



Soutenir et représenter

Position de l'association déclarée BGT (association professionnelle interdisciplinaire relative à l'accompagnement)

I. Directives de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées

1. Principes de la CDPH

L'article 12 de la CDPH prévoit que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres. La CDPH oblige les Etats Parties à prendre des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées l'accès au soutien dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.

Des circonstances empêchant les personnes handicapées d'exercer leurs droits et d'agir légalement existent. Ces obstacles peuvent être juridiques ou factuels. Par conséquent, la CDPH oblige les États Parties à fournir aux personnes handicapées un soutien approprié pour leur permettre de surmonter les obstacles concernant l'exercice de leur capacité juridique (art. 12 al. 3 de la CDPH).

Le soutien pour l'exercice de la capacité juridique au sens de l'art. 12 de la CDPH comprend toute les mesures et tous les outils qui aident les personnes handicapées à surmonter ces obstacles afin de leur permettre une action juridiquement efficace (« prise de décisions assistée »)¹ de façon égale par rapport aux autres personnes. La convention des Nations unies ne prévoit pas quelles mesures sont à prendre. Cependant, elle exige des précautions adéquates pour la protection de l'autodétermination (art. 12 al.4 CDPH).

L'antonyme du soutien est la décision substitutive. Une décision substitutive est caractérisée comme suit : ni la volonté ni les souhaits d'un individu ne sont pris en compte, mais une autre personne agit selon ses propres critères ou selon des critères objectifs à la place de la personne concernée.

L'article 12 de la CDPH préfère le soutien dans l'exercice de la capacité juridique à la décision substitutive et exige que cette dernière – si elle est nécessaire – doit être particulièrement justifiée.

Toutefois, la CDPH exige également que les droits de la personne concernée soient protégés (par exemple art. 12, al. 4, art. 16, art. 17). La CDPH prévoit que la décision substitutive ne se justifie dans des cas particuliers que si elle est nécessaire en dernier ressort pour défendre les droits et protéger les intérêts juridiques particulièrement importants de la personne concernée et si celle-ci est incapable d'exercer ses droits elle-même².

2. Observation générale du comité des droits des personnes handicapées

Le comité des droits des personnes handicapées a concrétisé ces préconisations de la CDPH dans son observation générale sur l'art. 12 de la CDPH concernant l'« interdiction judiciaire », la « tutelle » et la « curatelle ». Bien que ces mesures aient été supprimées en Allemagne et remplacées par la mesure de « Betreuung » en 1992, la loi allemande relative à la Betreuung et sa mise en œuvre doivent être revues à la lumière de la CDPH.

¹ Observation générale No. 15.

² Art. 12 al. 4 CDPH prévoit aussi, en tant que mesure du soutien nécessaire, la prise en compte des « droits » de la personne handicapée, qui dans les cas particuliers – s'il s'agit de la protection prioritaire – peuvent différer de la « volonté ».

Le comité des droits des personnes handicapées demande dans l'observation générale la reconnaissance de la pleine capacité juridique de toutes les personnes, indépendamment de tout handicap ou de la capacité de prise de décision et rejette les « régimes de prise de décision substitutive ». Le comité entend par là un régime qui retire la capacité juridique à une personne handicapée (régime d'incapacité). Elle ne peut alors pas agir légalement; ses capacités réelles et ses ressources pour une décision autonome dans un cas particulier n'ont pas d'importance. Le Comité technique s'oppose ainsi à toutes les formes d'interdiction totale ou partielle (« interdiction judiciaire », « tutelle », « curatelle »). D'autres caractéristiques d'un « régime de prise de décision substitutive » sont que « la volonté et les préférences » de la personne handicapée ne jouent juridiquement pas de rôle dans le choix du « tiers chargé de prendre les décisions à la place de la personne concernée » et dans la fin de la mesure et que les décisions de ce tiers sont basées sur « l'intérêt supérieur » objectif de la personne handicapée ou même sur l'intérêt de tiers.

Le comité exige alors de mettre en place plutôt des « régimes de prise de décision assistée ».³ Un tel régime se caractérise, entre autres, par le fait qu'il n'est pas lié à l'incapacité juridique d'une personne handicapée, mais qu'il prend en considération et réalise sa « volonté » et ses « préférences » voire l' « interprétation optimale de la volonté et des préférences » et qu'il est accessible à toutes les personnes handicapées sans discrimination et indépendamment de la nature et de l'ampleur de leurs besoins en matière de soutien et de leur situation financière. En outre, il doit inclure les préconisations de l'art. 12 al. 4 de la CDPH pour la protection des droits et de l'autodétermination des personnes handicapées.⁴

II. Mise en œuvre en Allemagne

1. Reconnaissance de la capacité juridique, « régime de prise de décisions substitutive »

En Allemagne, toute personne acquiert la pleine capacité juridique par la loi dès la majorité (capacité de contracter, capacité de se marier, capacité de tester, capacité de consentir, etc.). Depuis l'abolition de l'interdiction juridique dans le droit allemand, il n'existe plus de privation judiciaire ou administrative de la capacité juridique, ni complète, ni pour des domaines spécifiques ni pour une décision spécifique. Ni la conclusion d'un mandat de protection future, ni la nomination d'une personne pour l'accompagnement juridique n'influencent la capacité juridique de la personne handicapée affectée. Elle persiste sans restriction.

Dans le cas d'un mandat de protection future, le mandant lui-même désigne un mandataire et peut révoquer le mandat. Par contre, le Betreuer est nommé par le tribunal de la protection juridique. Toutefois, la volonté de la personne handicapée est déterminante de plein droit pour la nomination et le choix du Betreuer ainsi que pour la fin de la Betreuung (§§ 1896 al. 1 et 1a, 1897, al. 4, 1908d, al.2 code civil allemand). Le mandataire et le Betreuer ont l'obligation de respecter la volonté voire la volonté présumée de la personne handicapée (§§ 1901 al. 2 et 3, 1901a code civil).

Bien que le mandat de protection future et la Betreuung permettent de prendre une décision contre la volonté actuelle des personnes handicapées au cas par cas, c'est-à-dire une décision substitutive si elle est nécessaire en dernier ressort pour maintenir les droits et protéger les intérêts juridiques particulièrement importants de la personne concernée et si celle-ci est incapable d'exercer ses droits elle-même (comme les mesures privatives de liberté ou les mesures coercitives médicales conformément au § 1906 code civil). Cependant, ni le mandat de protection future, ni la Betreuung ne sont un « régime de prise de décision substitutive » au sens de l'observation générale, car le

³ Observation générale No. 24, 25.

⁴ Observation générale No. 18.

mandataire et le Betreuer ont ici aussi l'obligation de respecter la volonté précédemment déclarée voire la volonté présumée de la personne handicapée.

2. Modalités du soutien pour l'exercice de la capacité juridique

Le soutien pour l'exercice de la capacité juridique peut être organisé de différentes façons :

a. Soutien effectif informel dans l'environnement social

Souvent, une personne est soutenue dans l'exercice de sa capacité juridique par des personnes de son entourage social (famille, amis, voisins, groupes d'entraide etc.). Parfois, ces personnes l'accompagnent même quand elle effectue des actes juridiques. Ce soutien effectif et informel permet à cette personne d'exercer sa capacité juridique elle-même indépendamment du handicap.

b. Soutien formalisé par des mesures sociales

Le soutien concernant l'exercice de la capacité juridique en fournissant des conseils, de l'accompagnement et d'autres formes de soutien peut également être réalisé par les autorités ou des services (co-) financés par l'État (ou des autorités municipales). Ces services permettent à une personne handicapée d'exercer ses droits sans obstacles de la même manière que d'autres personnes. Les services de soutien sont par exemple offerts par les dispositifs d'aide et de conseil en matière de surendettement, de retraite, d'aide, on les retrouve aussi dans de différentes formes dans le droit social ou les services de santé publique (par exemple en forme de services socio-psychiatriques).

3. Soutien avec la possibilité de représentation

La représentation sous forme de « représentation juridique » ne doit pas être confondue avec la notion du « régime de prise de décision substitutive ». L'observation générale dénomme ainsi certaines institutions juridiques comme l'interdiction judiciaire ou la tutelle et se réfère à la question si la personne handicapée est privée de sa capacité juridique et si sa volonté est déclarée non-pertinente (voir I.2.). La question de la représentation ne joue aucun rôle.

La représentation ne doit pas non plus être confondue avec le « régime de prise de décision substitutive ». La représentation est simplement un moyen ; le but pour lequel ce moyen est utilisé est décisif. La représentation permet de donner effet à la décision d'une personne et, le cas échéant, une décision du représentant sur la base de « la volonté et des préférences » ou de la volonté présumée (« interprétation optimale de la volonté et des préférences ») de la personne handicapée. La représentation dans ces cas est un moyen de soutien à la personne handicapée dans l'exercice de sa capacité juridique. Cette notion est incontestable pour le mandat de protection future, même s'il permet, dans ce cas particulier, une décision de substitution contre la volonté du mandant. Ceci est également le cas pour la Betreuung.

Le droit allemand prévoit deux instruments de soutien avec possibilité de représentation:

a. Mandat

Le droit allemand connaît le mandat de protection future depuis longtemps, au moins depuis 1999 pour les décisions en matière de santé et dans d'autres domaines personnels. Chaque adulte peut donner un tel mandat à une personne de confiance ou à un avocat. Il est basé sur un contrat qui règle les devoirs et les obligations du mandataire. Il n'existe pas de conditions particulières pour la forme et la capacité juridique. Des obstacles éventuels dans l'élaboration du mandat peuvent être surmontés à l'aide de consultations. Le mandat de protection future est indépendant de la capacité

Organisationskomitee
[organizing committee](#)

Prof. Dr. Dagmar Brosey
Vizepräsidentin · [vice-president](#)

www.wcag2016.de

Prof. Dr. Volker Lipp
Präsident · [president](#)

Karl-Heinz Zander
Geschäftsführer · [secretary](#)

orga@wcag2016.de

c/o
Betreuungsgerichtstag e.V.
Kurt-Schumacher-Platz 9
D-44787 Bochum
Deutschland · [Germany](#)

Bankverbindung
[bank account](#)

Bank für Sozialwirtschaft Köln
BIC: BFSWDE33XXX
IBAN:
DE73 3702 0500 0008 2767 01

juridique du mandant. Le mandant ne perd ni sa capacité juridique, ni sa capacité de décision. Le soutien peut prendre la forme de conseils, d'accompagnement, d'aide à la prise de décision, de transmission d'une décision du mandant ou de décision du mandataire selon la volonté présumée du mandant. Il peut être mis fin à la mission et au mandat de protection future à tout moment par révocation ou résiliation.

Les droits du mandant sont garantis par l'obligation du mandataire de demander l'autorisation du tribunal dans de certains cas graves (§§ 1904 al. 4, 1906, al. 5 code civil) et la possibilité pour le tribunal d'intervenir par le biais d'un Betreuer contrôleur ou directement lui-même dans le cas d'un risque d'abus.

Le mandat de protection future répond donc aux critères de l'observation générale sur un « régime de prise de décision assistée ».

Un mandat de protection future peut cependant une décision substitutive pour protéger le mandant, si le mandant en a décidé ainsi (voir par exemple § 1906 al. 5 code civil). Même dans ce cas-là, le mandat de protection future ne devient pas de « régime de prise de décision substitutive », parce que le mandataire doit, en tout cas, suivre la volonté déclarée précédemment ou la volonté présumée du mandant.

b. Betreuung et pouvoir de représentation juridique du Betreuer

Avec la désignation d'un Betreuer, la personne handicapée ne perd pas sa capacité à décider. Sa capacité juridique n'est pas non plus remise en cause ou même retirée comme souvent affirmé. Au contraire, le Betreuer est censé fournir une aide à l'exercice de la capacité juridique afin de respecter la volonté de la personne handicapée. Cette notion est spécifiée dans la loi comme obligation légale par le § 1901 al. 2 et 3 et § 1901a du code civil. Cette orientation basée sur la volonté de la personne mène à une concentration de la Betreuung sur la personne et prend en compte la variété et la diversité des personnes handicapées.

La réalisation de l'autodétermination et de la participation aux actes juridiques doit principalement être effectuée sous forme de conseils et d'accompagnement. Seulement si dans la mesure où ce serait nécessaire, le Betreuer peut recourir à la représentation (§ 1901 al. 1 code civil). Même dans ce cas-là, la représentation n'est pas comprise comme une « prise de décision substitutive », mais comme un moyen de réalisation d'une décision de la personne handicapée. Le Betreuer est légalement obligé de respecter la volonté et les préférences de la personne protégée et de prendre en compte les aptitudes de cette personne (§§ 1901 al. 3 phrase 1 et 2, 1901a, al. 1 et 2 code civil). Pour cela, il doit accompagner personnellement la personne concernée et discuter des questions importantes avec elle (§ 1901 al. 3 phrase 3 code civil). Si la personne concernée n'est pas en mesure de s'exprimer, le Betreuer doit toujours prendre ses décisions en fonction de la volonté présumée et non pas selon le bien-être objectif ou l'intérêt objectif de la personne accompagnée (§§ 1901, al. 2, 1901a, al. 2 code civil). Comme dans le cas du mandat, une représentation lors de la prise de décision n'est possible qu'en dernier recours.

Le tribunal doit vérifier si le Betreuer agit de façon légale et s'il respecte ses obligations. En cas de d'une violation de ces obligations, le tribunal doit intervenir et décharger le Betreuer si nécessaire. Pour des actes juridiques importants, la loi prévoit au-delà un contrôle préventif par une procédure d'autorisation judiciaire (p.ex. §§ 1904, 1906, 1907, 1908i en combinaison avec §§ 1821, 1822 code civil). Le cas échéant, un curateur à la de procédure est désigné pour la personne concernée qui doit

Organisationskomitee
[organizing committee](#)

Prof. Dr. Dagmar Brosey
Vizepräsidentin · [vice-president](#)

www.wcag2016.de

Prof. Dr. Volker Lipp
Präsident · [president](#)

Karl-Heinz Zander
Geschäftsführer · [secretary](#)

orga@wcag2016.de

c/o
Betreuungsgerichtstag e.V.
Kurt-Schumacher-Platz 9
D-44787 Bochum
Deutschland · [Germany](#)

Bankverbindung
[bank account](#)

Bank für Sozialwirtschaft Köln
BIC: BFSWDE33XXX
IBAN:
DE73 3702 0500 0008 2767 01

veiller au respect des garanties procédurales et qui rapporte la volonté de la personne concernée au cours de la procédure.

Le Betreuer est nommé par le tribunal. Toutefois, la volonté de la personne handicapée est prépondérante pour la nomination et le choix d'un Betreuer ainsi que pour la fin de la Betreuung pour des raisons de droit (§§ 1896 al. 1 et 1a, 1897, al. 4, 1908d, al.2 code civil). Les demandes de désignation d'un Betreuer et de fin de la Betreuung peuvent être faites par une personne handicapée à tout moment. Puisque la personne est toujours capable d'agir pour des actes juridiques (§ 275 FamFG (loi concernant les procédures en matière familiale), toute personne peut faire une telle demande, quelle que soit la nature et l'ampleur de son handicap. L'accès au tribunal et la désignation d'un Betreuer garantis pour tout le monde sans considération de la situation financière.

La Betreuung répond donc également aux critères de l'observation générale en faveur d'un « régime de prise de décision assistée ».

III. Besoins de réforme

Dans ce contexte, l'association déclarée BGT voit un grand besoin de réforme dans les points suivants :

1. Les mesures de soutien dans l'entourage social, les conseils de pairs (Peer Counseling) et l'aide par de soi-même doivent être encouragés davantage.
2. D'autres formes de soutien concernant l'exercice de la capacité juridique sont prioritaires par rapport à la Betreuung (§ 1896 al. 2 code civil). Le renforcement de ces formes et mesures est donc nécessaire. Dans la réforme du droit à la participation et de l'aide à la réinsertion, il faut veiller à ce que les personnes handicapées puissent effectivement exercer leurs droits et qu'elles reçoivent le soutien nécessaire pour l'accès à ces services et leur mise en œuvre. Cela vaut aussi pour la réforme de l'assurance dépendance (par exemple dans les centres de service, les centres de soins et autres).
3. La mise en place d'autres formes de soutien à travers l'autorité locale compétente pour la Betreuung est un moyen important pour mieux réaliser la priorité des autres aides par rapport à la Betreuung et donc de mieux réaliser l'idée d'assistance de la CDPH. Il est donc essentiel de s'assurer que cette obligation légale soit mise en œuvre et comment elle l'est par les autorités compétentes pour la Betreuung.
4. La mise en place d'un mandat professionnel séparé est rejetée. Le mandat est un acte de confiance et nécessite une relation de confiance entre le mandant et le mandataire. Sans une relation de confiance, le risque d'abus est trop grand. Le soutien professionnel devrait être fourni sous forme de Betreuung. Dans ce cas, les exigences de sécurité l'art. 12 al. 4 de la CDPH de l'ONU peuvent être respectées. En outre, il existe le danger d'une stigmatisation supplémentaire des personnes qui ne correspondent pas à une telle aide par mandatée et qui « tombent » donc dans la Betreuung.
5. Une Betreuung sans possibilité de représentation (comme par exemple la « curatelle d'accompagnement » en Suisse) ne devrait pas être introduite. Il est à craindre que cela conduirait à une augmentation significative des mesures de Betreuung. En outre, une Betreuung avec des seuils différents n'est pas cohérente avec l'idée du soutien dans le droit allemand relatif à la Betreuung, car cela conduit à maintenir ou à renforcer la fausse notion que les Betreuer ont selon laquelle la Betreuung aurait un impact sur la capacité juridique d'une personne handicapée. De toute façon, le principe de nécessité implique la priorité des conseils et de l'accompagnement dans chaque cas individuel. Différentes formes et seuils de

Organisationskomitee
organizing committee

Prof. Dr. Dagmar Brosey
Vizepräsidentin · vice-president

www.wcag2016.de

Prof. Dr. Volker Lipp
Präsident · president

Karl-Heinz Zander
Geschäftsführer · secretary

orga@wcag2016.de

c/o
Betreuungsgerichtstag e.V.
Kurt-Schumacher-Platz 9
D-44787 Bochum
Deutschland · Germany

Bankverbindung
bank account

Bank für Sozialwirtschaft Köln
BIC: BFSWDE33XXX
IBAN:
DE73 3702 0500 0008 2767 01

la Betreuung augmenteraient le risque d'une approche schématique qui ne prend pas en compte les capacités des personnes handicapées dans chaque cas individuel.

6. Tous les acteurs du secteur de la Betreuung doivent respecter le principe d'assistance :

- Le Betreuer est le garant que le principe d'assistance soit réalisé dans le cadre de la Betreuung. Il doit principalement soutenir la personne accompagnée dans sa propre décision et ne peut avoir recours au moyen de la représentation que si cela est nécessaire. Dans tous les cas, il doit respecter la volonté et les préférences voire la volonté présumée de la personne protégée, prendre soin d'elle personnellement et discuter avec elle des questions importantes.
- Le tribunal doit promouvoir le principe d'assistance par le respect stricte du principe de nécessité et de l'obligation de se conformer à la volonté et aux préférences de la personne protégée, en particulier lors de l'examen de l'aptitude du Betreuer, lors d'un entretien préalable à la prise de fonction qui devrait être obligatoire, dans le cadre de l'obligation de rendre compte de sa mission en cas de décharge du Betreuer et de mise en cause de sa responsabilité selon le § 1833 code civil.
- Le curateur à la procédure ne doit pas seulement faire état des intérêts, mais aussi de la volonté et des préférences de la personne concernée dans le cours de la procédure ; il doit les identifier dans un entretien personnel avec la personne concernée et il doit veiller à assurer le respect du principe d'assistance dans la procédure et le pratiquer lui-même. Tous les curateurs à la procédure doivent apprendre ces tâches en formation initiale et en formation continue.
- Les autorités de Betreuung doit veiller dans ses propositions à ce que « l'aptitude » des Betreuer professionnels comprend aussi leur capacité à respecter le principe d'assistance et à donner la priorité à l'autodétermination des personnes accompagnées.

7. Le législateur doit – pour réaliser le principe d'assistance – en outre

- a) Changer le système de rémunération actuel pour les Betreuung exercées par des professionnels, car ce système donne de fausses incitations et ignore le temps nécessaire pour le conseil et l'accompagnement ainsi que pour l'autorisation de l'exercice de la capacité juridique.
- b) Créer des incitations ciblées pour les conseils et le soutien des Betreuer bénévoles, surtout pour les proches de la personne concernée, qui contribuent aussi au soutien de la personne concernée.
- c) Assurer la une qualification suffisante et la formation continue de tous les acteurs du secteur de la Betreuung (Betreuer, employés dans des associations dans le secteur social, employés dans les services de Betreuung, juges et responsables de l'administration de la justice dans les tribunaux compétents en matière de Betreuung, experts).

Bochum, le 15 septembre 2014

Organisationskomitee
organizing committee

Prof. Dr. Dagmar Brosey
Vizepräsidentin · vice-president

www.wcag2016.de

Prof. Dr. Volker Lipp
Präsident · president

Karl-Heinz Zander
Geschäftsführer · secretary

orga@wcag2016.de

c/o
Betreuungsgerichtstag e.V.
Kurt-Schumacher-Platz 9
D-44787 Bochum
Deutschland · Germany

Bankverbindung
bank account

Bank für Sozialwirtschaft Köln
BIC: BFSWDE33XXX
IBAN:
DE73 3702 0500 0008 2767 01