PRIVATION DE LIBERTE A DES FINS D'ASSISTANCE - DISPOSITIONS CANTONALES D'INTRODUCTION

INDICATIONS ET SUGGESTIONS

établies par un groupe de travail constitué par le Département fédéral de justice et police.

Introduction

1. La loi fédérale du 6 octobre 1978 a complété le titre dixième du code civil suisse par un chapitre sixième sur la "privation de liberté à des fins d'assistance". A cette occasion, d'autres dispositions du code civil, la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 ont été modifiées. L'entrée en vigueur de cette loi fédérale entraîne la préparation de dispositions d'introduction par les cantons. Ces dispositions d'introduction ont une importance tout particulière, car la matière de la privation de liberté à des fins d'assistance constitue un domaine juridique où la plus grande clarté possible doit régner dès le jour de l'entrée en vigueur de la loi fédérale, en particulier en ce qui concerne les compétences et la procédure. La loi fédérale ne contient à ce sujet que des principes.

Les présentes "indications et suggestions" ont pour but d'aider les cantons à adopter les dispositions d'introduction nécessaires. L'accent principal doit être donné à la réponse aux deux questions suivantes : premièrement : quand le canton est-il tenu d'adopter une disposition et dans quelle mesure est-il lié par les limites juridiques fixées par le droit fédéral ?

Deuxièmement : quand est-il indiqué de prévoir des dispositions cantonales complémentaires et dans quelle mesure le droit fédéral doit-il, dans ce cas-là, être pris en considération?

Les "indications et suggestions" ne doivent pas être considérées comme un commentaire de la loi. On a renoncé à mentionner, pour une bonne part, les motifs exposés dans le message. En revanche, les réflexions fondamentales exprimées ici, ainsi que la présentation des différents éléments connexes à ce sujet, tiennent compte de l'activité législative que le canton doit déployer dans ce domaine. Les "indications et suggestions" ne se prononcent pas non plus sur la question de savoir sous quelle forme la plus appropriée les dispositions cantonales, nécessaires et complémentaires, doivent être adoptées. On peut envisager une loi spéciale, la loi d'introduction du CCS, les lois de procédure ou d'organisation judiciaire, etc. Le canton peut aussi saisir l'occasion de la nécessité de créer des dispositions cantonales d'introduction concernant la privation de liberté à des fins d'assistance pour réviser l'ensemble de sa législation sur l'aide sociale.

2. Annexes :

a) Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, ci-après : CEDH);

b) Message concernant la modification du code civil suisse (privation de liberté à des fins d'assistance) et le retrait de la réserve apportée à l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; du 17 août 1977;

c) Loi fédérale du 6 octobre 1978 : code civil suisse (privation de liberté à des fins d'assistance).

3. Les procès-verbaux des débats des Chambres fédérales sont publiés dans le Bulletin officiel 1978, CE p. 36 sv. et 403 sv, CN 745 sv. et 1230 sv.

4. Dans la partie principale qui suit, nous passons en revue, à l'intention du législateur cantonal, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 1978. Une annexe traite des conséquences, pour les cantons, du retrait de la réserve à l'article 5 CEDH.

Partie principale :

Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 1978.

1. Conditions et contenu de la privation de liberté

Message pages 18 ss, 20, 22,23,31

L'article 397a du CCS est libellé de la manière suivante :

A. Conditions 1. Une personne majeure ou interdite peut être placée ou retenue dans un établissement approprié lorsque, en raison de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle nécessaire ne peut lui être fournie d'une autre manière.

2. En l'occurrence, il y a lieu de tenir compte aussi des charges que la personne impose à son entourage.

3. La personne en cause doit être libérée dès que son état le permet.

1.1. La privation de liberté à des fins d'assistance et les autres privations de liberté

Selon le nouveau droit, la privation de liberté à des fins d'assistance, mais seulement cette forme de privation de liberté, est réglée de façon exhaustive par le droit fédéral. Nous exposons ci-dessous ce qu'il faut entendre par "privation de liberté à des fins d'assistance" au sens du CCS par rapport aux autres formes

de privation de liberté. Simultanément, nous nous demanderons si et dans quelle mesure le canton dispose encore d'une compétence législative en matière de privation de liberté. A ce propos, il convient de signaler que toutes les privations de liberté ordonnées en vertu du droit cantonal doivent être conformes à la CEDH (voir annexe). Par ailleurs, il faut constater ceci :

- il y a des privations de liberté ordonnées à des fins autresque l'assistance qui, comme auparavant, peuvent ou doivent être réglées par le droit cantonal.

- Les dispositions cantonales actuellement en vigueur sur la privation de liberté à des fins d'assistance sont désormais contraires au droit fédéral (voir ci-dessous chiffre 1.1.2.).

- Enfin, il existe encore, dans le contexte de la privation de liberté à des fins d'assistance selon le droit fédéral, des privations de liberté qui doivent être réglementées sur le plan cantonal : privation de liberté à titre de mesure préliminaire (par exemple, enquête) ainsi que la privation de liberté dans le cadre de soins à donner dans un établissement (voir ci-dessous chiffre 1. 1.3.).

1.1.1. La privation de liberté à des fins d'assistance est ordonnée pour le bien de la personne concernée. L'assistance personnelle nécessaire ne peut pas lui être fournie d'une autre manière (article 397a, ler alinéa in fine). Il est possible que cette privation de liberté protège des tiers que l'intéressé pourrait mettre en danger; mais cet élément de mise en danger n'est pas déterminant.

La loi fédérale ne régit, de manière exhaustive, que la privation de liberté à des fins d'assistance dans un établissement. Sont donc réservées les privations de liberté dans un établissement qui ne sont pas ordonnées à des fins d'assistance. A ce propos, nous examinons, ci-dessous, les autres formes de privation de liberté, c'est-à-dire pour des motifs relevant du droit pénal, du droit de procédure pénale, de la police et des épidémies.

- S'agissant du droit pénal, les cantons ont, tout d'abord, le droit et le devoir de prononcer les peines et mesures prévues par le droit pénal fédéral et de les faire exécuter. Les cantons ont, au surplus, le pouvoir de légiférer en matière de contraventions de police. A ce propos, surgit le problème de la sanction pénale du vagabondage au regard de la privation de la liberté à des fins d'assistance. Actuellement, le vagabondage est encore considéré, dans plusieurs cantons, comme une contravention pénale. La CEDH ne l'exclut pas. Mais le droit pénal cantonal en matière de contraventions de police ne peut prévoir que des arrêts. Pourtant, les cantons ne peuvent pas utiliser leur compétence pour maintenir la privation de la liberté pour cause de fainéantise. Ce motif de privation de liberté n'est plus admissible en vertu du droit fédéral. Il va de soi que les cantons ont la faculté, à l'occasion de l'introduction de la loi fédérale, d'éliminer l'infraction de vagabondage des contraventions de police.

- Les privations de liberté sont possibles comme auparavant en vertu du droit cantonal de procédure pénale.

- Sont réservées aussi les privations de liberté pour des motifs de pur droit de police. Il s'agit ici, en premier lieu, du maintien de la sécurité et de l'ordre publics. Assurément, la privation de la liberté à des fins d'assistance ordonnée en vertu du CCS a aussi, dans de nombreux

cas, les effets de protection que la privation de liberté pour des motifs de police cherche à atteindre. Toutefois, il existe des cas où seule une privation de liberté fondée sur le droit de police peut entrer en considération. Ainsi en est-il du cas où il y a pour la collectivité un danger immédiat et grave qui ne peut être détourné autrement et où l'intéressé n'a pas besoin d'une assistance personnelle, ou encore lorsque celle-ci ne peut être apportée dans des délais utiles.

Existe-t-il encore, en plus de la privation de liberté à des fins d'assistance, une compétence cantonale pour légiférer sur la privation de liberté en vue de protéger d'un danger la personne contre elle-même (menace de suicide, par exemple) ? Dans la plupart des cas, il faut admettre qu'un tel danger est un élément constitutif de l'article 379a, ler alinéa CCS. Toutefois, on pourrait songer à des cas où les circonstances justifieraient une privation de liberté selon le CCS, mais où les autorités compétentes ou les offices appropriés, au sens de l'article 397b, 2e alinéa, ne seraient cependant pas en mesure de fonctionner. Il apparaît ainsi opportun que, pour de tels cas et pour d'autres situations exceptionnelles de ce genre, le canton puisse prévoir aussi des privations de liberté fondées sur des motifs de police, afin d'empêcher un suicide. Ces privations de liberté devraient cependant être converties, dès que possible, en mesures prises en vertu du CCS. Cette conversion est réalisée dès que l'autorité compétente, instituée en vertu du CCS et la loi cantonale d'introduction, a pris la décision nécessaire.

- L'article 5 chiffre 1, lettre e CEDH prévoit expressément que le droit national peut priver de sa liberté une personne susceptible de propager une maladie contagieuse.

Ces privations de liberté prononcées par les cantons et justifiées par la lutte contre les épidémies sont prévues comme par le passé par la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies) du 18 décembre 1970 (RS 818.101). Ces mesures ne tombent pas sous le critère de la privation de liberté à des fins d'assistance (voir message page 8).

1.1.2. L'article 397a énumère de façon exhaustive les motifs qui autorisent la privation de liberté à des fins d'assistance. Le canton n'a plus de compétence pour prévoir des motifs supplémentaires susceptibles de justifier une privation de liberté à des fins d'assistance, comme la fainéantise, la paresse, le désoeuvrement, les mauvaises moeurs. Ces critères pris isolément, c'est-à-dire sans que les autres conditions mentionnées à l'article 397a, ler alinéa soient remplies (par exemple, la maladie mentale ou l'alcoolisme) ne peuvent plus justifier un placement, même si le canton prévoyait jusqu'alors pour de tels cas une privation de liberté à des fins d'assistance. Il en va de même pour les cas où quelqu'un tomberait à la charge de la collectivité, parce qu'il est fainéant. A ce sujet, il y a plusieurs dispositions cantonales qui doivent être modifiées. Dans l'ensemble, on peut dire que ce qu'on appelle communément l'internement administratif, ainsi que l'internement des malades mentaux qui, en règle générale, lui était distinct, sont dorénavant couverts par la nouvelle réglementation du CCS. En principe, on ne fait pas de différence entre les majeurs et les interdits.

1.1.3. Le CCS règle la privation de liberté à des fins d'assistance; on entend par là le placement ou le maintien dans un établissement. L'expression : "personne...placée ou retenue dans un établissement approprié" ne concerne pas les examens

ambulatoires, y compris l'examen qui est fait en vue d'une éventuelle privation de liberté de longue durée dans un établissement. Ces examens ambulatoires ordonnés par l'autorité, le cas échéant exécutés par la force, et qui ne durent que quelques heures, doivent être réglés par le droit cantonal. Il s'agit ici, en quelque sorte, de mesures préliminaires en vue d'une privation de liberté à des fins d'assistance selon le CCS.

L'envoi d'une personne dans un établissement selon l'article 397a, ler alinéa CCS, peut entraîner le prononcé d'autres privations de liberté justifiées par les soins thérapeutiques. De telles privations de liberté ressortissent au droit fédéral dans la mesure où l'autorité doit prendre en considération l'"établissement approprié" au sens de l'article 397a, ler alinéa. Mais les modalités de ces privations de liberté doivent être réglées par le canton. Celui-ci veillera à ce que la protection de la personnalité garantie par la Constitution soit observée à l'intérieur de l'établissement (voir 97 I 839; 99 Ia 262; 100 Ia 454; 102 Ia 279; 103 Ia 293; 103 Ia 165).

L'assistance dans un établissement exige que des <u>établissements appropriés</u> soient à disposition. Cette exigence peut être réalisée au moyen d'établissements appartenant aux cantons, d'établissements ou d'institutions privés, ainsi que par la conclusion d'accords avec d'autres cantons. Une certaine surveillance cantonale de ces établissements n'est pas seulement nécessaire dans l'intérêt de l'institution, mais aussi en raison de la responsabilité du canton dans ce domaine (article 397b, 3e alinéa in fine, article 429a).

1.2. <u>Mesures antérieures et postérieures au placement</u>

Selon l'article 397a, ler alinéa in fine, la privation

de liberté à des fins d'assistance est ordonnée lorsque l'assistance personnelle nécessaire ne peut être fournie "d'une autre manière". Il va de soi qu'au préalable on cherchera à fournir une assistance au sein de la famille, de groupes ou d'institutions privées. Le droit cantonal doit prévoir des mesures antérieures (mesures moins graves que la privation de liberté et auxquelles on recourt avant de priver quelqu'un de sa liberté) et des mesures postérieures destinées aux personnes qui ont terminé leur séjour dans un établissement. La procédure et la protection juridique qui concerne ces mesures doivent être réglées par les cantons.

A titre de mesures antérieures au placement, on peut concevoir, d'une part, l'assistance volontaire comme l'offre d'une aide de soins et, d'autre part, des mesures formelles d'intervention comme l'avertissement, la prescription de règles de conduite (par exemple, interdiction de consommer de l'alcool, l'obligation de se soumettre à un traitement ambulatoire, voir ci-dessus 1.1.) et l'envoi dans un établissement dit avec sursis.

S'agissant de "l'envoi dans un établissement avec sursis", il y a lieu de constater, tout d'abord, que cette solution ne se prête pas de la même manière pour les différentes causes de placement. Ensuite,l'envoi dans un établissement avec sursis ne peut être considéré que comme une suspension de la décision sur la privation de liberté. Lorsque par la suite, le "sursis à l'envoi dans un établissement" est révoqué, l'article 397a et ss CCS est applicable. C'est à ce moment que toutes les conditions de la privation de liberté à des fins d'assistance doivent être remplies (les termes d'"envoi dans un établissement avec sursis" ne sont à ce propos également pas très heureux). Par conséquent, l'avertissement complété par des règles de conduite rendent des services analogues.

Parmi les mesures postérieures au placement, on pourra recourir à celles prévues par le droit de tutelle comme la mise sous curatelle. Mais, d'une manière générale, une simple assistance subséquente suffira; le canton devrait prévoir dans sa législation ce qui est nécessaire à ce sujet. En pratique, il s'agira souvent d'un traitement ambulatoire ou d'un contrôle subséquent, comme c'est le cas pour les personnes dépendantes de l'usage de stupéfiants selon l'article 15, 1er alinéa (respectivement 2e alinéa après la révision de la loi fédérale du 6.10.1978). A cela s'ajoute la question de la libération dite conditionnelle. A ce propos, on doit constater que l'établissement a le droit d'imposer des règles de conduite lors de congés (voir ci-dessous 2.3.). En revanche, des compétences plus étendues pour ordonner la réintégration dans l'établissement appartiennent exclusivement aux autorités mentionnées à l'article 397b.

1.3. La durée de la privation de liberté à des fins d'assistance

La loi ne fixe pas la durée durant laquelle la privation de liberté peut être ordonnée. On s'est ainsi intentionnellement écarté du système de la durée des peines que connaît le code pénal. La limite supérieure de la durée d'un placement est cependant réglée à l'article 397a, 3e alinéa : la privation de liberté doit cesser et la personne en cause libérée "dès que son état le permet".

Toutefois, les cantons sont libres de prévoir dans leur législation des durées maximales, aux termes desquelles la privation de liberté cesse d'office à moins qu'une nouvelle décision n'intervienne. Il s'agit, bien entendu, de délais maximaux qui ne doivent pas empêcher un examen préalable du cas, d'office ou à la demande de l'intéressé. Ces délais maximaux présentent un certain

intérêt lorsqu'un plan de thérapie est prévu (par exemple lorsqu'il s'agit d'une cure).

L'article 397a, 3e alinéa doit être lu en liaison avec l'article 397b, 3e alinéa, lequel règle la compétence pour décider de la libération (ci-dessous 2.3.). Selon le message (page 30), qui se réfère à ce sujet à l'interprétation donnée à la CEDH, les autorités et personnes compétentes pour prononcer la libération ont un devoir de contrôle. Si c'est une autorité de tutelle qui est compétente pour prononcer la libération, il serait opportun qu'elle examine périodiquement si l'intéressé ne peut pas bénéficier d'une libération. Bien entendu, l'établissement où la personne séjourne a aussi le droit et l'obligation de rendre l'autorité de tutelle attentive sur les possibilités de libération. Le canton peut prévoir dans sa législation des dispositions dans ce sens. Si l'établissement est compétent pour prononcer la libération, cet examen permanent d'une possibilité de libération interviendra dans le cadre de la thérapie dispensée à la personne. On pourrait cependant renforcer la protection juridique de la personne en exigeant de l'établissement qu'il procède à un examen périodique avec ou sans décision formelle ou en instituant un organe de surveillance chargé de procéder à de tels examens.

Certaines lois cantonales prévoient pour les malades mentaux une obligation d'annoncer les cas après une certaine durée du séjour, qu'il s'agisse d'un placement volontaire ou non. Le droit fédéral n'a pas modifié la compétence des cantons s'agissant de ces obligations d'annoncer. Mais celles-ci n'ont un intérêt que pour les séjours de longue durée.

2. La compétence pour ordonner la privation de liberté et la mainlevée.

2.1. La compétence des autorités de tutelle

Message page 31

L'article 397b, 1er alinéa et l'article 406 sont libellés de la manière suivante:

Article 397b

B. For et compétence

[1]La décision est prise par une autorité de tutelle du domicile ou, s'il y a péril en la demeure, par une autorité de tutelle du lieu où se trouve la personne en cause.

Article 406

2. Interdits

[1]Le tuteur protège l'interdit et l'assiste dans toutes ses affaires personnelles.

[2]S'il y a péril en la demeure, le tuteur peut placer ou retenir l'interdit dans un établissement, selon les dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance.

La décision concerne le placement ou le maintien dans un établissement. Le canton ne peut accorder la compétence de décider qu'aux autorités de tutelle existantes. Il n'a pas le droit de créer des organes chargés spécialement de prendre les décisions en matière de privation de liberté à des fins d'assistance, c'est-à-dire des organes qui, en dehors de cela ne s'occuperaient pas des problèmes de tutelle en général et qualifier ces organes d'autorités de tutelle au sens de l'article 397b, 1er alinéa.

Le canton peut choisir, parmi les différentes autorités de tutelle, celle qui convient le mieux. Il peut désigner l'autorité tutélaire ou bien l'autorité de surveillance inférieure ou supérieure. Il peut aussi établir des distinctions, pour autant que cela soit justifié par les circonstances et confier les décisions concernant les causes de placement moins graves à l'autorité de tutelle et celles concernant les causes plus graves à l'autorité de surveillance inférieure ou supérieure. Il s'agit ici d'adopter la solution qui se révèle en pratique la plus appropriée.

L'autorité de tutelle du lieu où se trouve la personne

n'est compétente pour prendre une décision que s'il y a péril en la demeure, c'est-à-dire en cas d'urgence. Si cette autorité estime qu'un placement durable est indiqué, elle doit en aviser, conformément à l'article 397c, l'autorité du lieu de domicile qui prendra la décision appropriée. Dans ce cas également, on pourrait envisager que le canton désigne, en lieu et place de l'autorité de tutelle habituellement compétente (par exemple, l'autorité de surveillance), une autre autorité (par exemple, l'autorité tutélaire). Lorsqu'il y a péril en la demeure, le tuteur peut aussi placer un interdit dans un établissement (article 406, 2e alinéa).

2.2. La compétence particulière pour les mesures urgentes et les malades mentaux

Message page 33 ss.

L'article 397b, 2e alinéa est libellé de la manière suivante :

1...

B. For et compétence

2. Pour les cas de péril en la demeure ou de maladie psychique, les cantons peuvent en outre attribuer cette compétence à d'autres offices appropriés.

Le canton peut, en plus, habiliter d'autres offices que les autorités de tutelle à prendre une décision dans deux cas particuliers. Tout d'abord, lorsqu'il y a urgence, c'est-à-dire lorsqu'il y a péril en la demeure. Cette compétence est valable pour tous les motifs de placement. Ensuite, le canton peut aussi prévoir une compétence particulière, lorsqu'il s'agit de maladies psychiques. Le terme de "maladie psychique" s'entend dans un sens plus large, d'après le texte, l'esprit de la loi et ses travaux préparatoires, que celui de "maladie mentale" selon l'article 397a, 1er alinéa. En particulier, la toxicomanie est aussi une maladie psychique au sens de la loi, lorsque la personne a besoin

de soins psychiatriques dans un établissement.

Le canton peut déclarer compétent des offices pour les deux cas mentionnés ou seulement l'un d'entre eux, le cas échéant en procédant à des distinctions matérielles. Ainsi, en particulier, certains "offices appropriés" pourraient être compétents pour prendre les mesures urgentes, d'autres pour prendre toutes les mesures relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance des personnes souffrant de maladie psychique.

Par péril à la demeure, on vise deux situations : soit une mesure qui, selon sa nature, est de courte durée, soit une mesure qui doit être exécutée immédiatement en vue de l'envoi d'une personne dans un établissement pour une longue durée. Dans ce cas, cependant, la mesure qui entraîne un placement de longue durée doit ensuite être ordonnée par l'autorité compétente selon l'article 397b, 1er alinéa.

En tant qu'il s'agit de malades psychiques, l'article 397b, 2e alinéa doit être combiné avec l'article 397e, chiffre 5 de la loi fédérale. Si l'office approprié n'a pas les connaissances nécessaires pour statuer, il doit faire appel à un expert. Le canton peut aussi désigner comme office approprié un médecin qui n'est pas spécialiste en psychiatrie (message page 33, Bull. Off. 1978 CN 763, 1232). Cependant, toute garantie doit être donnée que les règles de procédure, en particulier celles que mentionne l'article 397e, chiffre 1 de la loi fédérale, seront observées. Le canton est responsable des actes des "offices appropriés" (article 429a). Sont réservées les dispositions cantonales sur les conditions d'admission dans les établissements psychiatriques (voir message page 34).

L'"office approprié" doit être désigné d'avance et d'une manière générale. Une attribution de compétences de cas en cas n'est pas admissible.

2.3. La compétence pour prononcer la mainlevée du placement

Message pages 33 et 34

L'article 397b, 3e alinéa est libellé de la manière suivante :

B. For et compétence

1...

2...

3. Si le placement ou le maintien dans un établissement a été ordonné par une autorité de tutelle, celle-ci est aussi compétente pour en prononcer la mainlevée; dans les autres cas, la compétence appartient à l'établissement.

La loi règle la compétence principale pour prononcer la mainlevée. On entend par là ceci : le fait que l'autorité de tutelle soit compétente pour prononcer la mainlevée ne libère pas l'établissement de son devoir de proposer la libération, lorsqu'elle est opportune. Inversément, l'"office approprié" conserve une compétence propre pour lever sa décision de placement dans tous les cas où l'établissement est compétent et permettre ainsi la libération.

Les demandes de libération dont il est question aux articles 397d, 2e alinéa (ci-dessous 3.3.) et 397e, chiffre 2 (ci-dessous 4.2.) doivent être adressées à l'autorité compétente, selon l'article 397b, 3e alinéa, respectivement être transmises de l'autorité incompétente à celle qui est compétente. Le canton peut prévoir que les requêtes à l'autorité de tutelle doivent être adressées par l'entremise de l'établissement, lequel examinera la demande et fera la proposition qui convient.

Il n'y a pas de libération au sens de la loi, lorsque l'établissement accorde un congé. Tant que les congés sont considérés comme une mesure de thérapie, ils font partie du cadre des activités exercées par l'établissement. Cependant, il est possible que l'autorité qui a ordonné le placement donne des directives s'agissant des congés. Mais, en règle générale, c'est l'établissement qui est mieux à même de fixer des règles de conduite. Voir en outre à ce sujet p. 8 ss ch. 1.2.

2.4. Dénonciation et intervention

La dénonciation est une communication de faits adressée à l'autorité compétente dans le but de provoquer éventuellement une décision. Celui qui bénéficie d'un droit de dénonciation agit conformément au droit lorsqu'il dénonce ces faits. Le devoir de dénoncer implique une obligation d'agir dans un certain sens. Le droit d'intervention signifie, par contre, que l'autorité saisie d'une demande a l'obligation de statuer.

Le CCS ne régit pas expressément la question des droits de dénonciation et d'intervention en matière de privation de liberté à des fins d'assistance. Cependant, le principe inquisitoire applicable dans ce domaine, permet de considérer quiconque comme habilité à dénoncer des faits. A cela s'ajoute que le droit qui est accordé à une personne proche d'attaquer judiciairement la décision refusant de libérer une personne placée (article 397d, ler alinéa) implique aussi le droit de demander une libération. Pour le surplus, la compétence de légiférer appartient aux cantons. S'agissant du devoir de dénoncer, la réglementation cantonale s'inspirera de son droit d'assistance sociale. Ainsi, pourraient être tenus de dénoncer les groupements professionnels qui ont des contacts particulièrement étroits avec les personnes ayant besoin

d'assitance, de même que les fonctionnaires et les employés d'institutions de droit public et les médecins. Là où l'on prévoit un devoir de dénoncer, il sera nécessaire, en règle générale, d'accorder un droit d'intervention. L'obligation de dénoncer et le droit d'intervention peuvent être prévus aussi bien pour la privation de liberté de personnes à des fins d'assistance que pour la libération de ces mêmes personnes, le cas échéant, en procédant à des distinctions matérielles.

2.5. Obligation d'informer

Message page 38

L'article 397c est libellé de la manière suivante:

C. Obligation d'informer: L'autorité de tutelle du lieu où se trouve la personne en cause et les autres offices désignés par le droit cantonal informent l'autorité de tutelle du domicile lorsqu'ils placent ou retiennent dans un établissement une personne interdite ou lorsque d'autres mesures tutélaires leur paraissent devoir être prises à l'égard d'une personne majeure.

On doit remarquer en premier lieu que par "autres mesures tutélaires" au sens de la loi, on entend aussi un placement de longue durée par l'autorité de tutelle du domicile, décision qui ferait suite au placement immédiat ordonné par l'autorité de tutelle du lieu de séjour ou par l'office approprié. L'article 397c est particulièrement explicite. Il contraint les autorités et offices compétents à informer, mais il fixe également la limite supérieure de cette obligation d'informer, limite qui ne doit pas être dépassée pour des raisons de discrétion. Pour que cette information réciproque fonctionne correctement, il sera nécessaire, lorsque les dispositions cantonales d'introduction auront été édictées, de publier des listes des autorités de tutelle qui doivent être renseignées dans chaque canton. Bien entendu le Département fédéral de justice et police pourra mettre ces listes à disposition.

L'article 397c régit seulement l'obligation réciproque d'informer des offices et autorités compétents; il ne dit rien d'une éventuelle obligation d'informer les proches; à ce propos voir ci-dessous 4.1.).

3. Le contrôle judiciaire

L'article 397d, 1er alinéa est libellé de la manière suivante:

D. Contrôle judiciaire

[1]La personne en cause ou une personne qui lui est proche peut en appeler par écrit au juge, dans les dix jours à compter de la communication de la décision.

S'agissant du droit de recours au juge, de la légitimation et des délais, voir message page 38ss.

3.1. Le juge

L'article 54, 2e alinéa du titre final du CCS est libellé de la manière suivante:

[2]Si la loi ne fait pas mention expresse soit du juge, soit d'une autorité administrative, les cantons ont la faculté de désigner comme compétente, à leur choix, une autorité de l'ordre administratif ou judiciaire.

En matière de privation de liberté à des fins d'assistance, la loi parle expressément du "juge". L'autorité de recours ne peut plus être dorénavant une autorité administrative. Bien plus, au sens de l'article 5, chiffre 4 CEDH, les cantons doivent instituer "un organe indépendant des autres pouvoirs de l'Etat, qui est appelé à juger quant au fond et sans parti pris les cas de privation de liberté" (message page 40). L'indépendance du juge doit être concrétisée aussi bien dans son mode d'élection que dans ses activités. Une activité peut être qualifier de judiciaire, lorsque "l'organe qui l'exerce est avant tout indépendant des autres pouvoirs de l'Etat ou de toute autre institution de la vie publique" (ATF 102 Ia 180 c 3a).

La procédure devant le juge doit tenir compte de "certains principes fondamentaux de procédure", ce qui implique en particulier, que les parties doivent être mises sur pied d'égalité (voir FF 1968 II page 1101).

En considération de l'article 48, 2e alinéa OJ, les cantons ne doivent pas désigner une autorité judiciaire inférieure pour le cas où ils ne prévoient qu'une juridiction cantonale unique.

Dans les limites prévues par le droit fédéral, les cantons sont libres de désigner les autorités auxquelles ils entendent confier les décisions judiciaires en matière de privation de liberté à des fins d'assistance. Ils peuvent confier ces tâches à des autorités judiciaires existantes ou bien en créer de nouvelles; les unes et les autres doivent garantir, dans le cadre des dispositions cantonales de procédure selon l'article 397f, que la cause sera jugée suivant une procédure simple et rapide. De prime abord, les solutions suivantes peuvent être retenues: les tribunaux administratifs existants (dans certains cantons, ces juridictions sont déjà compétentes pour trancher ces problèmes); les tribunaux civils existants (ce qui tiendrait compte précisément du fait que le recours en réforme au Tribunal fédéral est prévu); les commissions spéciales de recours selon le modèle de la commission de recours pour les questions relevant de la psychiatrie, telle qu'elle existe dans le canton de Zurich (cette commission est formée de médecins et de juges professionnels); la combinaison d'un tribunal ordinaire et de commissions spéciales de recours. Le "juge"peut aussi être un juge unique. De plus, les cantons peuvent prévoir que les décisions de placement seront soumises à la compétence d'autorités judiciaires différentes selon les motifs invoqués. Si on procède à de telles distinctions, on ne peut guère concevoir, en pratique, qu'une distinction entre les malades psychiques et les autres cas de placement.

3.2. La personne dite "proche"

Selon l'article 397d, 1er alinéa, non seulement la personne en cause, mais la personne qui lui est proche peut en appeler au juge. C'est le droit fédéral qui détermine qui est proche de la personne en cause, au besoin en recourant à l'interprétation. Dès lors, les cantons n'ontpas la compétence de fixer dans leur législation d'introduction le cercle des personnes dites proches ou même d'en faire une description exhaustive. Sont, quant au fond, des personnes proches: l'époux, le parent en ligne ascendante et descendante et les frères et soeurs, les personnes qui sont en rapports d'amitié avec l'intéressé, les personnes qui, en raison de leurs fonctions officielles ou de leurs activités professionnelles, connaissent bien la situation de l'intéressé (par exemple les assistants sociaux, les médecins, les ecclésiastiques, etc).

3.3. Le rejet d'une demande de libération

L'article 397d, 2e alinéa est libellé de la manière suivante:

D. Contrôle judiciaire

[1]...

[2]Elle en a également le droit lorsqu'une demande de libération est rejetée.

S'agissant de savoir à qui la demande de libération doit être adressée, voir ci-dessus 2.3.

Une demande de libération peut être introduite en tout temps, à moins qu'une procédure judiciaire ne soit pendante. L'indication de la durée maximale du placement dans la décision a seulement pour effet, qu'à l'échéance du délai l'intéressé sera libéré. En revanche, les Chambres fédérales, en accord avec la proposition du Conseil fédéral, ont renoncé à prévoir des délais d'attente durant lesquels il ne serait pas possible de présenter une nouvelle demande de libération et ensuite, le cas échéant, de provoquer une décision judiciaire. Qu'en est-il cependant

lorsque le même intéressé présente des demandes de libération et requiert l'intervention du juge sans discontinuer? A ce propos une jurisprudence s'est instaurée au cours des temps dans tous les cantons pour le traitement de ces recours, jurisprudence qui tient compte d'une part de la protection juridique et, d'autre part, des nécessités de la pratique. Les cantons peuvent éventuellement traiter cette question dans leur loi ou bien laisser à la jurisprudence le soin de la trancher.

3.4. La procédure simple et rapide

Message page 42

L'article 397f, 1er alinéa est libellée de la manière suivante:

II. Devant le juge 1 Le juge statue suivant une procédure simple et rapide.

L'article 397f ne concerne que la procédure devant les tribunaux cantonaux (voir le titre dans la marge en regard des articles 397e et f).

D'après l'article 397d, 1er alinéa, le juge doit être saisi par écrit. Sur ce point, le droit fédéral avec cette exigence, va assurément au-delà des dispositions cantonales sur la procédure simple devant les tribunaux cantonaux. Mais le message constate ceci: "Dans l'intérêt de la sécurité du droit, on peut exiger que l'intéressé exprime par écrit, ne serait-ce qu'en quelques mots, sa volonté de ne pas se soumettre à la privation de liberté et de demander une décision judiciaire" (message p.41).

Une procédure simple signifie qu'"étant donné la valeur fondamentale de la liberté personnelle et la situation de faiblesse de l'intéressé, il convient de choisir une procédure qui soit la moins formelle possible" (message page 43). Les questions de forme ne doivent donc pas être décisives. En revanche, la nécessité de placer quelqu'un dans un établissement ne peut pas pour autant être examinée sommairement sur la base de l'établissement d'une vraisemblance. Une procédure simple ne signifie pas non plus qu'on peut renoncer à une motivation de la décision. Une motivation écrite est même souhaitable. Pour les procédures qui prévoient tout d'abord une motivation orale, il y aurait lieu d'exiger la notification d'une motivation écrite, lorsque l'utilisation d'un moyen de droit contre la décision est annoncé.

La procédure rapide doit assurer que, selon la CEDH, le tribunal statue "à bref délai sur la légalité de la détention". Tout retard injustifié est exclu. Pour la procédure selon l'article 397f, l'autorité doit siéger sans désemparer.
Les cas de privation de liberté à des fins d'assistance doivent être traités indépendamment de l'ordre chronologique des affaires dont le tribunal est saisi.

L'article 397f, 1er alinéa, se réfère à la procédure cantonale de première, deuxième (voire troisième) instance. Cependant, comme la CEDH exige une décision à bref délai d'<u>un</u> juge, une interprétation conforme à la CEDH de l'article 397f, 1er alinéa permet d'affirmer que la procédure de deuxième ou de troisième instance ne doit pas se dérouler aussi rapidement que la première procédure.

Puisqu'il est possible de déposer un recours en réforme au Tribunal fédéral, on observera les exigences fédérales prévues à l'article 51 OJ quant à la procédure devant les autorités cantonales et la rédaction des jugements.

La réglementation de l'article 397f, 1er alinéa, doit être mise en rapport avec celle de l'article 397e, chiffre 4 (effet suspensif; pour les détails voir ci-dessous 4.4.): l'octroi aussi bien que le refus de l'effet suspensif doivent être décidés rapidement.

3.5. L'assitance juridique

Message page 42 ss.

L'article 397f, 2e alinéa est libellé de la manière suivante:

II. Devant le juge

[1]...

[2]Au besoin, il accorde à la personne en cause une assistance juridique.

Selon cette disposition, il existe un droit à l'assistance juridique lorsque les circonstances l'exigent, prescrit par le droit fédéral. En d'autres termes, le juge doit examiner d'office, dans tous les cas où la personne n'est pas représentée, si la désignation d'un conseil est nécessaire. Le droit à l'assistance juridique selon le CCS va au-delà du droit garanti par l'article 4 de la Constitution.

Le juge doit répondre à ces deux questions: premièrement, la personne a-t-elle besoin d'une assistance juridique? Deuxièmement, qui doit être le conseil de la personne intéressée? Ainsi le juge, et non l'autorité de tutelle, doit désigner le conseil.

Pour la question de la répartition des frais, on se réfèrera à la page 42 du message. Le droit à l'assistance juridique prescrit par la législation fédérale ne doit en tout cas pas être contesté pour des motifs de paiement de frais. Par ailleurs, il y a lieu de constater que l'institution fédérale de l'assistance juridique selon l'article 397f, 2e alinéa, est fort ressemblante à l'institution de la défense d'office. On pourrait envisager pour le moins que le canton se réfère à ces dispositions par analogie.

Le canton peut limiter la faculté d'être conseil aux seuls avocats. Mais il peut aussi confier cette tâche à d'autres personnes; il serait même souhaitable, en raison de la nature de l'affaire, qu'il le fasse. En particulier, on pourrait envisager qu'une "personne proche" de l'intéressé selon l'article 397d, 1er alinéa puisse être désignée comme conseil. Il va de soi que la personne proche de l'intéressé serait alors un conseil et n'aurait pas qualité de partie au procès.

3.6. Le droit d'être entendu oralement

Message page 41

L'article 397f, 3e alinéa est libellé de la manière suivante:

II. Devant le juge

1 ...

2 ...

3 Cette personne doit être entendue oralement par le juge de première instance.

Le droit d'être entendu va au-delà du droit d'être entendu garanti par l'article 4 de la Constitution, dans la mesure où il prévoit que l'intéressé doit avoir la possibilité de s'exprimer oralement. Les cantons sont libres de prévoir que ce droit s'étend à la procédure de deuxième instance ou, voire, à la procédure des instances supérieures subséquentes.

Le message ne dit pas si l'intéressé doit être entendu oralement par l'ensemble des membres du tribunal de première instance lorsque celui-ci est un collège (page 41). Selon l'opinion du groupe de travail, la législation cantonale d'introduction devrait prévoir, en principe, l'audition par l'ensemble des membres de l'autorité; toutefois, des exceptions à ce principe, justifiées par les circonstances, pourraient être prévues (par exemple, parce qu'il s'agit d'un placement qui doit être décidé rapidement ou bien parce que l'obligation de faire diligence serait compromise par une audition devant l'ensemble du collège (article 397f, 1er alinéa).

3.7. Autres dispositions de procédure

Sans relation avec un article particulier de la loi révisant le CCS il convient de noter encore ce qui suit:

La procédure en général

Avec la privation de liberté à des fins d'assistance, on a affaire à une institution réglementée dans le CCS, c'est-à-dire dans le droit privé fédéral, et qui est applicable d'office. En ce qui concerne la compétence fédérale, un réexamen est possible par la voie du recours. Nous avons ainsi affaire matériellement, s'agissant de la possibilité procédurale de réexamen, à une institution qui est traitée comme celle de l'interdiction. Celle-ci est aussi une institution de droit privé fédéral comportant une intervention d'office de l'autorité, qui peut faire l'objet d'un recours en réforme selon l'article 44 OJ. C'est pourquoi, il est évident que les cantons mettront à profit leurs expériences faites en matière d'interdiction pour adopter la procédure applicable en matière de privation de liberté à des fins d'assistance.

Le pouvoir d'examen, en tout cas du juge de première instance, doit être étendu, (examen des questions de droit et de fait, y compris les questions d'appréciation).

La procédure judiciaire doit, en outre, être soumise à la maxime d'office: le juge établit d'office les faits sans être lié par les conclusions et les moyens de preuve des parties. Il apprécie les preuves librement et prend également en considération les faits qui sont intervenus après la décision de première instance. Ces règles sont valables sans exception devant le juge de première instance.

Il est à conseiller de donner au juge la possibilité de prendre une décision en lieu et place de l'autorité inférieure et d'ordonner par exemple, au lieu d'un placement dans un institution,

une mesure plus douce de droit cantonal ou de renvoyer l'affaire pour une nouvelle décision à l'autorité inférieure. Mais ce renvoi à l'autorité inférieure ne doit cependant pas tirer le droit, garanti par la législation fédérale, à la levée d'une mesure privative de liberté illégale.

Les frais de la procédure

C'est ici que le message s'adresse plus qu'ailleurs aux législateurs cantonaux, et l'on peut renvoyer avant tout au chiffre 244.3 page 44 du message. Il est recommandé, pour les motifs exposés dans le message, de prévoir en général une limite assez basse des frais en matière de procédure de privation de liberté à des fins d'assistance ou de renoncer au prélèvement de frais. Peuvent ou doivent faire exception les procédures introduites témérairement. Ces considérations valent aussi pour les dépens à la charge du requérant.

En particulier, le dépôt d'une avance de frais peut compromettre à tel point le prononcé rapide d'une décision qu'elle ne semble pas admissible, mis à part quelques cas exceptionnels (demandes répétées et teméraires).

Il convient encore d'indiquer qu'il existe une relation étroite entre la disposition de l'article 397f, premier alinéa, selon laquelle le juge statue suivant une procédure simple, et la charge des frais. La disposition qui impose une procédure simple et rapide vise à faciliter le plus possible l'accès au juge par la personne concernée. Ce but peut être déjoué par les frais et les éventuelles avances de frais. Ainsi les frais ne doivent pas avoir un effet dissuasif.

4. Dispositions de procédure en général (article 397e)

4.1. Indication des motifs du placement et des voies de recours

(Message page 35 ss)

L'article 397e chiffre 1 est libellé de la manière suivante:

E. Procédure dans les cantons

I. En général

"La procédure est réglée par le droit cantonal, sous les réserves suivantes:

1. Lors de toute décision, la personne en cause doit être informée des motifs justifiant la mesure prise et être avertie, par écrit, de son droit d'en appeler au juge."

Contrairement à la réglementation relative à la procédure judiciaire (article 397f, 3e alinéa), la loi nouvelle ne dit rien s'agissant du droit d'être entendu avant le prononcé d'une décision de placement ou de maintien dans un établissement. Des travaux préparatoires, il ressort pourtant sans ambiguité qu'on n'a pas renoncé à l'exigence minimale du droit fédéral concernant le droit d'être entendu (voir ATF 83 I 240ss;98 Ia 8, 129; 98 Ib 175; 101 Ia 170). Une obligation expresse d'entendre la personne oralement avant la décision (obligation qui serait analogue à celle de l'article 397f, alinéa 3 dans la procédure judiciaire) n'a pas été prévue expressément, parce que, dans des situation extrêmes, cela ne serait pas possible. Il và de soit que, dans de tels cas, les prétentions fondées sur la garantie constitutionnelle disparaissent aussi (ultra posse nemo tenetur).

Le devoir d'informer la personne concernée des motifs de la décision tient compte, d'une part, de la formule correspondante dans la CEDH, d'autre part de la pratique du droit administratif en matière de décisions imposant une obligation. Pour l'essentiel,

l'intéressé doit pouvoir obtenir tout renseignement sur les fondements de la mesure, notamment en vue d'un éventuel appel au juge. L'intéressé doit connaître les motifs retenus à son égard. A cette fin, il a besoin d'un court exposé des faits (pas nécessairement d'un diagnostic médical), d'une motivation au sens étroit du terme (pourquoi un séjour dans une institution s'impose) et d'une référence aux bases juridiques. Dans la mesure où l'autorité n'a pas, elle seule, établi les faits, il est nécessaire de faire mention des informateurs, du moins d'une manière générale. C'est au canton de déterminer si, en particulier s'agissant des organes appropriés, il y a un besoin d'édicter des dispositions particulières dans ce domaine. Contrairement à l'indication des moyens de recours (voir ci-dessous), les motifs peuvent selon les circonstances être communiqués oralement.

Qu'en est-il de la motivation lorsque la personne concernée est incapable de discernement et n'est pas ainsi à même d'en appeler au juge? En règle générale, une telle personne est placée sous tutelle. Dès lors, c'est le tuteur qui doit être informé. Au reste, le canton peut prévoir une information des proches. Il convient alors de décider, selon une appréciation rigoureuse, si c'est l'information des proches ou la sauvegarde du secret médical qui prédomine. En outre, la jurisprudence cantonale relative à l'article 420 CCS s'agissant de la légitimation pour recourir devrait déjà donner quelques indications.

Dans le même ordre d'idée, se pose aussi la question du droit à la consultation du dossier. L'intéressé a en principe le droit de consulter le dossier puisqu'il s'agit d'une décision qui lui impose une obligation.

Cependant, il existe aussi, en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, des intérêts au maintien du secret qui doivent être pris en considération: ainsi l'intérêt d'un informateur à rester anonyme, ou bien la préservation de la santé d'une partie (voir ATF 95 I 446). Néanmoins un intérêt au maintien du secret ne veut pas dire qu'aucune information ne doit être donnée. On devra rechercher, selon les règles de l'appréciation conforme au droit, un équilibre entre l'intérêt de la personne concernée à être informée et celui de l'administration à préserver le secret. En ce qui concerne le droit des tiers à la consultation du dossier, c'est-à-dire des proches, il faut en plus mettre dans la balance les droits de la personnalité de l'intéressé. Tout bien considéré, les cantons, si ce n'est pas déjà le cas d'une manière générale, auraient la possibilité de circonscrire les limites du droit à la consultation du dossier dans la procédure de privation de liberté à des fins d'assistance.

L'article 397e chiffre 1, deuxième partie, contient l'exigence d'une indication écrite des moyens de recours. On ne satisfait pas à cette exigence par le seul affichage d'un règlement dans l'établissement qui mentionnerait ces moyens de droit. Dans tous les cas, ceux-ci doivent être communiqués individuellement à chaque intéressé. Cela, bien entendu, ne peut et ne doit se faire que lorsque l'intéressé peut être abordé. (Il en est de même naturellement pour la communication des motifs de la privation de liberté). L'indication des voies de recours doit désigner "l'autorité de recours compétente et préciser le délai et la forme dans lesquels le recours doit être déposé" (Message p. 36).

4.2. Communication des voies de recours lors de l'entrée dans un établissement

Message p. 36

L'article 397e chiffre 2 est libellé de la manière suivante:

E. Procédure dans les cantons

I. En général

"1 ...

2 Toute personne qui entre dans un établissement doit être immédiatement informée, par écrit, de son droit d'en appeler au juge contre son maintien dans cet établissement ou le rejet d'une demande de libération."

L'obligation d'indiquer les voies de recours existe pour tous les établissements dans lesquels sont exécutées régulièrement ou occasionnellement des privations de liberté à des fins d'assistance sans ou contre la volonté de l'intéressé. Le critère décisif est celui de savoir si l'établissement est conçu de façon à pouvoir retenir des personnes contre leur volonté pour des motifs d'assistance. Les établissements que le canton pourrait mentionner dans une liste, seraient par exemple: les cliniques psychiatriques, les foyers pour handicapés mentaux, les centres de désintoxication, les maisons d'éducation, d'éducation au travail, de travail, les communautés thérapeutiques, les cliniques de jour et de nuit, etc. On peut renoncer à une communication générale des moyens de recours s'agissant des établissements où il est exceptionnel que des privations de liberté à des fins d'assistance, non volontaires soient exécutées, comme par exemple dans les asiles de vieillards: il faut cependant veiller à ce que, dans ces cas exceptionnels, les personnes touchées par la privation de liberté soient informées à temps sur leur possibilité de recours.

Les voies de recours lors de l'entrée dans un établissement peuvent être indiquées dans le règlement de l'établissement ou dans les "communications aux nouveaux patients", remis aux personnes qui entrent dans l'établissement.

La communication générale des voies de recours prévue par le chiffre 2 de l'article 397e vaut aussi pour toutes les personnes qui sont envoyées dans un établissement par l'autorité sans ou contre leur volonté en application de l'art. 397a. Par la communication générale des voies de recours, l'attention de ces personnes est attirée sur leur droit d'en appeler au juge contre le refus d'une demande de libération.

Quelle autorité doit-on indiquer par écrit dans la communication générale des moyens de recours? Tout dépend de la question de savoir qui est compétent pour exercer le contrôle judiciaire. Il convient ici de distinguer plusieurs cas: s'il s'agit du maintien dans un établissement sans décision de l'autorité ou de l'office compétents, c'est le juge du lieu de l'établissement qui est compétent; ce juge peut sans autre être désigné dans l'indication générale des voies de recours. S'il s'agit du refus d'une demande de libération, soit le juge du siège de l'autorité tutélaire soit le juge du siège de l'établissement seront compétents suivant que l'autorité tutélaire ou l'établissement peuvent prononcer la libération. Comme le refus d'une demande de libération doit indiquer les voies de recours et l'autorité judiciaire compétente, il suffit de mentionner dans la communication générale par l'établissement des voies de droit l'adresse à laquelle la demande de libération doit être envoyée. Reste réservée l'éventualité où une demande de libération n'est simplement pas traitée. Si l'intéressé s'adresse, en pareilles circonstances, à un juge incompétent, celui-ci doit informer le juge compétent en application de son obligation de transmission selon l'article 397e chiffre 3.

4.3. Transmission obligatoire

Message p. 41 ss

L'article 397e chiffre 3 est libellé de la manière suivante:

E. Procédure dans les cantons
I. En général

1 ...
2 ...
3 La demande de décision judiciaire doit être transmise immédiatement au juge compétent."

Selon le message (p. 41), "l'obligation de transmettre la demande vaut pour toutes les personnes qui, en tant que gardiens, médecins ou membres de la direction de l'établissement ou d'une autorité, etc., entrent en contact avec l'intéressé." Le canton pourrait préciser quelque peu ce devoir dans des directives à l'intention des établissements et de leur personnel. Il convient, en outre, de rappeler qu'à certaines conditions la responsabilité du canton pourrait être engagée selon l'art. 429a, parce que la transmission obligatoire par le personnel de l'établissement n'a pas été assurée. Rappelons enfin que la règle de la transmission obligatoire selon le chiffre 3 concerne aussi le juge incompétent.

4.4. Ajournement de l'exécution (effet suspensif)

Message p. 43

L'article 397e chiffre 4 est libellé de la manière suivante:

E. Procédure dans les cantons
I. En général

"1 ...
2 ...
3 ...
4 L'autorité qui a ordonné le placement ou le juge peut accorder un effet suspensif à la demande de décision judiciaire."

Ce chiffre 4 ne concerne pas le cas où l'office qui a prononcé le placement surseoit à l'exécution de sa décision pour quelques jours, notamment jusqu'à ce que le délai de dix jours de l'article 397d, 1er alinéa soit échu. Il est d'ailleurs recommandé de le faire lorsque le placement est prévu pour une longue durée. Pourtant, très souvent, la nécessité matérielle de ce placement ira de pair avec son urgence (cela par opposition à la privation de liberté pour des motifs de droit pénal).

Le but essentiel du chiffre 4 est de donner la possibilité à l'autorité qui a ordonné le placement ou au juge d'accorder un effet suspensif, lorsque l'intéressé demande une décision judiciaire. Si après l'introduction du recours par l'intéressé ou une personne proche, l'autorité qui a ordonné le placement a accordé l'effet suspensif, le juge n'a plus à s'occuper de la question.

Au surplus, les cantons doivent régler les questions de compétence. On peut envisager que le président du collège des juges ait la compétence d'accorder l'effet suspensif. Le canton peut aussi régler la question de savoir si la décision sur l'effet suspensif peut être attaquée séparément ou non.

4.5. Concours d'experts pour les malades psychiques

Message p. 37

L'article 397e chiffre 5 est libellé de la manière suivante:

E. Procédure dans les cantons

I. En général

"[1]...

[2]...

[3]...

4...

[5]Une décision touchant un malade psychique ne peut être prise qu'avec le concours d'experts; si ce concours a déjà été demandé dans une première procédure judiciaire, les tribunaux supérieurs peuvent y renoncer."

La notion de "malade psychique" est la même que celle prévue à l'article 397b, 2e alinéa. Est malade psychique toute personne dont le traitement est pratiqué dans un établissement psychiatrique. Ainsi, sont aussi considérées comme malades psychiques, les personnes qui ne sont pas des malades psychiques au sens de l'article 397a ler alinéa, comme les toxicomanes et les personnes dans un état d'abandon complet.

La disposition vise les cas où l'organe de décision ne dispose pas d'experts ou n'est pas lui-même formé d'experts. Cela signifie qu'un expert doit toujours être requis lorsqu'une autorité tutélaire, le tuteur ou un office approprié ne disposent pas des connaissances suffisantes. En outre, la première autorité judiciaire doit au moins requérir l'avis d'un expert, si aucun expert ne siège au sein de cette autorité. Le législateur fédéral a laissé indécise la question de savoir quand il existe un droit à une nouvelle expertise (deuxième expertise, "contre-expertise"). Le canton peut bien sûr autoriser qu'il soit procédé à une deuxième voire à une troisième expertise. Mais on doit veiller, cependant, à ce que l'exigence du déroulement rapide de la procédure soit observée.

Il convient de faire encore deux remarques: si un canton prévoit qu'un expert en psychiatrie doit faire partie d'office de l'autorité tutélaire, la condition de l'article 397e chiffre 5 est remplie sans autre. En outre, lorsque l'"office approprié" prive un malade psychique de sa liberté, la compétence première pour prononcer la libération passe à l'établissement, et ainsi aux psychiatres de l'établissement, sitôt après l'entrée du malade.

5. Privation de liberté à des fins d'assistance à l'égard des mineurs

Message p. 47 ss

Remarques préliminaires:

5.1. Les mineurs sous autorité parentale

En ce qui concerne la privation de liberté à des fins d'assistance à l'égard des mineurs, les Chambres fédérales ont légiféré d'une façon beaucoup plus détaillée que ne le proposait le projet du Conseil fédéral: de ce fait, le message est incomplet et en partie dépassé. C'est pourquoi, l'exposé qui va suivre n'est pas seulement destiné au législateur cantonal.

L'article 314a et libellé de la manière suivant:

IV. Procédure
1. En général
2. Privation de liberté à des fins d'assistance

"[1] Lorsque l'enfant est placé dans un établissement par une autorité, les dispositions relatives au contrôle judiciaire et à la procédure en cas de privation de liberté à des fins d'assistance à l'égard de personnes majeures ou interdites s'appliquent par analogie.

[2] Si l'enfant n'a pas encore atteint l'âge de seize ans révolus, il ne peut lui-même en appeler au juge.

[3] Pour les cas de péril en la demeure ou de maladie psychique, les cantons peuvent attribuer la compétence de placer l'enfant dans un établissement non seulement à l'autorité tutélaire mais aussi à d'autres offices appropriés."

L'article 314a concerne les enfants, c'est-à-dire les mineurs sous autorité parentale. Il a, dès lors, son siège dans le chapitre sur les mesures de protection de l'enfant (article 307 ss CCS). Il s'agit de mesures qui sont ordonnées par l'autorité. L'expression "par une autorité" de l'article 314a ler alinéa l'indique encore une fois clairement. Un placement par les parents comme détenteurs de l'autorité parentale ne tombe pas sous le coup des dispositions du CCS sur la privation de liberté à des fins d'assistance. (Par contre, il n'en va pas de même d'un placement par l'autorité tutélaire à la demande des parents dans l'hypothèse de l'article 310, 2e alinéa CCS).

Les dispositions relatives au contrôle judiciaire et à la procédure en matière de privation de liberté à des fins d'assistance à l'égard des personnes majeures ou interdites s'appliquent par analogie aux mineurs sous autorité parentale. Cela signifie que les dispositions sur le contrôle judiciaire et la procédure doivent être interprétées et adaptées à la situation concrète des mineurs privés de liberté à des fins d'assistance.Par exemple, il n'y a aucun sens à ce que le juge qui, à la requête des parents, contrôle un placement, procède à l'audition personnelle d'un enfant de trois ans.

Le droit d'en appeler au juge existe pour les proches (dont les parents font partie en règle générale) indépendamment de l'âge de l'enfant. Les intérêts des enfants en bas âge sont ainsi suffisamment protégés. C'est pour des raisons pratiques, notamment dans la perspective de l'application de l'article 397e chiffre 2, que le législateur fédéral n'a prévu l'exercice de l'action par l'enfant lui-même qu'à partir de 16 ans.

En ce qui concerne la compétence matérielle pour le placement d'enfants, l'article 310 CCS est la disposition centrale (compétence de l'autorité tutélaire). Pour des placements de très courte durée, l'autorité tutélaire peut se référer à l'article 307 CCS. Selon l'article 315a CCS, le juge est aussi compétent lorsque le placement a lieu dans le cadre d'une procédure de divorce. Finalement, suivant l'exemple de l'article 397b, 2e alinéa CCS, la loi a aussi prévu pour les mineurs sous autorité parentale une compétence spéciale des offices appropriés pour les cas de péril en la demeure ou de maladie psychique.

S'agissant de la compétence à raison du lieu, c'est l'article 315 du droit revisé de la filiation qui est déterminant pour les enfants sous autorité parentale. Cette disposition fixe non seulement la compétence à raison du lieu de l'autorité de tutelle pour le placement d'un enfant, mais aussi celle des autres offices appropriés (article 314a, 3e alinéa).

L'article 310 CCS permet à l'autorité tutélaire de retirer l'enfant à ses parents et de "le placer de façon appropriée". Tout placement de ce type ne doit pas être considéré comme un placement qui entraînerait l'application des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance. L'enfant peut très bien être placé dans une famille. De plus, même si l'enfant ne se trouve pas dans une famille, cela ne veut pas encore nécessairement dire qu'il est placé dans un établissement au sens de l'article 314a. Sans aucun doute, le petit enfant qui vit avec sa mère, laquelle séjourne dans un établissement, n'est pas placé au sens de l'article 314a. Cela dépend des restrictions apportées à la liberté de l'enfant; elles devraient aller au-delà du régime appliqué à des autres enfants de son âge. Plus l'adolescent s'approche de la majorité plus la notion d'établissement s'assimile à celle qui vaut pour les adultes.

5.2. Le mineur sous tutelle

L'article 405a est libellé de la manière suivante:

Art. 405, Titre marginal

B. Soins personnels et représentations
I. Soins personnels
1. Mineurs
a. En général

Art. 405a

b. Privation de liberté à des fins d'assistance

[1]Le placement du mineur dans un établissement est ordonné par l'autorité tutélaire sur proposition du tuteur ou, s'il y a péril en la demeure, par le tuteur lui-même.

[2]Pour le reste, les dispositions relatives à la compétence, au contrôle judiciaire et à la procédure en cas de privation de liberté à des fins d'assistance à l'égard de personnes majeures ou interdites s'appliquent par analogie.

[3]Si l'enfant n'a pas encore atteint l'âge de seize ans révolus, il ne peut en appeler lui-même au juge.

L'article 405a qui traite des mineurs sous tutelle se différencie pour l'essentiel de l'article 314a par les points suivants:

- Il fixe la compétence principale de l'autorité tutélaire pour ordonner une privation de liberté à des fins d'assistance, parce qu'aucune autre disposition ne prévoit cette compétence. Le fait que le placement est ordonné par l'autorité tutélaire "sur proposition du tuteur" ne signifie pas, bien entendu, que l'autorité tutélaire ne peut pas intervenir d'office (il en était d'ailleurs ainsi aujourd'hui déjà pour les mineurs, malgré le libellé de l'ancien article 406).

  A l'inverse de la réglementation concernant les mineurs sous puissance parentale, qui n'assimile pas le placement par les parents à une privation de liberté à des fins d'assistance au sens de l'article 314a, le placement par le tuteur est un cas de privation de liberté à des fins d'assistance selon le CCS. Le tuteur est compétent lorsqu'il y a péril en la demeure (art. 405 al. 1 in fine).

- S'agissant de l'application par analogie aux mineurs sous tutelle des dispositions sur le contrôle judiciaire et la procédure en cas de privation de liberté à des fins d'assistance à l'égard des majeurs ou des interdits, il suffit de se référer aux commentaires de l'article 314a. La mise sur pied d'égalité des enfants sous autorité parentale et des enfants sous tutelle s'imposait, en particulier, pour des raison pratiques (affichages dans les établissements, par exemple). Cette égalité de traitement est aussi réalisée s'agissant du droit d'en appeler au juge (dès 16 ans révolus; article 405a, 3e alinéa).

- Il en va autrement de la compétence en raison du lieu. A ce sujet, l'article 405a renvoie aux règles applicables à la privation de liberté à des fins d'assistance de personnes majeures ou interdites, c'est-à-dire à l'article 397b. La compétence en raison du lieu pour les mineurs sous tutelle est régie non par les articles 315 et 315a, mais par l'article 397b.

6. La responsabilité

Message page 45 ss

L'article 429a est libellé de la manière suivante:

C. Privation de liberté à des fins d'assistance

[1]Toute personne lésée par une privation illégale de liberté a droit à une indemnité à titre de dommages-intérêts et à une somme d'argent à titre de réparation morale lorsque celle-ci est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi.

[2]Le canton est responsable du dommage, sous réserve du recours contre les personnes qui ont causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave.

L'article 429a prévoit une responsabilité primaire du canton pour les dommages résultant d'une privation de liberté illégale prononcée par tous les "organes" qui exercent des activités dans le domaine de privation de liberté à des fins d'assistance au sens des articles 397a ss. Cela signifie, en particulier, que la responsabilité primaire de l'Etat ne se limite pas seulement aux agissements fautifs des autorités de tutelle. On vise également les offices appropriés désignés par les cantons pour décider d'un placement dans un établissement ainsi que les organes et les personnes auxiliaires de ces établissements. Il va de soi que le canton n'encourt aucune responsabilité lorsqu'une personne est privé de sa liberté par quelqu'un pour des motifs prétendument d'assistance, alors que les

organes compétents en matière de privation de liberté à des fins d'assistance ne se sont pas prononcés. (C'est à ce cas que se réfère le message (p. 46) lorsqu'il parle de l'obligation de payer des dommages-intérêts incombant à d'autres personnes).

Les cantons n'ont pas besoin de prévoir une réglementation particulière en matière de responsabilité. Leur seule préoccupation est de savoir si et dans quelle mesure ils doivent tenir compte de cette responsabilité accrue, lorsqu'ils désignent les offices appropriés et qu'ils définissent le cadre de la surveillance de l'Etat sur les établissements, y compris sur les institutions privées. Bien entendu, le canton est libre de prévoir dans sa législation, une responsabilité plus libérale (par exemple, prévoir une responsabilité de l'Etat pour violation d'intérêts personnels qui ne présentent pas une grave atteinte, ou pour violation des intérêts personnels des personnes proches de l'intéressé).

7. Loi sur les stupéfiants

Message page 49 ss

L'article 15d de la loi sur les stupéfiants est libellé de la manière suivante:

> [1]Les personnes dépendantes peuvent être placées ou retenues dans un établissement approprié en vertu des dispositions du code civil sur la privation de liberté à des fins d'assistance.
>
> [2]Les cantons peuvent ordonner le traitement ambulatoire ou le contrôle posthospitalier.

La loi sur les stupéfiants renvoie aux dispositions du CCS sur la privation de liberté à des fins d'assistance. En d'autres termes, les dispositions cantonales d'introduction de la loi sur les stupéfiants doivent, le cas échéant, être adaptées au CCS.

A ce propos, il convient encore de relever que les Chambres fédérales (à la demande du Conseil national) ont modifié l'article 15b du projet du Conseil fédéral dans la mesure où l'expression "hospitalisation", reprise de la loi sur les stupéfiants, a été remplacée textuellement par le libellé prévu à l'article 397a ("placées ou retenues dans un établissement approprié"). La question de savoir si, même sans cette référence explicite, le mot "hospitalisation" n'aurait pas dû être interprété dans le sens voulu peut rester indécise. En tout cas, il est maintenant clair que pour les personnes dépendantes également, tous les établissements appropriés et non seulement les hôpitaux (cliniques) peuvent entrer en ligne de compte pour priver quelqu'un de sa libeté à des fins d'assistance.

8. Droit transitoire

Message page 49 ss.

L'article 14a est libellé de la manière suivante:

IV. Privation de liberté à des fins d'assistance

1 Dès l'entrée en vigueur de la modification légale du 6 octobre 1978, la privation de liberté à des fins d'assistance est soumise au droit nouveau.

2 Celui qui se trouve à ce moment-là dans un établissement doit être informé, dans le délai d'un mois, de son droit d'en appeler au juge.

Dès son entrée en vigueur, la loi énumère, de façon exhaustive, les causes matérielles pouvant justifier une privation de liberté à des fins d'assistance. Si une personne est placée ou retenue à des fins d'assistance dans un établissement sans son assentiment ou contre sa volonté et que les conditions prévues à l'article 397a ne sont pas remplies, il y a violation du droit fédéral. Il est possible cependant que l'envoi dans un établissement ait été prononcé conformément au droit avant l'entrée en vigueur de la loi par les autorités qui sont aujourd'hui encore compétentes. Les internements restent valables, s'ils correspondent à l'article 397a.

Du point de vue du droit fédéral, il n'y a pas de "rétroactivité" de la règle sur la privation de liberté à des fins d'assistance. Les cantons ont, bien entendu, la faculté de prévoir, en ce qui les concerne, une "rétroactivité", dans ce sens qu'ils fixeraient les nouvelles compétences des autorités avant l'entrée en vigueur du droit fédéral. La législation fédérale aura cependant un effet préliminaire dans le cadre du pouvoir d'appréciation des règles cantonales actuellement en vigueur: les autorités compétentes prendront déjà en considération, si possible, la réglementation fédérale, bien qu'elle ne soit pas encore en vigueur. Il en sera ainsi, en particulier, des nouvelles décisions de placement.

S'agissant des privations de liberté à des fins d'assistance qui ont été prononcées avant l'entrée en vigueur de la loi, les autorités cantonales ne pourront éviter de les soumettre à un contrôle en vertu du droit fédéral. A ce propos, il convient de distinguer plusieurs cas: là où, selon l'ancien et le nouveau droit, la même autorité est compétente (par exemple, la même autorité de tutelle), cet examen ne pose guère de problèmes. Dans les cas où, en revanche, l'autorité de tutelle a changé, un transfert en temps opportun de l'affaire de l'ancienne à la nouvelle autorité est nécessaire. Dans les cas où le nouveau droit ne prévoit pas la compétence des autorités de tutelle, les cantons apprécieront si, en vue de l'entrée en vigueur du nouveau droit, seul l'établissement aura la tâche du contrôle des cas ou bien si, en plus, un transfert des cas enregistrés à la nouvelle autorité ou au nouvel office compétent s'impose.

Les affaires en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi doivent être tranchées exclusivement par les nouvelles autorités et les nouveaux offices. Le droit cantonal transitoire pourra prévoir, le cas échéant, que de telles procédures seront confiées avant l'entrée en vigueur du droit fédéral aux nouvelles autorités et aux nouveaux offices.

Celui qui se trouve au moment de l'entrée en vigueur de la loi dans un établissement doit être informé, dans le délai d'un mois, de son droit d'en appeler au juge, conformément à l'article 14a, 2e alinéa. En fait, il s'agit de donner les mêmes moyens de droit à toutes les personnes qui séjournent dans un établissement dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi selon l'article 397e, chiffre 2. Selon l'article 14, 2e alinéa, ce ne sont pas seulement les personnes qui se trouvent dans un établissement en vertu d'une décision formelle de l'autorité. Dans la pratique, cela signifie que le règlement de l'établissement ou "les communications aux patients", lors d'une admission, doivent contenir, au moment de l'entrée en vigueur de la loi, une référence aux moyens de droit prévus à l'article 397e, chiffre 2. S'agissant des personnes qui séjournent déjà dans l'établissement, cette communication doit leur être faite de manière appropriée dans le délai d'un mois. La situation se présente différemment lorsqu'on a affaire à des établissements où une partie des pensionnaires seulement est placée contre sa volonté. Dans ce cas, il serait opportun que les intéressés soient informés personnellement de leurs moyens de droit conformément à la nouvelle disposition sur la privation de liberté à des fins d'assistance. Des solutions particulières sont indispensables pour les établissements dans lesquels seuls certains groupes de pensionnaires peuvent en appeler au juge (ainsi en est-il lorsque, exceptionnellement, des détenus se trouvent dans le même établissement ou bien lorsque des jeunes gens de moins et de plus de seize ans vivent dans le même établissement).

Annexes:

Retrait de la réserve apportée à l'art. 5 CEDH

Message page 58 ss.

Au moment de la ratification de la CEDH, le 28 novembre 1974, la Confédération a fait la réserve suivante: "Les dispositions de l'article 5 de la Convention seront appliquées sans préjudice, d'une part, des dispositions des lois cantonales autorisant l'internement de certaines catégories de personnes par décision d'une autorité administrative, et, d'autre part, des dispositions cantonales relatives à la procédure de placement d'un enfant ou d'un pupille dans un établissement en vertu du droit fédéral sur la puissance paternelle ou sur la tutelle (art. 284, 386, 406 et 421, chiffre 13 du Code civil suisse)."

Les chambres fédérales ont autorisé le Conseil fédéral et lui ont donné le mandat de retirer cette réserve. A ce sujet, il convient de remarquer ceci:

- Aujourd'hui déja, la réserve ne couvre pas le droit fédéral matériel s'agissant du placement dans un établissement de pupilles ou d'enfants. Seul le droit cantonal de procédure sur le placement, fondé sur les dispositions du CCS, d'enfants et de pupilles dans un établissement, est réservé.

- Sur le plan cantonal, il n'y a pas non plus une sorte de réserve générale qui écarterait l'application de l'article 5 de la Convention. Aujourd'hui déjà, la réserve est seulement valable pour la législation cantonale qui permet d'interner certaines catégories de personnes sur la base d'une décision d'une autorité administrative. Ainsi le droit cantonal de procédure pénale, par exemple, est pleinement soumis à la garantie prévue par la CEDH.

- En édictant les nouvelles dispositions du CCS, le législateur fédéral s'en est tenu le mieux possible aux prescriptions de la CEDH. En se conformant à la législation fédérale, les cantons se conformeront ainsi à la CEDH.

- Dans la mesure où les cantons procèdent à des privations de liberté encore justifiées au-delà de celles prévues par le CCS (voir ci-dessus chiffre 1 des "indications et suggestions"), ces privations de liberté sont dorénavant couvertes, si ce n'était déjà le cas, par les garanties de la CEDH. Cela signifie que, dans le droit cantonal de procédure, en particulier pour les placements dans un établissement pour des raisons de police, les dispositions de la CEDH doivent également être prises en considération. Il serait judicieux de profiter de l'élaboration des dispositions d'introduction du CCS pour faire cette adaptation.