OLIVIER BEAUBIEN • Volume 4 n°5 • Fall 2016

Légitimité du Commentaire général no. 1 du Comité sur les droits des personnes handicapées

International Human Rights Internship Working Paper Series

McGill Centre for Human Rights and Legal Pluralism

Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique de McGill

McGill Faculty of Law | Faculté de Droit

About the Working Paper Series

The Center for Human Rights and Legal Pluralism (CHRLP) Working Paper Series enables the dissemination of papers by students who have participated in the CHRLP's International Human Rights Internship Program. Through the program, students complete placements with NGOs and tribunals where they gain practical work experience in human rights investigation, monitoring, and reporting. Students then write a research paper through a peer review and support process while participating in a seminar that critically engages with human rights discourses.

In accordance with McGill University's Charter of Students' Rights, students in this course have the right to submit in English or in French any written work that is to be graded. Therefore, papers in this series may be published in either language.

The papers in this series are distributed free of charge and are available in PDF format on the CHRLP website. Papers may be downloaded for personal use only. The opinions expressed in these papers remain solely those of the author(s). They should not be attributed to the CHRLP or McGill University. The papers in this series are intended to elicit feedback and to encourage debate on important public policy challenges. Copyright belongs to the author(s).

A propos de l'auteur :

Olivier est un étudiant de quatrième année à la faculté de droit de l'Univeristé McGill. Il complète également une mineure en économie. Il a notamment travaillé comme assistant de recherche en droit des brevets et fait des compétitions de débats. Olivier a effectué un stage de trois mois en Zambie pour l'organisme Disability Rights Watch où il a travaillé en droit des personnes handicapées. Il a effectué un rapport de recherche ayant pour but d'identifier les éléments du droit zambien ne correspondant pas à ses obligations internationales en vertu de la Convention des personnes handicapées et de proposer des modifications.

Résumé

Cet essai porte sur la légitimité du très controversé Commentaire général no. 1 du Comité sur les droits des personnes handicapées. Les enjeux de la controverse et la pertinence légale des Commentaires généraux sont d'abord abordés pour situer ce débat, déterminant dans l'évolution de la protection des droits des personnes handicapées. Ensuite, l'essai emprunte les critères d'analyse créés par Thomas M. Franck et adaptés par Helen Keller sur la légitimité normative d'organisations telles le Comité afin de suggérer que le Comité a échoué, à plusieurs niveaux, à maximiser son capital de légitimité envers les états parties à la Convention. Enfin, plusieurs pistes d'amélioration sont suggérées afin de palier à ce manque qui, somme toute, nuit fortement à l'efficacité des recommandations du Comité.

Table des matières

Introduction *4*

2. Controverse entourant le Commentaire général no. 1 ..... *4*

2.1 Contexte de l'adoption **4**

2.2 Objectifs de la Convention **5**

2.3 Comité sur les droits des personnes handicapées **6**

2.4 Article 12 de la Convention **7**

2.5 Difficultés d'interprétation de l'article 12 ..... **8**

2.6 Réserves **10**
2.6.1 Canada 10
2.6.2 Australie, Norvège et Pologne 11

2.7 Réception par les états **11**

2.8 Réception par la société civile **12**

3. Commentaires généraux – Légitimité et fonctions *12*

3.1 Légitimité comme critère distinct **13**

3.2 Définition de légitimité **14**

3.3 Critères de légitimité input **15**

3.4 Fonctions des Commentaires généraux **15**

4. Légitimité du Commentaire général no. 1 du Comité sur les droits des personnes handicapées *16*

4.1 Le Commentaire général no. 1 ..... **16**

4.2 Détermination (i.e. determinacy) **16**

4.3 Validation symbolique **17**

4.4 Cohérence **18**
4.4.1 Une règle est connectée à ses parties composantes et à son objectif 18
4.4.2 Connexion aux autres règles de la Convention 20

4.5 Adhérence **22**
4.5.1 Sources et application du droit international 22
4.5.2 Le processus de rédaction du Commentaire général 23

4.6 Prise de décision démocratique **24**
4.6.1 Responsabilité (i.e. *accountability*) 24
4.6.2 Transparence 25

5. Conclusion *25*

1. Introduction

Cet essai porte sur la légitimité du Commentaire général no. 1 du Comité sur les droits des personnes handicapées (Comité). Dans ce Commentaire général, le Comité interprète l'article 12 de la Convention sur les droits des personnes handicapées (Convention). Le Commentaire général fut très controversé, puisqu'il enjoint tous les états parties à abandonner leurs régimes de gardiens et de tutelles pour adopter des systèmes dans lesquels les parties ne peuvent forcer une décision sur une personne handicapée, quel que soit son état et quelles que soient les circonstances. En premier lieu, j'aborderai les enjeux de la controverse en cours ainsi que la pertinence légale d'un Commentaire général.

En second lieu, je ferai une analyse des critères de légitimité sur lesquels le Comité avait un contrôle (critères *input*) dans le cas du premier Commentaire général. La légitimité du Comité a été entachée à la suite de la publication controversée de celui-ci. Les critères sont tirés de la méthode de T. Franck dans *The Power of Legitimacy Among Nations*[1], telle qu'interprétée par Hellen Keller dans *UN Human Rights Treaty Bodies – Law and Legitimacy*[2]. J'évaluerai la détermination (i.e. *determinacy*) du Commentaire général, sa validation symbolique, sa cohérence, son adhérence aux règles juridiques et le caractère démocratique de ses prises de décisions.

Je conclurai que le Comité aurait pu – et aurait dû – agir différemment à bien des égards pour assurer la préservation de sa légitimité. Cependant, il est possible que le respect de tous ces critères n'aurait pas été suffisant pour assurer l'acceptation d'un Commentaire général demandant des changements de gouvernance si radicaux.

2. Controverse entourant le Commentaire général no. 1

2.1 Contexte de l'adoption

La Convention sur les droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif[3] ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006. Elle a été ouverte à la signature à New

---

[1] Thomas M Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, pp. 17-18, [Legitimacy Among Nations].

[2] Helen Keller, *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 177, [Law and Legitimacy].

[3] Le Protocole facultatif est un second traité qui doit être signé et ratifié séparément par les états parties. Il contient les provisions liées à l'établissement d'un comité pouvant tenir les états parties responsables de leur respect du traité.

York le 30 mars 2007 et est entrée en vigueur le 3 mai 2008. En 2013, il y avait 155 signataires et 127 ratifications de la Convention et 90 signatures et 76 ratifications du Protocole facultatif[4].

C'est en décembre 2001 que l'Assemblée générale des Nations Unies a créé un comité spécial pour examiner des propositions et tenir des séances pour négocier le contenu de la Convention. Celle-ci sera négociée en seulement trois ans, un temps record pour la négociation d'un tel traité[5]. Elle fut également novatrice en faisant participer au processus non seulement les gouvernements, mais aussi des organismes non gouvernementaux et internationaux, et des institutions nationales de défense des droits humains[6].

2.2 Objectifs de la Convention

La Convention n'a pas pour but de créer des nouveaux droits pour les personnes handicapées en droits humains internationaux[7]. Elle vise simplement à clarifier, à développer et à mettre l'accent sur les droits déjà garantis dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[8] et par la Déclaration universelle des droits de l'Homme[9], que certains considèrent comme faisant partie du droit coutumier international. La Convention vise aussi à clarifier les obligations qu'ont les états à l'endroit des personnes handicapées.

La Convention a également comme objectif principal de marquer un changement de paradigme en droit des personnes handicapées[10]. Cet objectif s'avèrera central à l'analyse de la controverse entourant l'adoption du premier Commentaire général par le Comité sur les droits des personnes handicapées (Comité). Historiquement, le droit et l'aide aux personnes handicapées ont été organisés autour de ce qu'on a nommé le « modèle médical » et le « modèle caritatif »[11]. Essentiellement, le modèle médical perçoit un handicap comme étant une dysfonction du corps d'une personne. Le modèle caritatif, quant à lui, approche l'aide aux

---

[4] Julian Walker, *La Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies : vue d'ensemble*, Beaconsfield, Bibliothèque du Parlement, 2013, p. 5 [La Convention relative aux droits des personnes handicapées : vue d'ensemble].

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid* p 2.

[7] Assemblée générale des Nations Unies, Convention sur les droits des personnes handicapées : résolution / adoptée par l'Assemblée générale le 24 janvier 2007, A/RES/61/106, disponible au: http://www.refworld.org/docid/45f973632.html [accédé le 15 décembre 2015], article 4, [Convention].

[8] Assemblée générale des Nations Unies, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, Nations Unies, Série de traités, vol. 999, p. 171, disponible au: http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html [accédé le 16 décembre 2015] [Pacte relatif aux droits civils et politiques].

[9] Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 10 décembre 1948, 217 A (III), disponible au : http://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html [accédé le 16 décembre 2015] [Déclaration universelle des droits de l'Homme].

[10] *Supra* note 7, préambule.

[11] UN Human Rights High Commissioner, *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Training Guide*, No.19, United Nations Publications, 2014, HR/P/PT/19.

personnes handicapées sous le modèle de la charité. C'est par charité que l'on s'oblige à supporter ces personnes et à adapter la société.

Le modèle social théorise plutôt un handicap comme « re sult[ant] de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle a leur pleine et effective participation a la société sur la base de l'égalité avec les autres[12] ». Les incapacités physiques sont plutôt considérées comme de simples caractéristiques des personnes handicapées, qui ne s'avèrent être un obstacle au fonctionnement que lorsqu'elles sont confrontées à des barrières sociétales. C'est la société qui échoue à s'adapter de façon à permettre la pleine participation des personnes ayant des incapacités, créant ainsi un « handicap ». La Convention mentionne deux types de barrières, soit les barrières comportementales[13] et environnementales[14] [15]. Bien que la Convention ne le mentionne pas, la littérature présente parfois des barrières dites « institutionnelles » ou « structurelles »[16].

Ce changement de paradigme du « modèle médical » vers le « modèle social » entraîne également un changement de paradigme du « modèle caritatif » vers un « modèle des droits humains ». Puisque que c'est la société, et non pas l'incapacité physique, qui est responsable de l'existence du handicap, c'est à celle-ci qu'incombe la responsabilité de réparer le tort. L'accessibilité, les accommodements raisonnables, le soutien de l'état et toute autre mesure permettant la pleine participation des personnes handicapées deviennent des droits humains et non plus un simple acte de bienfaisance par dite société.

2.3 Comité sur les droits des personnes handicapées

Le Comité est un organisme mis en place par le Protocole facultatif de la Convention. Son objectif est d'offrir une interprétation du traité et de tenir les états parties responsables pour son implémentation. Le Comité est composé de membres élus par les états parties et sert ces objectifs, entre autres, en recevant et traitant les

---

[12] *Supra* note 7, préambule.

[13] Les barrières comportementales sont dites « attitudinal » en anglais. Elle représente les barrières causées par le comportement différent que peuvent avoir la personne elle-même et d'autres membres de la société à cause du handicap physique.

[14] Les barrières environnementales sont des barrières crées par l'environnement d'une personne. L'absence de rampes permettant l'accès à des infrastructures et l'absence d'indications en brailles sont deux bons exemples de barrières environnementales.

[15] *Supra* note 7, préambule.

[16] Les barrières institutionnels ou structurelles adressent des problèmes organisationnels. Un exemple serait le manque de financement pour des interprètes du langage des signes, ou le manque de politiques obligeant toute nouvelle infrastructure à poser des rampes ou des signes brailles.

rapports annuels des états parties, en recevant des plaintes d'individus alléguant un bris par l'état partie et en émettant des Commentaires généraux pouvant aider à l'interprétation

2.4 Article 12 de la Convention

L'article 12 de la Convention est au cœur de la controverse qui a suivi la publication du premier commentaire général. Il est utile de le reproduire ici.

> Article 12 – Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité
>
> 1. Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
>
> 2. Les États 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 États 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 États 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 États 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[17].

Le premier article garantit la personnalité juridique. Le deuxième article défend la « capacité juridique », qui elle n'est visiblement pas la même chose que la « personnalité juridique » et dont les personnes handicapées

[17] *Supra* note 7, article 12.

peuvent jouir « sur la base d'égalité avec les autres » et non pas « en tous lieux » comme la personnalité juridique.

Le troisième article impose une obligation aux états de prendre les mesures appropriées pour que les personnes handicapées puissent exercer leur capacité juridique. Cet article entre dans le changement de paradigme que prône le traité ; l'état doit éliminer les obstacles environnementaux et institutionnels qui limitent la capacité juridique.

Le quatrième article impose des mesures de « garanties appropriées et effectives » qui doivent être mises en place lorsque sont appliquées des « mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique ». La teneur de ces mesures n'est pas précisée. Le texte ne mentionne pas si ces mesures pourraient être des mesures restreignant le droit à la capacité juridique, ou s'il s'agit simplement de mesures prises dans le cadre de régimes pour aider à l'exercice de la capacité juridique.

Finalement, le cinquième article met spécifiquement l'accent sur plusieurs droits civils découlant de la capacité juridique qui furent systémiquement niés aux personnes handicapées, tels que le droit de contrôler ses finances, le droit à l'héritage et le droit au crédit.

2.5 Difficultés d'interprétation de l'article 12

L'article 12 fut controversé dès le moment de sa rédaction[18]. Alors que certains voulaient garantir un droit à la capacité juridique en tout temps, d'autres voulaient permettre que celle-ci soit restreinte en cas de nécessité.

Deux approches peuvent être dégagées dans la façon de traiter la capacité juridique des personnes handicapées. La première, utilisée traditionnellement dans la majorité des états, est celle des « substitute decision-making regimes », que j'appellerai « régime de décisions substitutionnelles ». Ceux-ci comprennent tous les régimes de gardiens et de curatelle, où une personne se voit donner la tâche de prendre des décisions « dans l'intérêt des autres personnes ». Ils comprennent également les procédés permettant à des spécialistes de la santé ou à des proches de prendre des décisions « dans le meilleur intérêt » de la personne handicapée.

Les prises de décisions substitutionnelles sont habituellement basées sur l'une des trois approches suivantes. La première est l'approche statutaire ; le simple statut mental d'une personne – souvent un diagnostic – suffi à engendrer le droit de prendre des décisions substitutionnelles[19]. Cette approche est discriminatoire

---

[18] *Supra* note 4 à la p 8.

[19] Comité des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées (CPDH), *Commentaire général no. 1 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité* (Article 12 de la Convention), 11 avril 2014, CRPD/C/GC/1, au para. 15.

puisqu'elle ne tient pas compte de la capacité d'une personne à prendre une décision. Elle se contente de regarder l'étiquette psychosociale apposée sur une personne pour enlever l'un de ses droits les plus fondamentaux.

La seconde approche est basée sur les résultats[20]. La décision d'une personne est jugée selon des critères d'acceptabilité et, lorsqu'elle est considérée mauvaise ou déraisonnable, elle peut être substituée par une autre décision. Cette approche enfreint la liberté d'une personne, puisqu'elle ne permet pas de faire des erreurs. Une personne libre et non-handicapée a droit de prendre une décision qui apparaît mauvaise ou déraisonnable aux autres. L'approche prend aussi pour acquis que la personne ne sait pas ce qui est bien pour elle.

La troisième et dernière approche est l'approche fonctionnaliste[21]. Celle-ci est basée directement sur la capacité d'une personne à prendre des décisions. Le critère est souvent formulé à partir de la théorie du consentement informé[22]. Si la personne à tous les critères juridiques nécessaires à la reconnaissance du consentement, et si elle est capable de comprendre et de traiter l'information, d'en tirer des conclusions rationnelles et de formuler ces conclusions, elle est alors reconnue comme pouvant prendre une décision. Cette approche peut être non-discriminatoire si elle est appliquée à tout le monde, mais en pratique elle est souvent seulement appliquée aux personnes handicapées.

La seconde approche pour aider aux décisions d'une personne handicapée est celle des « support in decision-making regimes », que j'appellerai « régimes de support décisionnel ». Il s'agit de procédés dans lesquels des mesures sont prises pour communiquer les possibilités et les implications à la personne handicapée, pour donner tous les outils nécessaires à la prise de décision et pour interpréter les résultats de cette décision. En cas d'incertitudes, cette approche vise à déterminer « la meilleure idée que l'on peut se faire de l'intention de l'autre personne » (i.e. *best-guess approach)*, comparativement à une approche cherchant la « meilleure solution » pour l'autre personne.

Un exemple de système favorisant le support décisionnel est le système de registre de la Colombie-Britannique[23]. Le système britanno-colombien est essentiellement un registre permettant aux personnes qui

---

[20] *Ibid.*

[21] *Ibid.*

[22] Melvyn Colin Freeman et al., « Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », (2015) 2 Lancet Psychiatry 844, p. 2 [Reversing hard won victories].

[23] Nandinan Devi, « Supported Decision-Making and Personal Autonomy for Persons with Intellectual Disabilities: Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2013) 41(4) J.L. Med. & Ethics 792, p. 797.

le souhaitent de décider à l'avance quelles modalités s'appliquent à eux en cas de perte de capacité mentale et intellectuelle. Ce régime permet beaucoup d'autonomie aux personnes, mais il doit être déclenché selon des modalités décidées par la personne, non pas par un diagnostic[24].

La controverse entourant l'article 12 a en son cœur la question de si les régimes de décisions substitues sont plus appropriés que les régimes de support décisionnel. Certaines organisations, comme le *International Disability Caucus,* prônent les régimes de support décisionnel[25]. Notamment, ils donnent une valeur intrinsèque à l'autonomie des personnes handicapées et veulent que celles-ci aient la capacité de commettre des erreurs si elles le désirent et d'en assumer les conséquences. C'est une vision plus libérale du droit à l'autonomie et à la capacité juridique.

D'autres parties, cependant, voient les régimes de décisions substitues comme un nécessaire dernier recours. Ces états reconnaissent certes la valeur de régimes de support décisionnel, mais maintiennent qu'il est parfois nécessaire d'avoir recours à des décisions substitues. Notamment, le Canada, l'Australie, l'Allemagne, la France, le Danemark, la Suède et la Pologne ont exprimé de tels points de vue[26].

La question n'a vraisemblablement pas été réglée avant l'adoption de la Convention. Les états parties ont préféré adopter une formulation plus vague et moins rigide de l'article.

2.6 Réserves

2.6.1 Canada

Le Canada, dès sa ratification de la Convention, a adopté une réserve/déclaration concernant l'article 12. Ceci est particulièrement intéressant dû au fait que le Canada a eu un rôle proéminent dans les discussions entourant la rédaction de l'article 12 et du fait que le pays est considéré comme chef de file dans le domaine des régimes de support décisionnel[27]. Dans sa réservation, le Canada écrit qu'il est consistent d'interpréter l'article comme permettant l'utilisation de régimes de décisions substitues « dans des circonstances appropriées et conformément à la loi[28] ».

---

[24] *Supra* note 19 au para 17.
[25] Sheila Wildeman, « Protecting Rights and Building Capacities: Challenges to Global Mental health Policy in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2013) 41(1) J.L. Med. & Ethics 48, p 54.
[26] "Réserves et Déclarations", en ligne: Convention sur les droits des personnes, Nations Unies, New York, 13 décembre 2006, < https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en >, [Réserves et Déclarations].
[27] *Supra* note 4 à la p 6.
[28] *Supra* note 26.

Le Canada avait donc prévu qu'une interprétation de l'article 12 pourrait nuire à sa capacité de mettre en place des régimes de décisions substitues et a choisi de se réserver le droit de les utiliser lorsqu'il le jugeait nécessaire.

2.6.2 Australie, Norvège et Pologne

Similairement au Canada, l'Australie, la Norvège et la Pologne ont choisi d'adopter une réservation leur donnant le droit de préserver des régimes de décisions substitues.

2.7 Réception par les états

La publication du Commentaire général no. 1 a reçu une réception très divisée. Alors que certains acteurs de la société civile se sont divisés sur le bienfondé du Commentaire général, la réception par les états parties a été négative. Quatre états ont réagi en soumettant des commentaires après la publication du brouillon du premier Commentaire général, à savoir la France, l'Allemagne, le Danemark et la Norvège.

L'Allemagne[29] et la Norvège[30] ont tous deux défendus dans leur commentaire leur droit de maintenir des régimes de décisions substitues. Ils ont acquiescé qu'en vertu du premier paragraphe de l'article 12, toute personne a droit à la personnalité juridique. En revanche, ils ont maintenu qu'il n'est pas contraire à la Convention de restreindre la capacité juridique dans les cas où les personnes handicapées ne sont pas capables de prendre des décisions même avec le meilleur support disponible. Les deux nations ont aussi mentionné le fait qu'aucun état, pas même une minorité substantielle, n'a interprété l'article 12 comme allant à l'encontre des régimes de décisions substitues.

Le Danemark[31] et la France[32] ont aussi émis des commentaires. Tous deux supportent les prétentions de l'Allemagne et de la Norvège disant qu'alors que la personnalité juridique est absolue, la capacité juridique peut être restreinte en certaines instances. Les deux états ont aussi mentionné que les *Principes des Nations*

---

[29] République fédérale d'Allemagne, *German Statement on the Draft General Comment on Article 12 CRPD*, Comité sur les droits des personnes handicapées, février 2014 [Commentaire Allemagne].

[30] Norvège, *Draft General Comment No. 1 on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities - submission by the Norwegian Government*, Comité sur les droits des personnes handicapées, février 2014.

[31] Danemark*, Response from the Government of Denmark with regards to Draft General Comment on Article 12 of the Convention – Equal Recognition before the Law*, Comité sur les droits des personnes handicapées, février 2014.

[32] France, *Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relative à l'article 12 de la Convention relative aux droit des personnes handicapées*, Comité sur les droits des personnes handicapées, février 2014 [Commentaire France].

Unies pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale[33], adopté par l'ONU en 1991, et la *Déclaration des droits du déficient mental*[34], adoptée par l'ONU en 1971, permettent tous deux la mise en place de régimes de décisions substitutionnelles.

Il est important ici de noter un élément de confusion linguistique. En français, les termes utilisés sont « personnalité juridique » et « capacité juridique ». Ils font miroir à l'utilisation des termes de la Convention, à savoir « persons with disabilities have the right to recognition as persons everywhere before the law » (paragraphe 1) et « legal capacity » (paragraphe 2). Cependant, les juridictions anglophones et allophones utilisent des termes différents. Les termes utilisés par l'Allemagne, le Danemark et la Suède sont « legal standing » et « legal agency ».

Cette distinction est importante parce que le terme « capacité juridique » n'est retrouvé à aucun endroit dans ces juridictions. Selon le Commentaire général[35], le terme comprend à la fois la possession des droits et la capacité d'être un acteur aux yeux du droit. Le comité perçoit le terme comme englobant à la fois les concepts de « legal agency » et « legal standing », alors que les états commentateurs le perçoivent comme étant « legal agency ». La proximité avec les termes en français donne davantage raison à l'interprétation des pays.

2.8 Réception par la société civile

La société civile a eu des réactions mitigées au Commentaire général. En effet, la décision a amené des divisions au sein même des organisations de la société civile. Il y a entre autres eu une réaction plus négative de la part de certains professionnels de la santé[36]. Ceux-ci sont au premier rang des conséquences potentielles d'approches basées sur le support décisionnel et ont appris à travailler avec des théories telles que le consentement informé[37].

3. Commentaires généraux – Légitimité et fonctions

Avant de poursuivre avec une analyse de la légitimité du Commentaire général, il est pertinent de dire quelques propos sur les commentaires généraux en général.

---

[33] *Principes des Nations Unies pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale (PI)* , A.G. res. 46/119, 46 GAORSupp. (No. 49) à 189, U.N. Doc. A/46/49 (1991).

[34] Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration des droits du déficient mental*, 20 décembre 1971, A/RES/2856, disponible au : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2856%20(XXVI) [accédé le 16 décembre 2015].

[35] *Supra* note 19 au para 12.

[36] *Supra* note 22.

[37] *Ibid,* p. 2.

Les Commentaires généraux sont des commentaires non-contraignants émis par les comités de droits humains de l'ONU, qui sont eux-mêmes créés spécifiquement pour chaque traité majeur de droits humains. Puisqu'ils ne sont pas contraignants, le pouvoir des commentaires généraux est purement normatif[38]. L'impact d'un commentaire général est donc intrinsèquement lié à sa légitimité normative. Il ne bénéficie pas de la capacité de forcer l'application de ses conclusions, comme le font les *hard law,* et ne bénéficie pas même de la légitimité légale qui viendrait avec le fait que ces commentaires soient contraignants.

3.1 Légitimité comme critère distinct

De prime abord, il est important d'établir que je définis la légitimité, dans cet essai, comme étant complètement distincte de la légalité. Cette distinction est corroborée par la littérature écrite sur la légitimité[39]. Une autre distinction peut être faite avec la moralité, qui ne doit pas être méprise pour la légitimité ni la légalité. Certaines choses légales peuvent être perçues comme illégitimes – entraînant parfois des difficultés dans l'application de la loi – et certaines choses illégales peuvent être perçues comme légitimes – entraînant parfois des difficultés dans la prohibition de ces choses.

Le concept est sans doute mieux défini par T. Franck dans *The Power of Legitimacy Among Nations*. Dans cet ouvrage, Franck pose la question suivante : « Why do powerful nations obey powerless rules[40]? » Pour y répondre, il émet l'hypothèse suivante : « Because they perceive the rule and its institutional penumbra to have a high degree of legitimacy[41]. » Dans le contexte plus précis du système de justice international, Franck écrit les propos suivants :

« Legitimacy is a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process[42]. »

Pour un organisme quasi-judiciaire tel que le Comité, la légitimé est le seul outil permettant l'application de certaines de ses normes.

---

[38] *Supra* note 2 à la p 129.
[39] *Ibid*, p. 3.
[40] *Ibid, p. 25.*
[41] *Ibid, p. 26.*
[42] *Ibid*, p. 24.

3.2 Définition de légitimité

La légitimité est un concept complexe qui a été analysé sous un grand nombre d'angles différents. Une première précision s'impose avant d'entrer dans les détails de choix définitionnels faits dans cet essai.

Certains théoriciens séparent la légitimité en deux catégories : la légitimité *input* et la légitimité *output*. La légitimité *input* concerne la légitimité découlant de l'institution elle-même, à savoir son origine, sa légitimité juridique, sa composition, ses processus décisionnels, sa valeur symbolique, ses méthodes de communications et cetera. Ces éléments sont, dans une certaine mesure, sous le contrôle de cette institution. Mon analyse dans cet essai sera restreinte à ce type de légitimité.

La légitimité *output*, en revanche, dépend de sources externes, comme l'importance qui est accordée par certaines tierces parties. Par exemple, il serait possible qu'une institution publie un commentaire ou un rapport de très haute qualité, mais qui serait critiqué par plusieurs autres institutions ayant une grande réputation en droits humains. Il est probable, dans ce scénario, que le rapport perde une grande partie de sa légitimité et ce malgré sa grande qualité intrinsèque. À l'inverse, il est possible qu'un commentaire ou un rapport ait plusieurs lacunes qui puissent nuire à sa légitimité *input*, mais qui soit supporté par nombre d'agents externes, de sorte qu'il ait une bonne légitimité totale.

En pratique, il est possible que le simple manque de légitimité *output* résulte en une discréditation du Comité et de ses Commentaires généraux. Il est probable que ce soit le cas pour le Commentaire général no. 1. En effet, l'opposition quasi-directe de nombreux états ayant une très bonne réputation au niveau des droits des personnes handicapées (ex. le Canada, l'Allemagne, la Suède) ternit certainement la réputation du comité.

Cependant, je présume ici que le Comité aurait à tout le moins pu améliorer la réception de son Commentaire général en améliorant plusieurs éléments de sa légitimité *input*. Dans la réalité politique du droit public international, toute faille de raisonnement et manque de légitimité risque d'être utilisé pour permettre aux états d'asseoir leur pouvoir. Il est impératif pour les comités de droits humains de maximiser leur légitimité *input* si les problèmes de légitimité *output* veulent être adressés à long terme.

3.3 Critères de légitimité input

Différents théoriciens ont utilisé des méthodologies différentes et variées pour évaluer la légitimité d'une institution donnée. Les méthodologies se concentrent principalement sur trois approches[43].

La première est basée sur une critique d'un processus spécifique. Si le processus qu'utilise une quelconque institution est perçu comme légitime selon des critères donnés, les conclusions de cette institution le seront également. Le deuxième est basé sur une approche plus complexe mélangeant la procédure et la substance des décisions/énoncés. La troisième est basée principalement sur les résultats et conséquences découlant d'une décision ou d'un énoncé donné (i.e. *outcome*). Beaucoup peut être dit sur ces trois approches, mais il n'est pas nécessaire de le faire pour cet essai.

J'utiliserai pour cet essai la méthode utilisée par Hellen Keller dans son livre *UN Human Rights and Treaty Bodies*. Elle-même reprend essentiellement la méthode de T. Franck dans *The Power of Legitimacy Among Nations*. Franck utilise quatre critères pour faire son analyse : détermination *(*i.e. *determinacy),* validation symbolique, adhérence et transparence. Keller y ajoute un cinquième critère, soit « prise de décision démocratique ».

3.4 Fonctions des Commentaires généraux

Les commentaires généraux ont plusieurs rôles et fonctions. La première fonction en est une d'analyse légale robuste[44]. Il est pertinent de mentionner que le Comité des droits de l'Homme, le comité ayant la plus longue existence, a rejeté la notion de « sphère d'interprétation des droits » (i.e. scope of appreciation of rights)[45]. Évidemment, ce commentaire n'est pas légalement contraignant. Il n'est pas contraignant pour le Comité des droits de l'Homme lui-même ni pour le Comité sur les droits des personnes handicapées. Cependant, il serait surprenant, surtout considérant le ton parfois impératif du Commentaire général no. 1 du Comité, qu'il déroge de l'interprétation qu'a fait le Comité sur les droits de l'Homme, surtout d'une manière réduisant son pouvoir normatif. Puisque les Commentaires généraux ne sont pas contraignants, il en va de soi que le Comité n'exerce pas un pouvoir autoritaire exclusif dans l'interprétation de la Convention ; les états parties ont droit d'avoir des interprétations différentes. Par contre, on rejette l'idée que les deux interprétations soient valides.

La seconde fonction est celle de recommandations de politiques. Il est établi que, bien qu'il n'y ait pas de sphère d'interprétation autour des droits humains, les états ont cependant le droit d'utiliser des stratégies

---

[43] *Supra* note 2 à la p. 140.
[44] *Ibid*, pp. 124-125.
[45] *Supra* note 2 à la p. 125.

différentes pour assurer la protection de ces droits. Les comités peuvent seulement recommander des politiques, dans un cadre collaboratif et non-contraignant.

La troisième fonction en est une de directive. Celles-ci concernent principalement les rapports annuels que doivent produire les états parties.

Il est clair dans le cas présent que la fonction du premier commentaire général du Comité en était une d'analyse légale. Dans une certaine mesure, le Commentaire pourrait aussi être perçu comme faisant des recommandations de politiques, mais ce ne sont clairement pas celles-ci qui sont à l'origine de la controverse ; la décision juridico-analytique l'est.

4. Légitimité du Commentaire général no. 1 du Comité sur les droits des personnes handicapées

4.1 Le Commentaire général no. 1

Le Commentaire général no. 1 du Comité a pris position sur l'analyse controversée de l'article 12. Le comité endosse la position du *International Disability Caucus* et des supporteurs de régimes de support décisionnel. Ainsi, le comité adopte une vision absolue de la capacité juridique et rejette toute atteinte à ce droit, quelles que soient les circonstances. Du coup, le Comité déclare explicitement illégaux tous les régimes de gardiens des états parties. En pratique, il n'est pas surprenant que le Comité se soit attiré autant de critiques.

Le Commentaire général de treize pages consiste presqu'exclusivement en la défense de cette prise de position. Le Comité écrit une brève analyse d'autres traités de droits humains internationaux et une analyse compréhensive de la Convention et des autres articles de celle-ci. Les arguments du Comité seront expliqués plus en détail lors de l'analyse de la légitimité du Commentaire général.

4.2 Détermination (i.e. determinacy)

Le premier critère tel que défini par T. Franck est celui de la détermination. Simplement dit, la détermination consiste en la « clarity of the message transmitted by a rule at those to whom it is directed as a command ». Le Comité et ses propos ont de meilleures chances d'être perçus comme légitimes si leur message est clair et

sans équivoque. Il est présumé – et observé – que « a rule with content that is easy to ascertain has a better chance of regulating the conduct of its audience […] than one that is ambiguous[46] ».

Il est intéressant de faire une analogie avec la Convention elle-même. Comme le soulignent l'Allemagne, la France, la Suède et le Danemark dans leur commentaire respectif, aucun pays n'a pris des mesures pour effectuer une transition d'un régime de décisions substitues vers un système de support décisionnel. Les pays utilisent cet argument pour discréditer la position du Comité. Si l'article voulait bel et bien s'en prendre aux régimes de gardiens, une plus grande détermination aurait aidé les travaux du Comité. Si, en revanche, l'article voulait permettre les décisions substitues, une plus grande détermination aurait supporté l'approche des états parties.

Si le Comité avait manqué de détermination dans la formulation de son commentaire, la situation serait plus prompte à préserver le statu quo. Or, le Comité n'a pas manqué de détermination. Ce n'est pas, selon moi, un critère de légitimité qui aurait pu être amélioré. L'une des façons par lesquels le Comité exerce sa détermination est en utilisant des formulations impératives.

L'Allemagne a d'ailleurs noté et critiqué cette tentative de prise d'autorité dans son commentaire. Au dernier paragraphe, elle critique l'utilisation du terme « must » qui est utilisé à maintes reprises dans le Commentaire général. C'est un choix qu'a fait le Comité d'utiliser ce terme, « must » au lieu d'autres expressions telles que « should » ou « could ». L'Allemagne, qui est en désaccord avec la substance même du Commentaire général et qui réitère son aspect non-contraignant, y voyait ainsi une tentative d'imposer des obligations.

4.3 Validation symbolique

Une validation symbolique permettrait de renforcer la légitimité du Comité ou d'un Commentaire général. Les méthodes de validation symbolique sont créatives et variées ; je n'entrerai donc pas ici dans les détails des scénarios permettant une telle validation.

Un bon exemple de validation symbolique serait par exemple une cérémonie de publication du Commentaire général avec un décorum approprié[47]. Durant cette publication, le Commentaire pourrait être signé et endossé par le rapporteur du Comité, par des membres éminents de la société civile ou académique endossant les propos du Commentaire général et même par des dignitaires importants des Nations Unies.

---

[46] *Ibid,* p. 142.
[47] *Ibid,* p. 148.

4.4 Cohérence

La cohérence est un critère central à la légitimité d'institutions de droits humains internationales. Pour un Comité dépendant uniquement de sa crédibilité et de la complaisance volontaire des états parties, il est primordial que les Commentaires généraux soit perçus comme étant cohérents en droit. Trois critères principaux sont utilisés pour identifier la cohérence d'une décision. Le premier critère de cohérence est : « a rule is connected to its component parts and purposes[48]. » Le deuxième critère est : « it relates in a principle fashion to other rules of the same system. » Le troisième et dernier critère de cohérence est si les règles données sont « applied uniformly in every "similar" or "applicable" instances ».

Ce dernier critère n'est pas en cause dans le Commentaire. En effet, l'interprétation de l'article 12 est dite applicable à toutes les parties et dans toutes les situations. L'Allemagne critique d'ailleurs que le critère est appliqué sans égards aux possibles implications financières de la mise en place de régimes de support décisionnel[49]. Il est cependant pertinent de noter, en réponse à cet argument, que plusieurs pays, dont la Zambie[50], ont émis des réservations à certains articles pour des considérations financières. Nonobstant la légitimité d'imposer des obligations financières aux états parties n'ayant pas émis de réservation, le Commentaire général peut difficilement être critiqué pour ne pas avoir appliqué uniformément la règle. Il n'est cependant pas possible d'en dire autant des autres critères de cohérence.

4.4.1 Une règle est connectée à ses parties composantes et à son objectif

Un élément essentiel de connexion à ses parties composantes et à son objectif est la conformité avec les dires précédents du comité, notamment dans le cas des commentaires généraux aux commentaires généraux passés. Il est certes difficile de conserver une légitimité normative si une constitution se contredit d'elle-même sans arrêt. Un parallèle analogique pourrait être fait avec les systèmes judiciaires de la *common law*. Le système est basé structurellement sur le respect des précédents ; il en va de sa légitimité. Même les cours suprêmes, qui sont les plus légitimées à renverser des précédents, hésitent souvent à le faire de peur d'entacher leur légitimité. Comme le Commentaire général est le premier du Comité, il n'était pas possible pour lui d'être incohérent avec ces dires passés.

Il est néanmoins pertinent de s'attarder à la question de si le Commentaire général est en conformité avec les objectifs de la Convention. L'objectif de la Convention, tel que mentionné dans le Commentaire général lui-

---

[48] *Ibid*, p. 150.
[49] *Supra* note 29.
[50] *Supra* note 26.

même, n'est pas de créer de nouveaux droits ; il s'agit de spécifier et de clarifier des droits déjà existants[51]. Le Comité est visiblement conscient que sa légitimité sera entachée – voire nulle – si son Commentaire général outrepasse les limites de son mandat. Ainsi, il prétend que le droit à la capacité juridique est défendu par la Déclaration universelle des droits de l'Homme (Déclaration) et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDCP)[52]. Le Comité va plus loin en citant d'autres traités internationaux qu'il croit corroborent son approche absolue au droit à la capacité juridique. Ces autres références ne seront pas analysées ici, puisqu'elles seront abordées dans la section « adhérence ».

Cependant, la référence même à la Déclaration et au PIRDCP est critiquable. D'abord, le Déclaration elle-même n'est pas contraignante, sauf dans la mesure où elle pourrait avoir été cristallisée dans le droit coutumier international. C'est justement l'objectif du PIRDCP de reprendre les droits civils et politiques défendus dans la Déclaration et de les concrétiser en un traité légalement contraignant.

Le PIRDCP défend une conception absolue de la personnalité juridique, comme la Convention et toutes les parties concernées. Le PIRDCP ne défend cependant pas un droit absolu à la capacité juridique, ni selon les états parties ni selon le Comité des droits de l'Homme. En ce qui concerne les états parties, ils n'ont pris aucune mesure pour changer leurs systèmes de décisions substitues à la suite de la ratification. Quant au Comité des droits de l'Homme, celui-ci a indiqué dans sa communication n° 854/1999 (2002) que « le droit à l'égalité devant la loi n'est pas violé dès lors que la mesure de limitation repose sur des motifs raisonnables et objectifs et que le but poursuivi est légitime[53] ».

L'interprétation qu'a eue le PIRDCP rend incohérentes les prétentions du Comité. D'une part, il se pourrait que l'interprétation du Comité des droits de l'Homme soit véridique, auquel cas le Comité aurait outrepassé ses pouvoirs en octroyant aux personnes handicapées des droits qui n'étaient pas garantis dans le PIRDCP. D'autre part, si la Comité prétend que l'interprétation du Comité des droits de l'Homme n'est pas véridique, il prétendrait avoir une meilleure capacité à interpréter la PIRDCP que son comité associé. Ceci est non seulement très difficile à maintenir comme argument, mais en plus cela mine l'autorité du Comité des droits de l'Homme à interpréter son traité, alors que le Comité essaie lui-même d'assoir sa légitimité sur un sujet controversé.

---

[51] *Supra* note 7, article 4.
[52] *Supra* note 19 au para 5.
[53] Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, *Communication n° 854/1999,* 2002.

Pour assurer sa légitimité, le Comité ne devrait pas outrepasser son mandat en octroyant aux personnes handicapées des droits qui ne sont pas garantis dans la Convention. Une interprétation absolue du droit à l'égalité des personnes handicapées, alors que le Comité des droits de l'Homme a affirmé la place de limitations à une telle égalité dans des cas raisonnables selon les circonstances, entache la légitimité du Comité.

4.4.2 Connexion aux autres règles de la Convention

La majeure partie du Commentaire général consiste en une analyse des autres articles de la Convention et de leur interaction avec l'article 12. Notamment, il est avancé que les systèmes de décisions substitues enfreignent le droit à l'égalité et à la non-discrimination (article 5), les droits des femmes et des enfants à préserver leur capacité juridique (articles 6 et 7), le droit à l'accessibilité (article 9), à l'accès à la justice (article 13), à la liberté, sécurité et consentement (articles 14 et 25), au respect pour l'intégrité personnelle et au droit d'être libre de la torture, de la violence et de l'exploitation (articles 15, 16 et 17), au droit de vivre de façon indépendante et d'être inclus dans la communauté (article 19), à la vie privée (article 22) et à la participation politique (article 29).

Certains de ces droits ne sont pas mutuellement exclusifs avec la protection de la capacité légale. Par exemple, l'accessibilité peut être promue pour les personnes handicapées nonobstant l'existence parallèle de systèmes de décisions substitues. Également, les articles 6 et 7 visent à assurer que les femmes et les enfants ne soient pas affectées par de quelconques mesures de façon discriminatoire ou disproportionnée. Bien que cet enjeu est en pratique important et sérieux, il est possible de mettre en place des systèmes de décisions substitues sensibles à ces enjeux. La participation politique est un autre exemple ; il est possible d'appliquer ces régimes sans pour autant substituer le droit de vote. La Cour des droits de l'Homme de l'Union européenne a d'ailleurs tranchée, dans *Zsolt Bujdosó et al. v. Hungary*, que la Hongrie ne pouvait pas réduire les droits de vote de ses citoyens[54].

L'article 5 (discrimination et égalité) pourrait aussi être respecté si les régimes de décisions substitues s'appliquaient autant aux personnes handicapées qu'aux personnes non-handicapées. En effet, si l'approche

[54] *Zsolt Budjosoó et al. . Hungary*, Comité sur les droits des personnes handicapées, GE.13-47578, 9 septembre 2013.

fonctionnaliste est utilisée, elle permettrait d'évaluer la capacité à consentir des gens indépendamment de leur statut de santé mentale[55] [56].

Des références à certains autres articles soulèvent toutefois des questions difficiles, notamment l'article 22 et le droit à la vie privée. Cependant, il est probable que, même un système de support décisionnel puisse nécessiter un certain accès à de telles informations.

Un argument global a été proposé par Dr MC Freeman dans un article qu'il a coécrit et publié dans la revue *Law and Psychiatry 2015*[57]. Dr Freeman défend que les régimes de décisions substitues puissent être nécessaire à la protection des droits d'une personne handicapée. Notamment, il donne comme exemple le droit à la santé, qui peut être compromis de façon permanente s'il n'est pas possible de forcer le traitement de certains patients[58]. Une personne pourrait être condamnée à ne jamais être capable d'offrir un consentement informé si elle n'est pas traitée contre son gré.

Dr Freeman nomme aussi les droits à la liberté et à la justice. Une privation de liberté à court terme pourrait permettre d'éviter une privation de liberté à long terme, par exemple en prison. Dr Freeman note – avec raison – qu'une reconnaissance absolue de la capacité légale pourrait être incompatible avec la défense d'incapacité mentale en droit criminel[59]. Si l'on reconnaît en tout temps la capacité d'une personne de prendre des décisions financières et médicales, il serait conséquent de reconnaître sa capacité de faire une distinction entre le bien et le mal. Cette interprétation semble corroborée par l'ancien Rapporteur spécial pour les droits des personnes handicapées de l'ONU, Shuaib Chalklen. En mai 2014, dans un communiqué envoyé au Comité des droits de l'Homme, M. Chalklen indique fortement que de forcer des patients à suivre des traitements médicaux à la suite d'une condamnation serait une violation des droits humains[60]. Il ne mentionne cependant de proposer une alternative ; la seule alternative viable serait la prison, qui selon des standards subjectifs d'intention violerait le critère de *mens rea*.

---

[55] Certains professionnels ont cependant fait remarquer que le statut de santé mentale peut aider à savoir quel cours suivre pour traiter la personne. Des symptômes identiques affectant la capacité de consentir mais ayant des causes différentes peuvent nécessiter différentes interventions.

[56] *Supra* note 22 à la p 2.

[57] *Ibid.*

[58] *Ibid p. 3.*

[59] *Ibid pp. 3-4.*

[60] Shuaib Chalklen,, *Re: Urgent request to amend the Human Rights Committee's draft version of General Comment No. 35 (CCPR/C/107/R.3) on Article 9 (Right to liberty and security of person) bringing it in line with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, communiqué au Comité des droits de l'Homme, 27 May 2014.

Somme toute, le Comité a fait une analyse complète et rigoureuse des autres articles de la Convention. Certes, plusieurs conclusions sont discutables, mais elles représentent des points de vue juridiques crédibles et ne sauraient donc pas entacher la légitimité du Comité et de sa décision. Cependant, le bris logique avec la doctrine d'incapacité mentale en droit criminel est une inconsistance majeure, pouvant aller à l'encontre de plusieurs droits défendus dans la Convention, notamment les droits à la liberté, la sécurité, l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société.

4.5 Adhérence

Il existe une connexion (i.e. *nexus*) entre les règles de droit primaires, dans ce cas la substance des droits humains, et les règles de droit secondaires, permettant d'identifier la source des diverses règles et l'étendue des standards normatifs, et définissant comment interpréter et appliquer lesdites règles. Ainsi, l'analyse de l'adhérence est analysée sous trois angles selon la méthode de Franck. Ceux-ci sont respectivement les sources de droit international, l'interprétation des sources de droit international et le processus de rédaction du Commentaire général.

4.5.1 Sources et application du droit international

Les sources de droit international sont établies dans la Convention de Vienne et comprennent les traités, la coutume, les principes de droit reconnus par les nations civilisées et les sources subsidiaires. Pour qu'une décision soit perçue comme légitime, elle doit prendre en compte toutes les sources de droit appropriées.

Le Commentaire général prend en considération de nombreux traités dans sa décision[61]. Cependant, tel que montré plus haut, son interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne se conforme pas à celle qui fut faite en droit international. De plus, le Comité omet de mentionner la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 qui prévoit expressément des mises en place de système de décision substitutives[62].

Également, le Comité ne considère nullement la coutume internationale dans son Commentaire général. Certes, cette décision est défendable du fait que le Comité se doit d'interpréter un traité et non pas l'ensemble du droit international. Néanmoins, il aurait été utile qu'une décision si controversée soit corroborée par la pratique coutumière. Les quatre états ayant émis des réponses au brouillon du commentaire ont immédiatement mentionné qu'aucun pays n'avait démantelé les régimes de décisions substitutives. Le Comité

[61] *Supra* note 19 à la p. 2.
[62] *Supra* note 32.

a aussi fait fi des intentions des parties. L'Assemblée générale des nations unies a entre autres adoptée à deux reprises des déclarations reconnaissant les systèmes de décisions substitutives, soit la *Déclaration des droits du déficient mental* (1971) et les *Principes pour les personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale* (1991).

Les principes de droit reconnus par les nations civilisés sont toujours plus élusifs aux institutions internationales. Le Comité fait tout de même appel à certains grands principes, tel que le changement de paradigme au cœur même de la Convention. Finalement, le Comité fait fi d'au moins une source de droit subsidiaire, à savoir l'interprétation du Comité des droits de l'Homme[63].

4.5.2 Le processus de rédaction du Commentaire général

Pour évaluer la légitimité du processus de rédaction du Commentaire général, deux éléments doivent être étudiés : la sélection des membres du Comité et le processus par lequel ces membres ont écrit le Commentaire général.

La composition du Comité est primordiale à la légitimité du Commentaire général. Les membres du Comité doivent à la fois respecter rigoureusement les critères établis dans le Protocol facultatif et être des experts dans le domaine concerné.

Les membres du Comité sont choisis par une Assemblée des états parties à la Convention. Il n'y a aucune raison de douter que les pays ayant ratifié le protocole aient consenti au processus de sélection et le processus a été respecté à la règle pour la sélection du comité.

Cependant, des critiques ont été émises quant à l'expertise des membres du Comité[64]. Les membres du comité ont une grande expertise en droits humains et en droit des personnes handicapées. Cependant, le comité ne contenait aucun professionnel du domaine de la santé lors de l'adoption du commentaire général[65].

Ces professionnels côtoient et traitent les personnes handicapées au quotidien et ont une expérience pratique irremplaçable. Ils sont parmi les mieux placés pour juger de la faisabilité des systèmes de support décisionnel. Ils sont aussi parmi les mieux placés pour savoir les conséquences pratiques qu'a le système de décisions substitutionnelles et pour déduire les conséquences pratiques qu'encourraient un changement vers un système de support décisionnel. Ils seraient aussi directement affectés par le respect du Commentaire général.

---

[63] *Supra* note 51.
[64] *Supra* note 22 aux pp. 4-5.
[65] *Ibid.*

L'absence de tels professionnels entache sérieusement la légitimité du commentaire général. Elle a permis à des membres de la société civile de semer le doute quant à la compréhension du comité des conséquences pratiques de leur décision, ainsi que sur les critères et standards utilisés au quotidien par les professionnels[66].

Quant à la rédaction même du Commentaire général, la procédure appropriée semble avoir été respectée. Le Comité a mis en place un important processus de consultation dans lequel il a invité et accueilli les commentaires et critiques des acteurs concernés par le commentaire, autant les états parties que les membres de la société civile.

Cependant, le processus n'a pas entraîné la consultation de professionnels de la santé ; ce manque de consultation a été critiqué[67]. Aucun organisme représentant de tels professionnels n'a soumis de commentaire lors du processus de rédaction du Commentaire général. Pour assurer la perception que tous les points de vue et acteurs sont pris en compte, le Comité devrait promouvoir l'implication de tels organismes dans la rédaction de ces prochains commentaires généraux.

4.6 Prise de décision démocratique

4.6.1 Responsabilité (i.e. *accountability*)

Les comités de droits humains ne sont pas directement redevables aux états parties signant la Convention. Cela va de soi, puisque le Comité a pour objectif de surveiller et de critiquer ces états parties.

Le Comité doit rendre des comptes lors de la présentation de ses rapports annuels à l'Assemblée générale et à la Réunion des états parties. Néanmoins, les états parties n'ont pas la capacité de sanctionner ou de réviser les décisions du Comité. Il a été suggéré que les états parties pourraient en quelque sorte faire appel des décisions du Comité en convaincant l'Assemblée générale de référer la question à la Cour de justice internationale sous forme d'Avis consultatif[68]. La démarche n'a cependant jamais été entreprise. Une autre façon permettant de tenir responsables les membres du comité est lors de leur réélection à tous les quatre ans.

Le Comité pourrait difficilement être reconnu responsable du fait que la structure du Comité lui-même ne soit pas prompte à une responsabilité directe en temps réel. Si les états parties voulaient un processus d'appel

---

[66] *Ibid.*

[67] *Ibid.*

[68] *Supra* note 2 à la p. 180.

ou un processus de condamnation individuel des commentaires, c'était à eux de l'inclure dans le Protocole facultatif. Néanmoins, ce manque de responsabilité n'est pas favorable à la légitimité du Comité.

4.6.2 Transparence

La transparence est également importante à la prise de décisions démocratiques et à la légitimité du Comité lors de l'émission de commentaires généraux. Le Comité n'a pas été sévèrement critiqué par son manque de transparence. Certes, l'ensemble des réflexions ayant mené à l'adoption du Commentaire général n'est pas disponible, mais ceci est nécessaire à l'existence de débats sincères et critiques au cœur du Comité.

Le Comité aurait pu tenter de démontrer qu'il a écouté et pris en considérations les commentaires des états parties, mais en aucun cas sont-ils obligés de se plier à leur volonté. En somme, le manque de transparence n'est pas ce qui a entaché la réputation du Comité et du Commentaire de façon majeure.

5. Conclusion

La légitimité est le seul outil que possède le Comité sur les droits des personnes handicapées pour pousser les états-nations à respecter ses analyses et conclusions et, du coup, à protéger les personnes handicapées. Il n'existe pas de gouvernement international pouvant forcer l'application de ses décisions ni de magistrature internationale pouvant confirmer la légitimité de ses interprétations. Le Comité n'a pas de contrôle sur les critères *output* de sa légitimité ; il est donc nécessaire qu'il évite à tous prix de perdre de la légitimité sur des critères *input*.

Interpréter la Convention en toute intégrité, nonobstant les difficultés que cela peut entraîner aux états parties, fait partie de la tâche du Comité. Cependant, le Comité doit s'assurer d'avoir des assises juridiques fortes et difficilement contestables de bonne foi s'il veut forcer des implémentations qui seront difficiles. Il existe des enjeux clairement défendus dans la Convention qui ne sont pas respectés par tous les états parties et qui ne sont pas nécessairement facile à implémenter. Le Comité a besoin de capital de légitimité pour défendre ces enjeux.

Le Comité a défendu une interprétation qui, même lors de la rédaction de la Convention, ne faisait pas l'unanimité. Nonobstant ce qui devrait être, le comité n'a pas le monopole de la légitimité interprétative de la Convention. S'il tente de pousser des enjeux qui, en plus d'être pragmatiquement difficiles, sont judiciairement et moralement débattus, il risque d'échouer et de perdre un capital de légitimité précieux à l'implémentation d'autres aspects de la Convention.

Dans le cas précis du Commentaire général, le Comité a en plus commis plusieurs erreurs n'aidant pas à l'acceptation de son interprétation. Pour n'en nommer que quelques-unes, le Comité a fait référence à des traités internationaux qui furent interprétés différemment, a omis des déclarations permettant les régimes substitutionnels et a adopté une définition de « capacité légale » différente de celles de plusieurs états parties. De plus, le Comité a utilisé du langage déterminant qui peut certes aider dans certaines circonstances, mais qui n'était pas défendable dans cette situation ; il a ainsi paru comme forçant ses opinions sur les états parties. Le Comité s'est aussi contenté d'énumérer les possibles infractions à d'autres parties de la Convention, sans adresser le fait que les régimes de décisions substitutionnelles sont habituellement mis en place pour protéger ces droits. Finalement, le Comité a omis de consulter suffisamment les professionnels de la santé, ce qui lui a donné l'air d'être déconnecté de la réalité, et n'a pas fait preuve de validation symbolique qui aurait pu offrir une légitimité institutionnelle et cérémonielle au Commentaire général.

Même si le Comité avait maximisé tous les critères de légitimité *input*, il est possible que sa légitimité ait tout de même été sapée par les critiques d'états-nations respectés. Au-delà de la simple procédure et des interprétations juridiques, il y a des problèmes de légitimité fondamentaux liés aux comités de droits humains. Tel que mentionné dans la section « prises de décisions démocratiques », il y a peu de moyens de tenir les comités directement responsables de leurs propos. Le Comité ne se voit pas donner l'interprétation exclusive de la Convention et aucun mécanisme d'appel, tel la possibilité de demander directement une opinion à la Cour de Justice internationale, n'est possible.

Ironiquement, le Comité se doit d'avoir une bonne légitimité pour que les états, en pratique, osent faire des changements institutionnels lui octroyant des droits. La pertinence des critères de légitimité *input* en est ainsi renforcée. Il s'agit du seul outil dont disposent les comités pour maximiser leur légitimité en attendant que des changements institutionnels aident à forcer l'application de leurs décisions.

Bibliographie

Documents des Nations Unies

- Assemblée générale des Nations Unies, Convention sur les droits des personnes handicapées : résolution / adoptée par l'Assemblée générale le 24 janvier 2007, A/RES/61/106, disponible au: http://www.refworld.org/docid/45f973632.html [accédé le 15 décembre 2015], article 4, [Convention].
- Assemblée générale des Nations Unies, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, Nations Unies, Série de traités, vol. 999, p. 171, disponible au: http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html [accédé le 16 décembre 2015] [Pacte relatif aux droits civils et politiques].
- Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948, 217 A (III), disponible au : http://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html [accédé le 16 décembre 2015] [Déclaration universelle des droits de l'Homme].
- Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration des droits du déficient mental*, 20 décembre 1971, A/RES/2856, disponible au : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2856%20(XXVI) [accédé le 16 décembre 2015].
- Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, *Communication n° 854/1999,* 2002.
- Comité des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées (CPDH), *Commentaire général no. 1 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité* (Article 12 de la Convention), 11 avril 2014, CRPD/C/GC/1, au para. 15.
- Danemark*, Response from the Government of Denmark with regards to Draft General Comment on Article 12 of the Convention – Equal Recognition before the Law*, Comité sur les droits des personnes handicapées, février 2014.

- France, *Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relative à l'article 12 de la Convention relative aux droit des personnes handicapées*, Comité sur les droits des personnes handicapées, février 2014 [Commentaire France].
- UN Human Rights High Commissioner, *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Training Guide*, No.19, United Nations Publications, 2014, HR/P/PT/19.
- Norvège, *Draft General Comment No. 1 on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities - submission by the Norwegian Government*, Comité sur les droits des personnes handicapées, février 2014.
- "Réserves et Déclarations", en ligne: Convention sur les droits des personnes, Nations Unies, New York, 13 décembre 2006, < *Principes des Nations Unies pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale (PI)* , A.G. res. 46/119, 46 GAORSupp. (No. 49) à 189, U.N. Doc. A/46/49 (1991).
- République fédérale d'Allemagne, *German Statement on the Draft General Comment on Article 12 CRPD*, Comité sur les droits des personnes handicapées, février 2014 [Commentaire Allemagne].
- Shuaib Chalklen,, *Re: Urgent request to amend the Human Rights Committee's draft version of General Comment No. 35 (CCPR/C/107/R.3) on Article 9 (Right to liberty and security of person) bringing it in line with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, communiqué au Comité des droits de l'Homme, 27 May 2014.
- *Zsolt Budjosoó et al. . Hungary*, Comité sur les droits des personnes handicapées, GE.13-47578, 9 septembre 2013.
- https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en >, [Réserves et Déclarations].

Articles et Monographies

- Thomas M Franck, The Power of Legitimacy Among Nations, New York, Oxford University Press, 1990, pp. 17-18, [Legitimacy Among Nations].
- Helen Keller, UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 177, [Law and Legitimacy].
- Julian Walker, *La Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies : vue d'ensemble*, Beaconsfield, Bibliothèque du Parlement, 2013, p. 5 [La Convention relative aux droits des personnes handicapées : vue d'ensemble].
- Melvyn Colin Freeman et al., « Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », (2015) 2 Lancet Psychiatry 844, p. 2 [Reversing hard won victories].
- Nandinan Devi, « Supported Decision-Making and Personal Autonomy for Persons with Intellectual Disabilities: Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2013) 41(4) J.L. Med. & Ethics 792, p. 797.
- Sheila Wildeman, « Protecting Rights and Building Capacities: Challenges to Global Mental health Policy in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2013) 41(1) J.L. Med. & Ethics 48, p 54.