

Fachtagung vom 7./8. September 2016 in Freiburg
„Die Praxis im Spannungsfeld zwischen Schutz und Selbstbestimmung“

Referat 5

Art. 12 Behindertenrechtskonvention und Erwachsenenschutzrecht: (schon) wieder alles ändern?

Philippe Meier, Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius an der Universität Lausanne,
Mitglied Arbeitsausschuss KOKES

Die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen (BRK), erarbeitet zwischen 2001 und 2006 und für die Schweiz 2014 in Kraft getreten, wurde in den Grundlagenarbeiten des neuen Erwachsenenschutzrechts nicht berücksichtigt.

Der Bundesrat vertrat in der Botschaft vom Jahr 2012 betreffend Ratifizierung der BRK die Meinung, dass das neue Erwachsenenschutzrecht den Anforderungen des internationalen Übereinkommens gerecht wird, insbesondere seines Art. 12, der eine Gleichberechtigung von Personen mit und ohne Behinderungen in Bezug auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit garantiert.

Der von der Konvention eingesetzte Ausschuss hat jedoch sehr schnell ausgelegt, dass diese Norm jegliche Inanspruchnahme von Formen des « substitute decision making » verbietet (im Schweizer Recht: Vertretungsbeistandschaften mit oder ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit) und ein ausschliesslich auf « assisted decision making » aufbauendes System vorgibt. Der Ausschuss hat u.a. die Länder, die kürzlich eine Revision ihrer Gesetzgebung zum Erwachsenenschutz unternommen haben, dazu aufgefordert, ihr Gesetzeswerk nochmals zu überarbeiten um die gesetzlichen Vertretungsmassnahmen abzuschaffen.

Die Frage führte zu ausführlichen Debatten im Ausland. Der erste, am 29. Juni 2016 vom Bundesrat veröffentlichte periodische Bericht nimmt sich der Frage nicht wirklich an.

Das Referat versucht - im Licht der subtilen Mechanismen des Schweizer Rechts - aufzuzeigen, inwiefern der Ansatz des Ausschusses extremistisch und unrealistisch ist. Gleichwohl sollte der Sinn der Konvention in Zukunft gewisse Praktiken beeinflussen in Richtung zusätzlicher Autonomie und weniger Paternalismus, unter Anwendung der notwendigen Flexibilität und der Vielzahl an vorhandenen Instrumenten.

*Die Präsentation und weitere Unterlagen der Fachtagung stehen auf
www.kokes.ch → Aktuell → „Tagung 2016“ zum Download bereit.*

TEXTE UND HINWEISE

*ÜBEREINKOMMEN ÜBER DIE RECHTE VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN, VOM 13. DEZEMBER 2006
(IN KRAFT GETRETEN FÜR DIE SCHWEIZ AM 15. MAI 2014, SR 0.109)*

Art. 12 Gleiche Anerkennung vor dem Recht

(1) Die Vertragsstaaten bekräftigen, dass Menschen mit Behinderungen das Recht haben, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden.

(2) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit geniessen.

(3) Die Vertragsstaaten treffen geeignete Massnahmen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.

(4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Massnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Massnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Massnahmen verhältnismässig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmässigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmass, in dem diese Massnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismässig sein.

(5) Vorbehaltlich dieses Artikels treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten und wirksamen Massnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht wie andere haben, Eigentum zu besitzen oder zu erben, ihre finanziellen Angelegenheiten selbst zu regeln und gleichen Zugang zu Bankdarlehen, Hypotheken und anderen Finanzkrediten zu haben, und gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen nicht willkürlich ihr Eigentum entzogen wird.

Art. 14 Freiheit und Sicherheit der Person

(1) Die Vertragsstaaten gewährleisten:

a) dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit geniessen;

b) dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen die Freiheit nicht rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird, dass jede Freiheitsentziehung im Einklang mit dem Gesetz erfolgt und dass das Vorliegen einer Behinderung in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigt.

(2) Die Vertragsstaaten gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen, denen aufgrund eines Verfahrens ihre Freiheit entzogen wird, gleichberechtigten Anspruch auf die in den internationalen Menschenrechtsnormen vorgesehenen Garantien haben und im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen dieses Übereinkommens behandelt werden, einschliesslich durch die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen.

Art. 29 Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben

Die Vertragsstaaten garantieren Menschen mit Behinderungen die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu geniessen, und verpflichten sich:

a) sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksam und umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können, sei es unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter oder Vertreterinnen, was auch das Recht und die Möglichkeit einschliesst, zu wählen und gewählt zu werden (...).

ERSTER BERICHT DER SCHWEIZER REGIERUNG ÜBER DIE UMSETZUNG DES ÜBEREINKOMMENS ÜBER DIE RECHTE DER MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN, 29. JUNI 2016 (MIT ANHANG 1 : STELLUNGNAHME INCLUSION HANDICAP)

<https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/international0/uebereinkommen-der-uno-ueber-die-rechte-von-menschen-mit-behinde/staatenbericht.html>

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, GENERAL COMMENT No. 1 (2014), ARTICLE 12: EQUAL RECOGNITION BEFORE THE LAW

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>

ÜBER DIESES THEMA (MIT WEITEREN HINWEISEN IM AUSLÄNDISCHEN RECHT) :

Walter BOENTE, Behindertenrechtskonvention und Erwachsenenschutzrecht – ein Zwischenruf, FamPra.ch 2016 , S. 111 ff. ;

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, FS Barbara Wilson (Andreas Ziegler/Julie Küffer, Hrsg.), Zurich 2016, S. 337 ff.

Art. 12 BRK und Erwachsenenschutzrecht: (schon) wieder alles ändern?

Prof. Dr. Philippe Meier, Rechtsanwalt
Universität Lausanne

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

I. Einführung (1)

- Motionen, Postulate, Interpellationen, Evaluationen
alles kleine Flüsse!



- Das Schweizer Recht als Modell einer extremen
Wahrung der Selbstbestimmung und des Verzichts auf
den vormundschaftlichen Paternalismus...
- Wirklich?

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

I. Einführung (2)

- Anstatt kleiner Flüsse, ein tobender Strom, der alles mit sich reissen würde!

BRK



- « *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. Einführung (3)

Inhalt des Referats

II. Die BRK

III. Art. 12 BRK und seine Auslegung

IV. Das Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK

V. Schlussfolgerung

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

1I. Die BRK(1)

- Verabschiedet am 13.12.2006 – Grundlagenarbeiten begannen im Jahre 2001
- 166 Vertragsstaaten – die Schweiz seit 15.05.2014
- Übernahme und Verwirklichung der von den beiden UN-Menschenrechtspakten garantierten Rechte
- Allgemeine Grundsätze (Wahrung der Selbstbestimmung und der individuellen Entscheidungen, Diskriminierungsverbot, Gleichheit, Zugänglichkeit, usw.)
- Von den Staaten garantierte Rechte (Schutz vor Ausbeutung, Gesundheit, Bildung, persönliche Mobilität, Teilhabe am öffentlichen Leben, usw.)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

1I. Die BRK(2)

- **Drei Normen**, die für den Erwachsenenschutz relevant sind:
 - **Art. 12:** Gleiche Anerkennung vor dem Recht (siehe infra)
 - **Art. 14:** Keine Freiheitsentziehung aufgrund einer Behinderung – manche wollen darin eine Verurteilung der FU sehen
 - **Art. 29:** Gleichberechtigung in der Ausübung der politischen Rechte – Übereinstimmung der Art. 136 BV/ Art. 2 BPR und der kantonalen Bestimmungen?

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

1I. Die BRK (3)

- **Die Ratifizierung durch die Schweiz**
 - Botschaft Erwachsenenschutz (2006) und Parlamentsdebatten (2008): nichts über die BRK!
 - Botschaft 2012 BRK (BBI 2013 661):
 - Die Konvention hat zum Ziel, die Einschränkung der Handlungsfähigkeit auf ein Minimum zu reduzieren
 - Die betroffenen Personen müssen bei der Ausübung ihrer Rechte unterstützt und nicht vertreten werden
 - *Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht (anders als das Vormundschaftsrecht von 1907) « wurde dieser Perspektivenwechsel im nationalen Recht vollzogen. Durch das Bereitstellen von Instrumenten, die auf die individuelle Situation zugeschnitten sind, kann den konkreten Bedürfnissen der betroffenen Personen in optimaler Weise und unter bestmöglicher Wahrung ihrer Autonomie Rechnung getragen werden. » (Botschaft BRK, BBI 2013 690).*

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

1II. Der Art. 12 BRK und seine Auslegung (1)

- (1) Die Vertragsstaaten bekräftigen, dass Menschen mit Behinderungen das Recht haben, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden.
- (2) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen **gleichberechtigt** mit anderen **Rechts- und Handlungsfähigkeit** geniessen.
- (3) Die Vertragsstaaten treffen geeignete Massnahmen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der **Unterstützung** zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.
- (4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Massnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Massnahmen betreffend die Ausübung der **Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden**, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Massnahmen **verhältnismässig** und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer **regelmässigen Überprüfung** durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmass, in dem diese Massnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismässig sein.
- (5) Vorbehaltlich dieses Artikels treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten und wirksamen Massnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht wie andere haben, Eigentum zu besitzen oder zu erben, ihre finanziellen Angelegenheiten selbst zu regeln und gleichen Zugang zu Bankdarlehen, Hypotheken und anderen Finanzkrediten zu haben, und gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen nicht willkürlich ihr Eigentum entzogen wird.

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

1II. Der Art. 12 BRK und seine Auslegung (2)

- Nichts im Text verbietet die Einschränkung der Handlungsfähigkeit
- Im Gegenteil: Die Forderung nach Achtung des Willens der betroffenen Person und die Verfahrensgarantien zeigen, dass die BRK für gewisse Fälle die Idee einer Vertretungsmassnahme und/oder eines Entzugs der Handlungsfähigkeit akzeptiert
- Die in Ziff. 2 verkündete Gleichberechtigung stellt kein Hindernis dar: eine Person ohne Behinderung kann ebenfalls einer solchen Massnahme unterstellt werden (nicht die Behinderung, sondern die Schutzbedürftigkeit macht den Eingriff erforderlich)
- **ABER:** Die Vorbereitungsarbeiten der Konvention scheinen in eine andere Richtung zu gehen (bis zum letzten Moment strittige Bestimmung, Lobbying der NGO)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

1II. Der Art. 12 BRK und seine Auslegung (3)

- Die willkommene Vorsicht gewisser Staaten: Vorbehalt zum Zeitpunkt der Ratifizierung (Australien, Kanada, Estland, Polen)!
- Beispiel Kanada:

*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. (...)*

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

III. Der Art. 12 BRK und seine Auslegung (4)

- Die « extremistische » Auslegung des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (abschliessende Bemerkungen über die nationalen Berichte + allgemeine Bemerkung Nr. 1(2014))
- « *States parties' obligation to replace substitute decision-making regimes by supported decision-making requires both the abolition of substitute decision-making regimes and the development of supported decision-making alternatives. The development of supported decision-making systems in parallel with the maintenance of substitute decision-making regimes is not sufficient to comply with article 12 of the Convention.* » (Ziff. 28)
- Keine Ausnahme für moderne Gesetze (Belgien, Frankreich, Südkorea) oder für diejenigen die das Schweizer Recht inspirierten (Deutschland, Österreich)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (1)

- Erster Bericht der Schweiz: 29. Juni 2016;
Datum der Prüfung durch den Ausschuss: ???
- Ziff. 58 erwähnt weder die allgemeine Bemerkung noch die Grundfrage « *substitute decision making* » vs « *assisted decision making* »; aber
 - Es beharrt auf die Flexibilität und die Subsidiarität der Massnahmen
 - Es veranschaulicht die Wahrung der Selbstbestimmung
 - Es erklärt das System der « massgeschneiderten Massnahmen »
 - Es zählt die verschiedenen Beistandschaften auf und erklärt sie
- Die Debatten im Ausland sind jedoch heftig (Projekt Österreich – Vernehmlassung 12.09.16) und die Frage wird ebenfalls in der Schweiz aufgegriffen (siehe Einleitung)!

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (2)

- Das Schweizer Recht als Modell der gesetzlichen Wahrung der Selbstbestimmung
- Selbstbestimmung vor Beistandschaft
 - Der Vorsorgeauftrag (+ Vollmachten gemäss OR) / Patientenverfügung
 - Aufhebung ex lege
 - Partielles Inkrafttreten möglich
 - Missbrauch? Kontrolle (KESB)?
 - Die Rechtsvertretung
 - Die Urteilsunfähigkeit als Umsetzungs-Voraussetzung
 - Die Relativität der Urteilsfähigkeit im Schweizer Recht (nicht alles oder nichts)
 - Die weitläufige Auslegung der Urteilsfähigkeit für medizinische Entscheidungen (mögliche Urteilsfähigkeit dank der Hilfe von Dritten: Arzt, Pflegefachmann, Angehörige, usw.)
 - Missbrauch? Kontrolle (Arzt/KESB)?

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (3)

- Selbstbestimmung vor Beistandschaft
 - Materielle Voraussetzungen der Beistandschaft:
 - Psychische Störungen / geistige Behinderung / schwere Verwahrlosung / vorübergehende Urteilsunfähigkeit / Abwesenheit + **Unterstützungsbedarf**
 - Die Behinderung allein genügt als solche nicht – **kein Automatismus!**
 - und: wenn der Unterstützungsbedarf anders behoben wird (eigene Vorsorge/gesetzliches Vertretungsrecht; Familie, private oder öffentliche Sozialdienste, usw.), wird es keine Beistandschaft oder nur eine «reduzierte» Beistandschaft geben (**Subsidiarität, Verhältnismässigkeit, Komplementarität**)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (4)

- Selbstbestimmung in der Wahl der Beistandschaft
 - Verhältnismässigkeit
 - Die Auswahl ist gross:
 - **Begleitbeistandschaft** (genau der « **assisted decision making** » Typ, keine Vertretung!)
 - **Vertretungsbeistandschaft/Verwaltung** (die **flexibelste** Massnahme)
 - **Mitwirkungsbeistandschaft** (die Massnahme bei der die Person **selbst handelt** - unter Kontrolle)
 - **Kombinierte Beistandschaft**
 - **Umfassende Beistandschaft** (**als Ultima Ratio; Bestandteile der Handlungsfähigkeit bei Urteilsfähigkeit**)
 - Die Aufgaben sind zielorientiert
 - Der Entzug der Handlungsfähigkeit ist nicht automatisch und ist zielorientiert
 - Die Massnahme muss aufgehoben/geändert werden, von Amtes wegen oder auf Ersuchen, bei veränderten Verhältnissen (Art. 399, 414 ZGB)
 - Eine automatische neue Kontrolle erfolgt bei der Prüfung der Berichterstattung und der Rechnung

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (5)

- Selbstbestimmung bei der Wahl des Beistands
 - **Vorschlags**recht der betroffenen Person (Art. 401 Abs. 1 ZGB)
 - **Veto**recht der betroffenen Person (Art. 401 Abs. 3 ZGB)
 - Die Vorschläge und Einwände müssen berücksichtigt werden wenn sie sachlich begründet sind (BGer)
 - Pflicht, sich nach den **Wünschen der Angehörigen** zu erkundigen, die jedoch keinen vorrangigen Anspruch haben (Art. 401 Abs. 2 ZGB)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (6)

- Selbstbestimmung in der Ausübung der Beistandschaft
 - Verstärkung der **personenbezogenen Pflichten** (siehe Referat Urs Vogel, Art. 406 ZGB)
 - u.a. wann immer möglich die Meinung der betroffenen Person berücksichtigen und « ihren Willen, ihr Leben so zu gestalten, wie sie es wollen » respektieren (selbst bei eingeschränkter oder entzogener Handlungsfähigkeit)
 - Die Person ist gegen spezifische Missbrauchsrisiken geschützt
 - Im Falle von Interessenskonflikten
 - Auflösung einer Wohnung oder einer Unterbringung
 - Beschwerde der Person und ihrer Angehörigen

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (7)

- Besondere Bestimmungen zur Wahrung der Selbstbestimmung
 - Besonderer Schutz der **Wohnräume** und der **Post** (Art. 391 Abs. 3 ZGB)
 - **Bestandteile der Handlungsfähigkeit** bei urteilsfähiger Person (unabhängig von der Beistandschaftsform und dem Ausmass des Entzugs der Handlungsfähigkeit)
 - Bedingte Fähigkeit: die Person handelt, der Beistand genehmigt
 - Höchstpersönliche Rechte: grundsätzlich übt die Person sie selbst aus, ausser das Gesetz verlangt ausdrücklich das Einverständnis des Beistands
 - Beispiele: medizinische Akte? ohne den Beistand; Testament? ohne den Beistand; Heirat? ohne den Beistand!
 - Fähigkeit für « geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens »
 - Fähigkeit, unentgeltliche Vorteile zu erlangen (Erbe, Schenkung)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (8)

- Die Selbstbestimmung in **vermögensrechtlichen Belangen** ebenfalls:
 - Erläuterung der Rechnung, Übergabe einer Kopie des Berichts und der Rechnung (Art. 410/411 ZGB)
 - Den Willen der Person in Bezug auf Verwaltung berücksichtigen (Art. 5 VBVV)
 - Pflicht, Beträge zur freien Verfügung zu stellen (Art. 409 ZGB)
 - Zu allerletzt Vermögenswerte veräussern, die für die Person einen emotionalen oder finanziellen Wert haben (Art. 412 Abs. 2 ZGB)
 - Verbotene Geschäfte (Art. 412 Abs. 1 ZGB) oder solche, die Zustimmung der KESB erfordern (Art. 416/417 ZGB)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

IV. Schweizer Recht im Licht von Art. 12 BRK (9)

- Die durch Verfahrensgarantien geschützte Selbstbestimmung
 - Prüfung der materiellen Voraussetzungen des Art. 390 ZGB (kein Automatismus « geistige Behinderung » = Beistandschaft)
 - Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB)
 - Expertise für einschneidendere Massnahmen (Art. 446 Abs. 2)
 - Selbst ohne fixe Dauer (vorbehalten ist Art. 421 Abs. 1 ZGB!)
Überprüfung - von Amtes wegen oder auf Ersuchen –
im Laufe der Massnahme (Art. 414 ZGB) und anlässlich der regelmässigen Bericht-/Rechnungserstattung
 - Recht auf Beschwerdeführung
 - der betroffenen Person (geringe Anforderung an Urteilsfähigkeit) und der Angehörigen
 - gegen die Massnahme selbst (Grundsatz, Ausmass) (Art. 450 ZGB)
 - gegen Handlungen / Unterlassungen des Beistands (Art. 419 ZGB)

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

V. Schlussfolgerung (1)

Nein, MAN MUSS NOCH NICHT ALLES
IM GESETZ ÄNDERN!

UFFFF!

Ein modernes Erwachsenenschutzrecht fokussiert den Schutz, nicht die Diskriminierung oder die Infantilisierung der behinderten Person – dieses Ziel kann mit Unterstützungsmassnahmen **und** mit Vertretungsmassnahmen erreicht werden !

ABER

Der Sinn der BRK kann/muss
gewisse Praktiken beeinflussen

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

V. Schlussfolgerung (2)

- Den « ultima ratio » Charakter der umfassenden Beistandschaft respektieren
- Der Begleitbeistandschaft einen neuen Wert zuweisen zum Zeitpunkt der Massnahmenwahl – Nicht zu hohe Forderungen stellen, damit die Person diese Beistandschaftsform beantragen kann
- Besser eine kombinierte Beistandschaft wählen (inkl. integrierter Begleitbeistandschaft)
- Den Entzug der Handlungsfähigkeit im Rahmen der Vertretungsbeistandschaft/Verwaltung zweimal überdenken und gezielter machen (Risiken eingehen!)
- Sich an den relativen Charakter der Handlungsfähigkeit erinnern (zeitlich und materiell) und die von der Person benötigte Hilfe berücksichtigen um darüber zu urteilen

Prof. Ph. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

V. Schlussfolgerung (3)

- Die (professionellen aber vielleicht vor allem die privaten) Beistände auf die Wahrung der Selbstbestimmung aufmerksam machen, selbst bei Beistandschaften mit Vertretungsmacht oder Einschränkung der Handlungsfähigkeit
- Der betroffenen Person die Möglichkeit geben, sich zu äussern und zu entscheiden so oft es möglich ist
- Sich an die Regeln der Art. 19/19a ZGB erinnern (selbst bei einer umfassenden Beistandschaft kann die Person selbst handeln, wenn der Beistand dem Geschäft im voraus oder nachher zustimmt)
- Allgemein: Die « Coaching » Rolle des Beistands gewichten (informieren, erklären, die betroffene Person miteinbeziehen, sich eher als Vermittler ihres Willens anstatt als autoritärer Vertreter darstellen)

Prof. Peh. Meier, UNIL - COPMA Fribourg
07.09.2016

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

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 1997¹.

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)². 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 Convention³ 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)⁴, daté du 26 juin 2006⁵, n'y consacre pas un seul mot.

Et à une notable exception près⁶, 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 vifs⁷.

¹ RS 0.810.2. Entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} 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.

² RS 0.109. Entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014.

³ 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.

⁴ RS 210.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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 2008,⁸ 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)⁹ ; 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 handicapées¹⁰. 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 1966¹¹ prévoit déjà que « chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique »¹².

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

⁸ 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).

⁹ 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.

¹⁰ 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.

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

¹² 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 santé¹³. En d'autres termes, « le handicap réside dans la société, pas dans l'individu »¹⁴.

2. L'art. 12 CDPH

a. Contenu et systématique¹⁵

De manière générale, les dispositions de la Convention sont jugées hétéroclites, souvent longues, détaillées et non structurées¹⁶. L'art. 12 CDPH en est une bonne illustration. Il a fait l'objet de laborieux débats, sur lesquels nous reviendrons¹⁷.

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.

¹³ 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^{er} mai 2012, consid. 3.3 (avec d'autres références).

¹⁴ Guide ONU HCDH (2007) (note 10), p. 4.

¹⁵ 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.

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

¹⁷ « 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^{ème} 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-discrimination¹⁸, mais entre aussi en résonance¹⁹ 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 juridique²⁰, 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)²¹ et du droit à l'inclusion institué par l'art. 19 [1] CDPH²².

¹⁸ 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.

¹⁹ Observation générale no 1 (2014) (note 15), par. 31.

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

²¹ Guide (note 10), p. 19 et pp. 87 ss.

²² 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 mission²³. L'expertise ne lui accorde aucun développement²⁴. Par la suite, la disposition ne suscitera pas de réaction particulière dans la procédure de consultation achevée le 15 avril 2011²⁵.

S'agissant de l'art. 12, le Message CDPH²⁶ 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 1907²⁷)

²³ Kälin Walter et alii (note 9), p. 12.

²⁴ 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.

²⁵ Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, 19.12.2012.

²⁶ (note 18), p. 629 s.

²⁷ 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)²⁸.

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 préparatoires²⁹ 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 agir³⁰.

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* »³¹) à une prise de décision

²⁸ 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.

²⁹ A l'issue de la 5^{ème} 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^{ème} 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^{ème} 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.

³⁰ 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. (...) ».

³¹ 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^{er} 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* »³²)³³.

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 place³⁴.

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 »³⁵.

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 »³⁶.

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.

³² « 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 ».

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

³⁴ 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.).

³⁵ 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 ».

³⁶ 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 simplement³⁷. Mais l'immense majorité de ces textes ne laissent place à aucun doute³⁸. 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 »³⁹.

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 assistée⁴⁰ 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 ».

³⁷ 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.

³⁸ 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 ».

³⁹ 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).

⁴⁰ 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 »⁴¹.

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] »⁴². 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'illustrer⁴³.

L'intégralité de cette contribution en format PDF est disponible sur demande à l'adresse philippe.meier@unil.ch

⁴¹ Observation générale no 1 (2014) (note 15), par. 28.

⁴² Comité CDPH, Observations finales Pérou (17.04.2012), par. 24.

⁴³ 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).