

Département fédéral de justice et  
police DFJP  
Office fédéral de la justice OFJ  
Bundesrain 20  
CHF-3003 Bern

**Par courriel:**  
[zz@bj.admin.ch](mailto:zz@bj.admin.ch)

Berne, le 31 mai 2023

## **Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats (FSA) sur l'avant-projet concernant le droit de la protection de l'adulte – Modification du code civil**

Madame la Conseillère fédérale,

Mesdames, Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats se détermine comme il suit sur l'avant-projet de modification du Code civil suisse en relation avec la protection de l'adulte.

La Fédération Suisse des Avocats, sans se prononcer sur les volets politiques et sociaux qui conduisent à la rédaction de l'avant-projet précité, fait les observations techniques suivantes sur ledit document :

1. Par le nouvel article 361a, le législateur fédéral souhaite introduire une obligation faite aux cantons d'instituer une autorité chargée de recevoir le dépôt des mandats pour cause d'inaptitude. La FSA ne peut que saluer cette innovation qui permettra, dans chaque canton, de disposer d'un système centralisé de collecte des mandats pour cause d'inaptitude. Cela offre à celles et ceux qui sont au bénéfice d'un tel mandat d'avoir l'assurance qu'il sera bien mis en œuvre si nécessaire par l'interpellation de l'autorité chargée de recevoir les mandats en dépôt.
2. L'avant-projet étend le pouvoir légal de représentation du conjoint et/ou du partenaire enregistré à celles et ceux qui mènent de fait une vie de couple avec la personne à protéger, fait ménage commun ou lui fournit une assistance personnelle régulière.
  - a) A titre préliminaire, la FSA observe que celles et ceux qui souhaitent s'engager vis-à-vis de leur partenaire à une assistance réciproque respectivement à une aide réciproque ont la faculté de le faire soit par la conclusion d'un mariage ou d'un partenariat enregistré, soit par la rédaction ou l'instrumentation d'un mandat pour cause d'inaptitude. Celles et ceux qui ne le font pas souhaitent vraisemblablement conserver leur indépendance financière.

- b) La prise en charge du train-de-vie commun de personnes en union libre fait l'objet de discussions et d'une entente spécifique entre les personnes faisant ménage commun, laquelle peut être souple et variable. Il existe dès lors objectivement un conflit d'intérêt latent entre les deux personnes menant de fait une vie de couple quant à la prise en charge de leurs frais respectifs et de leurs frais communs. Cette problématique n'est pas traitée dans l'avant-projet. Elle devrait conduire à ne pas assimiler la réflexion faite en matière de soins et de réponses aux médecins, lesquelles portent sur des questions extra-pécuniaires de santé, avec la gestion quotidienne de deux patrimoines distincts qui doivent prendre en charge les frais communs dans une proportion que la loi ne définit pas, même à titre de droit dispositif.
- c) L'avant-projet ne fixe pas de délai au-delà duquel existerait un pouvoir légal de représentation. Selon le texte même, il suffirait donc que la personne menant de fait une vie de couple ait emménagé depuis quelques jours avec la personne à protéger pour qu'elle puisse bénéficier d'un pouvoir légal de représentation. De plus, les critères à prendre en compte pour considérer qu'une personne fait ménage commun ou qu'elle lui fournit une assistance personnelle régulière ne sont pas définis ni dans l'avant-projet, ni dans l'exposé. Au contraire, on se garde de les définir. C'est sans doute une lacune qui rendra très problématique le traitement judiciaire des pouvoirs de représentation litigieux. Tout dépendra de la jurisprudence du Tribunal fédéral. La FSA ne peut que recommander que des critères soient avancés idéalement dans le texte légal, à tout le moins dans l'exposé des motifs.
3. L'avant-projet prévoit à l'article 443 un droit d'aviser l'autorité pour toute personne soumise au secret professionnel lorsque l'intérêt d'une personne incapable de discernement ayant besoin d'aide le justifie. Il y a à cet égard lieu de relever que l'avocat, assujéti au secret professionnel, doit rester entièrement libre de décider s'il avise l'autorité ou s'il s'abstient d'aviser, sans pour autant que l'on puisse lui en faire grief. Par les informations qu'il a reçues dans le cadre de son mandat, l'avocat peut en effet être amené à ne pas vouloir aviser l'autorité, pour des motifs que le secret professionnel l'empêche d'énoncer et d'expliciter. La Fédération Suisse des avocats relève à cet égard que l'on ne saurait faire grief ultérieurement à un avocat de ne pas avoir avisé l'autorité, quand bien même il en aurait eu le droit, sans qu'il ait à justifier des réflexions qui l'ont conduit à s'abstenir d'aviser. A défaut, on porterait une atteinte sévère au secret professionnel de l'avocat.

A l'article 448, l'avant-projet instaure tout d'abord un droit de collaborer sans se faire délier au préalable du secret professionnel. Les remarques faites quant à l'article 443 s'appliquent par analogie à l'article 448 al. 1bis. En vertu du secret professionnel qui régit sa profession, l'avocat qui refuse de collaborer ne devrait pas avoir sa responsabilité engagée, faute de quoi il serait contraint de violer son secret professionnel pour justifier des décisions prises. C'est au reste à juste titre que l'article 13 de la loi sur la libre circulation des avocats est réservé à l'article 448 al. 2 de l'avant-projet. Le secret professionnel de l'avocat doit primer toute obligation de collaboration ou d'annonce.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez aux présentes observations et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, à notre haute considération.

Présidente FSA  
Birgit Sambeth

Secrétaire général FSA  
René Rall

