Message N° 12 23 avril 2012

—

du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (LPEA)

Plan

1. Nécessité du projet **1**

2. Déroulement des travaux **3**

3. Conséquences du projet **3**

4. Commentaire des articles **4**

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 est de moderniser le 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 1er 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. 443ss 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; RSF 130.1]). Durant les travaux préparatoires, la possibilité et l'opportunité de modifier l'attribution des compétences dans le domaine ont été examinées. Il ressort toutefois de cette analyse 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; RSF 212.5.1). 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, l'organisation de la surveillance dans le domaine la protection de l'enfant et de l'adulte a été réexaminée dans le cadre des travaux d'élaboration du projet de loi. Il résulte de cet examen 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.

2. Déroulement des travaux

Un avant-projet de loi destiné à être 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, Erwin Jutzet. La composition du groupe de travail était la 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 la Commission de surveillance en matière de privation de liberté à des fins d'assistance et 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 Lerf-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 adjointe du Service de la justice.

L'avant-projet a été mis en consultation du 22 décembre 2011 au 15 mars 2012. Il a dans l'ensemble été bien accueilli. Le maintien de la compétence des justices de paix et la simplification de l'organisation de la surveillance ont en particulier été approuvés par la majorité des participants à la procédure de consultation. La plupart des remarques qui ont été émises étaient de nature ponctuelle; elles ont, dans la mesure du possible, été prises en compte dans le projet du Conseil d'Etat.

3. Conséquences du projet

S'agissant des incidences financières du projet, la mise en œuvre des nouvelles dispositions du code civil sur la protection de l'enfant et de l'adulte exigera principalement 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 (COPMA), il faut compter de treize à seize postes à temps complet pour le traitement annuel de 1000 mesures de protection en cours et de 200 à 250 nouvelles mesures. Selon les chiffres communiqués par la Conférence des juges de paix et ceux publiés dans le rapport annuel du Conseil de la magistrature, environ 6500 mesures étaient en cours dans le canton en 2010, dont environ 1800 nouvelles mesures (y compris les mesures de privation de liberté à des fins d'assistance). 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.

Compte tenu de la situation qui prévaut actuellement dans le canton de Fribourg, la mise en œuvre du nouveau droit fédéral de la protection de l'enfant et de l'adulte ne nécessite évidemment pas un renforcement aussi important que celui qu'exigerait une application stricte des données chiffrées par la COPMA. Elle aura néanmoins certaines incidences sur le plan financier. Ces incidences peuvent être regroupées en trois catégories: engagement de personnel supplémentaire «ordinaire» dans les justices de paix; renforcement «qualitatif», voire également quantitatif, du cercle des assesseures; crédit extraordinaire «transitoire».

Actuellement, les sept justices de paix sont surchargées et le personnel est contraint d'effectuer un grand nombre d'heures supplémentaires. Il n'y a donc pas de «réserve» dis-

ponible pour les nouvelles tâches découlant de la mise en œuvre du nouveau droit. Une augmentation de la charge de travail dans les greffes des justices de paix découlera toutefois inévitablement de l'exigence fédérale de prononcer, dans chaque cas d'espèce, la mesure la plus adaptée aux besoins de la personne en cause.

Cet examen approfondi des situations et les mesures d'instruction requises par le droit fédéral entraîneront, par la force des choses, un surcroît de travail. Par ailleurs, le suivi des missions des curateurs et curatrices prendra davantage de temps qu'actuellement, les mesures devant être régulièrement adaptées à l'évolution de la situation des personnes protégées. Finalement, la suppression des deux instances de surveillance aura également des incidences sur les tâches de la justice de paix. Comme ses décisions pourront être directement contestées par la voie du recours devant le Tribunal cantonal (suppression du contrôle préalable de la chambre des tutelles des tribunaux d'arrondissement), elles devront vraisemblablement être davantage étayées qu'actuellement.

Compte tenu de ces divers éléments, une augmentation de l'effectif du personnel des justices de paix devra être prévue. Par ailleurs, il faut compter avec une augmentation de la charge découlant des indemnités versées aux assesseur-e-s. Depuis 2008, date de la restructuration des justices de paix, l'Etat a versé un montant total annuel moyen de 210 000 francs environ pour les indemnités des assesseur-e-s de la justice de paix. Il faut compter que, à l'avenir, cette somme devra être considérablement majorée, eu égard au nombre accru des séances et au recours aux prestations d'experts et d'autres tiers.

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

Les autorités de protection devront en effet reconsidérer l'ensemble des mesures de tutelle et de curatelle actuelles et les «transformer» en mesures relevant des nouvelles dispositions fédérales, faute de quoi ces mesures deviendront caduques à l'échéance d'un délai de trois ans à compter du 1er janvier 2013 (cf. art. 14 Tf nCC). Cela signifie que l'autorité de protection devra revoir chaque cas et se demander notamment si une mesure moins radicale pourrait suffire. Pour ce faire, il conviendra d'instruire le dossier en convoquant le cas échéant le curateur ou la curatrice et/ou le ou la pupille afin de réexaminer la validité et la portée de la mesure (FF 2006 p. 6737). Ce travail nécessitera l'engagement, pour la durée du délai transitoire de trois ans au maximum, de personnel qualifié supplémentaire. Le montant nécessaire est estimé à 300 000 francs par année.

Le projet de loi sur la protection de l'enfant et de l'adulte n'est pas soumis au référendum financier. Il 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 des curatelles (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.

L'alinéa 2 précise, en complément de l'article 145 al. 2 CPC, que les féries ne s'appliquent pas aux procédures de protection de l'enfant et de l'adulte.

Selon le droit fédéral (art. 443 al. 2 du code civil), toute personne qui, dans l'exercice de sa fonction officielle, a connaissance d'une personne ayant besoin d'aide doit en aviser l'autorité de protection. L'article 1 al. 3 donne la compétence au Conseil d'Etat d'élargir, au besoin, cette obligation d'annonce ou encore de délier, par voie d'ordonnance et donc de manière générale, du secret professionnel les personnes concernées, en particulier les médecins et les pharmaciens.

Lors de la dernière révision de la loi fédérale sur les stupéfiants (LStup), entrée en vigueur le 1er juillet 2011, un droit d'annonce a été introduit permettant aux services de l'administration et aux professionnels œuvrant dans le domaine de l'éducation, de l'action sociale, de la santé, de la justice et de la police d'annoncer à une institution de traitement ou à un service social désigné par le canton les cas de personnes souffrant de troubles liés à l'addiction. A l'évidence, ce droit d'annonce selon la LStup peut se heurter à l'obligation d'aviser selon le code civil. Ainsi par exemple, l'instituteur constatant chez un élève de graves troubles liés à une addiction peut-il l'aiguiller vers une institution de traitement pour une prise en charge socio-médicale, en dépit de son obligation de l'avi-

ser l'autorité de protection ? Il appartiendra au Conseil d'Etat de régler au mieux, dans l'intérêt des personnes concernées, l'application des deux dispositions fédérales.

Article 2

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). Sous réserve de l'alinéa 2, l'organisation et la composition de la justice de paix sont réglées dans la loi sur la justice (cf. art. 58 et 59).

L'alinéa 2 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 exigé par le droit fédéral, l'avant-projet mis en consultation contenait une proposition principale et une variante.

La proposition principale correspondait à la situation actuelle: la personne qui doit disposer de connaissances dans le domaine juridique peut être le greffier ou la greffière. La solution proposée en variante allait, quant à elle, au-delà de cette réglementation. Elle exigeait des juges de paix qu'ils ou elles bénéficient personnellement d'une formation juridique.

Cette solution a reçu l'aval de la majorité des participants à la procédure de consultation. Elle est de surcroît préconisée par les juges de paix qui se fondent sur les exigences fixées pour les autres autorités judiciaires. Elle présente l'avantage d'adapter la législation au travail, de plus en plus juridique, effectué par la justice de paix. C'est donc la variante qui a été retenue dans le projet de loi.

Ce choix nécessitera 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 seront pas soumises aux nouvelles conditions légales (exigence d'un brevet d'avocat, d'une licence ou d'un master en droit) (cf. art. 29).

En ce qui concerne les assesseur-e-s, leur qualification est volontairement formulée de manière générale dans le projet de loi, afin de tenir compte de la situation des personnes actuellement nommées. Le Conseil d'Etat est toutefois expressément habilité à adopter des dispositions d'exécution en la matière. Cette délégation lui permettra si nécessaire de fixer des conditions particulières d'élection à la fonction d'assesseur-e; le cas échéant, il devra également régler la question du droit transitoire applicable aux personnes en place ne répondant pas aux conditions qu'il aura fixées.

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. 16ss 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 notamment 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, ainsi que la surveillance sur les placements à des fins d'assistance ordonnés par l'autorité de protection (cf. art. 22).

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. Il devra veiller à prévoir une organisation adaptée aux exigences de la protection de l'enfant et de l'adulte. L'alinéa 2 prescrit que les féries ne sont pas applicables aux procédures de protection de l'enfant et de l'adulte (cpr art. 3 al. 4 pour l'autorité de première instance).

En droit actuel, les mesures de privation de liberté à des fins d'assistance sont sujettes au contrôle judiciaire d'une commission de surveillance spécialisée (cf. art. 16 de la loi du 26 novembre 1998 concernant la privation de liberté à des fins d'assistance). Selon les statistiques, cette commission a été amenée à traiter environ 90 cas en 2010. Dans la nouvelle organisation, il est prévisible que certains de ces cas se reporteront sur le Tribunal cantonal. Il n'est toutefois pas possible d'évaluer précisément leur nombre. En effet, à l'avenir, la justice de paix sera compétente pour traiter des requêtes de contrôle judiciaire contre les décisions de placement ordonnées par les médecins (cf. art. 3 al. 2). Ce contrôle préalable réduira naturellement le nombre des cas qui seront ensuite portés devant le Tribunal cantonal.

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.

La loi du 14 novembre 1991 sur l'aide sociale (LASoC) contient des règles très détaillées sur la notion de domicile. Ces dispositions sont adaptées à la problématique visée à l'article 11 al. 2 du projet de loi. Dès lors, pour éviter des répétitions inutiles, celui-ci renvoie à la notion de domicile des articles 9ss LASoC: 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. 19 LASoC). Par mesure de transparence, il est important de souligner que le renvoi aux dispositions de la LASoC ne concerne que la définition du domicile et non la prise en charge des frais.

Compte tenu des nombreuses oppositions soulevées lors de la procédure de consultation, le Conseil d'Etat renonce à la proposition qu'il avait mise en discussion de réduire la rémunération des curatrices et des curateurs lorsque les biens de la personne concernée sont insuffisants pour couvrir les frais.

L'obligation pour le bénéficiaire de la prise en charge des frais de la mesure le concernant par la commune de rembourser celle-ci au cas où il reviendrait à meilleure fortune a été introduite dans le projet à la suite de la procédure de consultation, pour tenir compte des intérêts des communes et par souci d'égalité entre les personnes concernées par des mesures de protection.

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.

Lors de la procédure de consultation, certaines précisions sur l'organisation tutélaire actuelle ont été demandées. La situation peut être résumée de la manière suivante, conformément aux informations fournies par le Service des communes.

Dans le district de la Sarine, toutes les communes (seules ou regroupées) disposent d'un service de tutelles et curatelles comprenant des tuteurs professionnels, donc engagés et rémunérés par les communes. Quant au district de la Glâne, l'ensemble des communes sont liées par une entente intercommunale fonctionnant avec deux tuteurs professionnels (en plus des tuteurs privés). Au niveau du district de la Broye, il existe un service des tutelles et curatelles avec tuteurs professionnels géré par la ville d'Estavayer-le-Lac. Environ 2/3 des communes broyardes y ont adhéré au moyen d'une convention et participent dès lors au financement, alors que 1/3 des communes du district ne fonctionnent qu'avec des tuteurs privés (non professionnels), dont des communes relativement importantes telles que Domdidier et Montagny. Dans le district de la Gruyère, seules trois communes (Bulle, Morlon, Riaz) disposent d'un service comprenant des tuteurs professionnels; toutes les autres communes ne disposent que de tuteurs privés. Les communes du district de la Veveyse se sont toutes regroupées au sein d'une association de droit privé, qui comprend une quinzaine de tuteurs officiels privés, sans tuteur(s) professionnel(s). Enfin, les districts de la Singine et du Lac connaissent des services de tutelles professionnalisés.

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 des curatelles, organisé de manière individuelle ou sur la base d'un regroupement (al. 1). L'obligation imposée aux communes est cependant relative, dès lors que, comme relevé ci-dessus, de tels services existent le plus souvent déjà. Il est important de noter que la mise en place des services officiels des curatelles 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.

Conformément aux articles 108 al. 4 et 110 de la loi sur les communes, 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 Conseil d'Etat est habilité à préciser les conditions de la reconnaissance des aptitudes et connaissances exigées des collaborateurs et collaboratrices des services officiels des curatelles.

Article 13

L'article 13 correspond à l'article 130 LACC.

Article 14

L'article 14 correspond à l'article 130 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 (al. 2); cette disposition vise en principe les collaborateurs et collaboratrices des services officiels des curatelles; en effet, les collaborateurs et collaboratrices du SEJ 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 15

L'article 14 correspond à l'article 137 LACC. Il délègue au Conseil d'Etat la possibilité de réglementer les aspects formels de l'établissement des inventaires, 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 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'expression «médecin exerçant en Suisse» recouvre non seulement les médecins installés au bénéfice d'une autorisation de pratique, mais également les médecins du domaine hospitalier. Cette modification est justifiée par le regroupement du Centre psychosocial, du Centre de pédopsychiatrie et de l'Hôpital de Marsens dans le nouveau Réseau de santé mentale (RFSM). Actuellement, une grande majorité des mesures de privation de liberté à des fins d'assistance sont prononcées par les médecins du Centre psychosocial.

Le droit fédéral ne permet pas de prévoir la compétence du préfet de décider d'un placement dans les cas d'urgence. L'alinéa 2 ne saurait dès lors pas être interprété comme une compétence préfectorale en la matière. Cette disposition constitue uniquement 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 (cpr art. 4 de la loi du 15 novembre 1990 sur Police cantonale; RSF 551.1).

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.

Pour le reste, cette disposition doit être lue en parallèle avec les articles 443ss nCC régissant la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte. L'article 447 en particulier prévoit qu'en principe la personne concernée doit être entendue, par l'autorité de protection réunie en collège, avant qu'une mesure ne soit prononcée.

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). La mention du recours au préfet vise les réquisitions d'intervention de la police émanant des médecins, qui ne sont pas des autorités judiciaires au sens de l'article 4 al. 2 let. c de la loi sur la Police cantonale. 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. 16ss 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 et le Service de la prévoyance sociale exerce la surveillance de l'activité et de la gestion des institutions subventionnées.

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 qui a ordonné la mesure. L'autorité de protection et les autres organes de surveillance évoqués ci-dessus devront veiller à coordonner leurs interventions (cf. par exemple l'obligation d'information prévue à l'alinéa 2).

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 N° 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'enfant et de l'adulte 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.

Cela étant, la question des prétentions du tiers lésé, si elle est réglée sur le fond par le droit fédéral, doit encore faire l'objet de règles cantonales sous l'angle de la compétence et de la procédure. En effet, selon un jugement du Tribunal fédéral, il convient de prévoir une double instance de recours dans les matières connexes au droit civil et sujettes au recours en matière civile en vertu de la loi sur le Tribunal fédéral (arrêt 4A_48/2010). La loi sur la justice a tenu compte de cette exi-

gence en prévoyant la modification de l'article 33 de la loi sur l'état civil et de l'article 13 de la loi d'organisation tutélaire. Selon les termes de cette modification, le code de procédure civile et la loi sur la justice sont applicables aux jugements en la matière. Par souci de cohérence, le projet reprend la formulation retenue alors.

Article 29

Cette disposition transitoire règle la situation des juges de paix actuellement en fonction qui ne disposent pas de la formation juridique requise par le nouveau droit (cf. également ci-dessus commentaire relatif à l'art. 2).

Article 30

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

Articles 31 à 45

Les modifications prévues aux articles 31 à 45 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.

Il convient par ailleurs de noter que, actuellement, le droit fédéral utilise, en allemand, les expressions «unmündig» et «minderjährig», qui sont toutes deux traduites en français par «mineur». Dans la révision du code civil mise en œuvre par le présent projet, le législateur fédéral a remplacé, dans toute la législation, le terme «unmündig» par «minderjährig». La législation cantonale doit être adaptée en conséquence. Les modifications ne concernent toutefois que la version allemande.

Les modifications terminologiques ne sont pas développées ci-dessous. Celles apportées à la loi sur la justice (art. 33), à la loi concernant l'exécution de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 36) et à la loi sur la santé (art. 40) appellent toutefois les commentaires suivants.

L'article 10 al. 2 LJ est abrogé. L'exception prévue pour les juges de paix ne s'applique plus; à l'instar des autres juges professionnel-le-s, ceux-ci doivent être titulaires du brevet d'avocat ou d'une licence ou d'un master en droit (cf. également ci-dessus commentaires relatifs aux art. 2 et 29).

L'article 58 LJ est adapté pour tenir compte des options prises dans le projet de loi sur la protection de l'enfant et de l'adulte et des modifications découlant de la nouvelle loi d'application du code civil: la justice de paix a désormais pour seule compétence la protection de l'enfant et de l'adulte; ses autres compétences antérieures, notamment dans le domaine successoral, ont en effet été transférées au ou à la juge de paix.

L'article 110 LJ est complété par un rappel des cas particuliers de responsabilité civile réglés par le droit fédéral et soumis à la procédure civile (cf. aussi art. 28).

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.

S'agissant de la loi sur la santé (art. 40) et plus particulièrement des dispositions régissant les directives anticipées, les soins en cas de placement à des fins d'assistance et les mesures limitant la liberté de mouvement, l'avant-projet mis en consultation prévoyait de simples renvois au droit fédéral. Ce procédé a été contesté par la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes. Le projet en tient compte et reprend toutes les propositions de la Commission, sous réserve de la modification de l'article 127h de la loi sur la santé.

Selon la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes, le droit fédéral est plus restrictif que le droit cantonal s'agissant du respect des directives anticipées (art. 49ss de la loi sur la santé): seuls les médecins doivent respecter les directives anticipées (art. 372 al. 2 nCC), alors que le droit cantonal actuel prescrit que l'ensemble des professionnel-le-s de la santé doivent les respecter. Cette restriction est problématique notamment dans les EMS où, en règle générale, aucun médecin n'est présent de manière continue. Le projet suit la proposition formulée par la Commission et prévoit une extension des obligations découlant des directives anticipées aux autres professionnel-le-s de la santé.

Les articles 50 et 51 de la loi sur la santé sont abrogés; le nouveau droit fédéral les rend obsolètes.

L'article 52 de la loi sur la santé, tel que proposé, renvoie au droit fédéral pour la réglementation applicable aux soins dispensés lors de placements à des fins d'assistance. Il rappelle, pour des motifs didactiques, que la volonté des patients et patientes capables de discernement doit être respectée.

L'article 53 de la loi sur la santé, régissant les mesures de contrainte, est complété par une réserve du droit fédéral. Cette réserve vise les articles 383ss nCC fixant les règles applicables aux mesures limitant la liberté de mouvement des personnes incapables de discernement résidant dans un EMS. Le champ d'application de l'article 53 est donc restreint aux mesures de contrainte imposées aux patients et patientes capables de discernement, aux mesures de contrainte imposées aux personnes incapables de discernement placées dans des institutions autres que les EMS et institutions similaires (par exemple dans un hôpital psychiatrique ou de soins aigus) et aux mesures de contrainte autres que celles limitant la liberté de mouvement (par exemple les traitements forcés) appliquées à des personnes incapables de discernement résidant dans des EMS et autres institutions similaires.

Compte tenu de l'étendue de ce champ d'application, il est important de prévoir des modalités de surveillance spécifiques. Le projet propose, conformément à la demande de la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes, de compléter l'article 54 par un nouvel alinéa 2 prescrivant l'obligation pour la direction de l'institution de tenir un registre de toutes les mesures de contrainte appliquées; le registre doit permettre d'avoir une vision générale chronologique (par mois ou par semaine) de l'ensemble des mesures appliquées dans l'institution. Les autorités de surveillance doivent pouvoir accéder en tout temps à ce registre.

Le droit fédéral prévoit que les contestations des mesures de contrainte de droit fédéral doivent être adressées à l'autorité de protection (art. 385 nCC). Le projet prévoit que le contrôle de la conformité des mesures de contrainte régies par le droit cantonal doit être effectué par la même autorité, les mesures étant de nature analogue (art. 54bis). L'information de la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes est toutefois garantie. Cette solution s'écarte de celle proposée par la Commission, qui préconise une attribution de compétence à double niveau: compétence principale de l'autorité de protection et compétence déléguée de la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes.

L'adoption de l'article 54bis précité entraînera l'abrogation de l'article 127h de la loi sur la santé régissant la compétence de la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes en matière de contrôle des mesures de contrainte.

Article 46

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 1er janvier 2013.

Cette disposition n'appelle pas d'autres remarques.