HSLU Hochschule Luzern

Soziale Arbeit

Expertise :

Nécessité de la curatelle de portée générale dans le droit de la protection de l'adulte (Lot de travaux I).

À l'attention de

Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées BFEH
Mme Sofia Balzaretti
BFEH, SG-DFI
Inselgasse 1
3003 Berne

Contact

M. Daniel Rosch
Haute école de Lucerne – Travail social
Institut de Travail social et Droit
Werftestrasse 1
6001 Lucerne

Lucerne, 1er mai 2025

Table des matières

Table des matières 1

Liste des abréviations 3

Liste des références 5

Literaturverzeichnis 7

I. Mandat 13

1. Historique 13

2. Objectifs du lot de travaux I 14

3. État des lieux et méthodologie 14

II. Résultats de la recherche dans la littérature, de l'évolution statistique et de l'enquête sociologique 17

1. Résultats de la recherche dans la littérature (partie juridique) 17

1.1. La curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC, hier et aujourd'hui 17

1.1.1. Les mesures prises par l'autorité dans le droit de la protection de l'adulte 17

1.1.2. Bref aperçu du contexte juridico-historique de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC 18

1.1.3. Conditions et effets de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC 21

1.1.4. Effets de la curatelle de portée générale en dehors du droit de la protection de l'adulte 26

1.1.5. Aspects procéduraux, et notamment expertise 28

1.2. La curatelle de portée générale dans le contexte des autres types de curatelle 29

1.2.1. Principe de l'ultima ratio 29

1.2.2. Examen de la proportionnalité comme critère principal pour établir la nécessité d'une curatelle de portée générale 29

1.3. État de l'opinion dans la doctrine 31

1.4. État de l'opinion dans la doctrine, sous l'angle de la Convention relative aux droits des personnes handicapées 33

2. Résultats de l'évolution statistique 35

3. Résultats de l'enquête sociologique 39

3.1. Autorités et membres d'autorité participants 39

3.2. Résultats : études de cas 40

3.3. Résultats : la suppression de la curatelle de portée générale peut-elle créer une lacune dans le système de mesures ? 47

3.4. Résultats : attitudes à l'égard de la curatelle de portée générale / connaissances 47

3.5. Commentaires des membres d'autorité interrogés 52

3.6. Limitations 52

III. Discussion, évaluation 53

1. Interventions et pouvoirs plus étendus des curateurs et curatrices dans les cantons de la Suisse latine 53

2. Influence de la politique, de l'usage et de la pratique sur la décision des autorités 53

3. L'état de faiblesse – une question traitée avec prudence 54

4. Mesure forte = besoin de protection élevé 55

5. Suppression de la curatelle de portée générale en tant qu'institution juridique 56

IV. Conclusions 57

1. Conclusions tirées des résultats de l'enquête, corrélation avec l'analyse juridique et recommandations 57

2. Effets de la curatelle de portée générale sur d'autres lois fédérales 59

V. Synthèse 61

Liste des abréviations

aCC	ancien code civil, dans sa version abrogée
al.	alinea
AP	avant-projet (pour l'acte concerné)
APEA	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
art.	article
BtPrax	Pratique liée au « Betreuungsrecht » (Cologne, Allemagne)
c.-à-d.	c'est-à-dire
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS *210*)
CDEP	Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (aujourd'hui COPMA)
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cf.	confer
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; RS *220*)
Comm. abr. CC	Commentaire abrégé code civil (Bâle)
Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH	Commentaire manuscrit Stämpfli sur la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées
CommFam	Commentaire Droit de la famille (Berne)
consid.	considérant
COPMA	Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes
CP	Code pénal du 21 décembre 1937 (RS *311.0*)
CRPD	Convention relative aux droits des personnes handicapées (abréviation en anglais dans le système de classement)
CSDHLF	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS *101*)
DPA	Droit de la protection de l'adulte
DPEA	Droit de la protection de l'enfant et de l'adulte
éd.	édition
etc.	et cetera
FamPra.ch	Pratique du droit de la famille, Berne

FF	Feuille fédérale
LAAM	Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995 (Loi sur l'armée, LAAM ; RS *510.10*)
Larm	Loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions du 20 juin 1997 (Loi sur les armes, Larm ; RS *514.54*)
LCI	Loi fédérale sur le commerce itinérant du 23 mars 2001 (RS *943.1*)
LDI	Loi fédérale sur les documents d'identité des ressortissants suisses du 22 juin 2001 (Loi sur les documents d'identité, LDI ; RS *143.1*)
LDP	Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (RS *161.1*)
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD ; RS *642.11*)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (Loi sur les avocats, LLCA ; RS *935.61*)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP ; RS *281.1*)
N	Note
n°	numéro
obs. prél.	Observation(s) préliminaire(s)
OFJ	Office fédéral de la justice
P	Projet
p.	page
p. ex.	par exemple
PAFA	Placement à des fins d'assistance
RDS	Revue de droit suisse (Bâle)
RDT	Revue du droit de tutelle (aujourd'hui RMA)
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes (Zurich)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s	et suivant(e) (page, note, etc.)
ss	et suivant(e)s (pages, notes, etc.)
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
tit. fin.	Titre final

Liste des références

Comité chargé de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées	Observation générale nº 1, art. 12 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, CRPD/C/GC/1 du 19 mai 2014, disponible sur : https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/031/21/pdf/g1403121.pdf (consulté le 30.10.24).
Comité chargé de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées concernant la Suisse	Observations finales concernant le rapport initial de la Suisse du 13 avril 2022, disponible sur : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FCHE%2FCO%2F1&Lang=fr (consulté le 30.10.24).
Rapport du Conseil fédéral	Rapport du Conseil fédéral du 25 octobre 2023, Participation politique des Suisses qui ont un handicap intellectuel, rapport en exécution du postulat 21.3296 Carobbio Guscetti, disponible sur : https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20213296/Bericht%20BR%20F.pdf (consulté le 30.10.24).
Rapport du groupe d'experts 1995	Protection de l'adulte 95 : à propos de la révision du droit suisse de la tutelle. Rapport du groupe d'experts mandaté par l'Office fédéral de la justice en vue de la révision du droit de la tutelle (Schnyder Bernhard / Stettler Martin / Häfeli Christoph), Berne 1995.
Rapport CommExp 03	Commission d'experts pour la révision totale du droit de la tutelle. Protection de l'adulte. Rapport relatif à la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), juin 2003.
Rapport AP 98	Protection de l'adulte : révision du droit de la tutelle. Rapport explicatif avec avant-projet relatif à une révision du code civil (protection des adultes) de juin 1998.

Message DPA	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 ss.
Conseil fédéral, programmes prioritaires de la politique du handicap 2023-2026	Objectifs et mesures du 8 décembre 2023, disponible sur : https://www.edi.admin.ch/dam/edi/fr/dokumente/gleichstellung/Behindertenpolitik2023-2026/spp.pdf.download.pdf/Rapport%2520Programmes%2520prioritaires%2520politique%2520du%2520handicap%252023-26.pdf (consulté le 30.10.24).
P-Protection de l'adulte	Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), projet du 28 juin 2006, FF *2006* 6767 ss.
AP Protection de l'adulte 03	Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), avant-projet de juin 2003.
AP Protection de l'adulte / Consultations	Recueil des consultations, avant-projet de révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), octobre 2004.

Literaturverzeichnis

AEBI-MÜLLER REGINA E., Handlungsfähigkeit und Erwachsenenschutz. Versuch einer Klärung, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth/Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, S. 1 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Klärungsversuch).

ARNET RUTH/BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 4. Aufl. Zürich/Genf 2023 (zit. CHK-AUTOR:IN, Art. X N y).

BADDELEY MARGARETHA/TRIGO TRINIDAD RITA, Entrepreneuriat et incapacité: responsabilité illimitée et direction de sociétés, in: RSD 2020, S. 279 ff.

BADER KARL S., Zur Geschichte der Vormundschaft. Ein historischer Überblick, in: Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift VSAV, Zürich 1963, S. 9 ff.

BARTH PETER/GANNER MICHAEL, Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht, in: BtPrax 2010, S. 204 ff.

BERNHART CHRISTOF, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung. Die fürsorgerische Unterbringung und medizinische Behandlung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht sowie dessen Grundsätze, Basel 2011.

BIDERBOST YVO, Eine Beistandschaft ist eine Beistandschaft?!?, in: ZVW 2003, S. 299 ff.

BIDERBOST YVO, Debatte um den Verlust der Handlungsfähigkeit, in: Plädoyer 2004, S. 38 ff.

BIDERBOST YVO, Massschneidern im Kindes- und Erwachsenenschutz – Haute Couture? Prêt-à-porter? Oder Masskonfektion?, in: Jusletter vom 31. März 2014.

BIDERBOST YVO, Schauplatz Handlungsfähigkeit… In KESB wie trust!, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E., Schwander Ivo, Brennpunkt Familienrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, S. 67 ff. (zit. BIDERBOST, FS Geiser).

BOENTE WALTER, Handlungsfähigkeits- und Erwachsenenschutzrecht auf dem Prüfstand der (Behindertenrechtskonvention und) Bundesverfassung, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, S. 109 ff. (zit. BOENTE, Selbstbestimmung 2.0).

BOENTE WALTER, Erste Auswirkungen der Behindertenrechtskonvention auf das Erwachsenenschutzrecht, in: FamPra.ch 2018, S. 110 ff.

BROSEY DAGMAR, § 1814 ff. BGB, in: Jürgens, Betreuungsrecht. Kommentar, 7. Aufl., München 2023.

BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB. Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017.

BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (HRSG.), FamKommentar Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm Erwachsenenschutz-AUTOR:IN, Art. X N y).

BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (HRSG.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-AUTOR:IN, Art. X N y).

CADUFF FRANZ, Die Zwangsunterbringung des Alkoholpatienten. Resultate einer Umfrage unter Schweizer Konsiliarpsychiatern, ZVW 2007, S. 239 ff.

COTTIER MICHELLE/CREVOISIER ABDEL AZIZ CÉCILE, The Empowerment and Protection of Vulnerable Adults. Switzerland. Unter https://assets-us-01.kc-usercontent.com/7099fcf9-715f-0061-5726-009a48410fee/35a9984e-94ea-4c1d-9d93-08dd5bfca034/Switzerland.pdf (30.10.2024) (zit.: COTTIER/CREVOISIER ABDEL AZIZ, Empowerment).

DÖRING NICOLA/ BORTZ JÜRGEN, Forschungsmethoden und Evaluation in den Sozial- und Humanwissenschaften. 5. Aufl., Berlin 2016.

FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA, Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in: FamPra.ch 2019, S. 1068 ff.

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/AFFOLTER-FRINGELI KURT/BIDERBOST YVO/STECK DANIEL (HRSG.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. FHB KESR-AUTOR:IN, Rz. X)

GEISER THOMAS, Erwachsenenschutzrecht. Die Revision im Überblick, in: ZVW 2003, S. 227 ff.

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (HRSG.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-AUTOR:IN, Art. X N y).

GEISER THOMAS/REUSSER RUTH (HRSG.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360-456 ZGB/Art. 14, 14aSchlT ZGB, Basel 2012 (zit. BSK Erwachsenenschutz-AUTOR:IN, Art. X N y).

HÄFELI CHRISTOPH, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4. Aufl. Zürich 2005 (zit. HÄFELI, Wegleitung).

HÄFELI CHRISTOPH, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts. Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, in: FamPra.ch 2007, S. 1 ff.

HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021 (zit. HÄFELI, KESR, Rz).

HÄFELI CHRISTOPH/ROSCH DANIEL, Berner Kommentar zum Erwachsenenschutz, die behördlichen Massnahmen Art. 388-425 ZGB, Bern 2023 (zit. BK-AUTOR, Art. X N y).

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz.).

HESS-KLEIN CAROLINE/SCHEIBLER ELIANE, Aktualisierter Schattenbericht Inklusion Handicap, unter: https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_de/699/schattenbericht_de_mit-barrierefreiheit-(1).pdf?lm=1646212633 (30.10.2024) (zit. HESS-KLEIN/SCHEIBLER, Schattenbericht).

KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St.Gallen 2012.

KOKES, KOKES-Statistik 2015 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen, in: ZKE 2016, S. 313 ff.

KOKES, KOKES-Statistik 2016 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen, in: ZKE 2017, S. 369 ff.

KOKES, KOKES-Statistik 2017 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen, in: ZKE 2018, S. 394 ff.

KOKES, KOKES-Statistik 2018 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen per 31.12.2018, in: ZKE 2019, S. 430 ff.

KOKES, KOKES-Statistik 2019 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen per 31.12.2019, in: ZKE 2020, S. 438 ff.

KOKES, KOKES-Statistik 2020 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen per 31.12.2020, in: ZKE 2021, S. 448 ff.

KOKES, KOKES-Statistik 2021 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen per 31.12.2021, in: ZKE 2022, S. 396 ff.

KOKES, KOKES-Statistik 2022 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen per 31.12.2022, in: ZKE 2023, S. 454 ff.

KOKES, KOKES-Statistik 2023 Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen per 31.12.2023, in: ZKE 2024, S. 334 ff

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (HRSG.), ZGB Kommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-AUTOR:IN).

KUCKARTZ UDO/RÄDIKER STEFAN, Qualitative Inhaltsanalyse. Methoden, Praxis, Umsetzung mit Software und künstlicher Intelligenz. 6. Aufl., Weinheim 2024.

LANGENEGGER ERNST, Aspekte des Systems der amtsgebundenen behördlichen Massnahmen des neuen Erwachsenenschutzrechtes erläutert entlang des Übergangs vom geltenden zum neuen Recht, in: ZVW 2003, S. 317 ff.

LIPP VOLKER, Selbstbestimmung 2.0 – Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für das deutsche Betreuungsrecht, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, S. 1 ff. (zit. LIPP, Selbstbestimmung 2.0).

MEIER PHILIPPE, Le nouveau droit de protection de l'adulte – Présentation générale, in : Jusletter vom 17. November 2008.

MEIER PHILIPPE, Les curatelles du nouveau droit de la protection de l'adulte: quelques notions/dispositions-pièges pour la pratique, in: FamPra.ch 2012, S. 927 ff.

MEIER PHILIPPE, CDPH et droit suisse de la protection de l'adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé?, in: Ziegler Andreas R./Kuffer Julie (Hrsg.), Les Minorités et le Droit. Minorities and the Law. Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson, Zürich 2016, S. 337 ff. (zit. MEIER, FS Wilson).

MEIER PHILIPPE, Curatelles et minorité civile dans les rapports avec le registre du commerce: une tentative de systématisation, in: Reprax 2018, S. 1 ff.

MEIER PHILIPPE, Zürcher Kommentar zum Erwachsenenschutz, die behördlichen Massnahmen, allgemeine Grundsätze – Die Beistandschaften, Art. 388-404, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. ZK-MEIER, Art. Xy ZGB Ny).

MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte, 2. Aufl., Zürich 2022 (zit. MEIER, protection de l'adulte, Rz.).

NAGUIB TAREK/PÄRLI KURT/LANDOLT HARDY/DEMIR EYLEM/FIIPPO MARTINA (HRSG.), UNO-Behindertenrechtskonvention, Bern 2023 (zit. SHK-UNO-BRK-AUTOR:IN, Art. Y N x).

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (HRSG.), Commentaire Romand, Code Civil I, Art. 1-456 CC, 2. Aufl., Basel 2024 (zit. CR CC-AUTOR:IN, Art. X N y).

RAMM MICHAEL, Response, Stichprobe und Repräsentativität. Zwei Dokumentationen zum Deutschen Studierendensurvey (DSS). Hefte zur Bildungs- und Hochschulforschung, Nr. 72, Konstanz 2014.

ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (HRSG.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. ESR KOMM-Autor:in, Art. X N y).

ROSCH DANIEL, Die Begleitbeistandschaft. Unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, Diss. Basel 2017, Bern 2017 (zit. ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz.)

ROSCH DANIEL, Die Beistandschaft, die Selbstbestimmung und die UN-Behindertenrechtskonvention im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 12 BRK, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, S. 67 ff. (zit. ROSCH, Selbstbestimmung 2.0)

ROSCH DANIEL, Die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB gehört de lege ferenda abgeschafft!? – ein Zwischenruf, in: FamPra.ch 2021, S. 692 ff.

ROSCH DANIEL/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/HECK CHRISTOPH (HRSG.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. AUTOR:IN, Handbuch KES, Rz.).

ROSCH DANIEL, UNO-BRK Ausschuss: Die umfassende Beistandschaft gehört abgeschafft. Gastbeitrag vom 7. September 2022, unter: https://www.humanrights.ch/de/news/umfassende-beistandschaft-gehort-abgeschafft?search=1 (30.10.2024) (zit. ROSCH, UNO-BRK Ausschuss).

ROSCH DANIEL, Zur Legitimation des Erwachsenenschutzrechts. Vom Schwächezustand und von der Schutzbedürftigkeit, ZKE 2024, S. 224 ff.

SCHMID HERMANN, Einführung in die Beistandschaften (Art. 377–384 VE), in: ZSR 2003, S. 311 ff.

SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, (zit. SCHMID, Kommentar ESR, Art. X N y).

SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, Berner Kommentar, Das Vormundschaftsrecht, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, Bern 1984 (BK-Schnyder/Murer, Art. X aZGB N y).

SCHROEDER WERNER/MÜLLER ANDREAS/ECCHER BERNHARD/WEBER KARL/HEISSL GEORG/REISSNER PETER-GERT/MAIR ANDREAS/GANNER MICHAEL/VOITHOFER CAROLINE, Gutachten über die aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs, 28. Februar 2014, Universität Innsbruck (zit. SCHROEDER/MÜLLER/ECCHER/WEBER/HEISSL/REISSNER/MAIR/GANNER/VOITHOFER, Gutachten).

STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014.

SUHR BRUNNER CHRSTIANA, Fürsorgerische Freiheitsentziehung und Suchterkrankung, insbesondere Drogensucht, Diss. Zürich, Entlebuch 1994.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), ZGB. Das Schweizerische

Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023 (zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, ZGB).

VBK, Empfehlungen betreffend die Bevormundung geistig Behinderter, in: ZVW 1990, S. 35 ff.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (HRSG.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-AUTOR:IN).

WIDER DIANA, Die Beistandschaft als Unterstützung zu mehr Selbstbestimmung, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0, S. 171 ff.

I. Mandat

1. Historique

Dans le cadre de la « politique du handicap 2023-2026 » du Conseil fédéral datée du 8 décembre 2023[1], le programme prioritaire « Participation » prévoit d'examiner la nécessité d'adapter la législation relative à la protection de l'adulte. Il s'agirait de procéder à une évaluation de la curatelle de portée générale et d'identifier les éventuelles possibilités d'optimisation des bases légales pour favoriser la participation des personnes handicapées à la vie en société[2]. Le Département fédéral de l'intérieur (DFI) mandaté à cet effet a décidé d'externaliser ces travaux sous la forme d'un mandat et de constituer un groupe d'accompagnement composé du Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées (BFEH, désigné chef de file), de l'Office fédéral de la justice (OFJ), de la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA), d'Inclusion Handicap et d'insieme[3].

En outre, le Comité chargé de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, dans ses observations finales du 13 avril 2022 concernant la Suisse [4], recommande au point 26, rappelant son observation générale n° 1 du 19 mai 2014[5], de modifier le code civil et la loi sur la protection des adultes, et d'abroger toutes les lois ainsi que les politiques et pratiques associées qui ont pour objet ou pour effet de refuser de reconnaître une personne handicapée comme un sujet de droit ou de restreindre sa personnalité juridique. Il préconise également d'élaborer et de mettre en œuvre, en étroite concertation avec les personnes handicapées et les organisations qui les représentent, et avec leur participation active, un cadre national cohérent pour la prise de décisions accompagnée, qui respecte la volonté, les préférences et les choix individuels des personnes handicapées[6].

Cette recommandation est motivée par la préoccupation du Comité exprimée au point 25[7], à savoir l'absence de reconnaissance du droit des personnes handicapées à l'égalité devant la loi, y compris l'existence de lois qui nient ou restreignent la capacité juridique des personnes handicapées et prévoient leur mise sous tutelle, ainsi que l'absence de mesure visant à aider les personnes handicapées à exercer leur capacité juridique sur la base de l'égalité avec les autres.

Pour ce mandat, le BFEH a élaboré un cahier des charges en date du 28 février 2024, accompagné d'un addendum daté du 4 mars 2024. Conformément à ce document, et sur la base des recommandations du Comité chargé de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées énoncées au point 26[8], une réflexion

---

[1] cf. Conseil fédéral, Programmes prioritaires de la politique du handicap 2023-2026, Objectifs et mesures du 8 décembre 2023.
[2] Programmes prioritaires, p. 11
[3] Cahier des charges, p. 2
[4] Comité chargé de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, Observations finales concernant le rapport initial de la Suisse du 13 avril 2022
[5] Comité chargé de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, Observation générale n° 1, art. 12 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, CRPD/C/GC/1 du 19 mai 2014.
[6] « 26. Rappelant son observation générale n° 1 (2014), le Comité recommande à l'État partie :
(a) De modifier le Code civil et la loi sur la protection des adultes, et d'abroger toutes les lois ainsi que les politiques et pratiques associées qui ont pour objet ou pour effet de refuser de reconnaître une personne handicapée comme un sujet de droit ou de restreindre sa personnalité juridique ;
(b) D'élaborer et de mettre en œuvre, en étroite concertation avec les personnes handicapées et les organisations qui les représentent, et avec leur participation active, un cadre national cohérent pour la prise de décisions accompagnée, qui respecte la volonté, les préférences et les choix individuels des personnes handicapées. »
[7] « 25. Le Comité constate avec préoccupation :
(a) Que le droit des personnes handicapées à l'égalité devant la loi n'est pas reconnu et qu'il existe même des lois qui nient ou restreignent la capacité juridique des personnes handicapées et prévoient leur mise sous tutelle ;
(b) Que rien n'est prévu pour aider les personnes handicapées à exercer leur capacité juridique sur la base de l'égalité avec les autres. »
[8] « 26. Rappelant son observation générale n° 1 (2014), le Comité recommande à l'État partie :

juridique doit être menée sur la nécessité d'une révision du droit de la protection de l'adulte, à partir d'enquêtes sociologiques sur la pratique. Cette réflexion prendra la forme d'une expertise. Dans ce cadre, se pose essentiellement la question de savoir :

- si la curatelle de portée générale au sens de l'art. 398 CC peut ou doit être supprimée à la lumière de la doctrine et de la pratique (Lot de travaux I) et
- dans quelle mesure il est possible d'évoluer d'un système de prise de décisions substitutive *(substituted decision making*) vers un système de prise de décisions assistée (*supported decision making*) (Lot de travaux II).

2. Objectifs du lot de travaux I

Pour répondre à la question principale du lot de travaux I et conformément à l'offre et au cahier des charges, il convient

- de présenter la curatelle de portée générale, son contexte (notamment historique), ainsi que l'état actuel des discussions dans la doctrine concernant la nécessité d'une suppression de la curatelle de portée générale, et
- d'expliquer l'évolution de la pratique, ainsi que les critères retenus pour l'institution de la curatelle de portée générale, en s'appuyant sur les statistiques et les enquêtes sociologiques réalisées dans quatre cantons.

Il convient en outre

- de démontrer l'incidence d'une suppression de la curatelle de portée générale dans les différents domaines sur lesquels cette mesure produit des effets, et
- de formuler des propositions concrètes pour modifier les dispositions légales concernées.

3. État des lieux et méthodologie

Le **lot de travaux I** vise d'une part à présenter la situation juridique actuelle (y compris les effets actuels de la mesure) ainsi qu'à dresser un état des lieux statistique (Objectif 1). La consultation de spécialistes dans les cantons étudiés permettra d'autre part de déterminer et d'illustrer comment la nécessité d'une curatelle de portée générale est évaluée dans la pratique. Dans ce cadre, l'on examinera également les contextes des différentes formes de mesures « sur mesure » (Objectif 2).

En vue de répondre au premier objectif, une recherche a été menée dans la littérature. Celle-ci a porté sur le contexte historico-juridique, l'état actuel de la doctrine concernant la suppression de la curatelle de portée générale au sens de l'art. 398 CC, ainsi que sur les effets de cette dernière sur d'autres domaines du droit ; les principales réflexions et la discussion menées dans le cadre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CNUDPH) ont également été présentées (cf. chap. II, ch. 1).

(a) De modifier le Code civil et la loi sur la protection des adultes, et d'abroger toutes les lois ainsi que les politiques et pratiques associées qui ont pour objet ou pour effet de refuser de reconnaître une personne handicapée comme un sujet de droit ou de restreindre sa personnalité juridique ;

(b) D'élaborer et de mettre en œuvre, en étroite concertation avec les personnes handicapées et les organisations qui les représentent, et avec leur participation active, un cadre national cohérent pour la prise de décisions accompagnée, qui respecte la volonté, les préférences et les choix individuels des personnes handicapées. »

En outre, il a été procédé à une analyse descriptive des statistiques disponibles sur l'évolution des mesures dans le droit de la protection de l'adulte. Malgré une tendance générale en faveur de mesures moins contraignantes[9], la curatelle de portée générale demeure encore répandue. Les statistiques font apparaître des pratiques différentes à l'égard de l'institution de cette mesure (cf. chap. II, ch. 2). Certes, l'on observe également un recul de la curatelle de portée générale[10]. Dans les cantons des Grisons (GR), de Nidwald (NW), d'Obwald (OW), de Schaffhouse (SH) et de Zoug (ZG), mais aussi de Berne (BE), de Bâle-Campagne (BL), de Bâle-Ville (BS), de Glaris (GL), de Schwyz (SZ), d'Uri (UR) et de Zurich (ZH), ce recul suggère une possible évolution de la pratique. Mais les chiffres demeurent élevés en Suisse latine (Fribourg [FR], Genève [GE], Jura [JU], Neuchâtel [NE], Vaud [VD], Valais [VS] et Tessin [TI]) (20 à 30 % des mesures contre 12,6 % en moyenne sur l'ensemble du territoire suisse) (cf. chap. II, ch. 2).[11]

En vue de répondre au deuxième objectif, des membres des APEA ont été interrogés sur leur pratique dans le cadre d'un processus en deux étapes (cf. chap. II, ch. 3). La première étape a consisté à recueillir, lors de brefs entretiens téléphoniques, les réflexions des membres des APEA des cantons de Vaud et du Tessin (n = 2 entretiens) concernant l'utilisation de la curatelle de portée générale, et concernant leurs critères. À cette fin, ils ont été priés, avant l'entretien, de sélectionner trois exemples de cas pratiques personnels : un cas qu'ils considèrent « typique » d'une curatelle de portée générale, un cas jugé « atypique » et un cas pour lequel ils estiment indispensable d'ordonner une curatelle de portée générale. Une fois les cas présentés, il leur a d'abord été demandé d'expliquer les raisons pour lesquelles il s'agissait selon eux d'un cas typique, atypique ou « indispensable » de curatelle de portée générale et pourquoi ils avaient opté pour cette mesure dans ces cas-là. Les entretiens téléphoniques ont été enregistrés numériquement (avec l'accord des personnes intéressées), puis transcrits au moyen du logiciel NoScribe[12]. Le contenu de ces entretiens a ensuite fait l'objet d'une évaluation analytique qualitative à l'aide du logiciel MaxQDA 24[13], ce qui a permis d'établir des critères en faveur de ou contre l'institution d'une curatelle de portée générale. Il est apparu que seule une personne interrogée estimait qu'il y avait des cas « typiques » de curatelle de portée générale et des cas où cette mesure était « indispensable ». Un autre groupe de cas important était constitué de situations où, lors de l'entrée en vigueur du droit révisé de la protection de l'adulte, les tutelles jusqu'alors en place n'ont pas été adaptées (« calibrées ») mais automatiquement converties en curatelles de portée générale (art. 14, al. 2, tit. fin. CC). Les cas décrits ont été comparés et cette comparaison a donné lieu à l'établissement de caractéristiques permettant de qualifier ces cas de « typiques ». Les caractéristiques identifiées ne sont pas propres à un canton. Sur la base des cas décrits, quatre courtes vignettes cliniques ont été créées pour illustrer ces cas dits « typiques ».

Afin de pouvoir approfondir les constatations tirées des entretiens téléphoniques, un questionnaire semi-standardisé a été élaboré à partir de ces mêmes entretiens au cours d'une deuxième étape. Ce questionnaire a servi d'outil lors de la consultation de l'ensemble des membres des APEA[14] des cantons BL, BE, GR, SZ, ZG, ZH, FR, NE, TI et VD. Ces derniers ont été priés d'indiquer dans quelle mesure ils considéraient les critères établis comme pertinents pour l'institution d'une curatelle de portée générale. Les personnes interrogées ont en outre été priées d'indiquer si, sur la base des vignettes cliniques, elles institueraient dans chaque cas une curatelle de portée générale, et de justifier brièvement leur décision. Le questionnaire a été rédigé en allemand, puis traduit

[9] COPMA, RMA 2023, p. 454
[10] cf. Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 29.
[11] COPMA, RMA 2023, p. 454
[12] Il s'agit ici d'une transcription assistée par l'IA. Les données audio sont toutefois conservées localement sur l'ordinateur du chercheur ou de la chercheuse.
[13] KUCKARTZ/RÄDIKER, p. 15 ss
[14] Ont été exclues les personnes ayant participé aux entretiens téléphoniques.

en français[15]. L'enquête a été réalisée en ligne à l'aide de l'outil de sondage Unipark. Afin d'obtenir le taux de participation le plus élevé possible, une lettre d'accompagnement du Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées (BFEH) a été jointe à l'invitation à participer à l'enquête. En outre, cette invitation a été suivie de deux rappels envoyés aux personnes ciblées.

Nous avons pu contacter directement un grand nombre de membres des APEA. Lorsqu'aucune adresse e-mail directe n'était disponible, l'adresse de messagerie électronique générale de l'APEA ciblée a été utilisée pour envoyer le courriel d'invitation. Au total, des invitations ont été envoyées à 210 adresses. Comme il n'a pas été possible d'écrire personnellement à tous les membres des APEA ciblées, les personnes contactées ont été priées de transférer le courriel à d'autres membres au sein de leur autorité. Au final, les analyses ont porté sur les réponses de 76 personnes. Dans la mesure où nous ignorons combien de membres des APEA ont reçu le courriel d'invitation ainsi transféré, il est impossible de calculer le taux de réponse. Toutefois, sur la base du nombre de personnes directement ciblées par le courriel, nous estimons que cette participation se situe entre 30 et 36 %. Le taux de réponse est jugé satisfaisant, puisqu'il correspond au taux habituellement enregistré dans le cadre des études sociologiques[16].

Les réponses des personnes interrogées ont fait l'objet d'une analyse descriptive et statistique inférentielle à l'aide du logiciel IBM SPSS Statistics 29[17]. Cette analyse a permis, d'une part, de déterminer à l'échelle intercantonale avec quels critères indiqués les personnes interrogées étaient (plutôt) d'accord et ceux avec lesquels elles n'étaient (plutôt) pas d'accord, et, d'autre part, d'examiner si des différences statistiquement significatives se dégageaient entre les cantons qui ordonnent aujourd'hui peu de curatelles de portée générale et ceux qui, comparativement, le font encore fréquemment (voir plus haut). Le travail sur les vignettes cliniques a permis d'identifier des similitudes et des différences dans les évaluations des cas. Les arguments à l'appui des décisions ont été analysés qualitativement à l'aide du logiciel MaxQDA 24[18], en examinant les similitudes et les différences entre les deux groupes de cantons (BL, BE, GR, SZ, ZH d'une part et FR, NE, TI, VD d'autre part). L'évaluation des vignettes cliniques par les cantons qui ordonnent (de plus en plus) rarement des curatelles de portée générale devait montrer dans quelle mesure ceux-ci choisissent plutôt d'appliquer des mesures « sur mesure » et si les différences peuvent s'expliquer par des structures de population différentes (problématiques des personnes concernées). Dans le présent rapport, nous présentons, discutons et évaluons les indicateurs et pratiques identifiés.

La dernière partie de la présente expertise est consacrée à l'analyse des résultats et aux conclusions qui en sont tirées. Ces résultats et conclusions donnent lieu à des propositions d'adaptation du droit en vigueur (cf. chap. III/IV), puis à une synthèse (chap. V).

[15] L'expérience montre que les spécialistes maîtrisant suffisamment bien le français prennent part aux enquêtes bilingues.
[16] RAMM, p. 18 ss
[17] DÖRING/BORTZ, p. 598 ss
[18] KUCKARTZ ET RÄDIKER, p. 15 ss

II. Résultats de la recherche dans la littérature, de l'évolution statistique et de l'enquête sociologique

1. Résultats de la recherche dans la littérature (partie juridique)

1.1. La curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC, hier et aujourd'hui

1.1.1. Les mesures prises par l'autorité dans le droit de la protection de l'adulte

Le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte a été adopté le 19 décembre 2008 pour entrer en vigueur le 1er janvier 2013. Il a remplacé l'ancien droit des tutelles, resté quasiment inchangé depuis 1912 (à l'exception de la privation de liberté à des fins d'assistance)[19]. La révision a entraîné une refonte complète du système de mesures[20].

Les anciennes curatelles (art. 392-394 aCC avant 2013), le conseil légal (art. 395 aCC avant 2013) et les tutelles (art. 369-372 aCC avant 2013) ont été remplacés par les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération respectivement prévues aux art. 393-396 CC[21] ainsi que par la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC ; la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397 a-f aCC avant 2013) a été remplacée par le placement à des fins d'assistance selon les art. 426-439 CC.

Cette protection de l'adulte par l'autorité a été renforcée par d'autres instruments, où priment non pas l'intervention de l'État[22], mais plutôt l'autodétermination, la solidarité familiale et la réduction de l'intervention de l'État[23]. Il s'agit des mesures personnelles anticipées (art. 360-373 CC), qui comprennent le mandat pour cause d'inaptitude et les directives anticipées du patient ou de la patiente, et du pouvoir légal de représentation (art. 374-387 CC), qui comprend la représentation par le conjoint ou la conjointe ou par le partenaire enregistré ou la partenaire enregistrée, la représentation dans le domaine médical et la résidence dans un établissement médico-social. Les mesures personnelles anticipées se caractérisent par la possibilité pour la personne d'exprimer par avance et de manière autonome ses souhaits dans le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Le pouvoir légal de représentation clarifie la compétence et l'étendue des décisions dans le cas où la personne concernée serait frappée d'incapacité de discernement. Le point commun entre les mesures personnelles anticipées et le pouvoir légal de représentation est l'incapacité de discernement.

Le droit de la protection de l'adulte vise à permettre aux personnes vulnérables d'accomplir des actes juridiques de façon autonome malgré leur état de faiblesse, et ainsi de participer à la vie de la société. Dans le même temps, ces personnes doivent être protégées des situations où elles présentent un danger pour elles-mêmes, en raison notamment de leur manque d'autonomie. Le droit doit défendre en priorité les intérêts des personnes vulnérables et non ceux des parents, des proches, des institutions, des organisations ou d'autres tiers[24]. Les moyens à

---

[19] CommFam Protection de l'adulte-HÄFELI, Genèse de la loi, N 2

[20] Commentaire bernois-ROSCH, obs. prél. sur les art. 388-425 CC N 42

[21] Sur l'obligation de prévoir des mesures étatiques graduées, cf. CEDH nº 74438/14, Nikolyan c. Arménie du 3 octobre 2019 ; CEDH nº 44009/05, Shtukaturov c. Russie du 27 mars 2008 ; CEDH nº 33117/02, Lashin c. Russie du 22 janvier 2013.

[22] Sur la question du droit de la protection de l'adulte en tant que droit social d'intervention, voir Commentaire bernois-ROSCH, obs. prél. sur les art. 388-425 CC N 146 ss ; Commentaire zurichois-MEIER, obs. prél. sur les art. 388-404 CC N 167.

[23] L'autodétermination (le droit de la personne à disposer d'elle-même), le renforcement de la solidarité familiale et la réduction de l'intervention de l'État faisaient partie, au même titre que les « mesures sur mesure » prises par l'autorité, des douze points essentiels de la révision (cf. Message DPA, p. 6645 ss).

[24] Commentaire bernois-ROSCH, obs. prél. sur les art. 388-425 CC N 141 ss et les références citées ; cf. aussi Commentaire zurichois-MEIER, art. 388 CC N 32 ss en ce qui concerne les curatelles ; voir également l'expertise réalisée pour le compte de l'Office fédéral de la justice par Fankhauser (https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/kesr/gutachten-kesr-

disposition pour qu'un acte juridique puisse être valablement accompli sont les instructions directes (p. ex. : les directives anticipées du patient ou de la patiente), l'accompagnement, la représentation de la personne vulnérable ou la coopération.

La protection de l'adulte par l'autorité comprend, comme évoqué, deux mesures phares : la curatelle et le placement à des fins d'assistance. Les conditions préalables à ces deux mesures sont l'état de faiblesse et le besoin de protection. Ces conditions sont définies à l'art. 426 CC pour le placement à des fins d'assistance et à l'art. 390 CC pour la curatelle. Dans le cas des curatelles, l'état de faiblesse est défini comme un trouble psychique, une déficience mentale, un état de faiblesse similaire qui affecte la condition personnelle, une incapacité passagère de discernement ou une absence[25]. Le besoin de protection[26] dans le domaine considéré doit découler de manière causale[27] de l'état de faiblesse. Les différentes mesures sont alors « calibrées », d'une part en ce qui concerne le pouvoir juridique selon l'art. 397 CC (« représentation » [avec ou sans limitation de l'exercice des droits civils], « coopération », « accompagnement »), et d'autre part en ce qui concerne les tâches selon l'art. 391 CC[28]. La curatelle de portée générale est la seule mesure pour laquelle il n'est pas nécessaire de définir des tâches, car elle couvre ex lege (art. 398, al. 2, CC) tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers, dans la mesure où ces domaines sont éligibles à une représentation. L'art. 398, al. 3, CC est également explicite sur la question de l'autorité juridique : il s'agit d'une représentation avec privation de l'exercice des droits civils. Par conséquent, la curatelle de portée générale ne fait pas partie des mesures « calibrées », ce qui découle déjà de la systématique de la loi[29]. Elle est l'instrument qui remplace la tutelle prévue dans l'ancien droit[30].

1.1.2. Bref aperçu du contexte juridico-historique de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC

Dans le droit romain, il existe déjà un lien entre l'exercice des droits civils et le droit de la protection. L'exercice des droits civils est rattaché à un seuil d'âge, la Pubertas. Les Impuberes Infantia Maiores (de sept ans jusqu'à la maturité sexuelle) peuvent accomplir des actes juridiques, mais doivent pour cela obtenir le consentement du tuteur, en particulier lorsque ces actes ne profitent pas à l'enfant. Les Minores Viginti Quinque Annis (moins de 25 ans) sont protégés contre les abus. La tutelle proprement dite (Tutela) s'applique aux femmes (Mulieres) et aux personnes mineures dont les ascendants masculins sont décédés. La tutelle comporte un droit de disposition sur la personne et le patrimoine, toutefois limité par le but protecteur en faveur de la pupille (Pupillus). La tutelle est conçue comme une fiducie et le tuteur n'a pas de droit de vie ou de mort sur la personne (Ius Vitae Necisque).

---

d.pdf.download.pdf/gutachten-kesr-d.pdf ; en allemand uniquement (consulté le 30.10.24) ; FANKHAUSER/FISCHER, FamPra.ch 2019, p. 1069 ss).

[25] Pour les différentes notions, voir en détail Commentaire bernois-ROSCH, art. 390 CC N 67 ss, N 102 ss ; Commentaire zurichois-MEIER, art. 390 CC N 28 ss, N 64 ss ; sur la légitimation du droit de la protection de l'adulte par l'état de faiblesse et le besoin de protection voir ROSCH, RMA 2024, p. 224 ss.

[26] Le besoin de protection s'entend en l'occurrence comme un manque d'autonomie dans la prise de décision (capacité d'autodétermination) (cf. en détail Commentaire bernois-ROSCH, art. 390 N 139 ss ; Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-ROSCH, art. 12 N 87, N 91 ss ; ROSCH, RMA 2024, p. 229). Ces interprétations, qui s'inspirent fondamentalement de la CNUDPH, sont enrichies par la doctrine dominante et la jurisprudence (« intérêt supposé » ; « bien-être objectif ») (cf. p. ex. : Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 390 N 18).

[27] Commentaire manuscrit Droit privé suisse-FOUNTOULAKIS, art. 390 CC N 4 ; CommFam Protection de l'adulte-MEIER, art. 390 CC N 18 ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 390 CC N 144 et les références citées également en ce qui concerne le degré de la preuve

[28] Message DPA, p. 6677 ; Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 3 s ; une application coordonnée de ce double calibrage est évoquée par FHB KESR-BIDERBOST, ch. 8.94 ss et Commentaire ROSCH, art. 397 CC N 75 ss

[29] En lieu et place de nombreuses références : Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 6 (« curatelle spécifique ») ; MESSAGE DPA, p. 6681

[30] En lieu et place de nombreuses références : MESSAGE DPA, p. 6681 ; Commentaire manuscrit Droit privé suisse-FOUNTOULAKIS, art. 398 CC N 1

À la différence de la tutelle, la curatelle (Cura/Curatio) fait figure d'exception ; elle est davantage limitée au but et à l'action nécessaire. D'abord destinée aux « malades mentaux » (Cura Furiosi) et aux « prodigues » (Cura Prodigi), cette mesure est étendue à d'autres personnes vulnérables, comme les « personnes muettes », les « personnes sourdes » ou les « personnes fragiles » (Cura Debilium Personarum)[31].

À l'époque germanique (précédant la constitution des États), la famille élargie prend en charge ses membres vulnérables conformément à sa toute-puissance domestique, appelée « *Munt* ». Le *Muntherr* a des droits, mais aussi des obligations qui sont définies, ce qui peut parfois conduire à ce qu'il soit déchu de son rôle. C'est au XIII[e] siècle, lorsque les États se mettent en place, que l'on voit réellement évoluer le pouvoir domestique vers plus d'obligations (et pas simplement des droits), avec l'éclatement des anciennes structures familiales ou « *Sipperverbände* » (structures familiales « claniques »). De plus en plus, c'est un schéma de domination paternelle / masculine qui s'impose[32] ; le père de famille assure la protection des membres du noyau familial et des personnes particulièrement vulnérables. À l'époque de l'industrialisation, le tuteur est de plus en plus assimilé à un père de substitution ; la domination cède le pas à l'assistance, le droit à l'obligation. La personne vulnérable est privée de l'exercice de ses droits civils et le tuteur devient son représentant légal. Le contrôle est confié notamment aux villes, souverainetés et seigneureries.[33]

À l'époque moderne, le droit de la tutelle en tant que système de mesures sous mandat officiel ne subit plus de changement majeur. Il s'agit clairement d'un droit « policier », où l'exercice du mandat est contrôlé jusque dans ses moindres détails. L'évolution du droit naturel et la révolution française, avec le code civil qui en est l'héritier, permettent de limiter la toute-puissance de l'État dans le droit de la tutelle. Au XIX[e] siècle, de nombreux cantons régissent le droit de la tutelle de façon autonome ; au cours de la deuxième moitié du XIX[e] siècle, il est marqué par l'influence des idées libérales ; au XX[e] siècle, des objectifs sociopolitiques entrent en jeu. La loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881, qui prévoit pour la première fois des motifs d'interdiction applicables à l'ensemble du territoire suisse, marque un jalon. Ces motifs sont la prodigalité, les maladies mentales ou physiques, la mauvaise gestion, les peines d'emprisonnement et la demande volontaire. Cette limitation à des motifs d'interdiction précis a de fait renforcé la liberté personnelle. Un deuxième jalon est posé avec le code civil de 1912, rédigé par Eugen Huber et inspiré des codes cantonaux en vigueur à l'époque. Le changement fondamental réside dans l'orientation plus sociale du texte et l'inscription de la notion d'assistance dans celui-ci[34].

L'ancien droit prévoyait trois mesures liées à la personne : les curatelles qui ne limitaient pas l'exercice des droits civils, les curatelles limitant l'exercice des droits civils et les tutelles, qui avaient toutes pour effet de priver la personne de l'exercice des droits civils. Dans ce dernier cas, la personne n'avait plus la capacité d'agir ; il fallait désigner un tuteur ou une tutrice. Lorsqu'elle était capable de discernement, la personne concernée pouvait agir avec le consentement du tuteur ou de la tutrice[35] ; les droits strictement personnels devaient toutefois être respectés[36].

Dans l'ancien droit, la tutelle était instituée

- *selon l'art. 369 aCC avant 2013 pour cause de maladie mentale et de faiblesse d'esprit.* En conséquence, il devait y avoir, outre un état de faiblesse, un besoin de protection, une incapacité à gérer soi-même ses

[31] cf. en détail COMMENTAIRE ROSCH, obs. prél. sur les art. 388-425 CC N 1 ss et les références citées à la littérature et aux différentes mesures.
[32] BADER, aperçu historique, p. 15
[33] cf. en détail Commentaire Rosch, obs. prél. sur les art. 388-425 CC N 21 ss ; 26 ss et les références citées à la littérature.
[34] cf. en détail COMMENTAIRE ROSCH, obs. prél. sur les art. 388-425 CC N 32 ss et les références citées à la littérature.
[35] Commentaire bernois-SCHNYDER/MURER, obs. prél. art. 369-375 aCC N 1 ss
[36] BS CC I-LANGENEGGER, (4[e] éd.), aCC N 6 ss

affaires, un besoin d'assistance et de protection ou une mise en danger de la sécurité d'autrui ;

- *selon l'art. 370 aCC avant 2013 pour cause de prodigalités, d'inconduite, d'ivrognerie et de mauvaise gestion.* Il fallait qu'en conséquence de son état de faiblesse la personne s'expose ou expose sa famille à tomber dans le besoin, ne puisse se passer de soins et secours permanents ou menace la sécurité d'autrui ;
- *selon l'art. 371 aCC avant 2013 pour cause de peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an*, et
- *selon l'art. 372 aCC avant 2013 à la suite d'une demande volontaire*, lorsque la personne vulnérable démontrait que par suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité ou de son inexpérience, elle était empêchée de gérer convenablement ses affaires[37].

L'art. 385, al. 3, aCC avant 2013 prévoyait en outre que, lorsque des enfants majeurs devaient être représentés, il convenait d'investir les parents de l'autorité parentale, plutôt que d'ordonner la tutelle. Cette mesure produisait les mêmes effets que la tutelle : les enfants majeurs étaient privés de l'exercice de tous leurs droits civils.[38]

Dans le cadre de la révision de 2013[39], l'autorité parentale étendue a été supprimée. Les mesures ont en grande partie été définies avec l'autodétermination comme fil conducteur. Le système rigide de mesures a été remplacé par des mesures calibrées (« sur mesure ») et le nouveau texte a souligné l'importance des principes de proportionnalité et de subsidiarité[40]. La possibilité d'une curatelle de portée générale figurait néanmoins déjà en substance dans le rapport du groupe d'experts de 1995, qui prévoyait qu'en cas de besoin d'aide particulièrement prononcé de la personne concernée, notamment en cas d'incapacité durable de discernement, la représentation pouvait concerner toutes les affaires[41]. Dans le concept développé par le groupe d'experts de 1995, la représentation impliquait toujours la privation de l'exercice des droits civils correspondants[42]. La disposition est restée inchangée également dans l'art. 107 de l'avant-projet de 1998 (AP 1998)[43]. L'avant-projet de 2003 (AP 2003) a surtout consisté en un remaniement complet de la systématique. La curatelle de portée générale a été détachée à tous égards de la curatelle de représentation et présentée comme une mesure autonome. Elle ne pouvait pas non plus être combinée avec d'autres types de curatelle[44]. Dans le rapport, les arguments présentés étaient les suivants :

> « La curatelle de portée générale s'impose dans *deux sortes de cas* (accentuation de l'auteur). Premièrement, pour les personnes que l'on veut sciemment priver de l'exercice des droits civils parce qu'il serait irresponsable de continuer à les laisser accomplir des actes juridiques, et deuxièmement, pour celles qui ne sont plus capables d'agir seules et qui, de toute manière, n'ont donc plus l'exercice des droits civils. Il n'est cependant pas nécessaire que cette distinction figure expressément dans la loi.
>
> En théorie, les effets juridiques de la curatelle de portée générale peuvent relever de *deux conceptions* (accentuation de l'auteur) différentes : soit la personne touchée est privée de l'exercice des droits civils de par la loi, soit l'autorité l'en prive formellement en cas de besoin. Le second modèle ne nous paraît guère approprié dans la mesure où les personnes durablement incapables de discernement n'ont de toute manière

[37] cf. en détail Commentaire zurichois-MEIER, obs. prél. art. 388-404 CC N 11 ss.
[38] Commentaire bâlois CC I-HÄFELI, (4e éd.) art. 384/385 N 6
[39] Voir sur ce point la genèse de la curatelle de portée générale dans Commentaire zurichois-MEIER, art. 398 CC N 6 ss ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 1 ss.
[40] cf. Commentaire zurichois-MEIER, obs. prél. sur les art. 388-404 CC N 43 ss ; N 52 ss ; Commentaire bernois-ROSCH, obs. prél. sur les art. 388-425 CC N 194 ss.
[41] Rapport du groupe d'experts de 1995, p. 84
[42] Rapport du groupe d'experts de 1995, p. 82 s, p. 85
[43] Rapport AP 98, p. 18 s, p. 20
[44] Rapport CommExp 03, p. 40

plus l'exercice des droits civils et parce que, dans les autres cas, le retrait de l'exercice des droits civils par décision de l'autorité est plus stigmatisant que s'il a lieu ex lege. Par conséquent, l'avant-projet prévoit que la personne sous curatelle de portée générale est privée de l'exercice des droits civils de plein droit (al. 2), sous réserve, toutefois, de l'exercice des droits strictement personnels (art. 19c AP CC). L'autorité de protection de l'adulte n'a donc aucun moyen de maintenir l'exercice des droits civils, comme elle peut le faire dans le cas de la curatelle de représentation. La curatelle de portée générale couvre tous les domaines de l'assistance personnelle et de la gestion du patrimoine (al. 1, 1re partie de la phrase) ; elle ne peut pas être combinée avec un autre type de curatelle (art. 378, al. 2, a contrario). »[45]

Le message du Conseil fédéral accompagnant le projet reprenait l'argumentation relative à ces deux sortes de cas[46]. La curatelle de portée générale selon l'art. 384 AP 2003 a été reformulée et articulée en trois paragraphes. Lors de la procédure de consultation, la majorité des cantons se sont prononcés en faveur de la curatelle de portée générale par souci d'assurer la sécurité du droit[47] ; à noter que peu d'avis ont été exprimés (7) sur cette mesure[48]. Au cours des débats parlementaires, il n'y a pas eu de nouvelle modification du texte de loi[49].

Sur le plan du droit transitoire, l'art. 14, al. 2, tit. fin. CC disposait qu'avec l'entrée en vigueur du droit révisé les tutelles jusqu'alors applicables deviendraient, ex lege, des curatelles de portée générale, l'APEA procédant d'office et dès que possible aux adaptations nécessaires au nouveau droit.

L'institution d'un placement à des fins d'assistance ne fait plus partie des prérogatives du tuteur ou de la tutrice ni du curateur ou de la curatrice, comme le prévoyait encore l'ancien droit (art. 406, al. 2, aCC avant 2013). La détermination du lieu de placement contre la volonté de la personne concernée est possible de lege lata exclusivement dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance[50].

Le point de vue de la doctrine sur la curatelle de portée générale est présenté ultérieurement dans le document[51].

1.1.3. Conditions et effets de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC

1.1.3.1. Conditions générales

La curatelle de portée générale fait partie des mesures prises par l'autorité prévues aux art. 388 ss CC et des curatelles prévues aux art. 390 ss CC[52]. Par conséquent, lors de l'institution d'une curatelle de portée générale, il convient aussi de respecter les conditions de ces mesures, qui sont les suivantes :

- assistance et protection, en préservant et favorisant autant que possible l'autonomie (art. 388 CC),
- subsidiarité et proportionnalité (art. 389 CC) et
- état de faiblesse et besoin de protection (art. 390 CC).

Toutefois, certaines restrictions s'appliquent dans le cas de la curatelle de portée générale pour les conditions suivantes, à savoir :

- les tâches conformément à l'art. 391 CC : l'art. 398, al. 2, CC constitue une disposition spécifique

[45] Rapport CommExp 03, p. 39 s ; cf. également SCHMID, RDS 2003, p. 324, p. 329.
[46] Message DPA, p. 6681 s
[47] Cantons JU, SG, SH ; favorable également le canton BS
[48] Résultats de la consultation 2004, p. 193 ss
[49] BO 2007 p. 835 ; BO 2008 N 1522
[50] En lieu et place de nombreuses références : Commentaire zurichois-MEIER, art. 391 CC N 40.
[51] Voir ch. 1.3.
[52] Voir supra ch. 1.1.1.

déterminante ; en conséquence, seul l'art. 391, al. 3, CC est pertinent dans le cadre de la curatelle de portée générale[53] ; et

- la combinaison avec d'autres curatelles selon l'art. 397 CC : selon l'art. 397 CC, a contrario, la curatelle de portée générale ne peut pas être combinée avec d'autres types de curatelle[54].

Il convient en outre de prendre en compte la condition spécifique prévue à l'art. 398, al. 1, CC. Il s'agit, selon l'énoncé de la loi, d'un besoin d'aide particulièrement prononcé, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement. Cette condition a pour effet de priver de plein droit la personne concernée de l'exercice des droits civils (art. 398, al. 3, CC).

1.1.3.2. Besoin d'aide particulièrement prononcé, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement

Besoin d'aide particulièrement prononcé

Le besoin d'aide particulièrement prononcé est une condition sine qua non de l'institution d'une curatelle de portée générale. Dans le cadre de la protection de l'adulte, la notion de « besoin d'aide » correspond au fait de se trouver dans un état de faiblesse et donc d'avoir besoin d'être aidé ou protégé[55]. La notion renvoie donc aux conditions générales de l'art. 390 CC (état de faiblesse et besoin de protection), qui à leur tour renvoient aux principes de l'art. 389 CC (proportionnalité et subsidiarité).

La littérature s'efforce de définir concrètement le besoin d'aide. Sont considérées comme ayant un besoin d'aide particulièrement prononcé les personnes qui « en raison d'un trouble psychique (p. ex. : délires, angoisses, addictions), d'une déficience mentale ou d'un autre état de faiblesse (p. ex. : un refus de coopérer caractérisé, comme une forte récalcitrance), n'ont plus une représentation adéquate de la réalité et donc éprouvent des difficultés à évaluer leurs intérêts (...) et doivent donc être protégées d'elles-mêmes et de toute exploitation par des tiers de façon si complète que le cadre d'une curatelle de représentation avec restriction ponctuelle de l'exercice des droits civils se révèlerait insuffisant (...). Même un **trouble psychique évoluant par poussées**, comme une maladie maniaco-dépressive grave marquée par des actes autodestructeurs réguliers nécessitant une réaction immédiate, peut nécessiter une curatelle de portée générale (…). »[56] Sont également concernées « les personnes souffrant d'une déficience mentale qui n'est pas manifeste pour les tiers, qui participent à la vie sociale et accomplissent des actes juridiques dont elles ne sont pas en mesure d'évaluer la portée, et qui, pour cette raison, sont aussi particulièrement susceptibles d'être exploitées et trompées ; les personnes souffrant d'un trouble psychique grave entraînant un comportement très imprévisible qui met en danger leurs intérêts, et les personnes qui refusent toute coopération et s'opposent constamment aux mesures et sur lesquelles un curateur ou une curatrice n'a aucune influence »[57].

La littérature plus récente propose une thèse selon laquelle le besoin d'aide particulièrement prononcé ne serait pas une condition essentielle, mais plutôt l'expression du principe de proportionnalité[58]. Derrière cette opinion, il

[53] Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 391 N 23 ; Commentaire zurichois-MEIER, art. 391 CC N 52 ; CR CC I-LEUBA, art. 398 N 30 ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 63 ; TF 5A_640/2013 du 12 septembre 2013

[54] Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 34 s et les références citées ; Message DPA, p. 6681 ; HÄFELI, DPEA, ch. 409

[55] Sur les notions de « besoin d'aide » et de « besoin de protection », voir Commentaire bernois-ROSCH, art. 390 CC N 57 ss, selon lequel ces notions sont par principe synonymes.

[56] Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 12 s ; commentaire analogue : MEIER, FamPra.ch 2012, p. 944 ; CR CC I-LEUBA, art. 398 N 11 s

[57] HÄFELI, DPEA, ch. 413

[58] Commentaire zurichois-MEIER, art. 390 CC N 2 ; art. 398 CC N 18 ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 40 ss

y a l'idée que la description concrète de ce besoin en dit peu sur le degré (intensité) d'angoisse ou d'addiction attendu pour que l'on puisse considérer qu'une personne a particulièrement besoin d'aide. Toujours selon cette opinion, si l'on considère en outre que le seuil d'intervention de chaque mesure prise par l'autorité est étroitement lié à une situation de danger, à un pronostic, à la subsidiarité, à un type de curatelle et à des tâches[59], alors le besoin d'aide particulièrement prononcé doit aussi être considéré au regard de ces différents aspects et ne peut donc être déterminé qu'au cas par cas. Dans les situations où il est proportionné de priver la personne de l'exercice de ses droits civils dans tous les domaines, alors celle-ci présente un besoin d'aide particulièrement prononcé. C'est pourquoi, selon l'opinion défendue ici, le besoin d'aide particulièrement prononcé est considéré comme une expression de la proportionnalité. Nous estimons donc (y compris au regard des conséquences juridiques) que la curatelle de portée générale doit être le dernier recours (ultima ratio)[60].

En raison notamment d'une incapacité durable de discernement

L'art. 398, al. 1, CC souligne de manière exemplaire[61] qu'au sens de la curatelle de portée générale une personne a particulièrement besoin d'aide notamment lorsqu'elle est frappée d'une incapacité durable de discernement. Cette formulation étonne et a déjà été qualifiée, lors de la procédure de consultation du canton de Bâle-Ville, de formulation « peu compréhensible »[62]. Elle est liée à la déclaration (citée plus haut) présente dans le rapport de la Commission d'experts de 2003, puis reprise dans le message[63] : dans le cadre des deux sortes de cas évoqués, la curatelle de portée générale s'impose aussi pour les personnes qui ne sont plus capables d'agir seules et qui, de toute manière, n'ont plus l'exercice des droits civils. Le message établit donc aussi une distinction entre privation de l'exercice des droits civils par l'effet de la loi (*Entfallen*) et privation de l'exercice des droits civils par l'autorité (*Entzug*).

Le rapport entre incapacité de discernement, capacité d'agir et curatelle est le suivant : si une personne est incapable d'exercer ses droits civils au sens de l'art. 17 s CC, elle ne peut pas non plus agir valablement. Selon ce même art. 17 CC, il s'agit ici d'abord des personnes incapables de discernement. L'incapacité de discernement a pour conséquence que les actes de la personne concernée n'ont pas d'effet juridique ex lege (cf. art. 18 CC). Les autres catégories de personnes mentionnées à l'art. 17 CC, les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale, n'ont en principe pas non plus la capacité d'agir, mais elles peuvent agir dans les limites de leur capacité de discernement (cf. p. ex. « les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils » aux art. 19 ss CC)[64]. En outre, l'art. 19d CC prévoit que l'exercice des droits civils peut être restreint non seulement par une curatelle de portée générale mais aussi par d'autres mesures de protection de l'adulte. La disposition renvoie notamment à la curatelle de coopération *limitant* l'exercice des droits civils conformément à l'art. 396 CC et à la curatelle de représentation *entraînant une privation* de l'exercice des droits civils conformément à l'art. 394, al. 2, CC. Le droit de la protection de l'adulte permet donc de limiter l'exercice des droits civils de la personne concernée ou de l'en priver (partiellement), celle-ci, si elle est capable de discernement, conservant toutefois la capacité d'agir comme le prévoient les art. 19 ss CC (cf. art. 407 CC).

Par conséquent, une personne atteinte de démence grave, par exemple, ne peut pas exercer ses droits civils dans la plupart des domaines de la vie faute de capacité de discernement ; elle ne peut plus contracter d'obligation

[59] Commentaire bernois-ROSCH, art. 390 CC N 162 ; cf. également Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 390 N 6.
[60] MESSAGE DPA, p. 6681 ; en lieu et place de nombreuses références : Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 5 ; Commentaire zurichois-MEIER, art. 398 CC N 1
[61] TF 5A_479/2019 du 24 septembre 2019, consid. 3. ; TF 5A_617/2014 du 1er décembre 2014, consid. 4.4.
[62] AP Droit de la protection de l'adule / Consultations, p. 192 s
[63] Voir supra ch. 1.1.2.
[64] Commentaire bâlois CC I-FANKHAUSER, art. 18 N 3

légale. Dans ce cas, elle a besoin d'être représentée[65], car la personne incapable de discernement est vulnérable. En revanche, il n'est pas nécessaire de la priver de l'exercice de ses droits civils, car les actes d'une personne incapable de discernement n'ont dans tous les cas pas d'effet juridique (cf. art. 18 CC). Il n'est donc pas nécessaire qu'une autorité la prive en plus de cette capacité civile dont, de toute façon, elle ne dispose plus. Une curatelle de représentation sans limitation de l'exercice des droits civils est en règle générale suffisante[66]. Au sens de la proportionnalité, il s'agirait de la mesure adéquate, voire nécessaire.

Se pose donc la question de savoir dans quels cas de figure il est nécessaire de limiter l'exercice des droits civils de la personne concernée ou de l'en priver, de lege lata, dans le droit de la protection de l'adulte. Cette mesure est nécessaire lorsque la personne concernée

- compromet activement[67] les actes du curateur ou de la curatrice et que, dans le même temps, ce comportement peut être considéré comme une absence de capacité d'autodétermination *(« aktives durchkreuzendes Verhalten »)*[68],
- contracte des obligations ou engage des dépenses incontrôlables et qu'elle est (ou semble être) juridiquement en mesure de le faire en raison de sa capacité d'agir et de sa capacité de discernement, mais que ces actes ne sont plus l'expression de son autodétermination (*« aktives, unkontrollierbares Verhalten »*), ou
- malgré son incapacité de discernement, se comporte de telle manière qu'elle paraît capable de discernement aux yeux des tiers et qu'il n'existe aucune raison (suffisante) permettant aux tiers de douter de sa capacité de discernement. Le préjudice qui en découle doit être significatif et être l'expression d'un manque de capacité d'autodétermination. Il n'existe pas non plus d'éléments de preuve suffisants, sous forme par exemple d'une expertise, permettant de confirmer l'incapacité de discernement. Le curateur ou la curatrice ne dispose d'aucune preuve suffisante pour renverser la présomption de capacité de discernement (limitation de l'exercice des droits civils sur la base d'éléments probants, « *Handlungsfähigkeitsbeschränkung aufgrund der Beweislage »*[69])[70].

Même dans ces cas de figure, une curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC n'est généralement pas nécessaire, car la privation ponctuelle de l'exercice des droits civils conformément à l'art. 394, al. 2, CC (moins contraignante) pour certaines tâches spécifiques constitue une mesure suffisante. Une privation totale n'est donc pas admissible, car elle serait disproportionnée[71].

Le cas de figure évoqué plus haut (des personnes incapables de discernement dans la [quasi-]totalité des domaines, ayant un besoin de représentation sans limitation de l'exercice des droits civils) n'est pas une nouveauté de la révision de 2013. Dans l'ancien droit déjà, une curatelle combinée conformément à l'art. 392, al. 1 en lien avec l'art. 393, al. 2, aCC avant 2013, était souvent préférée à une tutelle[72].

Le Tribunal fédéral retient lui aussi dans sa jurisprudence que l'incapacité de discernement ne constitue ni une

---

[65] En détail : BIDERBOST, Plaidoyer 2004, p. 43 s ; sur le besoin de représentation dans le contexte de la curatelle de portée générale, voir Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 53 ss

[66] Également : CR CC I-LEUBA, art. 398 N 10 ; Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 14 ; FREY/PETER/ROSCH, Handbuch KES, ch. 1445 ; Comm. abr. CC-ROSCH, art. 398 N 2.

[67] Pour cela, la personne doit aussi être juridiquement en mesure de le faire, et donc être capable de discernement et en principe aussi en capacité d'agir.

[68] cf. Commentaire bernois-ROSCH, art. 394 CC N 70.

[69] cf. Commentaire bernois-ROSCH, art. 394 CC N 205 ss.

[70] Classement selon ROSCH, FamPra.ch 2021, p. 692 s

[71] cf. Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 43 ss ; voir infra sous 1.2.2.

[72] HÄFELI, *Wegleitung*, p. 192 ; Communications CDEP, RDT 1990, p. 35 ss ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 47

condition ni un critère suffisant en soi pour l'institution d'une curatelle de portée générale[73] : « Même pour les personnes [durablement incapables de discernement ; précision de l'auteur] frappées de déficience mentale, une curatelle de portée générale n'est pas forcément nécessaire ni pertinente ; ces personnes doivent elles aussi être protégées par des mesures calibrées. »[74].

Par conséquent, le besoin de représentation pour une curatelle de portée générale doit correspondre au schéma suivant : la personne vulnérable, en raison de son incapacité à l'autodétermination, se comporte de manière si (auto)destructrice qu'elle doit être privée de l'exercice des droits civils dans tous les domaines et donc, conformément à l'art. 398, al. 2, CC, dans ceux de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers[75], car l'on est ici en présence de l'un des cas de figure évoqués précédemment (comportement actif à l'encontre des actes du curateur ou de la curatrice ou comportement actif incontrôlable ou limitation de l'exercice des droits civils sur la base d'éléments probants) et car l'examen de la subsidiarité comme celui de la proportionnalité commandent une curatelle de portée générale.

1.1.3.3. Conséquences juridiques de la curatelle de portée générale

Les conséquences de l'institution d'une curatelle de portée générale sont la privation de l'exercice des droits civils dans *tous* les domaines éligibles à la représentation[76] et le fait que seul le curateur ou la curatrice peut agir au nom de la personne concernée. Il n'est pas nécessaire de faire figurer la privation de l'exercice des droits civils dans la décision d'institution de la curatelle de portée générale ; elle intervient de plein droit (art. 398, al. 3, CC)[77].

Sur la base de ce qui a déjà été évoqué à plusieurs reprises dans le message, une partie de la doctrine entend établir une distinction entre la privation de l'exercice des droits civils par la loi (« *Entfall* ») (en raison de l'incapacité de discernement) et la privation de l'exercice des droits civils par l'autorité (« *Entzug* »)[78]. Selon l'opinion défendue ici, cette approche donnerait lieu à plusieurs contradictions[79]. Notamment :

- il y aurait, en termes d'effets, deux curatelles de portée générale (celle entraînant une privation de plein droit et celle entraînant une privation par l'autorité), la curatelle de portée générale entraînant une privation de plein droit étant alors en concurrence directe (difficile à trancher) avec d'autres types de curatelle lors de l'examen de la nécessité, et n'ayant pas grand-chose en commun avec l'institution remplaçant la tutelle, et
- il y aurait également un besoin de protection différent, l'APEA ayant alors l'obligation de faire officiellement cette distinction.

Cette différenciation semble donc davantage soulever de questions qu'elle n'apporte de réponses. En outre, elle ne correspond pas à la pratique habituelle de l'APEA. À cela s'ajoute le fait qu'il y a trop peu d'éléments à l'appui

---

[73] TF 5A_617/2014 du 1er décembre 2014, consid. 4.4. ; TF 5A_479/2019 du 24 septembre 2019, consid. 3.1. ; TF 5A_212/2021 du 5 août 2021, consid. 3.

[74] TF 5A_912/2014 du 27 mars 2015, consid. 3.2.1.

[75] Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 55

[76] Les droits qui ne souffrent aucune représentation sont les droits strictement personnels selon l'art. 19c CC, le droit d'acquérir à titre purement gratuit et le droit de régler les affaires mineures se rapportant à la vie quotidienne selon l'art. 19, al. 2, CC, et les affaires particulières visées à l'art. 412 CC. Le pouvoir de représentation est limité légalement ou de fait, entre autres par les actes de la personne sous curatelle capable de discernement selon l'art. 407 en lien avec l'art. 19 CC, les montants à disposition selon l'art. 409 CC, la gestion du patrimoine selon l'art. 408 CC, les actes nécessitant le consentement de l'autorité de protection de l'adulte selon l'art. 416 s CC, ainsi que l'obligation d'encourager l'autodétermination selon l'art. 406 CC.

[77] Commentaire bernois-MEIER, art. 398 CC N 31 ss ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 76.

[78] SCHMID, Commentaire DPA, art. 398 N 10 ; Commentaire Orell Füssli CC-FASSBIND, art. 398 N 1 ; Commentaire bernois-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 17 CC N 16 (« portée déclaratoire »)

[79] cf. Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 77 ss.

de cette interprétation dans le texte législatif[80] et (à l'exception de l'élément évoqué) dans les travaux préparatoires également, qui justifieraient une telle distinction. Selon l'opinion défendue ici, dans le cas de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC, il s'agit donc *toujours* d'une privation de l'exercice des droits civils par l'autorité.

1.1.4. Effets de la curatelle de portée générale en dehors du droit de la protection de l'adulte[81]

Une personne placée sous curatelle de portée générale n'est pas seulement privée de la totalité de ses droits civils. La mesure produit aussi des effets dans d'autres domaines du droit.

Les effets au niveau du droit fédéral, explicitement intégrés dans la législation pour la curatelle de portée générale mais pas pour d'autres types de curatelle, sont notamment les suivants :

- L'incapacité d'exercer les droits civils conformément à l'art. 17 CC.
- La privation totale de la capacité d'ester en justice, d'être partie à une procédure de poursuite et d'accomplir des actes juridiques, à l'exception des droits strictement personnels non susceptibles de représentation.
- Le domicile civil pour la curatelle de portée générale est au siège de l'autorité de protection de l'adulte conformément à l'art. 26 CC ; cela est également valable pour le for de poursuite.
- Pour une déclaration de changement de sexe, les personnes sous curatelle de portée générale doivent obtenir le consentement du représentant légal conformément à l'art. 30b, al. 4, ch. 2, CC.
- Pour une reconnaissance de paternité, les personnes sous curatelle de portée générale doivent obtenir le consentement du représentant légal conformément à l'art. 260, al. 2, CC.
- Le consentement de l'APEA pour l'adoption d'une personne majeure conformément à l'art. 266, al. 2 en lien avec l'art. 265, al. 2, CC[82].
- Les personnes sous curatelle de portée générale sont automatiquement privées de l'autorité parentale conformément à l'art. 296, al. 3, CC.
- La désignation explicite du chef de famille en cas de responsabilité conformément à l'art. 333 CC.
- La communication à l'Office de l'état civil lors de l'ordonnance, de la modification ou de la levée de la mesure conformément à l'art. 449c, al. 1, ch. 1, CC.
- L'établissement d'un inventaire ex lege lorsqu'une personne est placée sous curatelle de portée générale conformément à l'art. 553, al. 1, ch. 4, CC.
- La dissolution de la société simple, lorsque l'un des associés est placé sous curatelle de portée générale

[80] Une distinction pourrait tout au mieux être établie à partir du lien entre l'art. 17 CC et l'art. 19d CC. Le renvoi aux mesures de protection de l'adulte dans l'art. 19d CC serait en réalité suffisant ; toutefois, l'art. 17 CC dispose expressément que les personnes sous curatelle de portée générale, non plus, n'ont pas l'exercice des droits civils. Ces deux références dans le texte législatif pourraient à première vue indiquer que l'art. 17 CC définit une privation de l'exercice des droits civils de par la loi, et l'art. 19d CC une privation par l'autorité. Selon l'opinion défendue ici, cela ne semble pas être le cas, car d'après le message, la curatelle de portée générale au sens de l'art. 398 CC peut toujours impliquer les deux (privation par l'autorité et privation de par la loi). Une séparation des deux aspects dans l'art. 17 et l'art. 19d CC ne serait donc pas cohérente. Dans l'art. 17 CC, il s'agit plutôt d'un double emploi inutile, qui doit être relié à l'art. 17 aCC avant 2013 (cf. message DPA, p. 6726).

[81] Le texte qui suit est un extrait légèrement remanié du Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 84 ss.

[82] cf. sur ce point en détail Commentaire zurichois-MEIER, art. 398 N 53 avec références aux travaux préparatoires : l'adoption d'une personne majeure, en raison du renvoi figurant à l'art. 266, al. 2, CC, requiert donc le consentement de l'autorité de protection de l'adulte conformément à l'art. 265, al. 2, CC dans le cas de la curatelle de portée générale, mais pas dans le cas des autres types de curatelle.

(art. 545, al. 1, ch. 3, CO) ; par délégation de la loi, cela s'applique également à la société en nom collectif (art. 574, al. 1, CO) et à la société en commandite (art. 619, al. 1, CO), mais pas en cas de mise sous curatelle de portée générale du commanditaire conformément à l'art. 619, al. 2, CO.

- L'exclusion du droit de vote au niveau fédéral en raison d'une incapacité durable de discernement et de l'institution parallèle d'une curatelle de portée générale, conformément à l'art. 2 LDP[83].
- L'égalité explicite avec les mineurs dans la loi fédérale sur les documents d'identité (art. 5, art. 11, al. 1, art. 13, al. 1, LDI).
- L'obligation d'annoncer la stérilisation en cas de curatelle de portée générale conformément à l'art. 10 de la loi sur la stérilisation, ainsi qu'aux règles spécifiques relatives à la stérilisation de personnes sous curatelle de portée générale de l'art. 6 de cette même loi (loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes du 17 décembre 2004 (RS *211.111.1*).
- Le droit de plainte de l'autorité de protection de l'adulte selon l'art. 30 CP, la personne sous curatelle de portée générale ayant elle aussi le droit de porter plainte si elle est capable de discernement.
- Aucun permis d'acquisition d'armes n'est délivré aux personnes sous curatelle de portée générale, à la différence des personnes placées sous d'autres types de curatelle (art. 8 LArm).
- La présence du représentant légal de la personne sous curatelle de portée générale lors de l'inventaire réalisé dans le cadre d'une succession, conformément à l'art. 157, al. 4, LIFD.
- Le consentement du représentant légal lors de la demande d'autorisation de pratiquer le commerce itinérant conformément à l'art. 4, al. 2, let. d, LCI.

Dans les domaines suivants, l'on tendrait vers une égalité de traitement entre les autres types de curatelle et la curatelle de portée générale :

- Pour conclure un contrat de mariage, les personnes sous curatelle doivent obtenir le consentement du représentant légal conformément à l'art. 183, al. 2, CC.
- Pour la communication à la commune du domicile, à l'office des poursuites, à l'autorité d'établissement prévue par la loi sur les documents d'identité, et le cas échéant à l'office du registre foncier, lors de l'ordonnance, de la modification et de la levée de la mesure, conformément à l'art. 449c CC.
- Pour la conclusion d'un contrat de mariage selon l'art. 468, al. 2, CC.
- Pour l'administration de la succession selon l'art. 554, al. 3, CC.
- Pour la donation des biens d'une personne incapable conformément à l'art. 240, al. 2, CO.
- Pour l'extinction d'un pouvoir ou d'un mandat conformément à l'art. 35, al. 1, ou de l'art. 405, al. 1, CO.
- Pour la capacité d'être partie à une procédure de poursuite selon l'art. 68d LP[84].
- Pour la participation privilégiée à la saisie selon l'art. 111, al. 2, LP.
- Pour les obligations de service conformément à l'art. 20, al. 1ter de la loi sur l'armée (LAAM).

---

[83] cf. aussi HÄFELI, DPEA, ch. 418 ; CEDH, nº 38832/06, Alajos Kiss c. Hongrie du 20 mai 2010 ; CEDH, Strøbye et Rosenlind c. Danemark, nº 25802/18 et 27338/18 du 2 février 2021.

[84] Voir en détail Commentaire bernois-ROSCH, art. 395 CC N 121 ss.

– Pour les métiers dont l'exercice implique d'avoir la capacité d'exercer les droits civils, comme les avocats conformément à l'art. 8, al. 1, let. a, LLCA, mais aussi pour d'autres activités subordonnées à la capacité d'exercer les droits civils, comme prévu à l'art. 360, l'art. 503, l'art. 506 et l'art. 512 CC[85].

Les effets supplémentaires introduits explicitement pour la curatelle de portée générale dans d'autres lois fédérales soulèvent justement des questions sur l'égalité de droit en ce qui concerne la distinction légitime des effets[86].

1.1.5. Aspects procéduraux, et notamment expertise

D'un point de vue procédural, la curatelle de portée générale est équivalente aux autres types de curatelle. Elle requiert une procédure d'évaluation des besoins conformément aux dispositions des art. 440 à 450g CC. À la différence de l'ancien droit, qui prévoyait obligatoirement une expertise à l'art. 374, al. 2, aCC avant 2013 en cas de tutelle selon l'art. 369 aCC avant 2013, le droit en vigueur prévoit à l'art. 446, al. 2, CC d'ordonner « si nécessaire » un rapport d'expertise. Ainsi, il est laissé à l'APEA une marge d'appréciation que le Tribunal fédéral limite clairement dans sa récente jurisprudence. Celui-ci prévoit en effet qu'une expertise s'impose en cas de modification ou de levée de la limitation de l'exercice des droits civils initialement ordonnée en raison d'un trouble psychique ou d'une déficience mentale. Une expertise est en principe prévue pour la curatelle de portée générale[87], sauf si la situation est sans équivoque[88] ou si le collège appelé à statuer possède les connaissances médicales requises[89].

Le Tribunal fédéral va encore plus loin en prescrivant quel doit être le contenu de l'expertise[90]. De ces prescriptions, ainsi que des principes généraux déjà évoqués précédemment,[91] résultent les éléments centraux de l'expertise dans le cadre d'une curatelle de portée générale :

– *« État de santé* : état de santé, et notamment capacités cognitives et intellectuelles et leur incidence sur le comportement.

– *Évaluation du besoin de protection :* évaluation du comportement sans mesure relevant du droit de la protection de l'adulte ; mesures de soutien nécessaires dans les différentes sphères de la vie ; aperçu de la maladie et du traitement.

L'APEA doit en tirer les conclusions sur le plan juridique, notamment déterminer dans quelle mesure il est nécessaire de limiter l'exercice des droits civils dans tous les domaines. » [92]

[85] cf. Commentaire zurichois-MEIER, art. 398 CC N 52.
[86] Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 29 ; Commentaire DPA-Rosch, art. 398 CC N 5
[87] TF 5A_912/2014 du 27 mars 2015, consid. 3.2.2., consid. 3.2.5. ; ATF 140 III 97, consid. 4.2 s ; développé dans : Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 15
[88] Voir sur ce point Commentaire bernois-ROSCH, art. 394 CC N 76 ss et les références citées ; Commentaire bernois-HÄFELI, art. 399 CC N 51.
[89] ATF 140 III 97, consid. 4.
[90] cf. ATF 140 III 97, consid. 2 ; TF 5A_912/2014 du 27 mars 2015, consid. 3.2. F. ; cf. aussi MEIER, protection de l'adulte, ch. 892.
[91] Voir supra ch. 1.1.3.1.
[92] Commentaire bernois ROSCH, art. 398 CC N 66 s

1.2. La curatelle de portée générale dans le contexte des autres types de curatelle

1.2.1. Principe de l'ultima ratio

En raison de ses effets (privation totale de l'exercice des droits civils)[93], la curatelle de portée générale constitue la mesure la plus incisive. Dans le cadre du droit révisé de la protection de l'adulte, qui tend à privilégier l'autodétermination et le calibrage des mesures, elle ne peut donc être utilisée qu'avec une extrême prudence ; elle est l'ultima ratio, le dernier recours[94]. Prévaudront donc a contrario, lorsque c'est possible, les curatelles « sur mesure ».

1.2.2. Examen de la proportionnalité comme critère principal pour établir la nécessité d'une curatelle de portée générale

Si la curatelle de portée générale est examinée au regard des autres types de curatelle (« mesures sur mesure »), il convient de s'intéresser de plus près à la frontière entre les deux concepts (voir supra p. 18). Se pose en effet la question de savoir où et quand faire du « sur mesure » et quand ordonner une curatelle de portée générale. Il convient à cet effet de rappeler les principes généraux évoqués plus haut[95], mais aussi la hiérarchie établie précédemment « mesures sur mesure en priorité – curatelle de portée générale en dernier recours ».

Pour clarifier cette frontière, il est nécessaire de s'intéresser en premier lieu à l'importance considérable du principe de proportionnalité. Il s'agit ici d'un critère majeur pour déterminer s'il est nécessaire d'instituer une curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC[96].

Le principe de proportionnalité est expressément mentionné à l'art. 389, al. 2, CC « au vu de son importance dans le domaine de la protection de l'adulte »[97], même si l'art. 5, al. 2, Cst. prévoit déjà qu'il s'applique à toute l'activité de l'État[98] et s'il est de rang constitutionnel[99]. Le principe de proportionnalité est divisé en trois sous-règles :

- *L'adéquation :* la question est posée de savoir si la mesure prise par l'autorité permet aussi de garantir que le but visé est atteint.
- *La nécessité :* la mesure ne peut être prise par l'autorité que lorsqu'aucune autre mesure moins incisive mais tout aussi adaptée ne permet d'atteindre ce but.
- *Le caractère raisonnablement exigible :* l'exigibilité examine si le rapport entre le but de l'intervention et les effets de celle-ci est équilibré et la question est posée de savoir si l'intérêt public de l'intervention prévaut sur l'intérêt privé.[100]

La curatelle de portée générale ayant pour effet une privation totale de l'exercice des droits civils, c'est moins l'adéquation de la mesure que sa nécessité et, s'il y a lieu, son exigibilité qui sont au cœur de la discussion lors

---

[93] Exceptions voir supra la note de bas de page 76.
[94] Message DPA, p. 6681 ; en lieu et place de nombreuses références : Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 5 ; Commentaire zurichois-MEIER, art. 398 CC N 1
[95] Voir supra ch. 1.1.1., ainsi que les motifs généraux d'une limitation de l'exercice des droits civils au ch. 1.1.3.1.
[96] Il en va de même naturellement pour le retrait de l'autorité parentale selon l'art. 311 s CC (cf. aussi sur le lien entre curatelle de portée générale et retrait de l'autorité parentale : HÄFELI, FamPra.ch 2007, p. 13 ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 52).
[97] Message DPA, p. 6676
[98] Commentaire bâlois Cst.-EPINEY, art. 5 N 67 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Droit administratif, ch. 520
[99] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Droit administratif, ch. 517 ; Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 389 N 10 ; Commentaire DPA-ROSCH, art. 389 N 6
[100] cf. en détail HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Droit administratif, ch. 522 ss, ch. 527 ss, ch. 555 ss ; concernant la protection de l'adulte : Commentaire-ROSCH, art. 389 CC N 121 ss.

de l'examen. Mais d'autres instruments, moins contraignants, et qui juridiquement ne relèvent pas de la nécessité mais de la *subsidiarité*[101], ont aussi leur importance ici. Il suffit qu'une seule tâche soit suffisamment couverte par ces instruments en amont de la curatelle pour que l'institution d'une curatelle de portée générale ne soit pas admissible, précisément en raison du principe de subsidiarité.

La nécessité permet notamment de clarifier la frontière avec les mesures « calibrées ». C'est seulement lorsque ces mesures ne semblent pas applicables (elles sont inadaptées parce qu'insuffisamment contraignantes) que la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC peut être envisagée. Les mesures (« sur mesure ») moins contraignantes à disposition de l'autorité, qui peuvent aussi convenir dans certains cas, sont généralement la curatelle de représentation selon l'art. 394 CC, s'il y a lieu avec une limitation ponctuelle de l'exercice des droits civils conformément à l'art. 394, al. 2, CC, ou une curatelle de représentation combinée avec une curatelle de coopération selon l'art. 396 CC[102]. Lorsque ces mesures offrent un même degré de protection au regard du but visé, une curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC est alors disproportionnée, et donc inadmissible[103].

Il a été démontré plus haut qu'une incapacité durable de discernement entraînait un besoin de représentation, mais ne devait pas nécessairement se traduire par la privation de l'exercice des droits civils.[104] Les cas de figure où la privation de l'exercice des droits civils est nécessaire ont également été abordés ; cette privation s'impose en cas de « comportement actif à l'encontre des actes du curateur ou de la curatrice » ou de « comportement actif incontrôlable » de la personne concernée, ou lorsqu'elle repose sur des éléments concluants[105].

Par conséquent, en tenant compte du principe de subsidiarité évoqué précédemment, ces situations doivent se manifester dans *tous* les domaines de la vie ou tâches[106] pour que puisse être envisagée, non pas une curatelle avec des mesures calibrées, mais une curatelle de portée générale[107].

Cela voudrait donc dire que, lors d'une évaluation, il conviendrait d'explorer en premier lieu les instruments disponibles en amont (subsidiarité). Si ces derniers ne sont pas disponibles, il conviendrait alors de vérifier dans *tous* les domaines et tâches si, en raison de l'état de faiblesse et du besoin de protection, pour les cas de figure évoqués de limitation de l'exercice des droits civils[108], la personne concernée doit obligatoirement être privée de l'exercice des droits civils correspondants. Si tel est le cas, il conviendrait alors d'ordonner une curatelle de portée générale en raison de son caractère exclusif. En conséquence, lors de l'évaluation et dans la décision, il conviendrait aussi de justifier les raisons pour lesquelles une mesure calibrée ne peut pas être envisagée[109]. Dans

---

[101] Ces instruments sont les mesures personnelles anticipées (art. 360-373 CC), le pouvoir légal de représentation (art. 374-387 CC) ou des instruments privés comme le mandat conformément à l'art. 394 ss CO ou la représentation conformément à l'art. 32 ss CO.

[102] Sur la combinaison des curatelles de représentation et de coopération, voir en détail Commentaire bernois-ROSCH, art. 394 CC N 105 ; art. 397 CC N 55 ss.

[103] Également : TF 5a_912/2014, consid. 3.2.1. ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, ch. 155 ; Commentaire Orell Füssli CC-FASSBIND, art. 398 N 1 ; Commentaire bâlois Protection de l'adulte-HENKEL, art. 398 N 5 ; FHB KESR-BIDERBOST, ch. 8.62 ; FREY/PETER/ROSCH, Handbuch KES, ch. 1445 ; cf. aussi CEDH, nº 13006/13, Ivinovíc c. Croatie du 18 septembre 2014.

[104] ch. 1.1.3.2. ; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, par. 53 N 56 ; CR CC I-LEUBA, art. 398 N 1

[105] ch. 1.1.3.2.

[106] Les tâches habituelles sont, concernant l'assistance personnelle, le logement, les affaires relatives à la santé, à l'éducation et à la formation, à l'inclusion, au bien-être social etc., concernant la gestion du patrimoine, notamment la gestion des revenus et des biens, et, concernant les rapports juridiques avec les tiers, les autres tâches (spécifiques) non couvertes par l'assistance personnelle et la gestion du patrimoine, comme la représentation auprès des autorités ou dans les procédures (cf. Commentaire bernois-ROSCH, art. 391 CC N 65 ss ; Commentaire zurichois-MEIER, art. 391 CC N 33 ss ; Guide pratique COPMA DPA, ch. 5.73 ss).

[107] cf. TF 5A_617/2014 du 1er décembre 2014, consid. 4.4. ; Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 394 N 17, 30 ; Commentaire DPA-ROSCH, art. 394/395 CC N 6 ; LANGENEGGER, RDT 2003, p. 329 s ; BIDERBOST, RDT 2003, p. 310 ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 57 ; contra TC ZH, PQ170036 du 28 juin 2017 ; TC LU, 3H 15 74 du 13 novembre 2015, dans : CAN 2016 nº 48, p. 135 ss.

[108] cf. ch. 1.1.3.2.

[109] Similaire : Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 5 ; cf. Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 60 ; cf. aussi CEDH nº 13006/13, Ivinovíc c. Croatie du 18 septembre 2014

une évaluation lege artis examinant soigneusement les principes de subsidiarité et de proportionnalité et prenant un minimum en compte les ressources, la curatelle de portée générale ne devrait donc pratiquement jamais entrer en ligne de compte[110].

À cela s'ajoute le fait que, notamment dans les tâches plutôt caractérisées par des actions pratiques[111], la privation de l'exercice des droits civils constitue rarement (au sens du principe de proportionnalité) une mesure adaptée. Ces tâches incluent généralement le bien-être social, les aides à l'intégration, comme les structures d'accueil de jour, et certains domaines particuliers du travail, de la formation ou du logement. Même si une représentation est envisageable dans ces tâches, par exemple pour l'adhésion à une association ou la conclusion d'un contrat de travail, la privation de l'exercice des droits civils ne devrait être considérée comme nécessaire que dans des cas exceptionnels. Ce serait le cas, par exemple, lorsqu'une personne doit être protégée en raison de son état de faiblesse, afin d'éviter qu'elle ne conclue un contrat de travail trop ambitieux au regard de ses capacités. Pour qu'une curatelle de portée générale puisse être envisagée, ce cas de figure doit bien entendu se retrouver dans toutes les tâches où des actions concrètes sont attendues, ce qui n'est pas probable.

Même dans l'éventualité où la privation de l'exercice des droits civils s'avérerait nécessaire dans toutes les tâches, parce que la personne compromet toutes les actions relevant de toutes les tâches, le système des mesures « sur mesure » permettrait, en application de l'art. 394, al. 2, CC, de la priver de la capacité d'agir pour toutes les tâches.

Sur la base de ces réflexions concernant le principe de proportionnalité, il est *possible* de remplacer une curatelle de portée générale par une curatelle « sur mesure ».

Pour finir, il convient également de prendre en compte, dans le cadre de l'examen de l'exigibilité (en tant que sous-règle du principe de proportionnalité), les autres effets de la curatelle de portée générale, comme l'exclusion du droit de vote conformément à l'art. 2 LDP[112][113].

1.3. État de l'opinion dans la doctrine

Lors du processus de révision, la doctrine était déjà divisée sur les questions de la nécessité et de l'utilité de la curatelle de portée générale[114]. Les justifications ont toutefois évolué depuis.

Les arguments *pour* une curatelle de portée générale sont (ou étaient) les suivants :

- Le *besoin fondamental* d'une assistance de portée générale, avec privation de l'exercice des droits civils, est mis en exergue[115] ; il est souligné que cette mesure correspondrait à un *besoin manifeste dans la pratique* du point de vue des personnes concernées, des praticiens et praticiennes du droit et des tiers[116].
- Elle est, en raison de son univocité, davantage adaptée à la *sécurité juridique* des tiers[117] comme des personnes concernées[118].

---

[110] Également : MEIER, FamPra.ch 2012, p. 942
[111] Voir sur ce point : Commentaire bernois-FELLMANN, art. 39 CO N 79 ss ; sur la curatelle d'accompagnement : ROSCH, Curatelle d'accompagnement, ch. 433 ss.
[112] Voir l'énumération supra au ch. 1.1.4.
[113] Commentaire bernois ROSCH, art. 398 CC N 69
[114] Plutôt pour : BIDERBOST, Plaidoyer 2004, p. 42 s ; BIDERBOST, RDT 2003, p. 309 s ; HÄFELI, FamPra.ch 2007, p. 13 ; MEIER, Jusletter du 17 novembre 2008, N 83 ; Contre : LANGENEGGER, RDT 2003, p. 329 s ; parfois critique, mais en principe favorable BIDERBOST, Jusletter du 31 mars 2014, N 21 (« *quer zur Massschneiderung* »)
[115] BIDERBOST, RDT 2003, p. 309 s ; HÄFELI, FamPra.ch 2007, p. 13
[116] COPMA, Plaidoyer 2004, p. 43
[117] SCHMID, RDS 2003, p. 323 ; HÄFELI, FamPra.ch 2007, p. 13 ; Commentaire Orell Füssli CC-FASSBIND, art. 398 N 1 ; critique : Commentaire zurichois-Meier, art. 398 CC N 22 ; Biderbost, RDT 2003, p. 309, note de bas de page 30
[118] Commentaire Orell Füssli CC-Fassbind, art. 398 N 1

- La curatelle de portée générale est aussi qualifiée de *mesure « plus honnête »*, car le maintien de l'autodétermination et de l'exercice des droits civils est une « chimère »[119].
- La *charge administrative moins lourde* de la curatelle de portée générale plaiderait en sa faveur, le calibrage nécessitant, à l'inverse, une adaptation constante des mesures[120].
- Pour relativiser ses effets, l'on évoque le fait qu'en fin de compte elle *n'entrainerait pas une privation totale de l'exercice des droits civils par la loi ou par l'autorité*[121].

À l'inverse, les arguments *contre* la curatelle de portée générale sont :

- La privation de l'exercice des droits civils, *conséquence juridique ex lege* qualifiée de *rigide*[122], et
- *la définition ex lege rigide des tâches*[123].
- Avec un *système de mesures calibrées* sans curatelle de portée générale, *le même degré de protection est possible*[124], si tant est qu'il y ait encore des cas où une privation totale d'exercice des droits civils soit nécessaire[125].
- Les *autres effets* s'exerçant dans d'autres domaines du droit, au-delà de la privation de l'exercice des droits civils, sont sujets à critique[126].
- Une *« autorité paresseuse »* pourrait appliquer rapidement une curatelle de portée générale[127].

À titre d'intermédiaire entre ces opinions, il a été proposé, dans le cadre du droit transitoire, de définir la curatelle de portée générale comme un instrument du droit transitoire dans le cadre de l'art. 14, al. 2, tit. fin. CC.[128]

Il convient en outre de noter l'évolution (pour partie minime) de la problématisation de la curatelle de portée générale au sein de la doctrine, depuis les discussions menées dans le cadre de la révision[129]. Tous les changements ont trait à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

---

[119] HÄFELI, FamPra.ch 2007, p. 13

[120] COPMA, Plaidoyer 2004, p. 42

[121] Commentaire bernois-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 17 CC N 13 ; AEBI-MÜLLER, *Klärungsversuch*, p. 20 ; cf. aussi note de bas de page 76.

[122] BIDERBOST, RDT 2003, p. 311 s ; LANGENEGGER, RDT 2003, p. 329 ; BIDERBOST, Plaidoyer 2004, p. 43 s ; BIDERBOST, Jusletter du 31 mars 2014, N 21 ; Commentaire DPA-ROSCH, art. 398 N 1 ; Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 28 ; Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-ROSCH, art. 12 N 118

[123] HÄFELI, RDT 2003, p. 329

[124] LANGENEGGER, RDT 2003, p. 330 ; GEISER, RDT 2003, p. 231 ; BIDERBOST, Plaidoyer 2004, p. 42 ; Commentaire DPA-ROSCH, art. 398 N 1 ; ROSCH, Comité CNUDPH ; ROSCH, FamPra.ch 2021, p. 694 ss ; Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 CC N 7 ; COTTIER/ CREVOISIER ABDEL AZIZ, *Empowerment*, p. 44 s, p. 78 s

[125] LANGENEGGER, RDT 2003, p. 330 (« il n'y a pas suffisamment d'exemples de cas ») ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 49 ss

[126] BIDERBOST, Jusletter du 31 mars 2014, N 21 ; Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-ROSCH, art. 12 N 118 ; Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 29 ; Commentaire DPA-ROSCH, art. 398 N 5

[127] MEIER, FamPra.ch 2012, p. 943 ; dans une moindre mesure : ROSCH, Comité CNUDPH

[128] LANGENEGGER, RDT 2003, P. 330

[129] P. ex. : MEIER, qui souligne dans la Publication Wilson (2016) que *tout au plus* la curatelle de portée générale « va à l'encontre » (« *entgegenläuft* ») de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (MEIER, Publication Wilson, p. 359), tandis que, dans le Commentaire zurichois, il dit qu'elle « est contraire à » (« *zuwiderlaufen* ») (Commentaire bernois-Meier, art. 388 CC N 87) ; BIDERBOST, qui, dans la Publication Geiser (2017), présente de manière détaillée la curatelle de portée générale et parle d'interprétation conforme à la CNUDPH et de conformité fondamentale à la CNUDPH (BIDERBOST, Publication Geiser, p. 85, p. 89 s), puis, dans le Commentaire bâlois (2022), indique qu'il conviendrait de remettre en question la curatelle de portée générale en raison de ses effets (Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 35 ; avant l'art. 388-399 N 14a) ; ROSCH, qui en 2017 qualifie la curatelle de portée générale de « contraire à la convention » (ROSCH, Autodétermination 2.0, p. 90) puis considère celle-ci, en 2023, comme « clairement » contraire à la convention (Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-ROSCH, art. 12 N 118).

1.4. État de l'opinion dans la doctrine, sous l'angle de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

Comme indiqué précédemment, le Comité chargé de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées a notifié à la Suisse que la curatelle de portée générale était contraire à la convention[130]. La doctrine s'est déjà exprimée sur la question ; celle-ci est controversée[131]. L'art. 12 de la convention (reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité) est clairement dirigé contre les mesures entraînant ex lege une privation totale de l'exercice des droits civils, comme dans le cas de la curatelle de portée générale[132]. La critique concerne l'étendue, mais aussi le caractère automatique de la mesure[133]. En outre, les évolutions en Allemagne et en Autriche montrent qu'il est possible de supprimer purement et simplement les curatelles de portée générale conformément aux exigences de la Convention des Nations Unies relative aux personnes handicapées[134]. La convention peut donc être considérée comme une source d'inspiration pour les États qui entendent supprimer ce type de mesure. Elle préconise la mise en place de mesures proportionnées, basées en particulier sur l'accompagnement et adaptées à la situation de la personne concernée[135].

La Suisse n'a formulé aucune réserve lors de la ratification de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, notamment en ce qui concerne son article 12[136]. L'art. 4, al. 1 let. b, CDPH oblige les États Parties à « prendre toutes mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour modifier, abroger ou abolir les lois, règlements, coutumes et pratiques qui sont source de discrimination envers les personnes handicapées. »[137]. Même l'interdiction de discrimination prévue à l'art. 5 CDPH contient des obligations de respect et des obligations négatives, sur la base desquelles toute législation discriminante à l'égard des personnes handicapées doit être abrogée. À plusieurs reprises, le comité évoque à cet égard comme exemple problématique les mesures du droit de la protection de l'adulte qui restreignent la capacité juridique des personnes en situation

---

[130] Voir supra chap. I ch. 1 ; outre la convention relative aux droits des personnes handicapées, l'art. 8 CSDHLF s'oppose également à la limitation de l'exercice des droits civils (cf. CEDH, nº 44009/05, Shtukaturov c. Russie, du 27 mars 2008 ; CEDH, nº 33117/02, Lashin c. Russie du 22 janvier 2013).

[131] Contraire à la convention : LIPP, Autodétermination 2.0, p. 31 ss ; BOENTE, FamPra.ch 2018, p. 123 ; Commentaire romand CC I-LEUBA, art. 398 N 36 ; ROSCH, Curatelle d'accompagnement, ch. 625 s, 648 ; Comm. abr. CC-ROSCH, art. 398 N 1 ; ÉGALEMENT WIDER, Autodétermination 2.0, p. 183 s ; plus nuancé : MEIER, Publication Wilson, p. 353 ; Commentaire zurichois-MEIER, art. 388 CC N 87 s en ce qui concerne les effets, et art. 398 N 4 ; dans une large mesure : BOENTE, Autodétermination 2.0, p. 113 ss ; parfois critique : Commentaire bâlois CC I-BIDERBOST, art. 398 N 35 ; art. 388-399 N 14a (en principe conforme à la CNUDPH et applicable, mais les effets sont questionnables) ; conforme à la convention : Commentaire bernois-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 17 N 10 ss ; AEBI-MÜLLER, tentative de clarification, p. 16 ss, p. 20 ss (puisque la privation de l'exercice des droits civils n'est pas totale [cf. note de bas de page 76])

[132] LIPP, Autodétermination 2.0, p. 26, p. 31 ; CR CC I-LEUBA, art. 398 N 36 ; ROSCH, Comité CNUDPH ; ROSCH, FamPra.ch 2021, p. 699 ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 91 s ; AEBI-MÜLLER, Tentative de clarification, p. 20 (*status approach*) ; dans une large mesure : HESS-KLEIN/SCHEIBLER, Rapport alternatif, p. 41 s ; voir aussi note de bas de page 131.
La critique commence même plus tôt. Ainsi, du point de vue du Comité CNUDPH, sont déjà contraires à la convention les mesures du droit de la protection de l'adulte qui octroient au curateur ou à la curatrice une compétence de représentation (représentation légale). En font incontestablement partie la curatelle de représentation selon l'art. 394 s CC et surtout la curatelle de portée générale, qui prive automatiquement la personne sous curatelle de l'exercice de ses droits civils (cf. Observation générale nº 1, art. 12 CNUDPH nº 24 ss ; en détail Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-ROSCH, art. 12 N 89 ss et les références citées). Une discussion approfondie sur ce point aura lieu dans le cadre du lot de travaux II (*Substituted Decision Making* c. *Supported Decision Making*).

[133] CR CC I-LEUBA, art. 398 N 38 ; ROSCH, Curatelle d'accompagnement, ch. 648 ; Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-ROSCH, art. 12 N 118 ; FREY/PETER/ROSCH, Handbuch KES, ch. 1444a ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 398 CC N 91

[134] cf. situation comparable à l'art. 280, al. 1, ancien code civil autrichien : SCHROEDER/MÜLLER/ECCHER/WEBER/HEISSL/REISSNER/MAIR/GANNER/VOITHOFER, Expertise, p. 153 ; BARTH/GANNER, BtPrax 2010, p. 206 s ; Jürgens BTR-BROSEY, § 1815, N 2, dont il ressort que, depuis la dernière révision, la désignation d'un tuteur ou d'une tutrice pour toutes les affaires n'est plus admissible (cf. aussi BT-DRUCKS, 19/24445, p. 234).

[135] cf. art. 12, al. 3 et 4, CDPH.

[136] cf. https://www.admin.ch/dam/gov/fr/Bundesrecht/rechte-in-zugaenglichen-formaten/barrierefreie-pdf/BRK.pdf.download.pdf/BRK.pdf (consulté le 30.10.24).

[137] cf. en détail Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-STUDER/PÄRLI, art. 4 N 35 ss.

de handicap (cf. art. 12 CDPH). Ces obligations négatives sont toujours justiciables et donc directement applicables[138].

La majorité de la doctrine exprimant une opinion (au moins partiellement) critique concernant la conformité avec la CNUDPH, nous estimons que la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC est contraire à la convention. En conséquence, la Suisse *doit* adapter, voire supprimer, cette mesure, conformément à son engagement envers la CNUDPH. La Suisse disposant déjà d'un système de mesures « sur mesure », il s'agirait plutôt ici d'une suppression. En effet, une adaptation ne semble pas nécessaire au vu des différents types de curatelle disponibles[139].

[138] cf. Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-STUDER/PÄRLI/MEIER, art. 5 N 49 ss ; Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-ROSCH, art. 12 N 152 ss.

[139] Comme indiqué précédemment, il existe suffisamment d'autres solutions (cf. ch. 1.2.2.).

2. Résultats de l'évolution statistique

Alors que, fin 2015, 15 193 personnes dans 23 cantons vivaient encore sous le régime de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC, huit ans plus tard (fin 2023), elles n'étaient « plus que » 12 263 dans 26 cantons[140]. Cette tendance se retrouve également dans l'évolution du nombre de curatelles de portée générale pour 1000 habitants (plus de 18 ans) entre 2015 et 2023 dans les différents cantons (Fig. 1)[141]. Les chiffres révèlent en outre des disparités entre les régions linguistiques et entre les cantons. Ainsi, il ressort de la Fig. 1 que, sur toute la période considérée, le nombre de curatelles de portée générale pour 1000 habitants (plus de 18 ans) était clairement plus élevé dans les cantons de la Suisse latine que dans les cantons de Suisse alémanique. Par exemple, en 2023, le taux de curatelles de portée générale pour 1000 habitants (4,22) dans les cantons de la Suisse latine était environ 7 fois supérieur à celui des cantons de Suisse alémanique (0,58). Certes le nombre de curatelles de portée générale a aussi diminué de manière continue en Suisse latine depuis 2019, mais alors que ce recul représentait 2 à 5 pour-cent par an environ dans cette région, il était de 7 à 10 pour-cent environ en Suisse alémanique sur la même période.

Mais même à l'intérieur de la Suisse alémanique, des disparités se font jour entre les régions. Ainsi, sur la période considérée, le canton AG et les cantons de la Suisse orientale AI, AR, SG et TG affichaient un nombre de curatelles de portée générale pour 1000 habitants (plus de 18 ans) nettement plus élevé que celui des autres cantons de la Suisse alémanique. À l'inverse, les taux les plus faibles de curatelles de portée générale étaient enregistrés dans les cantons de la Suisse centrale, à l'exception du canton LU (cf. Fig. 1).

[140] COPMA, RMA 2016, p. 323 ; COPMA, RMA 2024, p. 339

[141] Les appels de la COPMA à réexaminer les curatelles de portée générale afin de les convertir en mesures « sur mesure » ont certainement contribué à ce recul, notamment en Suisse alémanique (cf. COPMA, RMA 2024 p. 335 ; COPMA, RMA 2023, p. 456).

	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
AG			1.22	1.67	1.58	1.52	1.45	1.39	1.34
BL	1.38	1.04	0.94	0.48	0.44	0.43	0.40	0.40	0.39
BS	1.93	1.73	0.87	0.85	0.81	0.74	0.66	0.59	0.52
AI	3.69	3.40	2.46	1.38	1.38	1.21	1.13	1.20	0.97
AR		1.95	1.51	1.41	1.41	1.37	1.30	1.28	1.18
GL	0.36	0.36	0.36	0.39	0.39	0.33	0.29	0.29	0.29
GR	1.81	1.28	0.75	0.25	0.19	0.19	0.16	0.16	0.16
SG	3.20	2.69	2.26	2.05	1.85	1.60	1.42	1.18	1.04
SH	2.71	2.26	1.62	1.16	0.70	0.49	0.19	0.13	0.15
TG	1.86	1.72	1.71	1.75	1.73	1.62	1.52	1.43	1.37
BE	1.38	1.18	1.08	0.93	0.85	0.77	0.66	0.53	0.39
SO	0.53	0.50	0.58	0.59	0.60	0.63	0.81	0.85	0.77
LU	1.27	1.23	1.02	0.93	0.89	0.86	0.80	0.74	0.69
NW	0.20	0.22	0.19	0.06	0.06	0.05	0.08	0.08	0.16
OW	0.27	0.10	0.06	0.10	0.10	0.10	0.10	0.13	0.12
SZ	0.66	0.47	0.44	0.40	0.37	0.34	0.28	0.20	0.02
UR	1.33	0.95	0.71	0.54	0.36	0.30	0.20	0.16	0.16
ZG	0.09	0.09	0.08	0.07	0.06	0.07	0.07	0.07	0.06
ZH	0.68	0.48	0.43	0.39	0.38	0.36	0.34	0.30	0.26
FR	6.22	5.88	5.31	5.11	4.92	4.27	4.42	4.11	3.89
GE			4.24	4.17	4.10	4.10	4.00	3.93	3.60
JU	6.68	6.31	6.06	5.68	5.41	5.23	4.93	4.84	4.49
NE	4.80	4.78	4.84	4.78	4.90	5.02	4.89	4.90	4.78
VD	6.98	6.66	6.40	6.20	6.04	5.79	5.56	5.32	4.96
VS	5.08	4.80	4.34	4.57	4.33	4.11	3.67	3.55	2.99
TI	5.00	4.68	4.27	4.99	5.03	4.48	4.46	4.45	4.62

Figure 1 : nombre de curatelles de portée générale pour 1000 habitants (plus de 18 ans) par canton et par an (nombre total), période 2015 à 2023 (vert = faible ; jaune/orange = modéré ; rouge = élevé)[142,143]

Une image analogue se dégage lorsque l'on observe l'évolution du nombre de nouvelles curatelles de portée générale instituées depuis 2013. Une fois encore, les cantons de la Suisse latine montraient des taux de curatelles de portée générale pour 1000 habitants considérablement plus élevés que ceux des cantons de Suisse alémanique. En 2023, c'est le canton TI qui affichait le taux le plus élevé de nouvelles curatelles de portée générale instituées depuis 2013 (2,59) – un taux 259 fois supérieur à celui du canton SZ (taux le plus faible enregistré). Et là encore, ce sont les cantons de la Suisse orientale AR, SG et TG qui, comparativement au reste de la Suisse alémanique, affichaient des taux plus élevés de nouvelles curatelles de portée générale instituées depuis 2013, même si ces taux restaient à des niveaux très faibles. Il est important de noter en outre que les taux de nouvelles curatelles de portée générale instituées depuis 2013 dans les cantons FR et TI ont augmenté au fil du temps ; une légère hausse est aussi observable dans le canton VD. La tendance dans les deux cantons romands semble toutefois s'inverser avec les chiffres de 2023 (cf. Fig. 2).

[142] Les chiffres de la curatelle de portée générale comme ceux de la population (plus de 18 ans) proviennent des statistiques de la COPMA : COPMA, RMA 2016 p. 322 s ; COPMA, RMA 2017, p. 372 s ; COPMA, RMA 2018, p. 398 s ; COPMA, RMA 2019, p. 434 s ; COPMA, RMA 2020, p. 442 s ; COPMA, RMA 2021, p. 452 s ; COPMA, RMA 2022, p. 400 s ; COPMA, RMA 2023, p. 458 s ; COPMA, RMA 2024, p. 338 s.

[143] Les champs vierges indiquent qu'aucune donnée n'était disponible pour les cantons concernés sur les périodes considérées.

	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
AG									
BL	0.15	0.18	0.19	0.14	0.14	0.14	0.09	0.10	0.11
BS	0.04	0.07	0.04	0.05	0.06	0.04	0.04	0.04	0.03
AI	0.08	0.15	0.15	0.15	0.15	0.08	0.08	0.15	0.07
AR		0.53	0.44	0.40	0.44	0.42	0.44	0.44	0.41
GL	0.03	0.03	0.03	0.06	0.06	0.06	0.06	0.06	0.06
GR	0.09	0.08	0.09	0.10	0.09	0.09	0.07	0.06	0.08
SG	0.31	0.29	0.28	0.26	0.25	0.23	0.21	0.19	0.18
SH	0.02	0.01	0.04	0.09	0.10	0.10	0.10	0.08	0.11
TG	0.35	0.35	0.39	0.40	0.42	0.42	0.41	0.40	0.39
BE	0.16	0.16	0.16	0.16	0.16	0.15	0.14	0.12	0.10
SO	0.17	0.19	0.23	0.21	0.25	0.18	0.16	0.15	0.14
LU	0.08	0.11	0.12	0.14	0.14	0.14	0.13	0.11	0.11
NW	0.17	0.14	0.14	0.03	0.03	0.03	0.05	0.05	0.13
OW	0.13	0.07	0.06	0.06	0.06	0.06	0.06	0.09	0.09
SZ	0.50	0.45	0.42			0.09	0.09	0.06	0.01
UR	0.24	0.20	0.20	0.17	0.10	0.03	0.03	0.16	0.16
ZG	0.06	0.07	0.05	0.04	0.03	0.04	0.04	0.05	0.04
ZH	0.28	0.25	0.30	0.28	0.27	0.25	0.24	0.20	0.16
FR	1.42	1.55	1.59	1.71	1.79	1.59	1.76	2.66	2.53
GE			1.56	1.26	1.31	1.37	1.38	1.44	1.36
JU	0.81	0.86	0.87	0.80	0.77	0.78	0.88	0.88	0.85
NE	0.21	0.20	0.19	0.18	0.17	0.19	0.18	0.19	0.19
VD	1.22	1.36	1.50	1.59	1.70	1.76	1.81	1.81	1.74
VS	4.46		1.50	1.53	1.36	1.30	1.21	1.17	0.96
TI			1.47	1.77	1.69	1.76	2.01	2.02	2.59

Figure 2 : nombre de nouvelles curatelles de portée générale instituées depuis 2013 pour 1000 habitants (plus de 18 ans) par canton et par an, période 2015 à 2023 (vert = faible ; jaune/orange = modéré ; rouge = élevé)[144,145]

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que le taux de curatelles de portée générale converties ex lege avec la transposition dans le nouveau droit n'ait cessé de reculer depuis 2015, aussi bien en Suisse alémanique qu'en Suisse latine, le taux affiché par la Suisse latine demeurant toutefois nettement supérieur à celui des cantons de Suisse alémanique sur toute la période considérée (cf. Fig. 3).

[144] Les chiffres de la curatelle de portée générale comme ceux de la population (plus de 18 ans) proviennent des statistiques de la COPMA : COPMA, RMA 2016 p. 322 s ; COPMA, RMA 2017, p. 372 s ; COPMA, RMA 2018, p. 398 s ; COPMA, RMA 2019, p. 434 s ; COPMA, RMA 2020, p. 442 s ; COPMA, RMA 2021, p. 452 s ; COPMA, RMA 2022, p. 400 s ; COPMA, RMA 2023, p. 458 s ; COPMA, RMA 2024, p. 338 s.

[145] Les champs vierges indiquent qu'aucune donnée n'était disponible pour les cantons concernés sur les périodes considérées.

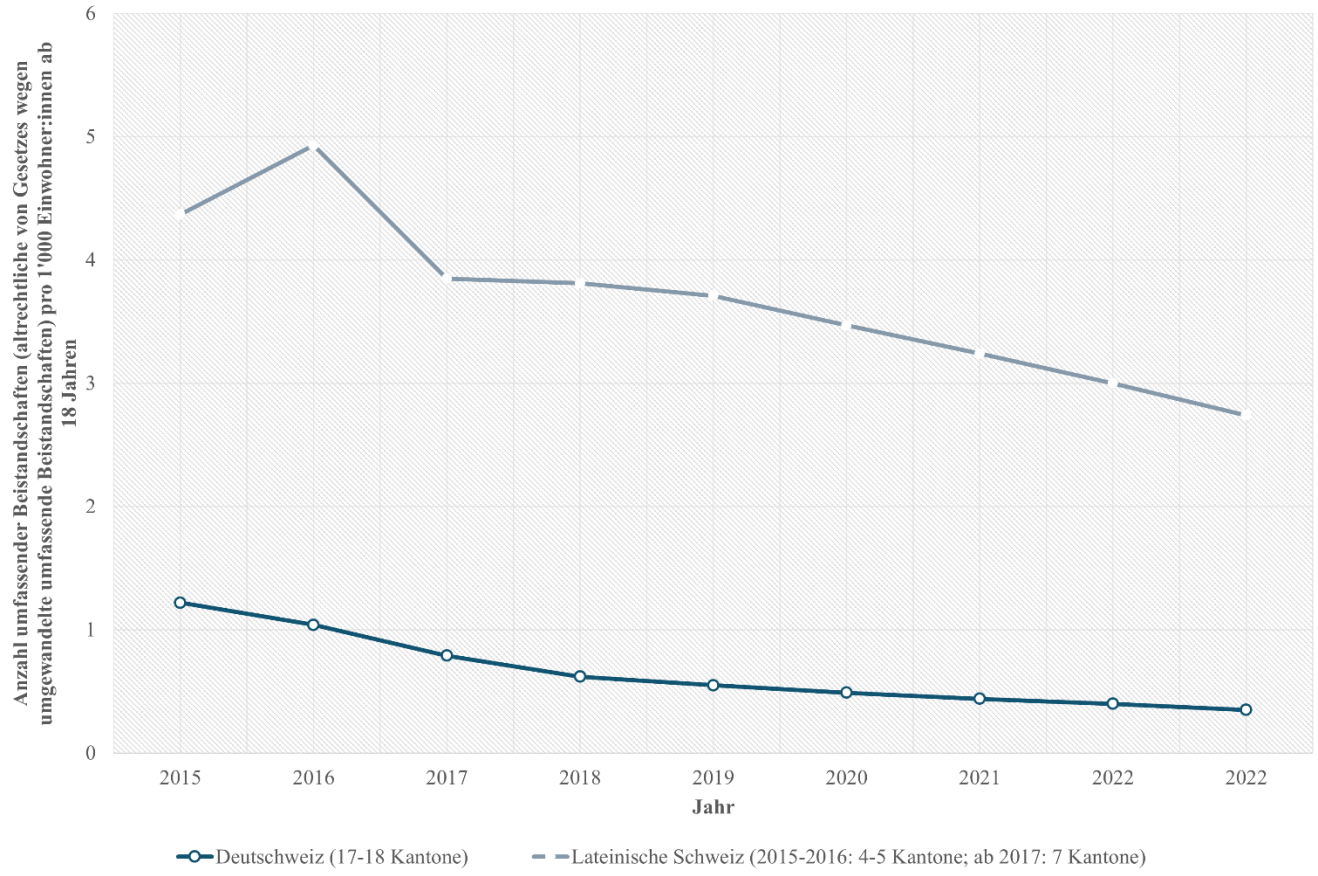

Figure 3 : nombre moyen de curatelles de portée générale pour 1000 habitants (plus de 18 ans) par région linguistique et par an (curatelles de portée générale de l'ancien droit converties ex lege), période 2015 à 2023

3. Résultats de l'enquête sociologique

3.1. Autorités et membres d'autorité participants

Au total, 76 personnes ont répondu à l'enquête jusqu'à la date du 18 octobre 2024, soit 54 personnes pour les cantons BL (n = 11), BE (n = 3), GR (n = 11), SZ (n = 2) et ZH (n = 27) et 22 personnes pour les cantons FR (n = 9), NE (n = 3), VD (n = 6) et TI (n = 4). Aucune personne n'a participé à l'enquête pour le canton ZG. Les autorités concernées correspondaient majoritairement à des autorités administratives (76,3 %) ; pour 18 participants, à des autorités judiciaires. Un peu moins de deux cinquièmes des personnes interrogées ont répondu qu'il s'agissait d'une APEA organisée à l'échelle cantonale (38,7 % ; n = 29), les quelque 61 % restants ont indiqué une structure (inter)communale[146]. En tout, 61 % des personnes interrogées étaient des femmes (n = 44), 28 participants des hommes[147]. L'âge moyen se situait entre 48 et 49 ans (M = 47,88 ; Md = 49,00 ; SD = 9,68)[148]. La personne la plus jeune avait 28 ans, la plus âgée 64. La plupart des personnes interrogées avaient un profil de juriste (72,4 % ; n = 55), 15 d'entre elles ayant étudié le droit et une autre discipline[149] ou suivi une formation continue[150]. En outre, 20 personnes interrogées (26,3 %) étaient des spécialistes du travail social (y compris éducation sociale), dont cinq avaient étudié une autre discipline ou suivi une formation complémentaire ; trois personnes ont indiqué avoir étudié le droit, une autre les arts du spectacle et la cinquième n'a rien précisé. Quatre personnes (5,3 %) étaient issues d'autres parcours, deux personnes interrogées ayant indiqué « fiduciaire » et les deux personnes restantes n'ayant fourni aucune réponse. En moyenne, les personnes participantes travaillaient dans une APEA depuis neuf à onze ans (M = 9,53 ; Md = 11,00 ; SD = 4,66) ; deux personnes y étaient employées depuis un an, trois personnes depuis plus de 20 ans. Deux autres personnes travaillaient depuis moins d'un an dans l'APEA au moment de l'enquête.

En tout, 73 des 76 personnes interrogées ont précisé qui était la personne au sein de l'autorité généralement chargée de réaliser les évaluations dans les procédures de protection de l'adulte. Dans ce cadre, 44 % (n = 32) ont indiqué que l'évaluation était souvent réalisée en interne, mais aussi parfois confiée à un tiers. En ce qui concerne les spécialistes internes à l'autorité, il s'agissait essentiellement de représentants et représentantes du travail social et de la pédagogie (n = 28) ; en outre, 16 personnes ont indiqué des juristes et 12 des psychiatres ou psychologues. Parmi les autres disciplines représentées au sein de l'autorité et chargées de réaliser les évaluations, les personnes interrogées ont cité médecine/santé (n = 5), comptabilité et toutes/autres disciplines (dans chaque cas n = 2)[151]. Les spécialistes externes impliqués dans l'évaluation étaient majoritairement des représentants et représentantes du travail social (n = 10), des psychiatres/psychologues (n = 7) et des médecins (n = 6), ainsi que des infirmiers et infirmières/professionnels et professionnelles de santé (n = 3). Deux personnes interrogées ont répondu « juristes » pour ces spécialistes externes. Un tiers des personnes interrogées (n = 24, 32,9 %) ont indiqué que les évaluations étaient réalisées *exclusivement* en interne au sein de leur structure. Là encore, la mission était généralement confiée à des professionnels et professionnelles du travail social (n = 10). Plus rarement, il pouvait s'agir de juristes (n = 6) ou de psychologues/psychiatres (n = 3). Parmi les autres disciplines ou métiers, des personnes interrogées ont cité « fiduciaire » et « toutes » les disciplines (dans chaque cas n = 1)[152]. Dix personnes

[146] Une personne n'a fourni aucune réponse (n = 75).
[147] Quatre personnes n'ont pas précisé leur sexe (n = 72).
[148] Une personne n'a fourni aucune réponse (n = 75).
[149] Travail social (n = 3) ; économie/gestion d'entreprise (n = 2) ; psychologie (n = 2) ; enseignement/pédagogie (n = 2) ; infirmier ou infirmière en psychiatrie HES, criminologie (dans chaque cas n = 1).
[150] Médiation, (n = 2) ; « CAS Entretien et conseil en psychologie », (n = 1).
[151] Pour cette question, les personnes interrogées pouvaient indiquer plusieurs professions. Une personne n'a donné aucune indication concernant les disciplines impliquées en interne.
[152] Au total, 18 des 24 personnes n'ont donné aucune indication concernant la formation des spécialistes impliqués.

ont indiqué que les évaluations étaient *toujours* confiées à des tiers. Parmi les disciplines représentées figuraient travail social ($n = 6$), (géronto-)psychiatrie/psychologie ($n = 6$), médecine ($n = 5$), aide/soins à domicile (*Spitex*) et droit (dans chaque cas $n = 1$)[153]. Cinq personnes ont répondu que les évaluations étaient réalisées environ pour moitié en interne et pour moitié par des tiers. Dans ce cas également, il s'agissait en interne de spécialistes du travail social ($n = 5$), du droit ($n = 4$) et/ou de la psychologie/psychiatrie ($n = 3$). Deux personnes interrogées ont indiqué que les évaluations étaient généralement réalisées par des tiers mais aussi, dans certains cas, en interne. Là encore, l'on retrouvait les mêmes disciplines, aussi bien pour les évaluations internes[154] qu'externes[155].

La grande majorité des personnes interrogées ont indiqué que les décisions étaient prises dans leur autorité respective par un comité interdisciplinaire ($n = 71$; 93,4 %) ; quatre personnes ont répondu « autre », précisant qu'il s'agissait de juges assesseurs / laïcs ou d'une circulation de la décision. Une seule personne a indiqué prendre seule les décisions.

Au total, 69 personnes ont donné des indications sur le nombre approximatif de curatelles de portée générale selon l'art. 398 CC qu'elles avaient ordonnées en 2023. Ces indications variaient entre 0 et 18. En moyenne, en 2023, les personnes interrogées avaient ordonné soit aucune, soit une curatelle de portée générale ($M = 0{,}61$; $Md = 0{,}00$; $SD = 2{,}29$), les personnes issues des cantons où quasiment plus aucune curatelle de portée générale n'est aujourd'hui instituée ayant majoritairement déclaré n'en avoir ordonné aucune ($n = 47$; 87,0 %). Quatre personnes ont indiqué avoir ordonné une curatelle de portée générale en 2023, et une personne en avoir ordonné deux pour cette même année. Parmi les professionnels et professionnelles des cantons où l'on ordonne aujourd'hui encore fréquemment des curatelles de portée générale, environ la moitié n'en avait ordonné aucune, ou en avait ordonné entre une et 18 au cours de l'année 2023. La différence entre les deux groupes de cantons n'était cependant pas significative d'un point de vue statistique ($p = 0{,}361$). Cela signifie que la probabilité que la différence identifiée entre les deux groupes relève simplement du hasard est supérieure au seuil de signification habituel fixé à 5 %.

3.2. Résultats : études de cas

Pour l'**étude de cas 1** suivante, les professionnels et professionnelles des cantons BE, BL, GR, SZ et ZH (54 personnes) et ceux et celles des cantons FR, NE, VD et TI (22 personnes) ont tous et toutes répondu au questionnaire.

Étude de cas 1

« Les époux Künzle[156] ont une fille, Elisabeth, qui aura bientôt 18 ans. Depuis un accident à l'âge de neuf ans, Elisabeth présente un handicap mental de degré moyen. Intellectuellement, son niveau est resté celui d'une enfant de neuf ans. Elle est toutefois capable de bien communiquer. Elle a besoin d'assistance pour les tâches de la vie quotidienne. Depuis cinq ans, Elisabeth vit dans un foyer durant la semaine et rentre chez ses parents chaque fin de semaine. Les parents souhaitent qu'Elisabeth puisse, à sa majorité, bénéficier d'une curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC. Le personnel du foyer qui accueille Elisabeth, tout comme son pédiatre, soutiennent les parents dans leur choix. Lors des discussions avec le membre compétent de l'autorité, les parents sont très émotifs. Ils pleurent et disent redouter que les intérêts de leur fille ne soient pas respectés ou qu'elle puisse être exploitée par des tiers ; par exemple, si elle contracte des engagements qui lui sont inutiles ou qu'elle n'est pas en mesure

[153] Une personne n'a donné aucune indication concernant les disciplines représentées.
[154] Travail social, droit (dans chaque cas $n = 2$) ; psychologie, sciences humaines (dans chaque cas $n = 1$)
[155] Travail social ($n = 3$), médecine ($n = 2$)
[156] Les noms utilisés dans les études de cas sont des pseudonymes.

d'honorer. Lorsqu'il leur est demandé de préciser, les parents expliquent que, quatre ans plus tôt, leur fille a conclu un contrat de téléphonie mobile. »

Dans cette étude de cas 1, six des 76 personnes interrogées penchaient en faveur d'une curatelle de portée générale (7,9 %), 69 pour un autre type de curatelle et une personne excluait toute mesure. Les membres des autorités des cantons où l'on ordonne aujourd'hui encore fréquemment des curatelles de portée générale se sont nettement plus prononcés en faveur de cette mesure (18,2 %) que les personnes travaillant dans l'un des autres cantons (3,7 %) (p = 0,034). Le fait qu'une personne soit employée depuis moins de cinq ans, entre cinq et dix ans, ou depuis plus de dix ans déjà dans une APEA n'a en revanche donné lieu à aucune différence significative.

Une personne a justifié l'institution d'une curatelle de portée générale par l'argument suivant : « Dans la mesure où il n'y a pas de perspective d'évolution et du fait que la curatelle offre la protection maximale, j'aurais tendance à instituer une curatelle de portée générale. »[157] (questionnaire nº 41). Les 69 autres personnes auraient choisi une autre mesure ; elles auraient majoritairement eu tendance à privilégier une curatelle de représentation selon l'art. 394 CC (n = 61), souvent en lien avec l'art. 395 (curatelle de représentation ayant pour objet la gestion du patrimoine)[158] et/ou l'art. 396 CC (curatelle de coopération)[159]. Les arguments en faveur d'une autre mesure étaient similaires. Les personnes interrogées étaient d'avis que « l'objectif (...) [était] atteignable avec des mesures moins contraignantes » (questionnaire nº 9).

Une personne a indiqué : « La personne concernée peut s'exprimer, elle est capable de discernement, mais elle a besoin d'assistance. Avec la mesure proposée [art. 394 CC, précision de l'auteur], elle peut bénéficier d'une assistance optimale, et son droit à l'autodétermination est préservé dans toute la mesure possible. Afin de la protéger d'elle-même, il est possible d'instituer une curatelle de coopération pour la conclusion de contrats. Si nécessaire, il est également possible de lui verser l'argent indispensable à ses besoins personnels en petites tranches. Une curatelle de portée générale est une mesure inutile, beaucoup trop incisive, qui va bien au-delà de l'assistance nécessaire et restreint inutilement la personne concernée. » (Questionnaire nº 14)

Une autre personne a commenté le fait qu'Elisabeth avait déjà conclu un contrat : « Bien entourée et prise en charge par le foyer et les parents. Le risque qu'elle conclue des actes contraires à ses intérêts n'est pas démontré, le seul fait qu'elle ait pu signer un contrat de téléphonie quatre ans auparavant n'étant pas suffisant. Au besoin, la mesure pourrait être réévaluée. À la limite, une privation de l'exercice des droits civils pour la conclusion de certains contrats serait envisageable. »[160] (Questionnaire nº 18)

Une personne interrogée a fait valoir qu'une curatelle de portée générale serait plus simple à gérer pour les parents. « Même pour les organismes tiers, il est plus facile de comprendre que les parents sont les tuteurs de leur fille. Toutefois, si l'on tient compte du principe de proportionnalité, il est justifié d'ordonner une mesure moins contraignante ou une combinaison de mesures qui permettent de protéger la fille sans la priver totalement de l'exercice de ses droits civils. » (Questionnaire nº 62)

[157] En français dans le texte
[158] 47 personnes auraient privilégié l'art. 395 CC.
[159] 19 personnes auraient privilégié l'art. 396 CC.
[160] En français dans le texte

Pour l'**étude de cas 2** suivante, les professionnels et professionnelles des cantons BE, BL, GR, SZ et ZH (54 personnes) et ceux et celles des cantons FR, NE, VD et TI (22 personnes) ont à nouveau tous et toutes répondu au questionnaire.

Étude de cas 2 :

« Une démence légère a été diagnostiquée chez la mère d'Erika et de Peter Heini, âgée de 79 ans. Comme elle avait, selon les deux enfants adultes, récemment dépensé de l'argent assez régulièrement pour des choses inutiles (p. ex. : un outil de jardinage moderne, alors qu'elle ne possède pas de jardin), ces derniers ont sollicité les conseils d'Alzheimer Suisse. Ils souhaitent désormais que leur mère âgée soit placée sous curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC. Certes, la mère se montre méfiante envers les tiers, mais sa médecin traitante, qui la connaît depuis maintenant 20 ans, ainsi que la conseillère d'Alzheimer Suisse ont établi une relation de confiance avec elle. Ces deux professionnelles soutiennent la démarche des enfants. En effet, les enfants s'inquiètent du fait que leur mère, qui ne dispose que de faibles ressources financières, puisse se causer du tort à elle-même ou que d'autres personnes puissent l'exploiter. »

Dans l'étude de cas 2, douze des personnes interrogées préconisaient de ne prendre aucune mesure (15,8 %), trois auraient privilégié une curatelle de portée générale (3,9 %). Parmi celles qui n'auraient envisagé aucune mesure, une personne a indiqué : « Frappée de légère démence, autrement dit, la personne concernée peut encore partiellement comprendre et gérer certaines affaires. Est-il encore possible d'établir un mandat pour cause d'inaptitude ? » (questionnaire n° 2). Une des personnes favorables à la curatelle de portée générale a avancé que Madame Heini était « active sur le plan juridique. Dans tous les cas, une expertise est nécessaire pour une curatelle de portée générale, ce qui peut aider à prendre la décision »[161].

Les 61 personnes restantes (80,3 %) auraient privilégié une autre mesure. Aucune différence n'apparaissait ici, ni entre les deux groupes de cantons ($p = 0{,}864$), ni entre les personnes ayant plus ou moins d'expérience en tant que membre d'une autorité ($p = 0{,}126$). Parmi les autres mesures évoquées, l'on retrouvait à nouveau majoritairement la curatelle de représentation selon l'art. 394 CC ($n = 54$), généralement en lien avec l'art. 395 CC[162] et/ou l'art. 396 CC.[163] Les motivations des personnes interrogées ont montré encore une fois que si elles reconnaissaient l'état de faiblesse de Madame Heini, elles considéraient en revanche qu'une curatelle de portée générale n'était pas une mesure proportionnée.

Une personne a ainsi expliqué que : « La mesure évoquée est adéquate pour offrir une assistance suffisante à la personne concernée. Malgré sa démence, elle peut encore prendre elle-même certaines décisions puisqu'elle est toujours capable de discernement. Une curatelle de portée générale irait beaucoup trop loin et ne paraît ni nécessaire ni pertinente. » (Questionnaire n° 14)

Une autre personne a motivé sa décision de la manière suivante : « Personne âgée qui vit seule, donc exposée à divers dangers. Selon la description, elle est méfiante, donc peu de risque qu'elle signe des contrats à tout va. Par ailleurs, les dépenses concernent des outils de jardin, ce qui ne représente pas des sommes colossales, raison pour laquelle une restriction des droits civils m'apparaît un peu disproportionnée. Par contre, j'aurais tendance à restreindre l'accès à un compte pour justement éviter des dépenses farfelues. »[164] (Questionnaire n° 8)

Une personne interrogée a justifié son choix par une critique de la curatelle de portée générale et par la position

[161] En français dans la note de bas de page (questionnaire n° 28)
[162] 40 personnes auraient privilégié l'art. 395 CC.
[163] 13 personnes auraient privilégié l'art. 396 CC.
[164] En français dans le texte (questionnaire n° 8)

de l'autorité vis-à-vis de cette mesure : « La combinaison de différentes mesures permet généralement de garantir la protection de la personne concernée sans qu'il soit nécessaire d'instituer une curatelle de portée générale. De l'avis de notre autorité, il n'y a pas vraiment de raison d'instituer une curatelle de portée générale. Dans la pratique, l'intervention serait beaucoup trop excessive en termes de protection et d'effets. La question se pose de savoir pourquoi cette mesure est encore présente dans la nouvelle législation. » (Questionnaire n° 50)

Pour l'**étude de cas 3** ci-après, 52 professionnels et professionnelles des cantons BE, BL, GR, SZ et ZH ainsi que 20 des cantons FR, NE, VD et TI ont répondu au questionnaire. Quatre personnes n'ont donc donné aucune réponse aux questions posées sur l'étude de cas 3.

Étude de cas 3 :

« Gérard, citoyen suisse de 25 ans, est toxicomane depuis dix ans. Depuis cinq ans, il consomme de l'héroïne plusieurs fois par jour. Il est sans domicile fixe et vit dans la rue. Pour financer sa consommation de drogue, il mendie et vend des objets volés. Depuis quelques mois, il est suivi par une travailleuse sociale du service social compétent, car il voudrait demander une aide sociale pour ‹ reprendre pied ›. Pour cela, il aurait toutefois besoin, selon les dires du service social, d'un domicile fixe. Il rejette néanmoins cette idée, car il souhaite continuer de vivre dans la rue. La travailleuse sociale se tourne vers l'autorité compétente en matière de protection du droit de l'adulte. »

Pour cette étude de cas 3, plus de la moitié des personnes interrogées (n = 41, 56,9 %) n'auraient ordonné aucune mesure. Ce cas a surtout soulevé la question de savoir si le fait d'être sans-abri est lié à l'état de faiblesse (toxicomanie). Une personne a ainsi noté : « 1) Subsidiarité (services sociaux régionaux) pas encore épuisée. 2) Le souhait de vivre dans la rue est-il déterminé par l'état de faiblesse ? » (Questionnaire n° 2)

Une autre personne a avancé l'argument suivant : « Si la personne concernée est capable de discernement, dit explicitement ne pas vouloir de domicile, et en mesure les conséquences (pas d'aide sociale), alors il n'y a pas lieu d'ordonner une mesure. Dans le cas contraire, il conviendrait à mon sens d'instituer une curatelle de représentation pour les domaines de la gestion du patrimoine et des revenus, du logement, de l'administration publique et des assurances. » (Questionnaire n° 34)

Une autre personne a motivé son rejet d'une mesure par la volonté de coopérer de la personne concernée (cf. questionnaire n° 74). Parmi celles qui n'auraient pas ordonné de mesure, une autre personne a explicitement soulevé la question de savoir si la personne concernée ne pouvait bénéficier de l'aide sociale que si elle possédait un domicile fixe. Et elle est parvenue à la conclusion que ce n'était pas le cas : « Un domicile d'assistance ne dépend pas d'un domicile fixe (logement). Tant que G. coopère avec la travailleuse sociale, il peut, avec son aide, renseigner les formulaires nécessaires et produire les documents, et ainsi motiver sa demande d'aide sociale. » (Questionnaire n° 19)

Pour ce cas précis, une personne a détaillé une approche en plusieurs étapes : « Dans un premier temps en tout cas. Il se peut que Gérard y arrive sans curatelle. Je l'entends en audience en lui donnant 3-4 mois pour ‹ faire ses preuves ›, c'est-à-dire arriver à montrer qu'il collabore vraiment avec les services sociaux et qu'une curatelle n'est pas nécessaire. À l'issue du délai, je tiens une nouvelle audience et on fait le point. Si la situation de Gérard s'est péjorée, j'envisagerai une curatelle proportionnée à ses besoins, mais aussi à son niveau de collaboration. »[165] (Questionnaire n°22)

[165] En français dans le texte (questionnaire n° 22)

Une autre personne a indiqué les points à éclaircir avec la personne prise en charge et les conditions à réunir pour qu'une mesure puisse être envisagée. Toutefois, cette personne n'opterait en aucun cas pour une curatelle de portée générale. « Il est important de discuter avec Gérard, lors d'un ou de plusieurs entretiens privés, de ce qu'est sa vie actuellement et de l'idée qu'il se fait d'une vie qui lui correspond. Il est également important de l'informer qu'un domicile fixe ne signifie pas pour autant qu'il doive renoncer à sa vie dans la rue. Il faut aussi clarifier ce qu'il entend par ‹ reprendre pied ›. Une mesure d'assistance envisageable pourrait consister à le mettre en relation avec l'aide sociale de la commune et l'aide personnelle, ainsi qu'avec un centre spécialisé dans les questions de dépendance. Si, en raison des nombreuses années d'assistance, il ne peut reprendre pied seul ou avec un soutien volontaire, alors il conviendra d'aborder avec lui la possibilité d'instituer une curatelle de représentation, éventuellement combinée avec une curatelle d'accompagnement. Il n'y a ici certainement pas lieu d'évoquer la curatelle de portée générale. » (Questionnaire n° 55)

Une personne (1,4 %) aurait ordonné une curatelle de portée générale et 30 autres (41,7 %) auraient choisi une autre mesure, optant généralement ici, une fois encore, pour une curatelle de représentation selon l'art. 394 CC (n = 24), souvent combinée avec une « curatelle de gestion » selon l'art. 395 CC[166] et/ou l'art. 396 CC[167]. Une personne a mentionné qu'il conviendrait de procéder à un PAFA. Une autre personne a justifié son choix d'une curatelle de représentation combinée avec une curatelle de gestion de patrimoine et de coopération par les conséquences de la dépendance aux drogues de la personne concernée. « La dépendance à une substance sous une forme nocive a un impact significatif sur la capacité à remplir ses fonctions financières de manière adéquate et responsable, étant donné qu'il s'agit d'un état qui altère les capacités cognitives et émotionnelles de la personne affectée, l'amenant même à donner la priorité à l'achat et à la consommation de substances plutôt qu'à ses obligations économiques et financières. La perte de contrôle de ses actes due à l'état de dépendance entraîne une mauvaise gestion des revenus et des biens, et donc l'incapacité de répondre aux besoins financiers essentiels. La mise en place d'une curatelle qui assume le contrôle des revenus et des biens de la personne gravement dépendante peut garantir qu'ils sont gérés de manière responsable et conformément aux besoins de base, en assurant le paiement des dépenses essentielles au maintien d'une condition de vie digne et en garantissant ainsi que les besoins de base sont satisfaits de la manière la plus sûre et la plus efficace possible. Nécessite une curatelle de coopération pour prévenir une utilisation des revenus pour l'achat des substances en dépit des besoins essentiels. Pas exclue l'intervention avec placement selon l'art. 426 CC si les conditions de vie ne respectent pas la dignité de la personne, éventuellement pour mise en danger concret de la vie. » (Questionnaire n° 40)[168]

Sur la question du sans-abrisme, une des personnes interrogées a renvoyé au principe du « Housing First » (le logement d'abord) : « Il s'agit peut-être ici d'un cas où le principe du Housing First pourrait s'appliquer. Il y a, en Suisse, plusieurs discussions et projets pilotes en cours et, à l'étranger, des expériences concluantes. Le Housing First consiste en la possibilité pour les sans-abris d'obtenir un logement, sans que cette attribution ne soit subordonnée à certaines conditions. Certes il leur est aussi proposé une thérapie et un accompagnement, mais la participation à ces offres ne constitue pas une condition préalable. Dans le cadre du projet pilote ‹ Housing First ›, le canton de Bâle-Ville entend désormais permettre aux sans-abris de disposer de leur propre logement. Si la personne prise en charge refuse toutefois catégoriquement un logement et choisit de vivre dans la rue, la question se pose de savoir dans quelle mesure ce choix est l'expression de son autonomie et dans quelle mesure elle est l'expression de sa dépendance aux drogues. Il convient de répondre à cette double question dans le cadre d'une évaluation et de décider d'une mesure proportionnée en conséquence. Dans le cas d'une personne fortement

[166] 19 personnes auraient privilégié l'art. 395 CC.
[167] Deux personnes auraient privilégié l'art. 396 CC.
[168] En français dans le texte (questionnaire n° 40)

dépendante à l'héroïne se pose la question de savoir dans quelle mesure elle se trouve dans un état d'abandon et dans quelle mesure sa consommation régulière présente un danger pour sa propre vie. Il convient d'y répondre également d'un point de vue médical. Si l'abandon et la mise en danger de sa propre vie sont confirmés, un placement à des fins d'assistance serait en principe envisageable. Il y a toutefois lieu de s'interroger systématiquement sur l'adéquation de cette mesure lorsque la personne toxicomane n'a exprimé aucune volonté de changer quelque chose à son mode de vie. Ce type de cas se rencontre fréquemment et, à mon sens, ce sont des cas difficiles qui nécessitent du temps avant qu'une possibilité de changement structurel puisse être identifiée, si la situation n'a pas déjà pris une fin tragique. » (Questionnaire n° 149)

Il convient de remarquer, dans ce cas d'espèce, que des disparités importantes apparaissaient entre les deux groupes de cantons ($p = 0{,}042$), 13 des 20 personnes interrogées (65,0 %) pour les cantons FR, NE, VD et TI ayant indiqué une décision en faveur d'une *autre mesure* qu'une curatelle de portée générale. Les personnes interrogées pour les cantons BL, BE, GR, SZ et ZH auraient en revanche majoritairement préconisé de ne prendre *aucune mesure* (65,4 %). Bien que les personnes interrogées dans les cantons FR, NE, VD et TI n'auraient pas institué de curatelle de portée générale, elles auraient tout de même ordonné une mesure, à la différence des membres des autorités des cantons BL, BE, GR, SZ et ZH ; en effet, les personnes interrogées dans les cantons alémaniques étudiés (comme déjà évoqué) auraient majoritairement choisi de n'ordonner aucune mesure. Les résultats montrent donc que les personnes interrogées des cantons FR, NE, VD et TI semblent pencher pour une intervention plus poussée que les membres des autorités des cantons BL, BE, GR, SZ et ZH. L'expérience des personnes interrogées en tant que membres d'une autorité n'a fait aucune différence significative d'un point de vue statistique.

Pour l'**étude de cas 4** ci-après, les 54 professionnels et professionnelles des cantons BE, BL, GR, SZ et ZH ainsi que 21 professionnels et professionnelles des cantons FR, NE, VD et TI ont répondu au questionnaire. Une personne n'a donc donné aucune réponse aux questions posées sur l'étude de cas 4.

Étude de cas 4 :

« Anna Mercato, 42 ans, présente depuis sa vingt-cinquième année un trouble sévère de la personnalité. Elle adresse régulièrement aux autorités des courriers contenant diverses revendications et a engagé un recours contre une décision du service des automobiles lui intimant de restituer son permis de conduire. Elle dit que c'est la faute de son frère, qu'il s'en est toujours pris à elle, elle-même n'a rien fait de mal, elle est une bonne conductrice. Récemment, elle a ramené un chien de Roumanie, qui lui a été retiré par le vétérinaire cantonal, car elle ne lui prodiguait pas les soins appropriés. Elle fait preuve d'un manque de coopération dans ses rapports avec les autorités et les spécialistes. Ainsi, elle refuse catégoriquement une rente AI à laquelle elle a droit, au motif qu'elle n'est pas malade. De ce fait, elle ne peut plus payer son logement. Elle n'accepte plus les soins ou traitements médicaux qu'en cas d'urgence. »

Dans le cas de Madame Mercato, âgée de 42 ans et souffrant d'un trouble sévère de la personnalité (étude de cas 4), 84 % des personnes interrogées ($n = 63$) auraient ordonné une autre mesure que celle prévue à l'art. 398 CC, six personnes (8,0 %) auraient ordonné (à titre provisoire) une curatelle de portée générale[169], et six n'auraient ordonné aucune mesure, l'état de faiblesse devant encore faire l'objet d'une évaluation (cf. questionnaire n° 2)[170]. Une personne favorable à une curatelle de portée générale a motivé son choix par un

[169] Une personne aurait ordonné une curatelle de portée générale à titre provisoire.
[170] Une des deux personnes qui auraient eu tendance à ne prendre aucune mesure a justifié sa décision.

« besoin de protection très important » (questionnaire nº 18). La personne qui aurait ordonné une curatelle de portée générale à titre provisoire aurait pris cette décision dans l'attente d'une évaluation du besoin. Elle déterminerait ensuite si une curatelle de portée générale serait toujours justifiée : « Mesure provisoire selon l'art. 398 CC le temps de mettre en place les mesures nécessaires à préserver ses besoins (suivis médicaux, demande AI, gestion de l'administratif si nécessaire, aides à domicile, etc.) et, quand tout est en place, voir dans quelle mesure une curatelle de portée générale se justifie toujours ou si elle peut être remplacée par une curatelle de représentation avec pouvoir de gestion (art. 394 I et 395 I CC) »[171] (questionnaire nº 22).

Quatre des six personnes qui auraient ordonné une curatelle de portée générale travaillaient dans les cantons où l'on ordonne aujourd'hui encore fréquemment des curatelles de portée générale ; les six personnes interrogées qui n'auraient ordonné aucune mesure travaillaient, à l'inverse, dans les cantons BL, BE, GR, SZ et ZH. La différence entre les deux groupes de cantons était significative d'un point de vue statistique (p = 0,028).

Parmi les personnes qui auraient eu tendance à choisir une autre mesure que la curatelle de portée générale, la majorité s'est une fois encore prononcée en faveur d'une curatelle de représentation selon l'art. 394 CC (n = 57), généralement en lien avec l'art. 395 CC[172] et/ou l'art. 396 CC[173].

Dans son argumentation en faveur d'une curatelle de représentation (en lien avec l'art. 395 CC et d'éventuelles mesures ambulatoires [art. 437 CC]), une personne a souligné les problèmes susceptibles de se poser dans ce cas pour le curateur ou la curatrice : « Dossier difficile à gérer pour le curateur, mais la mesure permet d'assurer une bonne gestion des affaires admin et financières et garantit que la personne a un toit sur la tête. La problématique principale tourne autour de cette psychose/paranoïa. Il s'agira pour le curateur de trouver un moyen de lui faire accepter une médication. Dans la négative, la question devra se poser de faire une expertise. »[174] (Questionnaire nº 8)

Une personne aborde au moins implicitement la question de la nécessité (principe de proportionnalité) dans son argumentation : « Avec une curatelle de représentation, la personne concernée peut être suffisamment représentée dans les domaines où cette représentation est nécessaire, y compris contre sa volonté. Pour la protéger de certaines de ses décisions, qui lui seraient préjudiciables, ou lorsqu'elle agit à l'encontre des décisions du curateur ou de la curatrice, il est possible, dans ces domaines, de restreindre sa capacité d'agir. » (Questionnaire nº 14)

Une autre personne renvoie aux limites des mesures prises par l'autorité dans de tels cas : « Certains actes décrits dans cette étude de cas ne peuvent pas être évités, même avec des mesures administratives. Anna Mercato va, en toute logique, continuer d'adresser des courriers et des réclamations aux autorités. Elle peut aussi ramener un nouveau chien de l'étranger. En cas de dégradation de la situation de vie d'Anna Mercato, une discussion pourrait toutefois être engagée au sein de l'autorité sur la manière de lui garantir une assistance suffisante. En revanche, je considère que lui retirer le droit de vote (en instituant une curatelle de portée générale) n'est pas proportionné ici et lui ôterait également la possibilité de s'exprimer à sa manière. Il convient toutefois d'évaluer régulièrement le danger auquel Anna Mercato est exposée, tout comme une éventuelle dégradation de sa situation de vie. La situation peut évoluer. Comme dans la vie de n'importe quel individu. » (Questionnaire nº 55)

Toujours dans le cadre de cette étude de cas, une autre personne a rappelé l'inadéquation de la curatelle de portée générale avec la société actuelle et son incompatibilité avec la CNUDPH. L'autorité dans laquelle elle est en poste a réexaminé toutes les curatelles de portée générale en place, et a remplacé ces mesures par des curatelles de

[171] En français dans le texte (questionnaire nº 22)
[172] 40 personnes auraient privilégié l'art. 395 CC.
[173] Deux personnes auraient privilégié l'art. 396 CC.
[174] En français dans le texte (questionnaire nº 8)

représentation, parfois combinées avec une curatelle de coopération (cf. questionnaire n° 63).

3.3. Résultats : la suppression de la curatelle de portée générale peut-elle créer une lacune dans le système de mesures ?

À la question de savoir si une suppression de la curatelle de portée générale pourrait selon elles engendrer une **lacune dans le système de mesures**, 68 % des personnes interrogées ont répondu par la négative (*aucune* lacune) ($n = 48$)[175]. À l'inverse, 23 personnes ont répondu par l'affirmative. Des différences significatives sont apparues ici entre les groupes de cantons. Tandis que 78 % des personnes interrogées dans les cantons alémaniques étudiés ($n = 40$) ont indiqué que, selon elles, cette suppression n'engendrerait aucune lacune, seuls 40 % ont donné la même réponse dans les cantons FR, NE, VD et TI ($n = 8$) ($p = 0{,}002$).

Pour onze personnes interrogées, le système présenterait une lacune dans le cas de personnes ayant un besoin de protection important (« pas de [protection] suffisante des personnes très vulnérables »). Il s'agit d'un besoin de protection qui n'est pas identifiable de prime abord : « dans des cas très rares, lorsqu'une personne présente un état de faiblesse et un besoin de protection prononcés, qui ne sont pas forcément décelables de prime abord ». Une personne a fait remarquer que seules les curatelles de portée générale étaient reconnues dans certains pays ; deux autres ont souligné qu'elles donnaient une meilleure visibilité au besoin de protection à l'égard des tiers. Trois personnes ont indiqué que le travail des curateurs et curatrices serait plus difficile sans la possibilité d'instituer une curatelle de portée générale. Cinq personnes ont souligné qu'une curatelle de portée générale limitait la charge de travail, car elle permettait de s'affranchir des longues listes de domaines de représentation. Enfin, plusieurs ont indiqué que la curatelle de portée générale était un gage de sécurité, dans la mesure où aucun domaine n'était occulté.

3.4. Résultats : attitudes à l'égard de la curatelle de portée générale / connaissances

Dans le cadre de l'enquête, les personnes interrogées ont été invitées à indiquer dans quelle mesure elle étaient d'accord ou non avec certaines affirmations relatives à la curatelle de portée générale.

Les résultats ont montré que les personnes interrogées étaient majoritairement (plutôt) d'accord avec une suppression de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC, tout autant qu'avec l'affirmation selon laquelle, dans tous les cas, « la protection d'une personne adulte pourrait aussi être garantie sans curatelle de portée générale (art. 398 CC) » (dans chaque cas $Md = 4{,}00$). En moyenne, les personnes interrogées étaient aussi plutôt d'accord avec l'affirmation selon laquelle « avec une curatelle de représentation selon l'art. 394 s CC, s'il y a lieu combinée avec une limitation de l'exercice des droits civils, on parvient juridiquement au même but et au même objectif de protection qu'avec une curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC » ($Md = 4{,}00$). Il est important de noter que, sur la question de la suppression de la curatelle de portée générale ($p = 0{,}036$) et l'affirmation selon laquelle une curatelle de représentation permettrait de garantir une protection analogue à celle offerte par la curatelle de portée générale, des disparités importantes sont apparues entre les deux groupes de cantons ($p = 0{,}014$), les personnes des cantons alémaniques étudiés étant clairement plus souvent (plutôt) d'accord avec ces affirmations que les personnes des autres cantons.

À l'affirmation selon laquelle la curatelle de portée générale constitue le dernier recours, à n'envisager que dans des cas exceptionnels, les personnes interrogées dans les deux groupes de cantons ont en moyenne répondu favorablement ($Md = 5{,}00$; $p = 0{,}289$). En moyenne, les personnes interrogées dans les cantons latins étaient

[175] Cinq personnes n'ont fourni aucune réponse ($n = 71$).

certes davantage d'accord (*Md* = 5,00) que les personnes des cantons alémaniques (*Md* = 4,00) avec l'affirmation selon laquelle il conviendrait de diminuer le nombre de curatelles de portée générale dans leurs cantons respectifs, mais cette différence n'était pas significative d'un point de vue statistique ($p = 0{,}198$). Ce résultat s'explique mieux à la lumière de l'évolution du nombre de curatelles de portée générale dans les cantons (cf. chap. II ch. 2). Il concorde aussi avec le fait que les personnes interrogées dans les cantons FR, NE, VD et TI étaient bien plus nombreuses (*Md* = 3,00) que celles des cantons BL, BE, GR, SZ et ZH (*Md* = 1,00) ($p < 0{,}001$) à avoir validé l'affirmation selon laquelle, lors du passage de l'ancien au nouveau droit de la protection de l'adulte, « la plupart des tutelles au sens de l'ancien droit (art. 369 à 372 aCC) [ont été] automatiquement converties en curatelles de portée générale selon l'art. 398 CC, sans qu'il soit procédé à leur réexamen », (cf. Fig. 4). Les personnes interrogées se sont majoritairement prononcées contre la nécessité d'instituer une curatelle de portée générale dans le cas des personnes particulièrement vulnérables (p. ex. celles présentant une maladie psychique ou une démence) ou des personnes à tendance quérulente (chaque fois *Md* = 1,00), et ce indépendamment du canton d'origine (cf. Fig. 4). Sur ce point, les personnes interrogées en Suisse alémanique étaient beaucoup plus nombreuses que les personnes de la Suisse latine ($p = 0{,}005$ et $0{,}007$) à rejeter cette proposition. En ce qui concerne le recours à la curatelle de portée générale pour envoyer un signal aux tiers, les résultats ont été mitigés. Ainsi, indépendamment du canton d'origine, les personnes interrogées étaient en moyenne plutôt d'accord (*Md* = 4,00) avec l'affirmation selon laquelle « avec la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC, je signale sans ambiguïté aux tiers que la personne sous curatelle est extrêmement vulnérable. ». À l'inverse, elles ont rejeté (*Md* = 1,00) l'affirmation selon laquelle la curatelle de portée générale « [doit être utilisée] dans des cas particuliers afin de donner au curateur ou à la curatrice suffisamment de pouvoir vis-à-vis des tiers », des différences importantes pouvant être constatées ici entre les deux groupes de cantons. Les personnes interrogées dans les cantons germanophones ont plus nettement rejeté cette affirmation (*Md* = 1,00) que celles des autres cantons (*Md* = 2,00) ($p < 0{,}001$). Indépendamment du canton d'origine, les personnes interrogées étaient en moyenne (plutôt) d'accord (*Md* = 4,00) avec l'affirmation selon laquelle « il convient de priver la personne concernée de l'exercice de ses droits civils lorsqu'elle compromet les actes du curateur ou de la curatrice dans des domaines importants, ou est en mesure de les compromettre juridiquement ».

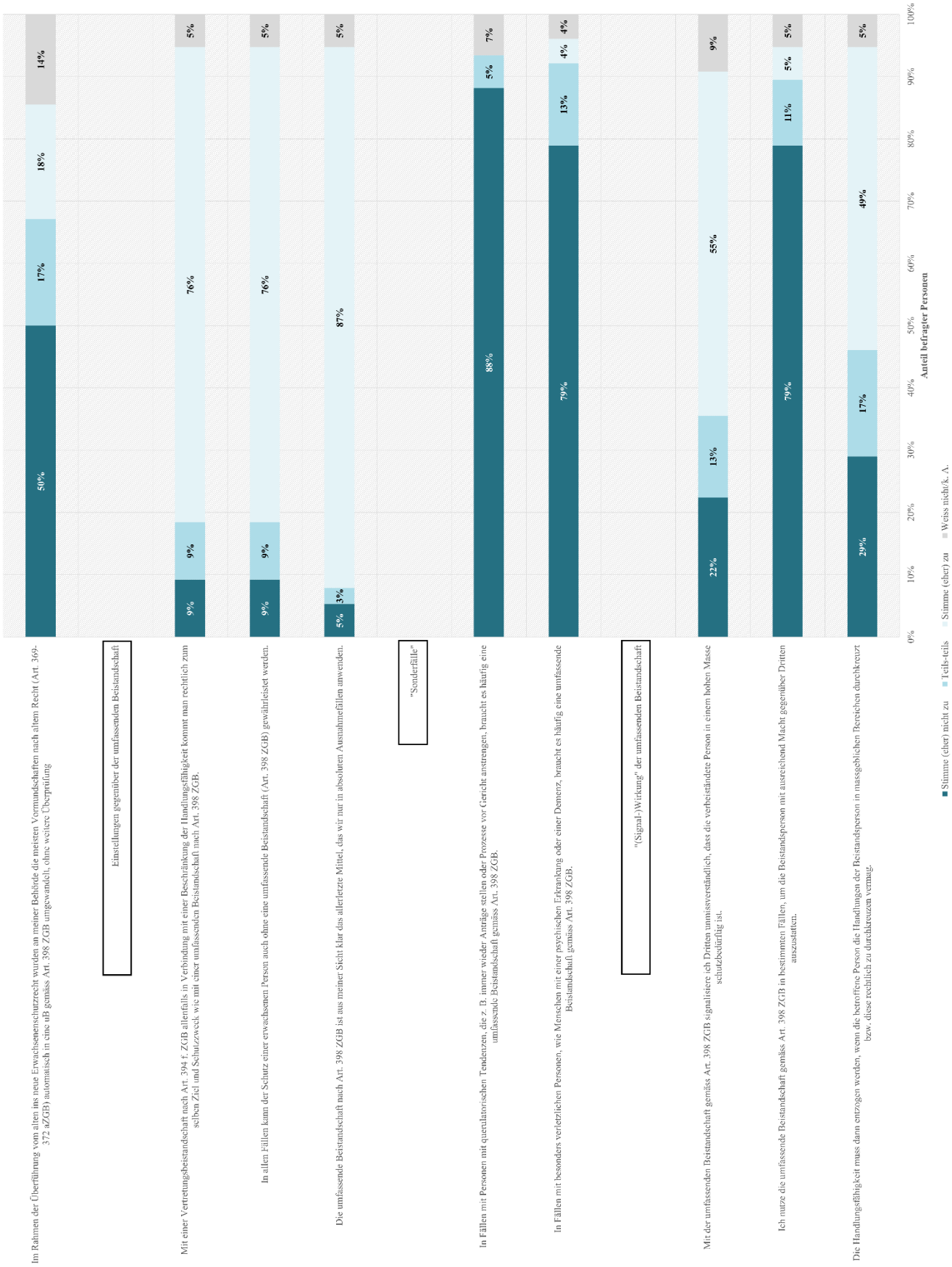

Figure 4 : réponses aux affirmations sur la curatelle de portée générale (attitudes à l'égard de la curatelle de portée générale, « cas particuliers », « effet (signal) » de la curatelle de portée générale), en % (données internes HSLU)

Les éléments de réponse montrent que les spécialistes ont une influence sur la décision des personnes interrogées lorsqu'il s'agit de se prononcer pour ou contre une curatelle de portée générale. Ainsi, indépendamment du canton d'origine, 75 % des personnes interrogées étaient au moins en partie d'accord avec l'affirmation selon laquelle « l'opinion des spécialistes qui connaissent bien la personne vulnérable est essentielle […] [dans leur] décision de se prononcer pour ou contre l'institution d'une curatelle de portée générale (art. 398 CC) » (*Md* = 3,00). En revanche, les personnes interrogées ont en moyenne clairement marqué leur désaccord (*Md* = 1,00) avec l'affirmation selon laquelle « lorsque des parents souhaitent que la personne vulnérable soit placée sous curatelle de portée générale (art. 398 CC), je n'ai tout simplement pas les ressources nécessaires pour leur expliquer pourquoi la protection de cette personne pourrait être garantie d'un point de vue juridique par des mesures moins restrictives. C'est la raison pour laquelle j'ordonne généralement dans ces cas-là une curatelle de portée générale. » Aucune différence significative n'est apparue ici entre les groupes de cantons (p = 0,823). Il n'est donc pas étonnant que les personnes interrogées aient été en moyenne d'accord avec l'affirmation selon laquelle « la population devrait être mieux informée des différentes formes de curatelle prévues par le droit de la protection de l'adulte » (*Md* = 5,00) (cf. Fig. 5).

Pour instituer une curatelle de portée générale, la moitié des personnes interrogées ont généralement besoin d'une expertise psychiatrique. Par ailleurs, 31 % étaient au moins en partie d'accord avec l'affirmation suivante : « La curatelle de portée de générale est aussi pour nous une mesure importante parce qu'elle produit des effets dans d'autres domaines du droit (autorité parentale, droit de vote, droit en matière d'armes, etc.). » En moyenne, les personnes interrogées dans les cantons alémaniques étudiés ont rejeté cette affirmation (*Md* = 1,00), tandis que celles des cantons FR, NE, VD et TI l'ont plutôt approuvée (*Md* = 4,00) (p < 0,001). L'affirmation selon laquelle « la prise de décision en comité interdisciplinaire […] se traduit par un nombre moins élevé de curatelles de portée générale selon l'art. 398 CC » a remporté une adhésion nettement supérieure chez les personnes des cantons alémaniques (*Md* = 4,00) que chez celles des autres cantons (*Md* = 3,00) (p = 0,023).

Les personnes interrogées ont également été sondées sur leurs connaissances en matière de curatelle de portée générale, à l'aide des affirmations suivantes (cf. Fig. 5) :

- « La curatelle de portée générale (art. 398 CC) pourrait être décrite de manière équivalente comme suit : une curatelle de portée générale n'est nécessaire que lorsqu'une personne, en raison de son état de faiblesse et de l'incapacité à l'autodétermination qui en découle, se comporte de manière tellement autodestructrice qu'elle doit être privée de l'exercice de ses droits civils dans tous les domaines. »
- « Avec la curatelle de portée générale (art. 398 CC), la personne concernée est privée de l'exercice de ses droits civils dans tous les domaines (à l'exception des domaines strictement personnels). »

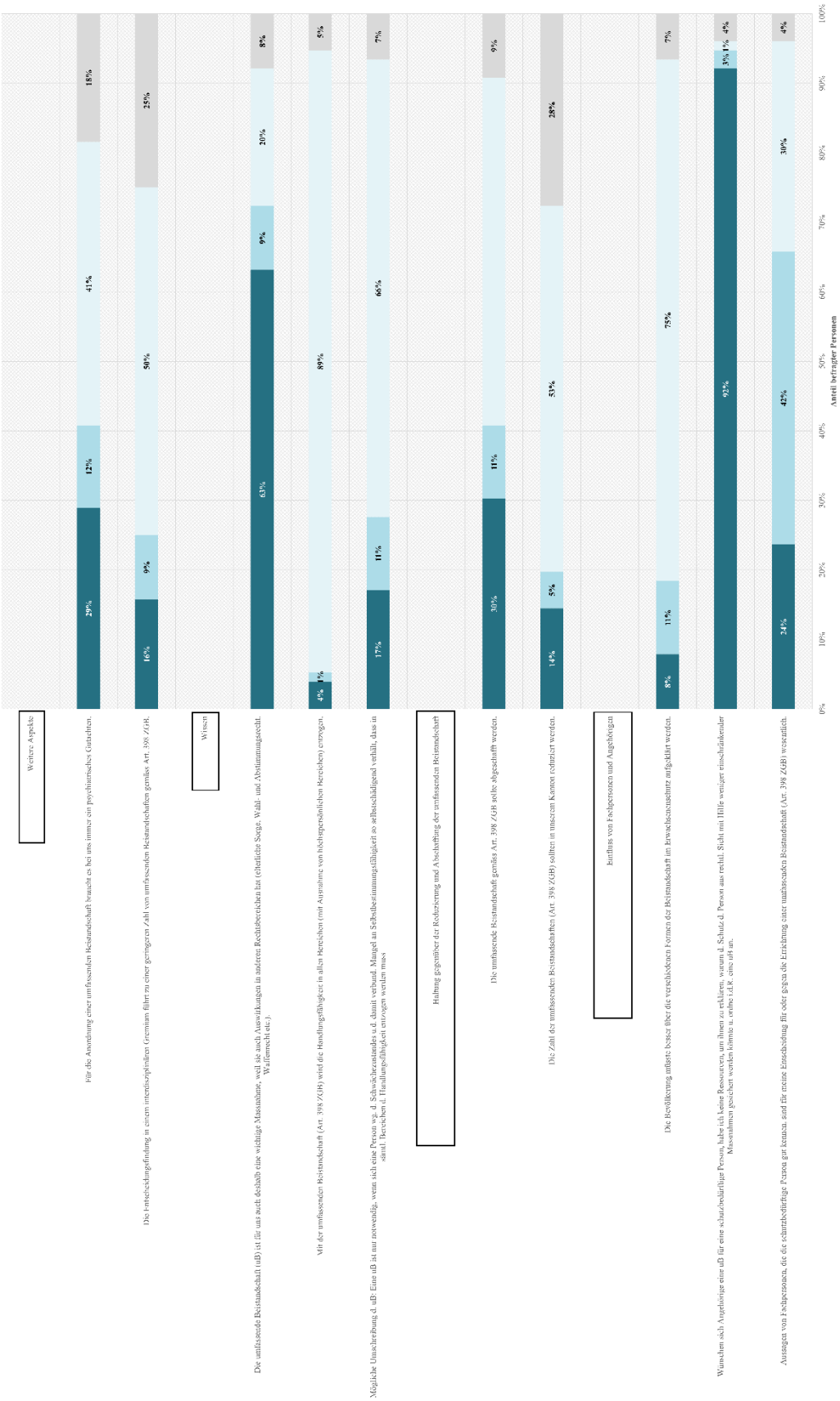

Figure 5 : réponses aux affirmations sur la curatelle de portée générale (influence des spécialistes et des membres de la famille, position à l'égard de la réduction et de la suppression de la curatelle de portée générale, connaissances, autres aspects), en % (données internes HSLU)

3.5. Commentaires des membres d'autorité interrogés

Au total, 21 personnes ont ajouté des commentaires sur le sujet ou sur l'enquête, à la fin du questionnaire. Cinq personnes ont à nouveau souligné la nécessité de supprimer la curatelle de portée générale. Selon elles, celle-ci n'est plus d'actualité et n'est pas compatible avec la CNUDPH. Une personne a indiqué : « À mon sens, la curatelle de portée générale est malheureusement un lourd héritage du droit de la tutelle, qui répond à un tout autre objectif : protéger la société de la personne, et non pas protéger la personne de la société. »

Une autre personne a souligné que les praticiens et praticiennes comme les médecins ou les curateurs et curatrices devraient être mieux informés. Selon elle, ces personnes demandent souvent une curatelle de portée générale, sans comprendre qu'une curatelle de portée générale ne résout pas les problèmes liés à un placement ou à un refus de traitement médical. Elles ne savent pas qu'une curatelle de représentation peut couvrir toutes les tâches nécessaires pour la personne concernée[176]. Une personne a également rappelé qu'il était aussi possible de priver la personne concernée de l'exercice de ses droits civils dans la (quasi-)totalité des domaines sans instituer de curatelle de portée générale.

Deux personnes ont indiqué que la curatelle de portée générale n'était instituée par leur autorité que pour répondre à des situations exceptionnelles, lorsqu'il existait « un grand danger » et que les mesures plus légères prises en amont n'avaient pas suffi, un principe appliqué également pour les personnes en établissement médicalisé ou en situation de handicap[177]. Une autre personne a décrit la curatelle de portée générale comme une mesure « plus honnête qu'une curatelle de représentation [...] avec une restriction complète de l'exercice des droits civils. »

Une personne interrogée dans le canton NE a souligné que le nombre élevé de curatelles de portée générale dans le canton s'expliquait par le fait que celle-ci était plus facile à mettre en œuvre pour les curateurs et curatrices qu'une curatelle de représentation.

3.6. Limitations

Certaines limitations doivent être prises en compte lors de l'interprétation des résultats de l'enquête. D'une part, il n'a pas été possible d'interroger un panel représentatif de membres des APEA dans les cantons étudiés, de sorte que les résultats ne peuvent pas être étendus à l'ensemble des membres de ces autorités. Ces résultats donnent toutefois un aperçu des pratiques de celles-ci. D'autre part, même si l'on peut supposer que les réponses émanent de spécialistes particulièrement au fait de ces questions, il n'est pas totalement exclu qu'elles soient en partie influencées par la désirabilité sociale. Autrement dit, il n'est pas exclu que les personnes interrogées aient donné des réponses qui reflètent moins leur véritable opinion ou comportement que les normes sociales ou les attentes supposées d'autres personnes.

[176] « Les professionnels devraient être mieux informés. Souvent, parviennent des rapports de la part des médecins ou de curateurs qui demandent une curatelle générale avec l'idée qu'un curateur général peut placer la personne contre son gré, ou lui imposer un traitement médical. Ils ne comprennent pas qu'une curatelle de représentation peut avoir autant de tâches qui sont nécessaires pour la personne, et qu'une curatelle de portée générale ne résout pas les problèmes notamment liés au placement ou au refus du traitement médical ».

[177] « La curatelle de portée générale est appliquée avec suffisamment de retenue, seulement pour des cas spéciaux, où des personnes se mettent en très grand danger, où des limitations ponctuelles ne sont pas suffisantes (parfois on essaie d'autres mesures plus légères auparavant). Même pour les personnes en EMS, on essaie toujours d'autres curatelles, sauf s'il y a des dangers ; même pour des personnes avec des handicaps, on cherche à l'éviter et à proposer, expliquer d'autres mesures. Parfois elle reste indispensable pour éviter des dangers de la part de tiers, même de la part de personnes proches, à cause de l'influence sur la personne très faible. »

III. Discussion, évaluation

1. Interventions et pouvoirs plus étendus des curateurs et curatrices dans les cantons de la Suisse latine

Cette enquête montre que les autorités de la Suisse latine ont tendance à privilégier des interventions plus étendues que celles des cantons de Suisse alémanique (dans les cantons étudiés). Cette différence n'est pas seulement manifeste dans l'évolution statistique, elle est aussi très marquée dans l'étude de cas 3, pour laquelle les cantons étudiés de la Suisse alémanique auraient majoritairement choisi de n'ordonner aucune mesure, tandis que les cantons étudiés de la Suisse latine auraient eu tendance à ordonner une curatelle, même s'ils auraient, pour la plupart, choisi une mesure autre que la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC. Le même constat peut être établi à partir de la différence significative identifiée dans l'étude de cas 4, où les personnes interrogées dans les cantons latins étudiés auraient ordonné une curatelle de portée générale, à la différence des cantons alémaniques étudiés qui, eux, ne prévoyaient aucune mesure.

Une différence significative est également apparue en ce qui concerne l'importance des effets externes de la curatelle de portée générale pour la décision. Dans les cantons étudiés de la Suisse latine, les autorités avaient aussi recours, dans certains cas, à la curatelle de portée générale pour conférer au curateur ou à la curatrice un pouvoir suffisant vis-à-vis des tiers. Si l'on généralise, cela voudrait dire que le fait d'octroyer au curateur ou à la curatrice un pouvoir suffisant vis-à-vis des tiers est plus important pour les membres des autorités des cantons latins étudiés que pour ceux des cantons alémaniques étudiés.

2. Influence de la politique, de l'usage et de la pratique sur la décision des autorités

À plusieurs reprises, l'enquête fait ressortir des réponses liées à la politique, à l'usage et à la pratique dans les cantons étudiés. Ainsi, les autorités des cantons étudiés de la Suisse latine, dont les statistiques montrent qu'elles sont plutôt enclines à ordonner une curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC, auraient aussi, dans les études de cas, plus largement privilégié une curatelle de portée générale que les autorités des cantons statistiquement réticents à l'idée d'ordonner une curatelle de portée générale. En d'autres termes, les personnes issues des cantons qui, conformément à l'usage, ordonnent comparativement plus souvent ce type de mesure, ont fait un choix analogue dans le traitement des études de cas. L'on retrouve en outre une différence significative dans les réponses à l'affirmation selon laquelle une curatelle de représentation offrirait un même niveau de protection qu'une curatelle de portée générale : les personnes issues des cantons plus enclins à ordonner une curatelle de portée générale ont eu tendance à davantage rejeter cette affirmation que les personnes issues de cantons plutôt réticents à l'égard de cette mesure. Cette différence pourrait (partiellement) s'expliquer par les réponses également variables données au sujet de l'importance des effets de la curatelle de portée générale dans d'autres domaines du droit, notamment le droit de vote et l'autorité parentale[178].

Il est donc possible d'en déduire, selon nous, que le poids de la pratique, de l'usage et de la politique en matière de curatelle de portée générale influe considérablement sur le nombre d'ordonnances prononcées dans les cantons étudiés. Les personnes qui, parce qu'elle appartient à l'usage, considèrent la curatelle de portée générale comme une mesure adéquate ont davantage tendance à l'utiliser ; inversement, les personnes qui, dans la pratique, réservent plutôt la curatelle de portée générale à des cas exceptionnels, ont moins tendance à y recourir.

[178] Voir supra p. 52.

3. L'état de faiblesse – une question traitée avec prudence

Il ressort des réponses données dans les cantons étudiés que la question de l'état de faiblesse est traitée avec une extrême prudence. C'est le cas dans l'étude de cas 3, où la question a notamment été posée de savoir si le fait d'être sans-abri était lié à l'état de faiblesse (toxicomanie) (voir ici aussi le questionnaire n° 149, p. 45). Mais cela apparaît également dans l'étude de cas 1, où la question du discernement a été posée, ou encore dans l'étude de cas 2, où les effets d'une démence légère ont été abordés à plusieurs reprises.

Le fait qu'un état de faiblesse plus ou moins important puisse expliquer les pourcentages plus ou moins élevés en faveur d'une curatelle de portée générale ou d'autres solutions pourrait également indiquer que la question de l'état de faiblesse est traitée avec circonspection. La répartition pour chaque étude de cas est la suivante :

Études de cas	Curatelle de portée générale, en pourcentage	Autres solutions, en pourcentage	Importance
1 (handicap mental modéré)	7,9	92,1	important
2 (démence légère)	3,9	80,3 (+ 15,8 aucune mesure)	pas important
3 (toxicomanie)	1,4	41,7 (+ 56,9 aucune mesure)	important
4 (trouble sévère de la personnalité)	8,0	84,6 (+ 8 aucune mesure)	important

Figure 6 : institution d'une curatelle de portée générale au regard de l'état de faiblesse

La déficience mentale modérée (niveau de développement d'une enfant de neuf ans – étude de cas 1) et le trouble sévère de la personnalité (étude de cas 4) ont recueilli les pourcentages les plus élevés en faveur d'une curatelle de portée générale. En revanche, dans le cas de la démence légère et, plus encore, dans celui de la toxicomanie, les personnes interrogées ont clairement moins souvent envisagé une curatelle de portée générale. La déficience mentale modérée et le trouble sévère de la personnalité sont des maladies qui peuvent souvent justifier l'ordonnance d'une mesure par l'autorité. Leur intensité respective (modérée ou niveau de développement d'une enfant de neuf ans ; trouble *sévère* de la personnalité) pourrait avoir favorisé cette décision. À l'inverse, une démence légère se caractérise précisément par le fait que la personne concernée est encore capable de discernement et de décision dans certains domaines. En conséquence, le besoin d'assistance et de représentation devrait être moins important. En revanche, lorsqu'il s'agit d'évaluer la nécessité d'intervenir avec des mesures relevant du droit de la protection de l'adulte dans le cas de la toxicomanie, notamment de la consommation de drogues, le curseur est placé dans la pratique de façon très variable entre responsabilité personnelle et besoin de protection. La question de savoir dans quelle mesure un instrument légal de protection de l'adulte (y compris un placement à des fins d'assistance) peut et doit permettre d'atténuer la dépendance sur les plans juridique et

pratique est sujette à controverse[179]. Cela pourrait expliquer le pourcentage très faible en faveur des curatelles de portée générale, un résultat qu'étayent aussi les arguments exposés par les personnes interrogées dans l'étude de cas 3.

4. Mesure forte = besoin de protection élevé

Relativement à l'état de faiblesse, il ressort de l'enquête qu'une intervention forte est souvent légitimée par un besoin de protection élevé. Cet aspect est notamment mis en évidence dans le cadre de l'interrogation sur la possibilité d'une lacune dans le système de mesures en cas de suppression de la curatelle de portée générale ; onze des personnes interrogées ont estimé qu'une telle suppression créerait une lacune pour les personnes présentant un besoin de protection élevé (p. 47). Cela transparaît également dans l'affirmation selon laquelle une curatelle de portée générale permettrait de signaler aux tiers que la personne placée sous cette mesure est extrêmement vulnérable (p. 48). À cela s'ajoutent d'autres déclarations individuelles, par exemple dans l'argumentation relative à l'étude de cas 4 (questionnaire nº 18) ou en cas de grand danger (p. 52). Au total, 55 % des personnes interrogées étaient en effet (plutôt) d'accord avec le fait qu'une curatelle de portée générale permet de signaler clairement aux tiers que la personne sous curatelle est extrêmement vulnérable.

Ce point de vue (selon lequel la mesure prise donne une indication de la nature et de l'intensité du besoin de protection) est pertinent. En revanche, il convient d'être prudent avant de tirer la conclusion inverse. Ainsi, une personne présentant un besoin de protection élevé n'a pas obligatoirement besoin d'une mesure forte. Ce (dernier) lien de cause à effet ne tiendrait pas compte des notions de subsidiarité et de proportionnalité. Naturellement, un état de faiblesse important peut entraîner un besoin de protection élevé. Ce point de vue, plutôt axé sur l'individu, est toutefois fortement relativisé en fonction du contexte. S'il existe un réseau solide dans l'environnement de la personne concernée, que celle-ci est d'accord avec l'aide (volontaire) et qu'elle coopère et respecte suffisamment les directives médicales (« compliance »), les personnes les plus vulnérables peuvent aussi être accompagnées avec des mesures souples, voire sans aucune mesure. En outre, il est possible qu'un état de faiblesse et un besoin de protection importants requièrent effectivement une mesure de l'autorité, mais que celle-ci ne soit pas adaptée ou pertinente au sens du principe de proportionnalité et donc qu'aucune mesure ne puisse être ordonnée[180].

L'intensité de l'intervention permet donc de tirer des conclusions sur le besoin de protection ; inversement, le degré de faiblesse et du besoin de protection peut donner une indication sur la nature de la mesure à ordonner. Toutefois, compte tenu des principes de subsidiarité et de proportionnalité, il ne constitue pas une indication suffisamment fiable.

---

[179] cf. CADUFF, RDT 2007, p. 239 ss ; HÄFELI, Directives, p. 201 s et les références citées, dans les deux cas concernant la privation de liberté à des fins d'assistance selon l'ancien droit ; dans le droit autrichien de la protection de l'adulte, les troubles liés à la consommation d'alcool et aux addictions ne sont pas considérés comme des états de faiblesse (Commentaire-ROSCH, obs. prél. sur les articles 388-425 CC, N 239 et les références citées). Voir également BERNHART, qui compare le seuil d'intervention pour « ivrognerie » du droit révisé avec la CIM-10 et relève des différences (ch. 334 ss) ainsi que SUHR BRUNNER, p. 15. Même si ces références concernent surtout le placement à des fins d'assistance et la privation de liberté à des fins d'assistance selon l'ancien droit, l'on constate, comme le montre l'expérience, les mêmes incertitudes dans la pratique, notamment en ce qui concerne l'adéquation de la mesure dans le cas des curatelles.

[180] Citons par exemple le cas d'une personne atteinte de troubles psychiques graves qui se prêterait régulièrement, de façon aléatoire et sans exprimer de volonté, aux pratiques sexuelles de tiers, que par la suite elle regrette et qui, de surcroît, lui causent un traumatisme. Ce comportement ne peut en aucune manière être considéré comme l'expression de son autodétermination. Dans le cas d'espèce, le besoin de protection serait élevé, mais aucune curatelle ne serait adaptée ou pertinente au sens du principe de proportionnalité pour éviter ce genre de situation car, dans ces moments-là, il n'est plus possible de communiquer avec cette personne. Une curatelle pourrait toutefois éventuellement s'avérer nécessaire dans d'autres domaines.

5. Suppression de la curatelle de portée générale en tant qu'institution juridique

Il est intéressant de noter que les personnes interrogées étaient majoritairement d'accord avec la suppression de la curatelle de portée générale [50 % étaient (plutôt) d'accord ; 11 % étaient partagées ; 9 % ne savaient pas], et qu'elles ont également répondu positivement à l'affirmation selon laquelle, dans tous les cas, la protection d'une personne adulte peut aussi être garantie sans instituer de curatelle de portée générale, avec toutefois une mesure moins contraignante (76 %). Le fait que la majorité (68 %) ait affirmé que la suppression de la curatelle de portée générale ne créerait aucune lacune dans le système de mesures va dans le même sens. Concernant ce dernier résultat, il convient de noter que ce taux élevé d'adhésion correspond essentiellement aux cantons (78 %) qui sont plus réticents à l'idée d'utiliser la curatelle de portée générale, alors que seules 40 % des personnes issues de cantons qui ont (plus) souvent recours à la curatelle de portée générale ont approuvé cette affirmation. Dans la mesure où l'on peut partir du principe que les scénarios étudiés ne diffèrent pas de manière significative en ce qui concerne l'état de faiblesse et le besoin de protection, tant en Suisse alémanique qu'en Suisse latine, ce résultat suggère que les cantons qui testent davantage d'autres solutions que la curatelle de portée générale obtiennent dans l'ensemble de bons résultats, tandis que les cantons qui accordent moins de poids à cette perspective ont également moins tendance à étudier et à employer d'autres solutions.

IV. Conclusions

1. Conclusions tirées des résultats de l'enquête, corrélation avec l'analyse juridique et recommandations

L'évolution juridico-historique de la tutelle et de la curatelle de portée générale montre que, depuis le droit romain, ces mesures extrêmement incisives ont été d'une part différenciées en fonction de leurs conditions, et donc délimitées[181], et d'autre part constamment remplacées par d'autres mesures moins contraignantes[182]. Cette tendance à la réduction quantitative s'observe également dans les statistiques, la Suisse alémanique n'ordonnant aujourd'hui quasiment plus de curatelle de portée générale. En Suisse latine, en revanche, l'on constate qu'elle est encore régulièrement utilisée.

L'enquête sociologique montre que les deux groupes de cantons étudiés (cantons où la curatelle de portée générale est souvent ou rarement ordonnée) ont des points de vue différents quant à la nécessité d'une intervention plus forte et quant à la nature du pouvoir accordé au curateur ou à la curatrice vis-à-vis des tiers. Les cantons qui ordonnent souvent des curatelles de portée générale sont favorables à une intervention plus forte et accordent davantage de poids que les autres cantons au pouvoir dont dispose le curateur ou la curatrice à l'égard des tiers. En outre, la politique, l'usage et la pratique jouent un rôle important dans la fréquence à laquelle cette mesure est instituée. Les cantons qui ont l'habitude d'ordonner des curatelles de portée générale prennent plus souvent ce type de mesure, et inversement. De la même manière, les cantons qui privilégient des mesures autres que la curatelle de portée générale sont (très) favorables à une suppression de cette institution et n'ont d'ailleurs pas le sentiment que cette suppression pourrait créer une lacune dans le système de mesures. D'un point de vue juridique également, comme il a été démontré, il existe des mesures adaptées, moins contraignantes (chap. II ch. 1.2.2.). Cette focalisation sur des mesures moins contraignantes en lieu et place d'une curatelle de portée générale peut être observée à plusieurs reprises dans l'enquête[183]. Les solutions proposées dans la littérature juridique pour remplacer la curatelle de portée générale (cf. chap. II, ch. 1.2.2) se recoupent largement avec les propositions des personnes interrogées. Cela pourrait s'expliquer par le fait que 72 % environ des personnes interrogées avaient suivi une formation juridique. Les autres arguments en faveur du maintien ou de la suppression de la curatelle de portée générale déjà exposés dans la littérature depuis la révision sont parfois aussi exprimés (individuellement) dans le cadre de l'enquête. C'est le cas notamment avec l'affirmation selon laquelle la curatelle de portée générale serait une variante « plus honnête » (p. 52), avec l'argument de la sécurité juridique (cf. étude de cas 1, questionnaire nº 62 ; effet « signal » p. 48), mais aussi avec la mention de l'existence d'autres solutions moins contraignantes et plus pertinentes (voir supra chap. II, ch. 3.5. ; cf. étude de cas 2, p. 42, étude de cas 3, p. 44, étude de cas 4 questionnaire nº 14, p. 46).

L'argument occasionnellement avancé selon lequel une curatelle de portée générale offrirait davantage de clarté et renforcerait la sécurité juridique (cf. étude de cas 1, questionnaire nº 62 ; chap. II ch. 1.3.) ne devrait plus guère être considéré comme une objection déterminante. Le droit révisé de la protection de l'adulte en vigueur depuis plus de dix ans a modifié la pratique, en ce sens que les mesures « sur mesure » (non typisées) constituent

[181] De la tutelle instituée pour les femmes et les personnes mineures en passant par la curatelle ciblée, les tutelles du droit révisé instituées pour cause de maladie mentale, faiblesse d'esprit, prodigalité, inconduite, ivrognerie, mauvaise gestion et peine privative de liberté, jusqu'à la curatelle de portée générale en cas de besoin d'aide particulièrement prononcé dû à un état de faiblesse conformément à l'art. 398 CC

[182] Des curatelles et du conseil légal de l'ancien droit jusqu'aux curatelles « sur mesure » du droit en vigueur

[183] P. ex. : 76 % des personnes interrogées étaient d'accord avec l'affirmation selon laquelle une curatelle de représentation selon l'art. 394 s CC, s'il y a lieu combinée avec une limitation de l'exercice des droits civils, permet d'atteindre le même but et la même protection qu'une curatelle de portée générale sur le plan juridique.

désormais la norme et que les mesures typisées (curatelle de portée générale) sont devenues l'exception (absolue). Cette idée a fait son chemin dans la pratique, mais aussi de plus en plus dans la société[184], et celle-ci a désormais conscience qu'une curatelle peut prendre des formes très différentes.

D'un point de vue juridique, il y a lieu de conclure que la curatelle de portée générale *peut* être supprimée sans mesure de substitution. Dans la mesure où elle entraîne une privation totale de l'exercice des droits civils, la curatelle de portée générale est considérée comme un dernier recours et donc juridiquement indiquée uniquement lorsqu'aucune mesure (calibrée) moins incisive ne s'avère suffisante. Ainsi, en cas d'incapacité de discernement notamment, une privation de l'exercice des droits civils n'est généralement pas nécessaire ; il suffit que la personne concernée soit représentée, sans lui retirer la capacité juridique. Une curatelle de représentation selon l'art. 394 s CC sans privation de l'exercice des droits civils est alors suffisante. En outre, il existe des domaines de la vie ou des tâches où la représentation et la privation de l'exercice des droits civils ne sont que ponctuellement possibles (si tant est même qu'elles soient possibles). Le domaine du bien-être social, par exemple, ou encore certaines tâches comme l'insertion professionnelle ou le maintien de la capacité d'habiter de façon autonome sont susceptibles de représentation lorsque des actes juridiques sont indiqués (p. ex. : un contrat pour un « logement accompagné », lorsque la personne concernée ne contracte pas elle-même d'engagement). Ces tâches ou domaines sont toutefois essentiellement caractérisés par des actions immédiates ou concrètes, comme le conseil ou même l'accompagnement. Une privation de l'exercice des droits civils serait inutile ici, car le conseil et l'accompagnement vers une structure d'accueil ou le logement autonome, par exemple, ne nécessitent pas la privation de l'exercice des droits civils. Si tous les domaines ou tâches ne nécessitent pas la privation de l'exercice des droits civils, alors des mesures « sur mesure » moins contraignantes suffisent. Même s'il existait une situation où la privation de l'exercice des droits civils s'avérait nécessaire dans tous les domaines parce que la personne concernée « torpille » ou compromet l'ensemble des actes du curateur ou de la curatrice, le système (de mesures « sur mesure ») permettrait, en application de l'art. 394, al. 2, CC, de la priver de l'exercice de ses droits civils dans tous les domaines. Dans tous les autres cas, l'institution d'une curatelle de portée générale signifie, en définitive, une violation du principe de proportionnalité. Il y a lieu de conclure de ce qui précède que la curatelle de portée générale *peut* être purement et simplement supprimée.

Si l'on tient compte par ailleurs des considérations exposées dans la Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées, alors la curatelle de portée générale *doit* être supprimée. La Suisse a ratifié sans réserves cette convention. Celle-ci s'oppose fondamentalement aux mesures du droit de la protection de l'adulte ayant pour effet une privation totale et automatique de l'exercice des droits civils dans tous les domaines de la vie. Dans la mesure où la majorité de la doctrine s'exprime de manière tout au moins (partiellement) critique en ce qui concerne la conformité avec la Convention relative aux droits des personnes handicapées, la curatelle de portée générale doit être, selon l'opinion défendue ici, considérée comme « contraire à la convention » et, en conséquence, supprimée ou remplacée, compte tenu des engagements contractés par la Suisse. Étant donné que le système de mesures « sur mesure » peut permettre, comme il a été démontré précédemment, de supprimer la curatelle de portée générale sans lui substituer aucune mesure, il convient de supprimer purement et simplement la curatelle de portée générale. Cette orientation de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées est aussi évoquée isolément dans l'enquête[185]. L'Autriche et l'Allemagne ont d'ailleurs aussi montré qu'une suppression était possible, en adoptant des mesures de protection de l'adulte analogues.

[184] Même si des améliorations sont encore nécessaires, comme en témoigne l'enquête : ainsi, 75 % des personnes interrogées étaient (en partie) d'accord avec l'affirmation selon laquelle la population devait être mieux informée des différentes formes de curatelle.
[185] cf. p. 49, p. 54.

En ce qui concerne les effets de la curatelle de portée générale sur d'autres lois fédérales (cf. chap. II, ch. 1.1.4.), il convient de procéder à des adaptations (cf. ch. 2).

Au vu de ce qui précède, nous recommandons une suppression pure et simple de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC.

2. Effets de la curatelle de portée générale sur d'autres lois fédérales

En cas de suppression de la curatelle de portée générale, il conviendra de modifier en conséquence les effets (déjà évoqués au chap. II, ch. 1.1.4.) de la curatelle de portée générale dans d'autres domaines du droit. Voici quelques propositions d'adaptation.

Effets sur d'autres lois fédérales :

- Art. 17 CC : la mention « et les personnes sous curatelle de portée générale » peut être purement et simplement supprimée ; l'art. 19d CC est suffisant.
- Capacité d'ester en justice, d'être partie à une procédure de poursuite et d'accomplir des actes juridiques : ne semble pas poser de problème dans la mesure où cela est également valable avec une mesure restreignant l'exercice des droits civils.
- Art. 26 CC : peut être purement et simplement supprimé.
- Art. 30b, al. 4, ch. 2, CC : peut être purement et simplement supprimé, le ch. 3 étant suffisant.
- Art. 260, al. 2, CC : peut être purement et simplement supprimé, l'ordonnance de l'APEA étant suffisante.
- Art. 266, al. 2, CC : ne nécessite en principe aucune modification ; toutefois, pour éviter toute confusion, il conviendrait de supprimer « des parents ». L'art. 265, al. 2, CC aurait en toute logique pour conséquence qu'un consentement ne serait plus exigé pour aucune curatelle[186].
- Art. 296, al. 3, CC : peut être purement et simplement supprimé dans la mesure où les mesures de protection de l'enfant conformément à l'art. 307 ss CC sont suffisantes pour garantir le bien-être de l'enfant.
- Art. 333 CC : peut être purement et simplement supprimé, la déficience mentale ou psychique est suffisante.
- Art. 449c, al. 1, ch. 1, CC : Remplacer : « toute limitation ou privation de l'exercice des droits civils dans un domaine qui est absolument nécessaire pour l'exercice de l'activité officielle de l'office de l'état civil. »
- Art. 553, al. 1, ch. 4, CC : peut être purement et simplement supprimé, le ch. 3 et l'al. 3 étant suffisants.
- Art. 545, al. 1, ch. 3, CO : peut (sous réserve de la jurisprudence du Tribunal fédéral[187]) être purement et simplement supprimé, l'al. 2 étant suffisant[188]. Cela s'applique donc aussi automatiquement à la société en nom collectif (art. 574, al. 1, CO) et à la société en commandite (art. 619, al. 1, CO). Dans l'art. 619, al. 2, CO,

[186] cf. Commentaire zurichois-MEIER, art. 398 CC N 53, qui limite l'art. 265, al. 2, CC à la curatelle de portée générale ; la raison pour laquelle un consentement est requis uniquement dans le cas d'une curatelle de portée générale n'est pas claire. Aucune justification ne figure ni dans le message concernant la protection de l'adulte (FF **2006** 6635, p. 6689) ni dans celui concernant la révision du droit de l'adoption (FF **2015** 835, p. 881).

[187] TF 4A_150/2014 du 26 août 2014, consid. 1.4.

[188] cf. Commentaire-ROSCH, art. 394 CC N 232 ss ; Commentaire zurichois-MEIER, art. 394/395 CC N 99 ; cf. aussi MEIER, Reprax 2018, p. 20 ss : autre opinion BADDELEY/TRIGO TRINIDAD, Entrepreneuriat, p. 283 Application aux curatelles limitant l'exercice des droits civils.

la mention « ou la mise sous curatelle de portée générale » peut être purement et simplement supprimée.

- L'art. 2 LDP est à modifier comme suit, si tant est que l'on veuille maintenir la disposition[189] : « Les interdits exclus du droit de vote au sens de l'art. 136, al. 1, de la Constitution sont les personnes qui sont à cet égard durablement incapables de discernement ou qui sont à cet égard protégées durablement par une mesure de protection de l'adulte privative de l'exercice des droits civils et qui ont été déclarées par l'autorité de protection de l'adulte. »[190].
- Loi sur les documents d'identité : en référence à l'obligation de communiquer de l'art. 449c, al. 1, ch. 4, let. b, CC, la loi sur les documents d'identité doit être modifiée comme suit : art. 5 LDI « Les mineurs et les personnes limitées dans l'exercice de leurs droits civils, …» ; art. 11, al. 1, let. g, et art. 13, al. 1, let. c, LDI : « ou des personnes protégées par une mesure de protection de l'adulte limitant l'exercice des droits civils relatives... »
- Loi sur la stérilisation : l'art. 6 et le passage correspondant de l'art. 10, al. 2 de la loi sur la stérilisation (« sous curatelle de portée générale ou ») peuvent être purement et simplement supprimés.
- Le droit de plainte selon l'art. 30 CP est à modifier comme suit : art. 30, al. 2, CP : « ou protégé à cet égard par une curatelle limitant l'exercice des droits civils... » ; art. 30, al. 3, CP : « ou protégé par une curatelle limitant l'exercice des droits civils... ».
- Permis d'acquisition d'armes : l'art. 8, al. 2, let. b, Larm peut être purement et simplement supprimé. Afin d'éviter toute confusion, la let. a peut être complétée comme suit : « qui n'ont pas 18 ans révolus ou qui ne sont pas capables de discernement en ce qui concerne l'usage des armes ».
- Inventaire réalisé dans le cadre d'une succession. L'art. 157, al. 4, LIFD est à modifier comme suit : « ou protégés par une curatelle limitant l'exercice des droits civils... ».
- L'art. 4, al. 2, let. d de la loi fédérale sur le commerce itinérant peut être modifié comme suit : « ... ou protégé à cet égard par une curatelle limitant l'exercice des droits civils ; ».

Les autres dispositions mentionnées au chap. II, ch. 1.1.4., qui traitent (ou tendent à traiter) la curatelle de portée générale et les autres types de curatelle de manière équivalente, ne doivent pas être modifiées ; il suffit de supprimer le passage concernant la curatelle de portée générale, selon le cas (par ex. : art. 260, al. 2, CC).

[189] Critique sur ce point : Commentaire zurichois-Meier, art. 398 CC N 64 ; Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-FREI, art. 29 N 57 ; voir en outre le rapport du Conseil fédéral du 25 octobre 2023, Participation politique des Suisses qui ont un handicap intellectuel, rapport en exécution du postulat 21.3296 Carobbio Guscetti, ainsi que la motion 24.4266 « Droits politiques pour les personnes en situation de handicap » de la Commission des institutions politiques du Conseil national transmise le 24 octobre 2024, aux termes de laquelle le Conseil fédéral est chargé de soumettre le projet de modification de l'article 136, al. 1 de la Constitution fédérale, qui serait libellé comme suit : « Tous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus ont les droits politiques en matière fédérale. Tous ont les mêmes droits et devoirs politiques. »

[190] cf. Commentaire bâlois CC I-MARANTA, art. 449c N 20 ss ; Commentaire bernois-ROSCH, art. 394 CC N 256 ; MEIER avec différentes variantes de solutions, dans : Commentaire zurichois-MEIER, art. 393 N 61, art. 394/395 CC N 119, art. 396 CC N 58 ; art. 398 CC N 64 ; et également : Commentaire manuscrit Stämpfli-CNUDPH-FREI, art. 29 N 57.

V. Synthèse

La question de la suppression et de l'utilité de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC mobilise les esprits, dans la littérature juridique comme dans la pratique, depuis le processus de révision du droit de la protection de l'adulte. Sur le plan juridique, la curatelle de représentation selon l'art. 394 s CC, s'il y a lieu combinée avec une limitation de l'exercice des droits civils selon l'art. 394, al. 2, CC ou l'art. 396 CC, offre suffisamment de possibilités pour garantir aux personnes vulnérables la protection nécessaire. Par ailleurs, il est tout à fait possible, dans le cadre de l'application du droit, d'éviter le recours à une curatelle de portée générale en procédant à un examen de la subsidiarité et de la proportionnalité à la fois rigoureux, conforme aux obligations et prenant un minimum en compte les ressources. Cela vaut, en particulier, pour les tâches et domaines essentiellement caractérisés par des actions immédiates ou concrètes (p. ex. : bien-être social, aides à l'intégration) et pour lesquels une représentation (avec limitation de l'exercice des droits civils) est donc peu indiquée.

Sur le plan statistique, l'on constate sur tout le territoire suisse une tendance à la réduction quantitative de la curatelle de portée générale, la Suisse alémanique n'ayant quasiment plus recours à cette mesure, à l'inverse de la Suisse latine, où elle est clairement utilisée plus fréquemment.

Il ressort de l'évaluation menée dans les cantons objet de cette étude qu'une majorité très nette des personnes interrogées sont parvenues à la conclusion qu'il n'y aurait pas de vide juridique sans la curatelle de portée générale et qu'il serait dans tous les cas possible de garantir une protection avec des mesures moins contraignantes. Leur position à l'égard de la suppression de la curatelle de portée générale en tant qu'institution juridique est moins évidente, la moitié des personnes interrogées déclarant y être au moins en partie favorables. L'enquête montre en outre que la politique, la pratique et l'usage dominants ont une incidence sur l'institution de la curatelle de portée générale, puisque les autorités des cantons qui ordonnent plus souvent une curatelle de portée générale considèrent aussi plus souvent celle-ci comme une mesure valable, tandis que les autorités des cantons qui ont plutôt tendance à éviter cette mesure se disent aussi plutôt réticents à l'utiliser et préfèrent envisager d'autres solutions. Le fait que les autorités favorables à d'autres solutions soient en outre plus nombreuses à défendre l'idée selon laquelle une autre mesure que la curatelle de portée générale peut garantir la même protection signifie aussi, en fin de compte, que ces autres solutions sont en pratique efficaces.

La curatelle de portée générale emporte aussi des effets à l'échelle fédérale. Par exemple, une personne placée sous cette mesure est automatiquement privée du droit de vote ou de l'autorité parentale (art. 296, al. 3, CC). D'après la littérature, ces effets poseraient pour le moins problème en termes de conformité avec le principe d'égalité juridique et avec la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Dans la présente expertise, nous avons présenté les dispositions concernées et exposé les solutions qui permettraient de corriger ces effets en l'absence de curatelle de portée générale.

La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées s'oppose notamment aux mesures qui privent « automatiquement » une personne de l'exercice de tous ses droits civils. Pour cette raison, la Suisse, qui a ratifié sans réserves la convention, a le devoir de supprimer la curatelle de portée générale. Une suppression pure et simple de cette mesure est possible, comme nous l'avons démontré.

Au vu de ce qui précède, nous recommandons donc la suppression pure et simple de la curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC.

Daniel Rosch

Paula Krüger
(Directrice de l'enquête sociologique et statistique*)

* avec la collaboration de Mme Emilienne Kobelt