond à l'article 125 LACC. Cette dernière disposition est toutefois sensiblement modifiée :

- le délai imparti au curateur ou à la curatrice pour la reddition des comptes passe de quatre mois à deux mois (al. 1), avec toutefois la possibilité pour l'autorité de protection de prolonger ce délai lorsque le curateur ou la curatrice est employé-e dans un service officiel de la curatelle (al. 2) (à noter que cette disposition ne mentionne pas les collaborateurs et collaboratrices du SEJ, qui sont essentiellement chargés de curatelles éducatives et, à ce titre, ne gèrent en principe pas les biens des pupilles) ;
- la procédure applicable en cas de retard du curateur ou de la curatrice est simplifiée, de manière à donner à l'autorité de protection le moyen d'intervenir seule, sans passer par l'intervention du préfet (al. 3).

Article 16

L'article 16 correspond à l'article 131 LACC.

Article 17

Cette disposition répète, pour des raisons didactiques, la compétence de l'autorité de protection de prononcer les mesures de placement à des fins d'assistance.

Article 18

L'article 429 nCC habilite les cantons à prévoir que les placements à des fins d'assistance peuvent être ordonnés par des médecins. L'article 18 met en œuvre cette possibilité. La durée maximale des placements ordonnés par les médecins, à savoir quatre semaines, est fixée à l'article 20 al. 2 du projet.

A noter que la terminologie a été actualisée conformément à la nouvelle législation fédérale : l'expression « en cas de péril en la demeure » (cf. art. 14 LPLAFA) a été remplacée par « en cas d'urgence ».

L'alinéa 2 constitue la base légale permettant au préfet de charger, en cas de besoin, la police d'emmener une personne en difficulté pour la faire examiner par un ou une médecin. Il convient de souligner que le droit fédéral ne permet plus de prévoir la compétence du préfet de décider d'un placement dans les cas d'urgence.

Articles 19 et 20

Ces dispositions complètent les règles de procédure du droit fédéral (CPC et art. 429ss ainsi que 444ss nCC) ; elles fixent en particulier les délais applicables.

L'article 19 régit les procédures ordinaires, alors que l'article 20 s'applique aux décisions de placement prononcées dans les cas d'urgence.

L'article 19 reprend en les simplifiant, pour tenir compte des dispositions désormais prévues par le droit fédéral, les règles de l'article 12 LPLAFA. A noter que le projet prévoit que la décision doit mentionner non seulement les voies de droit, mais, par analogie, également la possibilité de la personne concernée ou de l'un de ses proches de demander la libération en tout temps (cf. art. 426 al. 4 nCC). Pour le surplus, le contenu des décisions est fixé aux articles 238 CPC et 430 al. 2 nCC.

L'article 20 est inspiré de l'article 14 LPLAFA. L'alinéa 2 met en œuvre l'article 429 al. 2 nCC. Il fixe à quatre semaines au plus la durée des placements décidés par un ou une médecin, le droit fédéral permettant au canton de prévoir une durée maximale de six semaines. Il est important de signaler que le caractère exécutoire des décisions est fixé par le droit fédéral (art. 336 CPC). L'autorité de protection peut donc rendre sa décision le dernier jour du délai en indiquant qu'elle est immédiatement exécutoire conformément à l'article 336 CPC.

La durée de quatre semaines a été retenue car elle constitue un bon compromis entre les intérêts des personnes placées et les besoins des autorités et des médecins de disposer du temps nécessaire pour examiner lesdites personnes et analyser l'évolution de leur état. A signaler que la durée maximale prévue par le droit actuel est de deux semaines. L'expérience a cependant montré que ce délai est insuffisant pour permettre à l'autorité de protection de prendre une décision sur la nécessité de prolonger le placement.

Article 21

Cette disposition est inspirée de l'article 13 LPLAFA. Elle complète l'article 450g al. 3 nCC (cf. aussi l'art. 343 al. 3 CPC). A noter que, selon le droit fédéral, l'autorité peut ordonner les mesures d'exécution dans la décision ; les mesures sont alors immédiatement exécutables. En revanche, une décision d'exécution doit être rendue si les mesures y relatives ne sont pas prévues dans la décision de base (FF 2006 6720).

Article 22

En droit actuel, la surveillance des mesures de privation de liberté à des fins d'assistance est exercée par une commission de surveillance spécialisée (cf. art. 16 ss LPLAFA). Cette surveillance consiste essentiellement en un contrôle technique de la bonne application des règles de droit sur la privation de liberté à des fins d'assistance, par le biais de rappels écrits ou de directives. Les institutions sont en outre soumises à d'autres contrôles : la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes veille en particulier au respect des règles du droit de la santé.

Comme le projet renonce à prévoir une double instance de surveillance, la commission de surveillance dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance est appelée à disparaître (cf. ci-dessus ch. 1.3 et commentaire relatif à l'art. 7). Les tâches de cette commission sont reprises par le Conseil de la magistrature, en ce qui concerne la surveillance de l'autorité de protection (art. 7), et par l'autorité de protection, en ce qui concerne le contrôle judiciaire (art. 3 al. 2).

Il ne serait pas opportun de confier la surveillance des placements au Conseil de la magistrature. Le projet propose dès lors, pour des motifs de cohérence, d'attribuer la surveillance de la bonne exécution des placements à l'autorité de protection.

L'article 22 permettra également à cette autorité d'intervenir si nécessaire dans les cas d'application de l'article 427 nCC, à savoir lorsqu'une personne est maintenue contre sa volonté dans une institution dans laquelle elle est entrée de son plein gré.

Article 23

Cette disposition règle les rapports que doit faire l'institution à l'autorité de protection, pour assurer le suivi des placements. Il reprend l'article 25 LPLAFA en le complétant, pour des raisons didactiques, par la mention de l'article 428 al. 2 nCC.

Article 24

Cette disposition reprend l'article 26 LPLAFA en le complétant par la mention du curateur ou de la curatrice ; il est en effet important que les curateurs et curatrices qui suivent les personnes concernées soient informés des éventuels congés pour leur permettre de prendre le cas échéant les mesures nécessaires (hébergement, « argent de poche », etc.).

Cette disposition est utilisée en pratique pour permettre aux thérapeutes d'évaluer l'aptitude des personnes concernées, notamment s'agissant de personnes dépendantes de l'alcool ou victimes d'autres addictions, à s'adapter en cas de levée de la mesure.

Article 25

L'article 437 nCC autorise les cantons à adopter des règles applicables à la sortie de l'institution (al. 1) et sur les mesures ambulatoires (al. 2).

L'article 25 al. 1 énonce la base légale qui permettra à l'autorité de protection d'ordonner un suivi des personnes placées à leur sortie de l'institution. La décision de suivi devra s'appuyer sur un préavis du médecin traitant ou du médecin de l'institution et respecter les dispositions du droit fédéral de la protection de l'adulte, en particulier les principes de finalité, de subsidiarité et de proportionnalité (cf. art. 388 sv. nCC).

L'article 437 al. 2 nCC autorise les cantons à adopter des règles sur les mesures ambulatoires. Cette possibilité accordée aux cantons repose sur la volonté de leur permettre de prendre en considération le fait que certains traitements ne nécessitent pas une hospitalisation et que les mesures ambulatoires sont moins stigmatisantes et radicales qu'un placement à des fins d'assistance. Le fait de prévoir une gradation des mesures à disposition pour le traitement des troubles psychiques correspond aussi à la nouvelle approche de la protection des adultes.

L'article 25 al. 2 reprend dès lors l'article 2 al. 2 LPLAFA qui permet notamment à l'autorité de protection de prononcer des avertissements et d'imposer des traitements ambulatoires. Selon le droit actuel, seule l'autorité qui a prononcé la mesure est habilitée à y mettre un terme. Le projet prévoit, par analogie avec l'article 428 al. 2 nCC, que l'autorité peut déléguer à l'institution ou à la personne chargée du traitement la compétence de lever la mesure. Cette délégation correspond déjà à la pratique actuelle.

Article 26

Cette disposition règle la prise en charge des frais en cas de placement à des fins d'assistance comme en droit actuel (art. 6 LPLAFA).

Ces frais sont en principe à la charge de la personne concernée, qui pourra le cas échéant faire appel à son assurance-maladie. La situation des personnes dans le besoin est spécialement prise en compte à l'alinéa 2 : les frais sont pris en charge selon la loi sur l'aide sociale.

Article 27

Le Conseil d'Etat a fait le point sur les établissements appropriés au sens de la législation sur la privation de liberté à des fins d'assistance dans sa réponse du 2 novembre 2010 au postulat No 285.05 Antoinette Badoud/André Masset concernant la création d'un établissement pour les femmes privées de liberté à des fins d'assistance. Ce rapport précise, à son chiffre 3, que la notion d'établissement approprié n'est pas expressément définie dans le droit fédéral ; le Tribunal fédéral a toutefois fixé certains critères (cf. ATF 112 II 486 ; 114 II 213 ; 121 III 306).

Le projet propose de déléguer au Conseil d'Etat la compétence d'ancrer dans le droit cantonal les exigences énoncées par la jurisprudence et, pour garantir une prise en charge optimale des personnes concernées, de formaliser le tout par une procédure d'autorisation. Cela dit, il va de soi que les autorisations délivrées en application d'une autre base légale, par exemple la loi sur la santé, seront reconnues ; les institutions qui en sont titulaires ne seront pas tenues de requérir une nouvelle autorisation.

Article 28

Les questions liées à la responsabilité sont régies par le droit fédéral (cf. art. 454ss nCC), qui réserve toutefois les dispositions cantonales s'agissant de l'action récursoire.

Le code civil actuel prévoit un système de responsabilité en cascade pour les actes de la tutelle. Les tuteurs et les membres des autorités de tutelle assument une responsabilité primaire et répondent à titre personnel. Lorsqu'ils ne peuvent pas réparer le dommage, les cantons et les communes sont tenus d'indemniser les victimes. Le nouveau droit abandonne ce système et adopte une réglementation moderne en instituant une responsabilité objective, exclusive et directe du canton, assortie d'un droit de recours contre les personnes ayant causé le dommage. Selon le message du Conseil fédéral, l'Etat répond des actes et omissions des curateurs, des personnes chargées directement des mesures et des autorités (FF 2006 p. 6724).

Il ressort de cette évolution du droit fédéral (responsabilité directe et exclusive du canton) et du renvoi, pour l'action récursoire, au droit cantonal et non au droit privé que les personnes qui interviennent dans le domaine de la protection de l'adulte et de l'enfant doivent être considérées comme des agents de l'Etat au sens de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (RSF 16.1). Le projet peut par conséquent se limiter à prévoir que l'action récursoire de l'Etat est régie par cette dernière loi.

Article 29

Les lois d'organisation tutélaire et concernant la privation de liberté à des fins d'assistance seront remplacées par la nouvelle loi et peuvent être abrogées.

Articles 30 à 42

Les modifications prévues aux articles 30 à 42 sont essentiellement de nature terminologique. Les notions d'interdiction, de tutelle, de tuteur, d'autorité tutélaire et de privation de liberté à des fins d'assistance sont remplacées par les expressions utilisées dans le nouveau droit fédéral.

Les modifications apportées à la loi sur la justice (art. 32) et à la loi concernant l'exécution de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 34) appellent toutefois les commentaires suivants.

L'article 58 al. 1 LJ peut être supprimé ; la compétence de la justice de paix dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte est en effet prévue à l'article 2 du projet. L'alinéa 2 est complété par la mention expresse de ce domaine, pour des motifs didactiques.

La modification de l'article 36 de la loi concernant l'exécution de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite renvoie simplement à la loi fédérale. L'article 36 actuel énonce une liste de personnes privilégiées. Cette liste n'a cependant pas été actualisée depuis des années, bien qu'elle ne corresponde plus, au moins partiellement, à la réalité juridique (on y trouve encore la notion de puissance paternelle, cf. al. 1 let. b !). Comme le droit fédéral cite déjà la liste des personnes susceptibles de bénéficier d'une participation privilégiée (cf. art. 111 LP), il convient d'y renvoyer purement et simplement et de renoncer à une révision peu souhaitable, car partielle, de l'article 36 al. 1 let. c de la loi cantonale d'application.

Par ailleurs, les dispositions de la loi sur la santé (art. 38) régissant les directives anticipées, les soins en cas de placement à des fins d'assistance et les mesures limitant la liberté de mouvement sont désormais obsolètes. Le droit fédéral réglant expressément ces questions, il suffit d'y renvoyer.

Article 43

Les incidences financières du projet sont commentées ci-dessus sous chiffre 3.

La nouvelle loi doit entrer en vigueur à la même date que la modification du code civil suisse sur laquelle elle est fondée, à savoir le 1^{er} janvier 2013.

Cette disposition n'appelle pas d'autres remarques.