

JURISTES PROGRESSISTES NEUCHATELOIS

*Direction du DFAS
par Mme A.-F. LOVAT
Le Château
2001 Neuchâtel*

Neuchâtel, le 19 novembre 2003

Concerne : révision totale du droit de la tutelle – procédure de consultation

Madame la Conseillère d'Etat,

L'Association des Juristes Progressistes Neuchâtelois (JPN) vous remercie tout d'abord d'avoir bien voulu l'associer à la procédure de consultation mentionnée sous rubrique.

A cet égard, nous remercions également vos services qui ont accepté de prolonger le délai de réponse, ce qui nous a permis de développer la réponse qui suit.

I. Introduction

A titre préliminaire, nous tenons tout d'abord à saluer cet avant-projet, qui constitue une amélioration globale indéniable du droit actuel.

Plus particulièrement, les objectifs de l'avant-projet (cf. rapport à l'appui de l'avant-projet (ci-après : rapport), ch. 1.4, p. 9 ss.) sont en général louables, mais il faut bien admettre qu'ils n'ont pas été réalisés avec une égale réussite.

Ainsi, le respect de l'autodétermination, qui est à notre sens essentiel, est malheureusement bafoué par la possibilité d'ordonner un traitement forcé dans le cadre du placement à des fins d'assistance (art. 429 AP CC).

Le renforcement de la solidarité familiale relève plutôt, à notre sens, de l'angélisme, car il faut bien constater que depuis une quarantaine d'années, les liens familiaux ont beaucoup perdu de leur importance. Cela dit, le principe même de subsidiarité de l'activité de l'Etat par rapport à celle de la famille doit être salué et ce n'est qu'à l'usage que l'on pourra constater si les règles proposées auront de l'effet.

Nous tenons encore à saluer tout particulièrement l'introduction des « mesures sur mesure », l'élimination des traces de stigmatisation sociale, l'amélioration de la protection des personnes en EMS – même si on aurait pu faire plus –, ainsi que l'amélioration générale de la protection juridique.

Pour le surplus, nous allons maintenant aborder une discussion plus détaillée de certaines dispositions des lois proposées.

II. L'avant-projet de révision du droit de la tutelle (AP CC)

Avant toute chose, deux remarques d'ordre plus général :

- l'introduction et la juxtaposition de différentes et nouvelles institutions est assez complexe ; En raison de cette complexité, il nous semble que toutes les implications des choix opérés n'ont pas été bien mesurées ;
- la disparition de l'interdiction n'a pas été complètement intégrée dans toutes les lois fédérales (p. ex. art. 55 de la LF sur les médicaments et les dispositifs médicaux, RS 812.21, cf. PIOTET, *Intégration du projet de révision dans l'ordre juridique*, RDT 5/2003, p. 249) ; il faudrait donc effectuer un recensement complet.

A. Les mesures personnelles anticipées

Nous saluons la meilleure prise en compte de la volonté personnelle exprimée de façon anticipée, qui plus est dans un cadre aussi large que celui de l'avant-projet. Certaines législations cantonales connaissent déjà les directives anticipées ; l'unification et l'élargissement du champ d'application de cette institution sont vraiment les bienvenus.

Ad art. 360

Comme le Prof. GUILLOD (GUILLOD / HELLE, *Mandat d'inaptitude, directives anticipées et représentation de la personne incapable : porte ouverte à la confusion ?*, RDS 3/2003 (122) 1^e partie, p.307 s.) nous nous posons des questions sur la qualification juridique du mandat pour cause d'inaptitude (ci-après : MCI), ce qui pourrait notamment poser problème en cas de contestation ou d'interprétation. C'est pourquoi nous estimons qu'il faut clarifier cette situation, p. ex. en s'inspirant du droit belge qui prévoit la signature du mandataire désigné.

Ad art. 361

Nous nous posons des questions sur les exigences de forme du MCI. En effet, le rapport indique que celles-ci sont nécessaires en raison de la portée – d'une « extrême importance » pour la personne concernée – du MCI.

Or il nous semble que la constitution d'un mandat dans le domaine médical (art. 370 ss AP CC), ainsi que les directives anticipées au sens étroit (art. 373 AP CC) sont au moins aussi

importants, d'autant plus que l'on touche là à la vie et à l'intégrité corporelle des mandants, donc à des droits strictement personnels.

Par contre, pour ces deux dernières institutions, la forme écrite est suffisante.

L'avant projet ne nous semble donc pas cohérent et pour notre part, nous préconisons la forme écrite simple, également pour le MCI.

En effet, premièrement les exigences de forme aggravée ne nous semblent pas *a priori* se justifier plus que pour le mandat dans le domaine médical, les directives anticipées, ou encore le testament.

Deuxièmement, s'il s'agit de vérifier l'identité du mandant, la signature suffit amplement, comme pour le testament ou n'importe quel contrat.

Troisièmement, s'agissant de la capacité de discernement du mandant, il faut rappeler que pour notre ordre juridique, elle est présumée. De ce fait, vouloir la contrôler dans le cadre du MCI apparaît en contradiction avec ce principe. D'ailleurs, le même problème pourrait se poser pour tous les autres actes juridiques.

Quatrièmement, s'il y a un problème d'expression de la libre volonté, il y a toujours les instruments sur les vices du consentement qui peuvent s'appliquer (art. 23 ss CO, pour autant que l'on qualifie de contrat le MCI (cf. ad art. 360 *supra*), ou art. 519 al. 1 ch. 2 CC, si l'on se rapproche du testament).

Nous préconisons donc que le MCI soit soumis à la forme écrite simple.

Subsidiairement, nous considérons la procédure comme trop lourde. Il n'est pas nécessaire de prévoir la forme authentique s'il existe de toute façon des offices *ad hoc* instaurés par les cantons. Ces derniers devraient suffire.

Ad art. 370 ss (mandat dans le domaine médical)

L'articulation entre le mandat dans le domaine médical (ci-après : MDM) et le MCI n'est pas suffisamment claire. Il faudrait **introduire une règle de conflit** entre ces deux types de mandats.

A notre sens les « règles spéciales » du MDM doivent, en principe, prendre le pas sur les « règles générales » du MCI, même si ce dernier porte une date plus récente que le premier. Par contre, s'il y a des dispositions plus précises dans le second, ce sont ces dernières qui devraient s'appliquer.

Ad art. 370

Selon cette disposition, seule une personne majeure peut rédiger un MDM.

Dans la mesure où le consentement à un acte médical est un droit strictement personnel au sens de l'art. 19c AP CC, on ne comprend pas cette exigence de majorité.

Le rapport soutient qu'il faudrait éviter qu'une personne mineure empêche ses parents de la représenter. Mais pourquoi donc ? On recherche en vain les raisons d'un tel dogmatisme.

De plus, le mineur a toujours la possibilité de rédiger des directives anticipées au sens de l'art. 373 AP CC.

Nous rejoignons donc les critiques de la doctrine (GUILLOD / HELLE, *Mandat d'inaptitude*, ..., op. cit., p. 306 et SANDOZ, *Directives anticipées et représentant thérapeutique*, RDT 5/2003, p. 282) et préconisons la **suppression de l'exigence de la majorité** à l'art. 370 AP CC.

Ad art. 373

Le principe de cette disposition ne peut être que salué.

Par contre, nous n'admettons absolument pas qu'il puisse trouver une exception par l'art. 429 AP CC (cf. *infra*).

De plus, nous considérons que l'exigence de doutes fondés pour annuler les effets de directives anticipées n'est pas assez stricte.

Nous pensons au contraire que la volonté exprimée à l'avance doit être respectée autant que possible, l'expérience montrant une grande réticence chez les médecins lorsque les directives anticipées sont en contradiction avec leurs convictions.

C'est pourquoi nous formulerions cette exception plus strictement, par exemple avec le critère de la **haute vraisemblance** que les directives anticipées ne correspondent plus à la volonté de la personne en cause.

B. Les curatelles

Les art. 377 ss AP CC n'appellent pas de commentaires particuliers, si ce n'est que nous saluons, comme indiqué en introduction, le principe de l'instauration de mesures sur mesure, de même que la suppression de la terminologie stigmatisante de l'interdiction.

Il n'y a qu'un détail qui nous chiffonne :

Ad art. 408 et 409

L'art. 409 prévoit que l'autorité peut dispenser certains proches de l'obligation de remettre un inventaire, alors que l'art. 408 dispose que les parents ou le conjoint en sont dispensés, à moins que l'autorité n'en décide autrement.

Encore une fois, cela relève d'une vision idéalisée de la famille, car il faut bien admettre que le conjoint ou les parents d'une personne sous curatelle peuvent – malheureusement aussi – entrer en conflit d'intérêt avec cette dernière.

C'est pourquoi nous préconisons, par mesure de simplification, que les art. 408 et 409 soient fusionnés en retenant la rédaction de l'art. 409.

C. Le placement à des fins d'assistance

Les dispositions de ce chapitre sont plus problématiques, car elles sont susceptibles de porter de graves atteintes à la liberté personnelle et à l'autonomie de la volonté des citoyens.

En particulier il nous semble qu'il manque, dans ce chapitre, quelques garanties de procédure, rendues nécessaires en raison de la gravité des atteintes qui peuvent être portées aux personnes. Nous y reviendrons en tant que besoin, tant dans les commentaires qui suivent que dans ceux qui ont trait à l'avant-projet de procédure.

Ad art. 416

La cause (de placement) du grave état d'abandon devrait être supprimée.

En effet, elle n'est tout d'abord pas prévue par la CEDH (art. 5 §1, cf. ABRECHT, *Les conditions du placement à des fins d'assistance*, RDT 5/2003, p. 341).

Ensuite, elle est inutile, car elle est essentiellement utilisée en relation avec un problème d'ordre psychique de la personne à placer, ce qui est couvert par les deux autres causes.

Ad art. 417

Il nous semble qu'il manque une condition évidente à l'application de cette disposition : il faut qu'existent des indices concrets qu'un placement pourrait se révéler nécessaire.

En effet, on ne doit pas pouvoir contraindre à ce type de placement sans que des éléments de fait déterminants ne le fondent, par exemple sur la simple insistance d'un proche.

Ad art. 418

Nous nous trouvons dans ce contexte une première fois face à un problème de garantie de célérité. En effet, il faut absolument éviter qu'une demande de libération ne reste lettre morte parce qu'elle ne serait pas traitée avec toute la rapidité requise.

C'est pourquoi nous pensons qu'un troisième alinéa pourrait être inséré, exprimant que « ³ *L'autorité appelée doit statuer sans délai* ».

Ad art. 419

Cette disposition nous semble problématique à double titre :

Premièrement, on sait qu'actuellement, la grande majorité des personnes traitées pour troubles psychiques de façon stationnaire reste environ deux à trois jours dans un établissement psychiatrique. En effet, les traitements évoluent, permettant des séjours de plus en plus courts.

De ce fait, le délai de 48 heures est en proportion beaucoup trop long. Nous suggérons de ce fait de le **ramener à 24 heures**.

Deuxièmement, savoir si l'une des deux conditions alternatives est remplie est estimé par un psychiatre (le médecin-chef), et non par un tribunal indépendant. C'est pourquoi le maintien doit, pour cette raison également, être restreint au minimum.

Ad art. 423 al. 3

Le texte de cette disposition n'est pas en phase avec le rapport. En effet, ce dernier précise – avec raison ! – que « *le médecin doit finalement communiquer par écrit la décision de placement à l'un des proches de la personne concernée et l'informer qu'il a la possibilité de faire recours* » (rapport p. 64, ad art. 423).

Or le libellé exact de l'art. 423 al. 3 est : « *Si cela est indiqué, le médecin...* ». Nous pensons donc qu'il serait plus indiqué de commencer par : « ***Dans la mesure du possible, le médecin...*** ».

Ad art. 424

Nous pensons que cette disposition doit prévoir qu'il faut expressément porter à l'attention de la personne retenue contre son gré dans une institution les termes de l'art. 426 AP CC et des art. 40 et 48 AP Procédure.

Ad art. 426

Nous tenons à saluer tout spécialement cette disposition qui nous semble essentielle !

Ad art. 427 al. 2

Il est essentiel pour nous que les directives anticipées relatives au traitement soient absolument respectées. L'établissement de soins ne doit donc pas simplement les « *prendre en considération* », mais véritablement les « ***respecter*** ». Nous préconisons donc une modification de cet alinéa dans ce sens (« ..., ***il doit la respecter*** »).

Ad art. 428

Comme le relève à juste titre le rapport (p. 67), le plan de traitement doit être élaboré dans la mesure du possible avec les personnes importantes pour le patient.

Le texte de l'alinéa premier n'étant pas fidèle à ce principe (« ... *éventuellement* ... »), il faut le modifier en ce sens : « ... ***et dans la mesure du possible avec la personne de confiance.*** »

Concernant l'alinéa 2, le fait que le rapport retienne que « *le patient ne doit cependant pas abuser de ce droit [d'imposer sa volonté] aux fins d'empêcher son traitement* » nous choque profondément.

En effet, il reste encore et toujours primordial que la volonté du patient soit respectée ; si son choix est de ne pas accepter un type de traitement, il nous apparaît contraire à la plus élémen-

taire dignité humaine de « s’efforcer de le convaincre » (par quels moyens de pression ?) ou de ne pas prendre en compte sa volonté.

C’est pourquoi nous réclamons avec la dernière énergie que la dernière phrase de cet alinéa soit modifiée comme suit : « ***Elle respecte la volonté exprimée par la personne concernée.*** » Il ne doit plus y avoir mention d’une quelconque tentative de recherche du consentement du patient, car c’est – d’expérience – la porte ouverte aux abus : certains soignants ont en effet tendance à user de moyens de pression comme l’enfermement en chambre blanche, la confiscation du natel, l’empêchement d’avoir des contacts avec l’extérieur, etc.

Enfin, il nous semble qu’il manque ici aussi une règle de conflit, car il peut y avoir trois personnes extérieures qui interviennent dans le processus d’établissement du plan de traitement et qui peuvent être d’avis différents : la personne de confiance (al. 1 et 2), le curateur désigné par l’autorité et le mandataire pour cause d’incapacité (al. 3). Il faut donc éviter dans la mesure du possible d’ajouter des difficultés à l’équipe soignante.

Nous préconisons de donner la **préférence à la personne de confiance**, laquelle a été justement désignée spécifiquement en relation avec le placement. **Puis** c’est le **mandataire** pour cause d’incapacité dont l’avis pourrait être pris en considération, car il a tout de même été désigné par la personne concernée. **Puis en dernier lieu le curateur** désigné par l’autorité, car il n’a pas spécialement un lien privilégié avec le patient.

Ad art. 429

Nous arrivons ici à la disposition la plus délicate de tout l’avant-projet.

En effet, nous sommes totalement opposés à toute idée de traitement forcé.

Dans l’idéal, il conviendrait donc de stipuler dans cet article que « *Tout traitement forcé est strictement interdit* ».

Cela dit, si le principe du traitement forcé devait être néanmoins retenu, il faudrait que les conditions en soient plus strictes.

Premièrement, il est essentiel que les directives anticipées, notamment celles qui excluent clairement un type de traitement, **soient absolument respectées**. Cela doit être expressément reconnu dans la loi.

A cet égard, la doctrine souligne qu’il est incompréhensible que les directives anticipées n’aient pas aussi de validité pleine et obligatoire pour les patients psychiques (AFFOLTER, *Neue Qualität des Erwachsenenschutzes ?*, RDT 5/2003, p. 403 ; GUILLOD / HELLE, *Traitement forcé : des dispositions schizo-phréniques ?*, RDT 5/2003, p. 355 ss ; ces derniers précisent à juste titre : « *les mêmes mécanismes de décision devraient valoir pour tous les patients. Il faut cesser de considérer que toute décision émanant d’un patient psychique est une décision irraisonnée ou déraisonnable. Il faut, plus encore, cesser d’avoir peur de ces décisions, même, ou surtout, quand elles nous dérangent* », (p. 360)).

Deuxièmement, il faudrait ensuite que **tout traitement forcé fasse l'objet d'un protocole détaillé**, ouvert aux mandataires, aux proches et aux autorités de surveillance, de façon analogue au protocole pour les mesures de contention de l'art. 439 AP CC.

Troisièmement, il faut absolument **supprimer** la mention – paternaliste ! – « *de psychiatres sachant mieux que le patient, ses proches et les personnes normalement chargées de défendre ses intérêts ce qui est bon et nécessaire pour lui* » (GUILLOD / HELLE, *Traitement forcé...*, op. cit., p. 359), c'est-à-dire **l'alinéa 1 chiffre 1 in fine** : « ... *ou s'oppose au traitement parce qu'elle n'a pas la capacité d'en saisir la nécessité* ».

D'abord parce qu'on substitue au **critère du discernement, qui devrait normalement s'appliquer**, celui de la nécessité du traitement du point de vue du psychiatre.

Ensuite parce que « *dès l'instant où le médecin estime que le traitement proposé est nécessaire, il risque de considérer toute opposition comme l'expression d'une incapacité à en comprendre la nécessité* » (GUILLOD / HELLE, *Traitement forcé...*, op. cit., p. 356). Or l'expérience montre que tel est malheureusement bien souvent le cas.

Quatrièmement, en cas d'incapacité de discernement du patient et en l'absence de directives anticipées, il faut que la décision de traitement forcé soit soumise à ses proches, à ses mandataires (MDM et MCI) et au curateur. Il faudrait donc **supprimer l'alinéa 4 de l'art. 434 AP CC**.

Enfin, l'alinéa 2 doit être complété en ce sens que la **décision soit également communiquée à la personne de confiance, aux proches, aux mandataires et au curateur**.

En effet, si la question d'un traitement forcé se pose, la personne concernée n'est peut-être pas en état de pouvoir recourir elle-même.

En outre, ces autres personnes ont le droit de recourir pour le patient (art. 430 AP CC, cf. commentaire *infra*). Elles doivent donc être tenues au courant.

Ad art. 430

On peut tout d'abord se demander si cette disposition est véritablement à sa place dans le Code civil. A notre sens, sa place est plutôt dans la loi de procédure dont l'avant-projet est aussi soumis à consultation.

Quoiqu'il en soit, la **qualité pour recourir** doit à notre sens être étendue à la **personne de confiance**, puisque justement son rôle, conformément à l'art. 426 AP CC, est d'assister la personne placée « *jusqu'au terme des procédures* ».

D. Les règles générales de représentation dans le domaine médical pour les personnes incapables de discernement

Ad art. 434

Le système d'intervention en cascade, en l'absence de directives anticipées, est une bonne chose. Néanmoins, il présente quelques menus problèmes :

- Il n'est pas fait mention du mandataire dans le domaine médical à l'alinéa 1 chiffre 1 ; certes, le MDM fait partie du MCI au sens large, mais il faudrait, à notre sens, le mentionner tout de même.
- En outre, on ne sait pas lequel aurait la primauté dans le cas de figure où il y aurait tant un mandataire MDM qu'un mandataire MCI ; il nous apparaît important de désigner le premier, car le MDM est naturellement plus adapté à la représentation dans le domaine médical des art. 434 ss AP CC.
- La notion de partenaire de l'alinéa 1 chiffre 2 n'est pas définie ; or s'il y a concubinage et que la famille visée au chiffre 3 le conteste, la situation peut devenir problématique et conflictuelle (cf. GUILLOD / HELLE, *Mandat d'inaptitude*, ..., op. cit. p. 308 s.). Il faudrait donc introduire un critère de détermination s'il y a concubinage ou non.
- La notion de « liens les plus étroits » du chiffre 3 de l'alinéa 1 est également source de conflits potentiels ; il conviendrait donc dans ce cas aussi de prévoir une règle de conflit.

L'alinéa quatre est également problématique, dans le sens qu'il semble exclure la représentation dans le domaine du placement à des fins d'assistance (sauf dans le cadre de l'art. 428 al. 3 AP CC). Le rapport n'est pas plus clair (p. 72).

Or comme indiqué plus haut (ad art. 429), nous considérons que dans le cadre du traitement forcé, les proches, les mandataires et le curateur doivent pouvoir intervenir. Comme l'art. 434 constitue la règle de conflit générale, elle doit pouvoir s'appliquer dans ce cas de figure également.

C'est pourquoi **nous réclamons la suppression de l'alinéa 4.**

E. Les personnes incapables de discernement résidant en institutions

Nous saluons l'instauration de règles de protection des personnes incapables de discernement séjournant en institutions (home, EMS, etc.), car elles constituent un progrès indéniable.

Cependant, nous pensons qu'on aurait pu aller plus loin dans la protection de ces personnes qui peuvent – il faut le reconnaître – facilement être abusées. Il aurait fallu s'inspirer du *Heimgesetz* allemand et réglementer le sujet de façon beaucoup plus large et détaillée. Il y a en effet des points sensibles qui méritent d'être réglementés au niveau fédéral, comme par exemple la possibilité pour les institutions d'administrer les revenus et la fortune de leurs résidents ou de recevoir des libéralités de ces mêmes personnes, les conditions pour imposer un changement de chambre, etc.

Afin de laisser la porte ouverte aux cantons de prévoir une telle législation plus complète, il convient à notre sens d'ajouter un alinéa 4 à l'art. 437 qui le prévoit expressément : «⁴ ***Le droit cantonal peut réglementer de façon plus précise le contenu du contrat d'assistance*** ».

Comme en outre les places disponibles sont peu nombreuses, les listes d'attente longues et la nécessité d'entrer en institution souvent urgente, la liberté contractuelle devient presque sans objet, car les futurs résidents se voient bien souvent imposer les éléments de la relation contractuelle avec l'institution qui peut les accueillir. « *Il est donc indispensable d'avoir des normes qui protègent suffisamment le futur résident dans le cadre de la relation juridique avec l'institution* » (LEUBA / TRITTEN, *La protection de l'incapable en institution*, RDT 5/2003, p. 286).

Néanmoins, il faut reconnaître que les dispositions des art. 437 ss AP CC présentent le grand avantage d'unifier la réglementation existante, très disparate puisque cantonale.

Ad art. 437

Cf. ci-dessus la proposition d'ajouter un alinéa 4.

Ad art. 438 ss (mesures de contention)

De manière générale, les conditions du recours aux mesures de contention ainsi que les garanties accordées aux résidents dans la mise en œuvre de ces mesures sont bonnes.

Ad art. 441 al. 3

Nous tenons à saluer tout particulièrement l'instauration de la garantie du libre choix du médecin.

Ad art. 442

Au vu des profondes disparités entre les différents droits cantonaux (cf. LEUBA / TRITTEN, op. cit., p. 296), **la notion d'institution devrait être définie précisément.**

Si l'instauration du principe de la surveillance est bien (al. 1), l'objet de cette surveillance ainsi que le principe de sanction en cas de violation devraient être définis également. En leur absence, ce sera au droit cantonal de légiférer sur la matière (cf. LEUBA / TRITTEN, op. cit., p. 297 s.). Nous pensons qu'il vaudrait mieux le faire au niveau fédéral, par une **ordonnance d'application**, ce qui présenterait l'avantage d'unifier la matière. Nous recommandons donc **l'insertion d'un alinéa 1bis à l'image de l'art. 316 al. 2 CC actuel.**

La **même réflexion** vaut pour les qualifications requises pour les inspecteurs, ainsi que pour la fréquence des inspections (al. 2).

Finalement, nous pensons que, dans un souci de transparence qui ne peut être que profitable au bon fonctionnement du marché et des institutions, **les rapports de surveillance devraient être publics.** Nous préconisons donc de compléter cette disposition par un troisième alinéa comme suit : «³ ***Les rapports de surveillance sont publics*** ».

F. Autres dispositions de l'avant-projet

Nous tenons encore à saluer tout spécialement :

- l'art. 446 qui permet d'assurer une meilleure formation des personnes chargées de l'exécution des mesures de protection et qui oblige les cantons à les engager en nombre suffisant ;
- le principe de la collaboration instauré par l'art. 447, bien que l'on pourrait l'ouvrir plus largement encore ;
- la réglementation de la responsabilité aux art. 451 ss.

Dans le cadre des mesures de protection de l'enfant (art. 307 ss. CC), l'avant-projet dont il est question ici propose une nouvelle teneur à l'art. 315. En particulier, il est question d'application analogique de différentes dispositions de la troisième partie du deuxième livre du Code civil (protection de l'adulte).

Nous proposons que soit également prévue **l'application analogique de l'art. 417 AP CC**, car c'est un cas de figure qui peut également se présenter pour des mineurs ; or l'art. 417 AP CC ne s'applique en principe qu'aux personnes majeures.

Nous tenons également à signaler ce que nous considérons comme un oubli : selon l'avant-projet, il n'est pas prévu de modifier l'art. 318 al. 2 CC (actuel). Or il nous semble que cette disposition doit être mise en conformité avec l'art. 408 AP CC.

Pour être cohérent avec nos remarques *supra* sur les art. 408 et 409 AP CC, nous proposons que l'art. 318 al. 2 soit modifié de la façon suivante : « ² ***Si le père ou la mère a seul l'autorité parentale, l'autorité de protection de l'enfant peut lui demander, si les circonstances le justifient, de remettre un inventaire des biens de l'enfant*** ».

III. **L'avant-projet de loi de procédure (AP Procédure)**

Nous n'avons pas eu la possibilité de procéder à un examen exhaustif et approfondi de cet avant-projet, aussi nous contenterons-nous de quelques remarques, principalement inspirées par un article d'Anne-Marie BARONE, *Avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte*, RDT 5/2003, p. 372 ss.

Ad art. 12

Comme Madame BARONE, nous pensons que **l'audition d'un enfant doit pouvoir être déléguée à un seul membre** de l'autorité de protection (cf. BARONE, op. cit., p. 373 s.). C'est pourquoi nous proposons l'introduction d'un chiffre 19 : « *19. Audition d'un enfant* ».

Ad art. 22

Nous saluons tout particulièrement l'obligation des fonctionnaires d'aviser l'autorité.

Art. 23bis

Pour être en conformité avec l'art. 407 AP CC, nous proposons d'introduire un art. 23bis traitant de la qualité pour agir.

En effet, l'art. 407 AP CC prévoit un recours pour un proche auprès de l'autorité de protection de l'adulte. Or nous nous trouvons ici dans le chapitre 4 consacré justement à la procédure devant cette autorité.

Il suffit donc de **copier tel quel l'art. 48 AP Procédure dans cet article 23 bis**.

Ad art. 26 al. 3

Le texte de cette disposition nous semble mal rédigé. En effet, il importe qu'après une ordonnance de mesures superprovisoires, les parties soient rapidement entendues (et non pas qu'elles ont « *le droit de prendre position* »).

C'est pourquoi, nous proposons la rédaction suivante pour la deuxième phrase : « ***Celles-ci doivent être convoquées sans délai pour être entendues et une nouvelle décision doit être prise à bref délai*** ».

Ad art. 30

Nous préconisons, « *plutôt que de se borner à la mention 'au besoin', qui laisse un très large pouvoir d'appréciation à l'autorité, d'indiquer dans la loi, comme le fait l'art. 146 CC, les principaux cas de figure où la désignation d'un curateur apparaît indiquée, et notamment de reprendre la teneur de l'art. 146 al. 3 CC* » (BARONE, op. cit., p. 376).

Cet article devrait par ailleurs être intitulé « ***Curateur de représentation dans la procédure*** ».

Ad art. 31 al. 3

« *L'art. 31 al. 3 [AC Procédure] n'apporte pas de changement par rapport au droit fédéral actuel, qui [...] prévoit déjà l'audition de l'enfant à l'art. 314 ch. 1 CC. Il est permis à ce propos de se demander pourquoi les rédacteurs de [l'AC Procédure] n'ont pas repris textuellement le libellé de l'art. 314 ch. 1 CC, mais ont cru bon de remplacer l'expression 'd'autres motifs importants' permettant de renoncer à l'audition de l'enfant par l'expression 'de justes motifs'. L'art. 314 ch. 1 CC étant calqué sur l'art. 144 al. 2 CC applicable à la procédure de divorce, le texte du nouvel art. 31 al. 2 [AC Procédure] devrait le reprendre sans changement aucun, sauf à susciter de regrettables confusions. Le terme de 'justes motifs' a en effet un sens plus restrictif que celui 'd'autres motifs importants'. Or il serait manifestement contraire au bon sens de fixer des critères différents, s'agissant des motifs de renonciation à l'audition de l'enfant, selon qu'il s'agit du juge du divorce ou de l'autorité de protection de l'enfant !* » (BARONE, op. cit., p. 373 s.).

Comme Madame BARONE, nous proposons donc que **cette disposition reprenne textuellement celle de l'art. 314 ch. 1 CC**.

Ad art. 32 al. 2

Dans le cadre de l'audition des enfants, il faut pouvoir leur **garantir la confidentialité de leurs propos** s'ils le désirent (cf. BARONE, op. cit., ch. 2, p. 374 ss). C'est pourquoi nous proposons que cela soit inscrit expressément.

Ad art. 39

Nous réclamons que dans le cadre d'un recours contre un traitement forcé, il soit inscrit dans la loi que **l'effet suspensif est obligatoire et ne peut être supprimé**.

En effet, dans le cas contraire, le recours contre une telle décision – très lourde de conséquences ! – deviendrait sans objet, le traitement ayant déjà été effectué lorsque l'autorité rendrait sa décision.

C'est pourquoi nous insistons pour que soit inséré un deuxième alinéa qui pourrait avoir la teneur suivante : « ² ***En cas de recours contre un traitement ordonné conformément à l'art. 429, l'effet suspensif est obligatoire et ne peut être supprimé*** ».

Ad art. 40

Cette disposition nous paraîtrait être plus efficace si la désignation visait une assistance juridique plutôt qu'un simple curateur.

C'est pourquoi nous préconisons de remplacer le terme de « curateur » par celui de « **assistance juridique** ».

Ad art. 41

Il convient ici de prévoir une exception lorsque c'est l'audition d'un enfant qui doit être effectuée. Dans ce cas, la délégation à un seul membre de l'autorité doit pouvoir se faire.

Nous proposons donc d'ajouter à la deuxième phrase, *in fine* : « ... ***sauf si c'est un mineur qui doit être entendu*** ».

Ad art. 42

Pour être cohérent avec nos propositions ad art. 419 AP CC *supra*, il faut tout d'abord **réduire le délai de 48 à 24 heures**.

De même, il nous apparaît essentiel de garantir la célérité de la procédure. C'est pourquoi nous pensons qu'il faut rajouter le texte suivant au milieu de la première phrase : « ...*l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit se prononcer sans délai et peut ordonner un placement provisoire dans le délai de 24 heures conformément à l'art. 26, ...* ».

Ad art. 50 al. 2

Dans le cadre de cette disposition, comme pour l'art. 39 discuté plus haut, il faut garantir qu'un recours contre une décision de traitement forcé ne devienne sans objet.

C'est pourquoi ici aussi, il faut stipuler expressément qu'un tel recours a un **effet suspensif obligatoire qui ne peut être supprimé**.

Art. 55bis

Il y a certains recours qui doivent être traités le plus rapidement possible en raison des conséquences très lourdes pour les personnes concernées, que ce soit pour des mesures portant atteinte à leur liberté de mouvement ou à leur intégrité corporelle.

Nous estimons donc essentiel de le rappeler en insérant un article 55bis qui pourrait avoir la teneur suivante :

« Les recours contre les décisions de non libération (art. 418 AP CC), de maintien en institution d'une personne contre son gré (art. 419 AP CC) ou de traitement forcé (art. 429 AP CC) doivent être traités sans délai ».

* * * * *

En vous remerciant par avance de prendre bonne note de ce qui précède, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère d'Etat, à l'assurance de notre parfaite considération.

Pour les Juristes Progressistes Neuchâtelois :
Christian van GESSEL
Membre du Comité