Publié par:
REISO.org
REVUE D'INFORMATION SOCIALE

# L'a b c du nouveau droit de protection de la personne

Longtemps attendu, le nouveau droit de la protection remplacera dès le 1er janvier 2013 le centenaire droit de la tutelle. Comment les nouvelles dispositions, habilement modulables, ont-elles mûri et quels sont leurs objectifs ?

Par **Olivier Guillod,** professeur, directeur de l'Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel

Le droit de la tutelle (art. 360 à 455 du Code civil [CC]) date du tout début du vingtième siècle, à l'exception des dispositions relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance qui ont été adoptées en 1978. C'est en effet le 10 décembre 1907 que le Parlement votait à l'unanimité le Code civil, dans un contexte sociétal évidemment fort différent de celui de 2012 [1]. Depuis plusieurs décennies, le constat d'un décalage croissant, pour ne pas parler d'une inadéquation, des dispositions du Code civil par rapport aux réalités actuelles avait été posé. Le Conseil fédéral le résumait en ces termes dans son Message du 28 juin 2006 : « Ne répondant plus à nos besoins ni aux conceptions actuels, il est nécessaire de le [le droit actuel de la tutelle] réviser totalement » [2].

Les principales critiques adressées au droit actuel de la tutelle portaient, en résumé, sur les points suivants :
- le catalogue des mesures (interdiction, conseil légal, curatelle) au contenu prédéterminé ne permettait pas d'individualiser suffisamment la mesure de protection ni de respecter pleinement le principe de proportionnalité ;
- le pouvoir de prendre des décisions, notamment dans le domaine personnel, pour des personnes incapables de discernement dépourvues d'un mandataire tutélaire, n'était pas réglé clairement ;
- la protection des personnes incapables de discernement vivant en EMS était insuffisante, de même que la protection juridique des personnes placées à des fins d'assistance ;
- le traitement des personnes placées à des fins d'assistance en raison de troubles psychiques n'était absolument pas réglé au niveau fédéral ;
- la terminologie utilisée dans le Code civil (par exemple : interdiction, interdit, pupille, ivrognerie, inconduite, maladie mentale, etc.) était à la fois surannée et stigmatisante pour les personnes concernées ;
- l'organisation de la tutelle était compliquée et les autorités de tutelle manquaient parfois des connaissances et des compétences professionnelles nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches ;

- le régime de responsabilité personnelle des organes de la tutelle ne correspondait plus aux conceptions.

## Maturation auprès de tous les milieux intéressés

Le nouveau droit de la protection de l'adulte est le résultat d'un long processus de maturation qui a permis à tous les milieux intéressés de se faire entendre. Les travaux de révision du Code civil ont commencé au début des années 1990 déjà, sous la houlette d'un groupe de trois experts (Bernhard Schnyder, Martin Stettler et Christoph Häfeli) qui alliaient compétence juridique (y compris de droit comparé), expérience du travail social et vision politique. Sur la base d'un avant-projet de ces trois experts, le Département fédéral de justice et police a décidé en 1999 de nommer une commission interdisciplinaire d'une vingtaine d'experts et l'a chargée de lui présenter un projet de révision du Code civil. Après trois ans de travail, la Commission a livré un second avant-projet de modification du Code civil, envoyé en consultation auprès de tous les milieux intéressés en 2003.

La consultation (72 prises de position) a révélé un large soutien à l'idée d'une réforme globale du droit de la tutelle. Le nouveau catalogue des mesures prises par l'autorité (curatelles), l'innovation des mesures personnelles anticipées et l'adaptation du placement à des fins d'assistance ont été clairement approuvés. De fortes divergences de vues sont apparues en revanche sur la nature judiciaire ou administrative de l'autorité interdisciplinaire de protection de l'adulte. Enfin, des critiques ont été adressées à la partie de l'avant-projet réglant la procédure.

Tenant compte de ces appréciations, le Conseil fédéral a apporté divers remaniements à l'avant-projet et, le 28 juin 2006, a adressé au Parlement fédéral son « Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) » [3]. Successivement le Conseil des Etats (en automne 2007) et le Conseil National (en automne 2008) ont examiné le projet et lui ont apporté quelques modifications mineures, d'ordre essentiellement rédactionnel. Après l'élimination de quelques divergences entre les deux Chambres, la révision a été adoptée en votation finale (à l'unanimité au Conseil des Etats ; par 191 voix contre 2 au Conseil national) le 19 décembre 2008 [4]. Aucun référendum n'a été lancé, de sorte que le Conseil fédéral a pu fixer l'entrée en vigueur de la réforme au 1er janvier 2013 [5].

## Mots-clés : auto-détermination, solidarité, flexibilité, interdisciplinarité

Les objectifs essentiels de la réforme adoptée en décembre 2008 peuvent être résumés de la manière suivante, avec leur concrétisation dans le Code civil :
- **promouvoir l'auto-détermination de la personne**, notamment en prévoyant divers instruments lui permettant de disposer d'elle-même au-delà de l'éventuelle survenance d'une incapacité de discernement (mandat pour cause d'inaptitude, art. 360ss ; directives anticipées, art. 370ss) ;
- **renforcer la solidarité familiale et, en même temps, réduire l'intervention de l'Etat**. Les liens étroits existant entre des personnes formant une communauté de vie justifient de leur attribuer un pouvoir de représentation quand leur partenaire perd le discernement (représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré pour les actes quotidiens, art. 374ss ; représentation par les proches dans le domaine médical, art. 378), ce qui clarifie la situation juridique et permet aussi d'éviter l'ouverture de procédures menant à la désignation d'un mandataire tutélaire ;
- **améliorer la protection juridique des personnes incapables de discernement résidant en EMS**, pour remédier au flou juridique sur les conditions-cadre d'accueil de la personne dans l'institution et sur l'étendue des restrictions qui peuvent être imposées à sa liberté de mouvement (exigence d'un contrat d'assistance écrit, art. 382 ; encadrement des mesures limitant la liberté de mouvement, art. 383ss ; assujettissement des EMS à une surveillance cantonale, art. 387) ;
- **flexibiliser les mesures d'assistance personnelle et patrimoniale prises par l'autorité** afin qu'elles puissent tenir compte au maximum des besoins individuels (principe des « mesures sur mesure », art. 391 ; limitation individualisée de l'exercice des droits civils, art. 394ss) ;

- **renforcer la protection juridique des personnes privées de liberté à des fins d'assistance**. La durée limitée du placement qui peut être ordonné par un médecin (art. 429), les exigences formelles posées à la décision prise par un médecin (art. 430), le réexamen périodique du placement (art. 431), le droit de faire appel à une personne de confiance (art. 432) et le droit de recourir au juge contre un traitement sans consentement et contre une mesure limitant la liberté de mouvement (art. 439 al. 1 ch. 4 et 5) vont clairement dans ce sens ;
- **unifier la réglementation de la prise en charge institutionnelle des personnes placées à des fins d'assistance pour des troubles psychiques**. Les dispositions sur le plan de traitement (art. 433), sur le traitement sans consentement (art. 434), sur les cas d'urgence (art. 435) et sur les mesures limitant la liberté de mouvement (art. 438) donneront des points de repère plus clairs aux établissements traitant des personnes placées à des fins d'assistance ;
- **créer une autorité interdisciplinaire de protection de l'enfant et de l'adulte**, composée de personnes disposant des compétences professionnelles requises (art. 440).

## Une terminologie nouvelle et des rôles mieux définis

En plus des réalisations évoquées au paragraphe précédent, la réforme a introduit un certain nombre de modifications de moindre importance. Sans prétendre à l'exhaustivité, on mentionnera notamment :
- l'abandon de l'autorité parentale prolongée au-delà de la majorité, au profit d'un assouplissement des exigences (notamment quant à la remise d'un inventaire, de rapports et de comptes périodiques) posées au curateur quand il est un proche de la personne concernée (art. 420) ;
- le remplacement de la publication des mesures prises par l'autorité par un droit de chaque personne faisant valoir un intérêt digne de protection de se renseigner auprès de l'autorité compétente sur l'existence d'une mesure de protection (art. 451 al. 2) ;
- la simplification du système d'approbation de certains actes du mandataire tutélaire par l'autorité : le consentement émanera toujours de l'autorité de protection de l'adulte et la liste des actes visés a été raccourcie (art. 416) ;
- l'utilisation d'une nouvelle terminologie dénuée (pour le moment !) de connotation péjorative ou stigmatisante. Par exemple, toutes les mesures de protection de l'adulte prises par l'autorité sont des formes de « curatelle » (plus d'« interdiction ») ; la loi parle de « personne concernée » (et plus de « pupille »), de « troubles psychiques » (plutôt que de « maladie mentale ») et de « placement à des fins d'assistance » (au lieu de « privation de liberté à des fins d'assistance ») ;
- le rôle réduit des autorités cantonales de surveillance (art. 441 CC) qui ne feront plus qu'exercer une surveillance de nature administrative sur les autorités de protection de l'adulte, sans compétence juridictionnelle ;
- la possibilité de placer une personne dans une institution appropriée à des fins d'expertise psychiatrique, en respectant les garanties procédurales de la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 449 CC) ;
- l'introduction d'une responsabilité causale exclusive du canton en lien avec toutes les mesures (curatelles et placements à des fins d'assistance) prises par l'autorité de protection de l'adulte (art. 454 CC).

Voilà, de manière très résumée, quelques facettes du nouveau droit. Il reste à voir comment il sera transposé dans la pratique.

[1] Pour une mise en perspective générale, voir Olivier Guillod, « Cent ans de sollicitude. Un code civil soucieux de la personne », Rapport à la Société suisse des juristes pour le centenaire du Code civil, Revue de droit suisse 2007 II p. 47ss.

[2] Feuille fédérale 2006 6635, p. 6636.

[3] Feuille fédérale 2006, p. 6635.

[4] Feuille fédérale 2009, p. 139.

[5] Recueil officiel des lois fédérales 2011, p. 725. Les documents relatifs à cette réforme sont accessibles en ligne sur le site de la Confédération.