

Journées d'étude des 7 et 8 septembre 2016 à Fribourg  
« La pratique à l'interface entre protection de l'individu et respect de l'autonomie »

### Exposé 5

## **Art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et droit de la protection de l'adulte : faut-il (déjà) tout changer?**

**Philippe Meier**, docteur en droit et avocat, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne, membre de la Commission permanente COPMA

Elaborée entre 2001 et 2006 et entrée en vigueur pour la Suisse en 2014, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) n'a pas été prise en compte dans les travaux d'élaboration du nouveau droit de la protection de l'adulte.

Dans son Message de 2012 relatif à la ratification de la CDPH, le Conseil fédéral estimait que ce nouveau droit était conforme aux exigences posées par le texte international, en particulier à son art. 12 qui garantit une égalité dans la capacité juridique entre personnes handicapées et personnes qui ne le sont pas.

Le Comité mis en place par la Convention a cependant très rapidement interprété cette disposition comme prohibant tout recours à des formes de « substitute decision making » (en droit suisse: les curatelles avec pouvoir de représentation, avec ou sans limitation de l'exercice des droits civils) et imposé un système basé uniquement sur le « assisted decision making ». Le Comité a notamment invité les pays ayant récemment révisé leur législation de protection de l'adulte à remettre l'ouvrage sur le métier pour abolir les mesures de représentation légale.

La question suscite des débats nourris à l'étranger. Le 1<sup>er</sup> Rapport périodique publié par le Conseil fédéral le 29 juin 2016 ne traite pas véritablement la question.

L'exposé tentera de démontrer, à la lumière des mécanismes subtils du droit suisse, combien l'approche du Comité est extrémiste et irréaliste. Il n'en demeure pas moins que l'esprit de la Convention devrait à l'avenir influencer certaines pratiques, vers encore plus d'autonomie et moins de paternalisme, en utilisant toute la souplesse et la variété des instruments existants.

*Les présentations et d'autres documents des journées seront disponibles sur [www.copma.ch](http://www.copma.ch) → Actualités → « Journées d'étude 2016 »*

**TEXTES ET REFERENCES :**

*CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, DU 13 DECEMBRE 2006  
(ENTREE EN VIGUEUR POUR LA SUISSE LE 15 MAI 2014, RS 0.109)*

**Art. 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité**

1. Les Etats Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
2. Les Etats Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.
3. Les Etats Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
4. Les Etats Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.
5. Sous réserve des dispositions du présent article, les Etats Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

**Art. 14 Liberté et sécurité de la personne**

1. Les Etats Parties veillent à ce que les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres:
  - a) jouissent du droit à la liberté et à la sûreté de leur personne;
  - b) ne soient pas privées de leur liberté de façon illégale ou arbitraire; ils veillent en outre à ce que toute privation de liberté soit conforme à la loi et à ce qu'en aucun cas l'existence d'un handicap ne justifie une privation de liberté.
2. Les Etats Parties veillent à ce que les personnes handicapées, si elles sont privées de leur liberté à l'issue d'une quelconque procédure, aient droit, sur la base de l'égalité avec les autres, aux garanties prévues par le droit international des droits de l'homme et soient traitées conformément aux buts et principes de la présente Convention, y compris en bénéficiant d'aménagements raisonnables.

**Art. 29 Participation à la vie politique et à la vie publique**

- Les Etats Parties garantissent aux personnes handicapées la jouissance des droits politiques et la possibilité de les exercer sur la base de l'égalité avec les autres, et s'engagent:
- a) à faire en sorte que les personnes handicapées puissent effectivement et pleinement participer à la vie politique et à la vie publique sur la base de l'égalité avec les autres, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis, notamment qu'elles aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues (...).

\*\*\*\*\*

*1<sup>ER</sup> RAPPORT DU GOUVERNEMENT SUISSE SUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPEES, DU 29 JUIN 2016 (AVEC EN ANNEXE 1 LA PRISE DE POSITION DE INCLUSION HANDICAP)*

<https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/bfeh/droit/international0/convention-relative-aux-droits-des-personnes-handicapees/staatenbericht.html>

*COMITE DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPEES OBSERVATION GENERALE NO 1 (2014),  
ARTICLE 12 - RECONNAISSANCE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE DANS DES CONDITIONS D'EGALITE*

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/21/PDF/G1403121.pdf?OpenElement>

\*\*\*\*\*

*SUR CETTE THEMATIQUE (AVEC D'AUTRES REFERENCES EN DROIT ETRANGER) :*

- Walter BOENTE, Behindertenrechtskonvention und Erwachsenenschutzrecht – ein Zwischenruf, FamPra.ch 2016 pp. 111 ss ;
- Philippe MEIER, CDPH et droit suisse de la protection de l'adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé ?, in : Les Minorités et le Droit, Mélanges Barbara Wilson (éd. Andreas Ziegler/Julie Küffer), Zurich 2016, pp. 337 ss.

# Art. 12 CDPH et droit de la protection de l'adulte: faut-il (déjà) tout changer?

Prof. Dr Philippe Meier, avocat  
Université de Lausanne

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## I. Introduction (1)

- Motions, postulations, interpellations, évaluation .... de petits ruisseaux!



- Le droit suisse comme modèle d'un respect extrême de l'autonomie et d'abandon du paternalisme tutélaire ...
- Vraiment?

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## I. Introduction (2)

- Plutôt que de petits ruisseaux, un fleuve en furie qui emporterait tout!

CDPH



- « *Für eine völkerrechtliche oder völkerfreundliche Auslegung des schweizerischen Rechts erscheint kein Raum. (...) Erforderlich ist vielmehr ein neuer gesetzgeberischer Entscheid, eine neue Reform.* »  
(Walter Boente, FamPra.ch 2016 121).

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## I. Introduction (3)

**Le contenu de l'exposé**

**II. La CDPH**

**III. L'art. 12 CDPH et son interprétation**

**IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH**

**V. Conclusion**

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## 1I. La CDPH (1)

- Adoptée le 13.12.2006 – les travaux d'élaboration ont débuté en 2001
- 166 Etats parties – pour la Suisse dès le 15.05.2014
- Reprise et concrétisation des droits garantis par les deux Pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme
- Principes généraux (respect de l'autonomie et des choix individuels, interdiction de discrimination, égalité, accessibilité, etc.)
- Droits devant être garantis par les Etats (non-exploitation, santé, éducation, mobilité personnelle, participation à la vie publique, etc.)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## 1I. La CDPH (2)

- **Trois dispositions** intéressant la protection de l'adulte:
  - **Art. 12:** la reconnaissance de la personnalité juridique (cf. infra)
  - **Art. 14:** pas de privation de liberté en raison d'un handicap – certains veulent y voir une condamnation du PAFA
  - **Art. 29:** égalité dans l'exercice des droits politiques – conformité des art. 136 Cst. féd./2 LDP et des dispositions cantonales?

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## 1I. La CDPH (3)

- **La ratification par la Suisse**
  - Message Protection de l'adulte (2006) et débats parlementaires (2008): rien sur la CDPH!
  - Message 2012 CDPH (FF 2013 601):
    - la Convention vise à limiter au strict minimum les restrictions à l'exercice des droits civils
    - les personnes concernées doivent être soutenues plutôt que représentées dans l'exercice de ces droits
  - *Le nouveau droit de la protection de l'adulte (contrairement au droit de la tutelle de 1907) « **intègre ce changement de perspective dans le droit national**. Grâce à la mise en place d'instruments qui sont adaptés à la situation individuelle, les besoins concrets des personnes concernées peuvent être pris en considération de façon optimale et, ce faisant, leur autonomie est maintenue au mieux. »* (Message CDPH, FF 2013 630).

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## 1II. L'art. 12 CDPH et son interprétation (1)

1. Les Etats Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
2. Les Etats Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la **capacité juridique** dans tous les domaines, sur la base de **l'égalité avec les autres**.
3. Les Etats Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à **l'accompagnement** dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
4. Les Etats Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité **juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée**, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient **proportionnées** et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un **contrôle périodique** effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.
5. Sous réserve des dispositions du présent article, les Etats Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

### 1II. L'art. 12 CDPH et son interprétation (2)

- Rien dans le texte n'interdit de limiter l'exercice des droits civils
- L'exigence de respect de la volonté de la personne concernée et de garanties de procédure démontre au contraire que la CDPH accepte, pour certains cas, l'idée d'une mesure de représentation et/ou un retrait de la capacité civile
- L'égalité proclamée au ch. 2 n'y fait pas obstacle: une personne non handicapée peut aussi être placée sous une telle mesure (ce n'est pas le handicap, mais le besoin de protection qui justifie l'intervention)
- **MAIS**: les travaux préparatoires de la Convention semblent aller dans un autre sens (disposition contestée jusqu'au dernier moment, lobbying des ONG)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

### 1II. L'art. 12 CDPH et son interprétation (3)

- La prudence bienvenue de certains Etats: une réserve au moment de la ratification (Australie, Canada, Estonie, Pologne)!
- Ex. du Canada:

*Le Canada comprend que l'article 12 permet des mesures d'accompagnement **et** de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique dans des circonstances appropriées et conformément à la loi. **Dans la mesure où l'article 12 peut être interprété comme imposant l'élimination de toutes mesures de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique, le Canada se réserve le droit de continuer l'utilisation de telles mesures dans des circonstances appropriées et sujet à ce qu'elles soient assorties de garanties appropriées et effectives.**  
(...)*

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

### III. L'art. 12 CDHP et son interprétation (4)

- L'interprétation « extrémiste » du Comité des droits des personnes handicapées (Observations finales sur les rapports nationaux + Observation générale no 1(2014))
- « *L'obligation incombant aux États parties de remplacer les régimes de prise de décisions substitutive par des régimes de prise de décisions assistée nécessite à la fois la suppression des premiers et la mise en place des seconds. **Élaborer des régimes de prise de décisions assistée tout en maintenant en parallèle des régimes de prise de décisions substitutive n'est pas suffisant pour se conformer à l'article 12 de la Convention** ». (par. 28)*
- Pas d'exception pour les lois modernes (Belgique, France, Corée du Sud), ni pour celles qui ont inspiré le droit suisse (Allemagne, Autriche)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

### IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (1)

- 1<sup>er</sup> Rapport suisse: 29 juin 2016;  
date de l'examen par le Comité ???
- Le ch. 58 ne mentionne pas l'Observation générale ni la question de principe « *substitute decision making* » vs « *assisted decision making* »; mais
  - il insiste sur la flexibilité et la subsidiarité des mesures
  - il met en avant le respect de l'autonomie
  - il explique le système des « mesures sur mesure »
  - il énumère et explique les différentes curatelles
- Mais les débats sont vifs à l'étranger (projet Autriche – consultation 12.09.16) et la question est évoquée en Suisse aussi (cf. introduction)!

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (2)

- Le droit suisse comme modèle de respect légal de l'autonomie
- L'autonomie avant curatelle
  - Le mandat pour cause d'incapacité (+ procurations du Code des obligations) / les directives anticipées
    - Extinction ex lege
    - Entrée en vigueur partielle possible
    - Abus? Contrôle (APEA)?
  - La représentation légale
    - L'incapacité de discernement comme condition de mise en œuvre
    - La relativité du discernement en droit suisse (pas de tout ou rien)
    - L'interprétation très large du discernement pour les décisions médicales (possibilité d'avoir le discernement grâce à l'assistance de tiers: médecin, infirmier, proches, etc.)
    - Abus? Contrôle (médecin/APEA)?

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (3)

- L'autonomie avant curatelle
  - conditions matérielles de la curatelle:
    - Troubles psychiques/déficience mentale/grave état d'abandon/incapacité passagère/absence  
+ **Besoin d'assistance**
  - le handicap comme tel ne suffit pas –  
**pas d'automatisme!**
  - et: si le besoin d'assistance est fourni autrement (instrument personnel anticipé/pouvoir légal de représentation; famille, services sociaux privés ou publics, etc.), il n'y aura pas de curatelle ou une curatelle « réduite » seulement (**subsidiarité, proportionnalité, complémentarité**)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

#### IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (4)

- L'autonomie dans le choix de la curatelle
  - proportionnalité
  - le choix est vaste:
    - **Curatelle d'accompagnement** (le type même de « **assisted decision making** », pas de représentation!)
    - **Curatelle de représentation/gestion** (la mesure la plus **flexible**)
    - **Curatelle de coopération** (la mesure qui laisse la personne **agir elle-même** avec contrôle)
    - **Curatelle combinée**
    - **Curatelle de portée générale** (**une ultima ratio; attributs de capacité civile si discernement**)
  - les tâches sont ciblées
  - le retrait de l'exercice des droits civils n'est pas automatique et est ciblé
  - la mesure doit être levée/modifiée, d'office ou sur requête, si les besoins changent (art. 399, 414 CC)
  - un réexamen automatique a lieu lors de la révision du rapport et des comptes

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

#### IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (5)

- L'autonomie dans le choix du curateur
  - droit de **proposition** de la personne concernée (art. 401 al. 1 CC)
  - droit de **veto** de la personne concernée (art. 401 al. 3 CC)
  - les propositions et objections doivent être suivies si elles sont objectivement motivées (TF)
  - devoir de requérir la **proposition des proches**, qui n'ont pas de droit de priorité (art. 401 al. 2 CC)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

#### IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (6)

- L'autonomie dans l'exercice de la curatelle
  - renforcement des **devoirs de nature personnelle** (cf. conf. Urs Vogel, art. 406 CC)
  - notamment tenir compte dans la mesure du possible de l'avis de la personne concernée et respecter « sa volonté d'organiser son existence comme elle l'entend » (même si la capacité civile est limitée ou retirée)
  - la personne est protégée contre les risques d'abus
    - en cas de conflit d'intérêts
    - liquidation du logement ou un placement
    - recours de la personne et de ses proches

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

#### IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (7)

- Dispositions spéciales sur le respect de l'autonomie
  - protection spéciale du **logement** et de la **correspondance** (art. 391 al. 3 CC)
  - **attributs de capacité civile** si la personne a le discernement (quelle que soit la curatelle et l'étendue du retrait de la capacité civile)
    - capacité conditionnelle: la personne agit, le curateur ratifie
    - droits strictement personnels: la personne les exerce en principe seule, sauf si la loi exige expressément l'accord du curateur
      - Exemples: acte médical? sans le curateur; testament? sans le curateur; mariage? sans le curateur!
    - capacité pour les « affaires mineures se rapportant à la vie quotidienne »
    - capacité d'acquérir à titre gratuit (legs, donation)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

#### +IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (8)

– L'autonomie en **matière patrimoniale** aussi:

- renseigner sur les comptes, donner un exemplaire du rapport et des comptes (art. 410/411 CC)
- respecter les vœux de la personne sur la gestion également (art. 5 OGPCT)
- devoir de mettre des montants à libre disposition (art. 409 CC)
- vendre en dernier lieu les biens présentant une valeur affective ou patrimoniale pour la personne (art. 412 al. 2 CC)
- actes prohibés (art. 412 al. 1 CC) ou nécessitant l'accord de l'APEA (art. 416/417 CC)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

#### +IV. Le droit suisse à l'aune de l'art. 12 CDPH (9)

- L'autonomie protégée par des garanties procédurales
  - vérification des conditions matérielles de l'art. 390 CC (pas d'automatisme « handicap mental » = curatelle)
  - maximes d'office et inquisitoire (art. 446 CC)
  - expertise pour les mesures les plus incisives (art. 446 al. 2)
  - même sans durée fixe (réserver l'art. 421 ch. 1 CC!), révision, d'office ou sur requête, en cours de mesure (art. 414 CC) et au moment de l'examen périodique du rapport et des comptes
  - droit de recourir
    - de la personne concernée (exigences faibles pour le discernement) et des proches
    - contre la mesure comme telle (principe, étendue) (art. 450 CC)
    - contre les actes et omissions du curateur (art. 419 CC)

07.09.2016

## V. Conclusion (1)

Non, IL NE FAUT PAS DEJA TOUT CHANGER  
DANS LA LOI!

**OUF!**

Un droit moderne de la protection de l'adulte vise la protection, non la discrimination ou l'infantilisation de la personne handicapée – cet objectif peut être réalisé avec des mesures d'assistance **et** avec des mesures de représentation!

**MAIS**

L'esprit de la CDPH peut/doit influencer sur certaines pratiques

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## V. Conclusion (2)

- Respecter le caractère d'ultima ratio de la CPG
- Revaloriser la curatelle d'accompagnement au moment du choix de la mesure - Ne pas poser des exigences trop élevées pour que la personne puisse demander cette curatelle
- Mieux utiliser la curatelle combinée pour y intégrer la curatelle d'accompagnement
- Réfléchir à deux fois avant de retirer l'exercice des droits civils dans la curatelle de représentation/gestion et le faire de manière plus ciblée (prendre des risques!)
- Se rappeler le caractère relatif (temporellement et matériellement) du discernement et tenir compte de l'assistance dont bénéficie la personne pour en juger

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

## V. Conclusion (3)

- Sensibiliser les curateurs (professionnels mais peut-être surtout privés) au respect de l'autonomie, même dans les curatelles avec pouvoir de représentation ou limitation de la capacité civile
- Laisser la personne concernée se prononcer et décider chaque fois que c'est possible
- Se rappeler les règles des art. 19/19a CC (même dans une CPG, la personne peut agir elle-même, le curateur validant l'acte par avance ou après coup)
- De manière générale, valoriser le rôle de « coaching » du curateur (informer, expliquer, faire participer la personne concernée, se présenter comme l'intermédiaire de sa volonté, plutôt que comme un représentant autoritaire)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

**Merci pour votre attention!**

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg  
07.09.2016

---

# CDPH et droit suisse de la protection de l'adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé ?

PHILIPPE MEIER\*

## Table des matières

Introduction .....	337
I. L'art. 12 CDPH .....	339
1. L'objectif de la CDPH.....	339
2. L'art. 12 CDPH .....	340
a. Contenu et systématique .....	340
b. L'art. 12 CDPH dans le processus suisse de ratification de la CDPH .....	342
3. Un changement radical de paradigme ?.....	343
II. La nécessité d'une vision réaliste de ce qu'est la protection de l'adulte aujourd'hui .....	346
1. Introduction .....	346
2. La démonstration par le nouveau droit suisse de la protection de l'adulte .....	347
a. Les mesures anticipées.....	348
b. Les mesures de représentation légale.....	350
c. Les curatelles .....	351
i. Subsidiarité de principe des curatelles.....	351
ii. Subsidiarité et proportionnalité dans le choix et le ciblage de la mesure .....	352
iii. Respect de l'autonomie dans l'exécution .....	354
iv. Garanties procédurales .....	357
d. Bilan.....	359
Conclusion.....	360

## Introduction

Personne ne contestera plus l'importance des textes internationaux pour l'application du droit interne de la famille. L'on songe naturellement en pre-

---

\* Dr en droit et avocat, Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne (Chaire de droit civil et protection des données).

Je remercie Valérie De Luigi, MLaw, assistante diplômée à l'Université de Lausanne pour son travail de recherche et de relecture. Etat des références : 30.11.2015.

mier lieu à la CEDH, qui influence très largement le travail des juges nationaux, mais aussi celui du législateur, parfois avec un rythme peu conforme aux traditions helvétiques de lenteur et de réflexion. Il est bien entendu d'autres textes qui méritent toute l'attention du juriste interne. En droit de la protection de l'adulte, l'on évoquera ainsi la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, du 4 avril 1997<sup>1</sup>.

Mais qui dit protection de l'adulte pense également personnalité juridique et capacité civile. L'on devrait dès lors aussi mentionner la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (CDPH)<sup>2</sup>. La CDPH ne consacre-t-elle pas une disposition complète (son art. 12) à la « reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité » ?

Pourtant, alors même que les travaux d'élaboration de la Convention<sup>3</sup> allaient aboutir à sa signature le 13 décembre 2006 à New-York, le Message du Conseil fédéral qui accompagne le projet de révision du droit de la protection de l'adulte dans le Code civil (CC)<sup>4</sup>, daté du 26 juin 2006<sup>5</sup>, n'y consacre pas un seul mot.

Et à une notable exception près<sup>6</sup>, la doctrine juridique suisse s'est encore peu penchée sur la question du rapport entre le nouveau droit de la protection de l'adulte et la CDPH. Mais à l'étranger, les débats sont parfois vifs<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> RS 0.810.2. Entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> novembre 2008. Cf. en particulier les art. 6 à 9 de la Convention transposés par les art. 370 ss, 377 ss et 433 ss CC.

<sup>2</sup> RS 0.109. Entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014.

<sup>3</sup> Ils avaient été initiés dès fin 2001, suite à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 19 décembre 2001, qui chargeait un comité spécial d'avancer des propositions visant à élaborer une telle convention.

<sup>4</sup> RS 210.

<sup>5</sup> Message du Conseil fédéral du 26 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 ss.

<sup>6</sup> Boente Walter, Zürcher Kommentar, Zurich 2015, Vorb. zu Art. 360-373 N 14, N 19 et N 134 ss. Cf. aussi la contribution du même auteur, Behindertenrechtskonvention und Erwachsenenschutzrecht – ein Zwischenruf, à paraître in : FamPra.ch, 2016.

<sup>7</sup> Sur ce débat en Allemagne, cf. notamment Aichele Valentin (éd.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht – Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, Baden-Baden 2013, avec en particulier les contributions du Prof. Lipp Volker, Erwachsenenschutz, gesetzliche Vertretung und Artikel 12 UN-BRK (pp. 329 ss) et de Lachwitz Klaus (Président de Inclusion International), Funktion und Anwendungsbereich der « Unterstützung » (« support ») bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit gemäss Artikel 12 UN-BRK – Anforderungen aus der Perspektive von Menschen mit geistiger Behinderung (pp. 68 ss). Cf. aussi Aichele Valentin/Von Bernstorff Jochen, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht : Zur Auslegung von Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, BtPrax 2010, 199 ss ; Lachwitz Klaus, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen – Auswirkungen auf die Rechte von Menschen mit geistiger Behinderung und/oder psychosozialen Problemen, BtPrax 2008, 143 ss ; Lipp Volker, Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention, FamRZ 2012, 669 ss. ; Wolf Christian, Geschäftsunfähigkeit und Behindertenrechtskonvention, thèse, Berlin 2015. En Autriche : Ganner Michael/Barth Peter, Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht, BtPrax 2010, 204 ss.

Après avoir brièvement rappelé l'origine de la Convention et de son art. 12, ainsi que son interprétation par les organismes onusiens (ch. I), nous passerons en revue les principes structurels et les règles détaillées du droit suisse de la protection de l'adulte à la lumière de cette disposition (ch. II).

## I. L'art. 12 CDPH

### 1. L'objectif de la CDPH

La CDPH, entrée en vigueur le 3 mai 2008,<sup>8</sup> est un instrument qui complète et intègre les autres traités et conventions, dans le but « de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées » (art. 1 [1] CDPH)<sup>9</sup> ; il s'agit du premier instrument juridique universel qui vise à mettre en phase les droits de l'homme avec les besoins spécifiques des personnes handicapées<sup>10</sup>. L'art. 12 CDPH s'inscrit dans le cadre de la concrétisation des droits de l'homme « généraux » par la Convention. En effet, l'art. 16 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966<sup>11</sup> prévoit déjà que « chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique »<sup>12</sup>.

La notion de « handicap » est large et systémique : sont des personnes handicapées au sens de la Convention celles qui présentent « des incapacités

---

<sup>8</sup> Au 28 septembre 2015, la Convention est en vigueur dans 158 Etats. La Suisse n'a pas ratifié le Protocole facultatif du 13 décembre 2006 (87 Etats parties) qui institue un mécanisme de plainte (communication individuelle) auprès du Comité des droits des personnes handicapées. La CDPH est entrée en vigueur pour la Suisse le 14 mai 2014 (sur l'historique de la ratification, cf. le site <<http://www.egalite-handicap.ch/oui-a-la-cdp.html>> [consulté le 28.09.2015], ainsi que le ch. 2.b. ci-après).

<sup>9</sup> Cf. aussi la lit. d du Préambule et l'art. 4 [1] CDPH. Sur cette question : Kälin Walter et alii, *Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz*, Berne 2008, pp. 37 s.

<sup>10</sup> Sur les objectifs et l'historique, cf. notamment Previtali Adriano, *La Convention relative aux droits des personnes handicapées*, in : Hertig Randall Maya/Hottelier Michel, *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 361 ss ; ainsi que le Guide du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (ONU/HCDH), *De l'exclusion à l'égalité : réalisation des droits des personnes handicapées – Guide à l'usage des parlementaires : la CDPH et son Protocole facultatif*, Genève 2007, p. 11 ss. Cf. aussi Schefer Markus/Hess-Klein Caroline, *Behindertengleichstellungsrecht*, Berne 2014, pp. 7 s. ; ainsi que Dhommeaux Jean, *La Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006*, RTDH 2013, pp. 529 ss ; Glockengiesser Iris, *H. M v. Sweden – der erste Entscheid des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, *Pflegerecht* 2013, 156 ss, pp. 157 ss ; Wolf Christian (note 7), pp. 83 ss.

<sup>11</sup> RS 0.103.2 (en vigueur pour la Suisse depuis le 18 septembre 1992).

<sup>12</sup> Compte tenu du caractère très détaillé de l'article, la doctrine considère néanmoins qu'il s'agit ici d'une garantie pouvant être qualifiée de nouvelle (Kälin Walter et alii [note 9], pp. 38 s. et p. 60).

physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (art. 1 [2] CDPH). Ainsi, l'incapacité est une condition nécessaire, mais non suffisante, à une situation de handicap ; et le handicap est une notion relative qui surgit ou disparaît en fonction de la capacité de l'environnement de s'adapter aux besoins de la personne atteinte dans sa santé<sup>13</sup>. En d'autres termes, « le handicap réside dans la société, pas dans l'individu »<sup>14</sup>.

## 2. L'art. 12 CDPH

### a. Contenu et systématique<sup>15</sup>

De manière générale, les dispositions de la Convention sont jugées hétéroclites, souvent longues, détaillées et non structurées<sup>16</sup>. L'art. 12 CDPH en est une bonne illustration. Il a fait l'objet de laborieux débats, sur lesquels nous reviendrons<sup>17</sup>.

Le texte de l'art. 12 CDPH a la teneur suivante :

1. Les Etats Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
2. Les Etats Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.
3. Les Etats Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.

---

<sup>13</sup> Previtali Adriano (note 10), p. 364 ; Kälin Walter et alii (note 9), p. 56. Sur la notion de handicap à l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale (RS 101) et dans la législation suisse, cf., parmi d'autres, Kälin Walter et alii (note 9), p. 42 s ; Schefer Markus/Hess-Klein Caroline (note 10), pp. 13 ss, ainsi que les Arrêts du TF 2C\_249/2014 du 27 mars 2015, consid. 3.3 et 2C\_930/2011 du 1<sup>er</sup> mai 2012, consid. 3.3 (avec d'autres références).

<sup>14</sup> Guide ONU HCDH (2007) (note 10), p. 4.

<sup>15</sup> Sur les questions d'interprétation, outre l'Observation générale no 1 (2014) du Comité des droits des personnes handicapées, adoptée lors de la session des 31.03-11.04.2014, Article 12 – Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, par. 11 ss, cf. Aichele Valentin/Degener Theresia, *Frei und gleich im rechtlichen Handeln – Eine völkerrechtliche Einführung zu Artikel 12 UN-BRK*, in : Aichele Valentin (éd.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht – Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention*, Baden-Baden 2013, 37 ss, pp. 42 ss ; Wolf Christian (note 7), pp. 112 ss.

<sup>16</sup> Pour une telle critique générale, avec des exemples : Previtali Adriano (note 10), p. 367.

<sup>17</sup> « The provision (...) is the result of tedious, detailed and sometime excruciating discussions » (Schulze Marianne, *Understanding the UN Convention On The Rights Of Persons With Disabilities*, Handicap International, 2<sup>ème</sup> éd., New York 2010, p. 77 et pp. 78 ss sur les différentes propositions faites).

4. Les Etats Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.
5. Sous réserve des dispositions du présent article, les Etats Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

L'art. 12 CDPH est bien sûr étroitement lié à l'art. 5 [1] et [2] CDPH, prévoyant que les personnes handicapées ont droit à l'égalité de traitement et à la non-discrimination<sup>18</sup>, mais entre aussi en résonance<sup>19</sup> avec les art. 13, 14, 17, 18, 19, 21, 23, 25 et 29. Si l'art. 12 CDPH concrétise de manière générale les principes de l'art. 5 pour la reconnaissance de la personnalité juridique<sup>20</sup>, ces autres dispositions le font pour des aspects spécifiques de la vie sociale. L'on peut aussi considérer que l'art. 12 CDPH participe du droit à l'accessibilité (au sens très large de l'art. 9 CDPH)<sup>21</sup> et du droit à l'inclusion institué par l'art. 19 [1] CDPH<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Nous n'examinerons pas ici la question de l'applicabilité directe; cf. Kälin Walter et alii (note 9), pp. 34 ss et Previtali Adriano (note 10), pp. 368 ss, ainsi que le Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2012 portant approbation de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (Message CDPH), FF 2013 601 ss, p. 621.

<sup>19</sup> Observation générale no 1 (2014) (note 15), par. 31.

<sup>20</sup> Observation générale no 1 (2014) (note 15), par. 32/33.

<sup>21</sup> Guide (note 10), p. 19 et pp. 87 ss.

<sup>22</sup> Previtali Adriano (note 10), p. 375. Sur ce droit, cf. aussi Glockengiesser Iris (note 10), p. 160 ; Kälin Walter et alii (note 9), pp. 14 s. et pp. 69 ss ; Schulze Marianne, (note 17), pp. 102 ss, ainsi que le Message CDPH [note 18], pp. 634 s. Cf. en outre le rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'homme du 12 décembre 2014, par. 13 et 15.

## b. L'art. 12 CDPH dans le processus suisse de ratification de la CDPH

Avant de lancer la procédure de ratification de la CDPH, le Conseil fédéral avait commandé à l'Université de Berne une étude sur les conséquences possibles d'une telle ratification. S'il identifiait alors un certain nombre de dispositions a priori problématiques (art. 19, art. 24, art. 27 et art. 30 al. 1 lit. b CDPH), il ne mentionnait pas spécialement l'art. 12 CDPH dans son ordre de mission<sup>23</sup>. L'expertise ne lui accorde aucun développement<sup>24</sup>. Par la suite, la disposition ne suscitera pas de réaction particulière dans la procédure de consultation achevée le 15 avril 2011<sup>25</sup>.

S'agissant de l'art. 12, le Message CDPH<sup>26</sup> relève :

- Que l'al. 1 reconnaît expressément le droit des personnes handicapées à être sujets de droits et obligations (cf. aussi art. 16 Pacte II ONU) ;
- Que l'al. 2 reconnaît la capacité juridique (définie comme l'aptitude à exercer et à jouir des droits civils dans tous les domaines) des personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres. Les personnes handicapées

« peuvent toutefois être limitées dans l'exercice de leurs droits civils, tout comme les personnes sans handicap, en raison de leur jeune âge, d'une incapacité de discernement ou de l'incapacité de manifester sa volonté. Tant la capacité civile que la capacité délictuelle impliquent qu'une personne est en mesure d'apprécier la signification d'un comportement et d'agir en fonction de cette appréciation. Ce n'est qu'alors que l'ordre juridique peut lui imputer les conséquences de son comportement, c'est-à-dire la considérer comme capable sur les plans civil et délictuel » ;

- Que l'al. 3 et l'al. 4

« visent à ne restreindre qu'au strict minimum dans l'exercice de leurs droits les personnes handicapées qui sont tributaires d'autrui pour qu'elles soient avant tout soutenues plutôt que représentées dans cet exercice (les aider à prendre une décision plutôt que prendre une décision à leur place) » ;

- Que le nouveau droit de la protection de l'adulte (contrairement au droit de la tutelle de 1907<sup>27</sup>)

---

<sup>23</sup> Kälin Walter et alii (note 9), p. 12.

<sup>24</sup> Elle est finalisée le 14 octobre 2008 ; les Chambres voteront le texte final du nouveau droit de la protection de l'adulte le 19 décembre 2008.

<sup>25</sup> Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, 19.12.2012.

<sup>26</sup> (note 18), p. 629 s.

<sup>27</sup> 1913 selon l'indication erronée du Message CDPH [note 18], p. 630.

« intègre ce changement de perspective dans le droit national. Grâce à la mise en place d'instruments qui sont adaptés à la situation individuelle, les besoins concrets des personnes concernées peuvent être pris en considération de façon optimale et, ce faisant, leur autonomie est maintenue au mieux ».

Les Chambres fédérales n'ont pas évoqué l'art. 12 CDPH lors des débats parlementaires ; les principales préoccupations ont porté sur l'art. 24 CDPH (éducation)<sup>28</sup>.

La Suisse n'a pas émis de réserve ni de déclaration au sujet de l'art. 12 CDPH lors du dépôt de l'instrument de ratification le 15 avril 2014, contrairement à plusieurs Etats qui, se souvenant des travaux préparatoires<sup>29</sup> et anticipant ce que le Comité CDPH pourrait en tirer, ont déclaré vouloir interpréter cette disposition comme n'interdisant pas de restreindre la capacité juridique d'une personne lorsqu'une telle exigence découle d'inaptitudes à comprendre et à agir<sup>30</sup>.

### 3. Un changement radical de paradigme ?

La disposition est censée réaliser un changement de paradigme, passant de la prise de décision *substitutive* à la place de la personne (système des mesures de nature tutélaire, « *substituted decision-making* »<sup>31</sup>) à une prise de décision

<sup>28</sup> Cf. BO 2013 N 1170 ss (une demande de renvoi au Conseil fédéral a été rejetée par 118 voix c. 70) et BO 2013 E 949 ss.

<sup>29</sup> A l'issue de la 5<sup>ème</sup> session du Comité de travail, tenue les 25/26.01.2005 (<<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum26jan.htm>> [consulté le 28.09.2015]), l'art. 9 d'alors comportait encore un texte admettant le principe de la représentation légale. Le changement de paradigme a été implémenté le 18 janvier 2006 lors de la 7<sup>ème</sup> session (<<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum18jan.htm>> [consulté le 28.09.2015]), avec deux variantes de textes. La seconde, devenue convention, l'emporte lors de la 8<sup>ème</sup> session tenue du 14 au 25.08.2006 puis le 05.12.2006 (<<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcfinalrepe.htm>> [consulté le 28.09.2015]). Le Canada comme l'Australie s'opposent finalement au texte. Pour un examen historique, avec références, cf. aussi Aichele Valentin/Degener Theresia (note 15), pp. 50 ss, qui montrent clairement (p. 51) que ce sont les acteurs de la société civile qui ont influé sur le texte finalement adopté, de crainte qu'une tutelle pour handicapés ne soit réinstaurée.

<sup>30</sup> Il en va ainsi de l'Australie, du Canada, de l'Estonie et de la Pologne. Ainsi la déclaration canadienne mentionne-t-elle : « Canada recognises that persons with disabilities are presumed to have legal capacity on an equal basis with others in all aspects of their lives. Canada declares its understanding that Article 12 permits supported and substitute decision-making arrangements in appropriate circumstances and in accordance with the law. To the extent Article 12 may be interpreted as requiring the elimination of all substitute decision-making arrangements, Canada reserves the right to continue their use in appropriate circumstances and subject to appropriate and effective safeguards. (...) ».

<sup>31</sup> Selon la définition de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), in : Rapport – La capacité juridique des personnes souffrant de troubles mentaux et des personnes handicapées intellectuelles, Luxembourg 2013 (rapport joint au 1<sup>er</sup> Rapport périodique de l'Union européenne sur la CDPH), p. 9, « le représentant légal ou le tuteur est

*assistée* par la personne elle-même, moyennant le soutien nécessaire (« *supported decision-making* »<sup>32</sup>)<sup>33</sup>.

L'interdiction des systèmes de prise de décision substitutive ne figure cependant pas dans le texte. Au contraire, les al. 3 et 4 paraissent légitimer de tels mécanismes dans des circonstances particulières, pour autant notamment que des garanties procédurales suffisantes soient mises en place<sup>34</sup>.

Mais les lignes directrices en matière d'élaboration de rapports demandent aux Etats parties de signaler « s'il existe une loi prévoyant le retrait de la pleine capacité juridique au motif du handicap »<sup>35</sup>.

Dans ses Observations finales sur les rapports des Etats, le Comité recommande aux Etats de « *remplacer* » la prise de décision substitutive par la prise de décision assistée et « de procéder immédiatement à la révision de tous les textes législatifs en vigueur qui s'appuyant sur le principe de la prise de décisions substitutives, privent les personnes handicapées de leur capacité juridique »<sup>36</sup>.

légalement autorisé à prendre des décisions au nom de l'individu sans être nécessairement tenu de démontrer que lesdites décisions s'inscrivent dans le meilleur intérêt ou répondent aux souhaits de l'individu concerné ». Dans sa seconde partie, cette définition ne répond pas à la vision moderne de la protection de l'adulte, comme on le verra sous ch. III.2.c. iii ci-après.

<sup>32</sup> « Une personne de soutien permet à une personne handicapée de prendre et de communiquer des décisions portant sur des affaires personnelles ou juridiques » (FRA, [note 31], p. 9). Le rapport FRA ajoute : « la présomption est toujours en faveur de la personne handicapée qui sera concernée par la décision. L'individu est décisionnaire ; la personne de soutien explique les problèmes lorsque cela est nécessaire, et interprète les signes et préférences de l'individu ».

<sup>33</sup> Pour les détails, Aichele Valentin/Degener Theresia (note 15), p. 38 s. ; cf. aussi Wolf Christian (note 7), p. 134.

<sup>34</sup> Dans ce sens aussi : Wolf Christian (note 7), p. 144. Raison pour laquelle certaines organisations (à l'instar du International Disabilities Caucus) ont critiqué le texte final de la disposition (Schulze Marianne [note 17], p. 82 s.).

<sup>35</sup> ONU, Comité des droits des personnes handicapées (Comité CDPH), Directives concernant le document spécifique à l'instrument à soumettre par les Etats parties en application du par. 1 de l'art. 35 de la Convention, 2009, art. 12 par. 2, p. 10. Dans l'Etude thématique visant à faire mieux connaître et comprendre la Convention figurant dans le rapport annuel du 26 janvier 2009 (<<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/ThematicStudies.aspx> [consulté le 28.09.2015] Document A/HRC/10/48>), par. 45 p. 16, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme observe que les « lois actuellement en vigueur dans de nombreux pays permettent de déclarer des personnes incapables sur la base de leur handicap mental, intellectuel ou sensoriel et d'attribuer à un tuteur la capacité juridique d'agir en leur nom », or « indépendamment de la question de savoir si l'existence d'un handicap est un motif direct ou indirect d'incapacité juridique, les législations de ce type sont incompatibles avec la reconnaissance de la capacité juridique des personnes handicapées consacrée au paragraphe 2 de l'article 12 ».

<sup>36</sup> Parmi de nombreux exemples : Observations finales du Comité CDPH Espagne (20.09.2011), par. 33/34 ; Autriche (02/03.09.2013), par. 27/28 ; Australie (03/04.09.2013), par. 24-26 ; Suède (31.03/01.04.2014), par. 33-34 ; Belgique (18/19.09.2014), par. 23/24 ; Danemark (23/24.09.2014), par. 32/33 ; Croatie (30/31.03.15), par. 17/18 ; République Tchèque (31.03/01.04.2015), par. 22/23 ; Allemagne (26/27.03.2015), par. 25/26 ; Brésil

Il est vrai que certaines rares Observations finales ont pu laisser penser que ce remplacement pur et simple d'un système par un autre n'était pas une exigence absolue et qu'il y avait lieu plutôt de *limiter* la portée du régime substitutif, et non de le supprimer purement et simplement<sup>37</sup>. Mais l'immense majorité de ces textes ne laissent place à aucun doute<sup>38</sup>. Et les minces espoirs que l'on pouvait encore avoir ont été douchés par l'Observation générale :

« L'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique doit respecter les droits, la volonté et les préférences des personnes handicapées et ne devrait jamais équivaloir à une prise de décisions substitutive »<sup>39</sup>.

Et si l'on avait encore quelque doute que ce soit :

« L'obligation incombant aux États parties de remplacer les régimes de prise de décisions substitutive par des régimes de prise de décisions assistée<sup>40</sup> nécessite à la fois la suppression des premiers et la mise en place des seconds. Élaborer des régimes de prise de décisions assistée

(25/26.08.2015), par. 24/25 ; Maurice (24/25.08.2015), par. 21/22 ; Ukraine (19/20.08.2015), par. 26/27. Dans ses Observations finales (27/28.08.2015) relatives à l'Union européenne (le règlement de ces questions échappe à la compétence de celle-ci), le Comité note au par. 36 « with deep concern that across the European Union a large number of persons with disabilities have their full legal capacity restricted ».

<sup>37</sup> Cf. par ex. le par. 26 des Observations finales sur la Hongrie (20/21.09.2012), le par. 33 des Observations sur le Danemark (2014) ou encore le par. 24 des Observations sur l'Équateur (22/23.09.2014). Par le passé, certains organismes onusiens avaient d'ailleurs présenté une approche nuancée de la problématique : cf. par ex. le Guide ONU/HCDH (note 10), p. 100, qui laisse coexister les deux systèmes.

<sup>38</sup> Il est utile aussi de rappeler les déclarations publiques très dures du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, Navi Pillay, en 2012 (cité par FRA [note 31], p. 31) : « De nombreux États européens sont dotés de législations obsolètes qui se révèlent incompatibles avec l'article 12 de la CRPD, en application duquel il y a lieu de favoriser une prise de décision assistée, et non une prise de décision substitutive, comme cela est encore le cas dans un certain nombre de pays européens. (...) J'invite tous les États européens à amender ces législations anachroniques sans tarder et à garantir la pleine conformité de leur législation avec l'article 12 de la CRPD ».

<sup>39</sup> Par. 17. Le par. 27 précise que « Les régimes de prise de décisions substitutive peuvent prendre différentes formes, notamment la tutelle, l'interdiction judiciaire et la curatelle. Ces régimes présentent cependant certaines caractéristiques communes: ils peuvent être définis comme des systèmes dans lesquels i) la capacité juridique est retirée à une personne, même si ce n'est que pour une seule décision ; ii) un tiers chargé de prendre les décisions à la place de la personne concernée peut être désigné par quelqu'un d'autre que celle-ci, le cas échéant contre sa volonté; et iii) toute décision prise par ce tiers est fondée sur ce que l'on considère comme « l'intérêt supérieur » objectif de la personne concernée, et non sur sa volonté et ses préférences ». Là non plus, la troisième caractéristique ne correspond plus au système moderne de décision substitutive (cf. le ch. III. 2. c. ci-après).

<sup>40</sup> Le Comité les définit au par. 29 : « Un régime de prise de décisions assistée comprend diverses possibilités d'accompagnement qui donnent la priorité à la volonté et aux préférences de la personne et qui respectent les normes relatives aux droits de l'homme (...) ».

tout en maintenant en parallèle des régimes de prise de décisions substitutive n'est pas suffisant pour se conformer à l'article 12 de la Convention »<sup>41</sup>.

Les al. 1 à 3 de la disposition ont ainsi recueilli l'essentiel de l'attention du Comité. S'agissant de l'al. 4 (garanties procédurales), il a surtout fait part de sa préoccupation quant au « manque de recours et garanties juridiques, comme l'examen indépendant et le droit de faire appel, qui permettent de révoquer [les] décisions [de mise sous tutelle] »<sup>42</sup>. Quant à l'al. 5, il est très intimement lié aux droits à l'accessibilité, à l'autonomie de vie et à l'inclusion, mais ne paraît pas avoir de contenu matériel propre par rapport aux autres paragraphes de la disposition, qu'il ne fait qu'illustrer<sup>43</sup>.

L'intégralité de cette contribution en format PDF est disponible sur demande à l'adresse [philippe.meier@unil.ch](mailto:philippe.meier@unil.ch)

---

<sup>41</sup> Observation générale no 1 (2014) (note 15), par. 28.

<sup>42</sup> Comité CDPH, Observations finales Pérou (17.04.2012), par. 24.

<sup>43</sup> Le Comité CDPH s'inquiète cependant, à la lumière de l'art. 12 al. 5 CDPH, des limitations d'accès aux services financiers au Costa Rica (Observations finales 02/03.04.2014, par. 23/24) et en République dominicaine (Observations finales 07/08.04.2015, par. 22/23).