

**La révision du droit de la tutelle constitue la dernière étape des travaux législatifs relatifs au droit de famille. Elle a pour objectif de garantir et de promouvoir le droit des personnes faibles et nécessitant une aide à s'autodéterminer et de leur assurer le soutien. L'auteur traite quelques aspects essentiels de cette révision.**

PASCAL FAVRE

## LA RÉVISION DU DROIT DE LA TUTELLE

### Quelques aspects choisis

#### 1. INTRODUCTION

Nul n'est à l'abri d'un accident grave ou d'une maladie qui peut le priver de l'usage de ses facultés intellectuelles. Si l'on perd la capacité de décider soi-même, il est crucial de choisir une personne qui s'occupera de la gestion de ses biens et qui aura le pouvoir de refuser ou de consentir à certains traitements médicaux ou de décider des soins à apporter et du choix de l'établissement de santé. Le problème se pose de manière accrue dans les familles recomposées ou lorsque la personne incapable a des enfants mineurs ou encore qu'elle assume la direction et la gestion d'une entreprise.

#### 2. LA REFONTE DU DROIT DE LA TUTELLE

Le droit actuel n'a pas subi de modifications importantes depuis son entrée en vigueur en 1912. Ne répondant plus à nos besoins ni à nos conceptions actuelles de la famille, il fait l'objet d'une révision totale, qui vise notamment à favoriser l'autodétermination de personnes affectées d'un état de faiblesse et ayant besoin d'une assistance [1]. Trois volets sont évoqués dans cet article:

→ le mandat pour cause d'inaptitude, qui permet à une personne capable de discernement d'en charger une ou plusieurs autres, physiques ou morales, de sauvegarder ses intérêts et de la représenter; → le mandat dans le domaine médical. Il permet à une personne de donner à une personne physique la compétence de consentir en son nom à un traitement médical; → les directives anticipées du patient, qui autorisent à déterminer les traitements médicaux qu'une personne capable de discernement accepte ou refuse pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.

#### 3. LE MANDAT POUR CAUSE D'INAPTITUDE [2]

Les tâches d'assistance personnelle, de gestion des biens ou de représentation dans les rapports juridiques avec les tiers peuvent être cumulatives ou alternatives. Le mandat doit désigner le mandataire nommément et décrire, de manière aussi détaillée que possible, les tâches qu'il lui confie.

Le document doit être établi dans la forme olographe [3] ou authentique [4]. Ainsi, un mandat rédigé à l'ordinateur n'est pas valable. Chaque personne doit avoir son propre mandat: un seul mandat pour deux personnes, même si elles sont mariées, sera nul. La forme notariée est souhaitable, puisqu'elle permet au mandant d'obtenir d'un professionnel du droit toute l'information et les conseils concernant les dispositions qu'il entend prendre: ses conséquences, les formalités de son entrée en vigueur, les solutions de remplacement pour le cas où le mandataire ne serait plus apte à remplir son mandat, le déclinerait ou le résilierait, notamment. L'autorité de protection de l'adulte devra vérifier les conditions de validité d'un mandat pour cause d'inaptitude, lorsqu'elle apprendra qu'une personne est devenue incapable de discernement: la surveillance n'intervient ainsi que lorsque l'autorité de protection apprend l'existence d'un mandat et aucunement dans la phase de constitution et de rédaction de ce mandat [5].

Une nouveauté réside dans la possibilité de désigner une personne morale comme mandataire, solution inspirée du droit québécois: on peut ainsi désigner une société fiduciaire ou une banque qui aura pour mission de sauvegarder les intérêts financiers d'une personne incapable.

Des exigences nouvelles apparaissent pour les établissements médicaux-sociaux (EMS): l'institution aura le devoir de vérifier s'il existe un mandat pour cause d'inaptitude ou des directives anticipées [6]. Le nouveau droit fait disparaître, par ailleurs, la publication de l'identité des personnes qui sont mises sous tutelle: c'est la collectivité qui devra assumer les inconvénients de l'inaptitude de certains de ses membres [7]. Le nouveau droit prévoit cependant que les personnes, qui rendent vraisemblable un intérêt, peuvent exiger que la nouvelle autorité de protection de l'adulte leur indique si une personne fait l'objet ou non d'une mesure de protection [8]. Il n'y a plus que la privation du droit de disposer



PASCAL FAVRE,  
LIC. IUR., JURISTE ET  
ADMINISTRATEUR,  
FIDUCIAIRE  
MICHEL FAVRE SA  
ET FJF FAVRE JURIDIQUE  
ET FISCAL SA,  
LAUSANNE/VD

d'un immeuble qui fera l'objet d'une mention au Registre foncier [9].

Le droit prévoit, lorsqu'aucun mandat pour cause d'incapacité n'a été souscrit, une représentation par son conjoint ou son partenaire enregistré (au sens de la loi sur le partenariat enregistré pour personnes de même sexe), pour autant qu'il y ait une vie commune ou que le conjoint ou le partenaire fournisse une assistance personnelle régulière. Le concubin est, quant à lui, le grand «oublié» car il est purement et simplement ignoré! Dès lors, si l'on vit en relation de concubinage, il est indispensable de passer par le mandat pour cause d'incapacité, si l'on souhaite que le concubin ait un pouvoir de représentation [10].

#### 4. LE MANDAT DANS LE DOMAINE MÉDICAL [11]

Dans la mesure où une personne n'a pas désigné un représentant dans le domaine médical, la loi prévoit une désignation en cascade: le curateur chargé de la représentation dans le domaine médical, le conjoint ou le partenaire enregistré pour autant qu'il y ait ménage commun ou fourniture d'une assistance régulière, puis la personne qui fait ménage commun (ainsi, le concubin), les descendants, les parents, ainsi que les frères et sœurs pour autant que toutes ces personnes fournissent une assistance personnelle régulière.

La loi va permettre la levée du secret médical à l'égard du représentant médical, qui pourra être renseigné sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, à savoir son but, ses modalités, ses risques et effets secondaires, son coût, de même que sur les conséquences d'un défaut de traitement. Cette levée du secret médical explique l'ordre, très rigide, dans lequel les représentants sont désignés. On ignore la raison pour laquelle le concubin apparaît ici alors que ce n'est pas le cas en ce qui concerne le mandat pour cause d'incapacité, comme vu ci-dessus.

Lorsqu'une personne incapable de discernement est placée dans un établissement psychiatrique, elle sera soumise aux dispositions sur le placement à des fins d'assistance [12]. C'est le lieu de préciser qu'il y aura, dans la nouvelle loi, une base légale pour les traitements forcés, de même qu'une obligation de collaborer qui s'adressera à l'autorité de protection de l'adulte, à la police, ainsi qu'aux services chargés d'apporter une assistance, dans la mesure où il existe un danger réel qu'une personne, ayant besoin d'aide, mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou encore commette un délit ou un crime causant un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui en raison de son état de faiblesse.

#### 5. LES DIRECTIVES ANTICIPÉES DU PATIENT

La Constitution fédérale prévoit le principe de l'autonomie de la volonté [13]. Un statut de droit civil fédéral est donné par le

nouveau droit sur la protection de l'adulte [14]: la loi prévoit une réglementation uniforme du caractère contraignant des directives anticipées au niveau fédéral. Le médecin a l'obligation de respecter les directives anticipées du patient, à moins que la volonté de ce dernier ne transgresse les dispositions de la loi ou qu'il existe des doutes fondés sur le fait que les directives ont été librement établies ou sur le fait qu'elles reflètent encore la volonté présumée du patient [15].

Ces directives anticipées n'ont pas de portée obligatoire pour les malades psychiques qui perdent le discernement et qui sont, en conséquence, placés à des fins d'assistance.

Les directives anticipées peuvent être rédigées par toutes les personnes qui sont capables de discernement, ce qui inclut les mineurs [16]. Elles doivent être formulées par écrit. Cela signifie que seule la signature doit être écrite à la main [17].

Le Message indique que l'on ne saurait exiger du médecin, qui traite un patient incapable de discernement, qu'il entreprenne toutes sortes de démarches pour savoir si celui-ci a rédigé ou non des directives anticipées [18]. Toutefois, si la personne séjourne dans une institution de soins, cette dernière devra toujours vérifier si le résident a rédigé des directives anticipées et, partant, quelles sont les mesures qu'il accepte ou refuse en cas d'incapacité de discernement.

La nouvelle loi va plus loin que les Principes médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM), en ce sens qu'elle oblige le médecin traitant à respecter les directives anticipées [19].

#### 6. CONCLUSION

L'entrée en vigueur n'est pas encore précisée à ce jour. Les cantons doivent déjà déployer des efforts importants pour que leurs tribunaux s'adaptent à la nouvelle procédure civile depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Un mandat pour cause d'incapacité peut toutefois d'ores et déjà être instrumenté aujourd'hui: il constituera une procuration de portée générale si l'événement survient avant l'entrée en vigueur de la loi. L'avènement des familles reconstituées, l'espérance de vie largement prolongée, la dislocation des cellules familiales, l'éloignement géographique et les nouveaux modes de vie sont autant de facteurs qui militent en faveur de la désignation, par avance, d'un mandataire choisi en prévision de l'incapacité. Il en va de même, tant sur le plan médical qu'éthique, de l'établissement d'instructions dans le domaine médical. Pour les fiduciaires qui conseillent leurs clients, il s'agit là d'un élément essentiel dans la planification de la protection de la famille et du patrimoine. ■

**Note:** Un article est déjà paru dans l'EC 08/12, qui a présenté les grands axes de la révision complète du droit de la tutelle. Ce sont certains aspects pratiques, opportunités ou difficultés, qui sont mis en évidence ici.

**Notes:** 1) Message concernant la révision du Code civil suisse, Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, du 28 juin 2006, FF 2006, 6635. 2) Art. 360 nv du Code civil (CC). 3) Comme le testament olographe, selon l'art. 505 al. 1 CC. 4) Art. 361 nv CC. 5) Art. 368 nv CC. 6) Voir les Directives et recommandations médico-éthiques de l'ASSM, Association Suisse des Sciences

Médicales, du 19 mai 2009. 7) Comme le relève, du reste, la Lettre trimestrielle de l'Association romande Pro Mente Sana, n° 35 d'avril 2007. Voir l'art. 452 nv CC: l'existence d'une mesure de protection de l'adulte est opposable, même aux tiers de bonne foi. 8) Message, page 6722, ad art. 452 nv CC. 9) Art. 395 al. 4 nv CC. 10) Art. 374 à 376 nv CC. 11) Art. 377 à 381 nv CC. 12) Art. 380 nv CC.

13) Art. 10 de la Constitution fédérale. 14) Art. 370 à 373 nv CC. 15) Chiffre 3.1 des Directives et recommandations médico-éthiques, déjà citées. 16) Art. 16 CC. 17) Art. 13 ss CO, art. 371 nv CC. 18) Message, page 6666. 19) Message, page 6666, ad art. 372 nv CC.