Réponse du Conseil d'Etat à un instrument parlementaire
—
Motion Ganioz Xavier / Mauron Pierre 2020-GC-13
Rétablissement des droits politiques pour les personnes sous curatelle de portée générale

I. Résumé de la motion

Par motion déposée et développée le 5 février 2020, les députés Xavier Ganioz et Pierre Mauron demandent au Conseil d'Etat de soumettre au Grand Conseil une révision de la LEDP destinée à rétablir les droits politiques pour les personnes faisant l'objet d'une curatelle de portée générale pour cause d'incapacité durable de discernement.

Se référant à l'article 2b de la loi sur l'exercice des droits politiques (ci-après : LEDP), les députés Ganioz et Mauron estiment que cette disposition porte une atteinte discriminatoire au principe de l'universalité du droit de vote, car elle priverait certains citoyens de la participation à la vie politique du fait qu'une défaillance intellectuelle, psychique ou sociale a rendu une mesure de protection de l'adulte nécessaire. Selon eux, une telle privation aurait pour effet de stigmatiser les personnes qui en sont l'objet, de légitimer idéologiquement les stéréotypes qui s'attachent à elles et de violer ainsi gravement l'interdiction à la discrimination.

Les députés estiment que la LEDP fait un lien automatique entre la curatelle de portée générale et l'incapacité de discernement ; ils relèvent donc, à ce sujet, qu'il est erroné de considérer que la curatelle de portée générale supposerait obligatoirement l'existence d'une incapacité de discernement. Ils estiment aussi que le lien établi par la LEDP entre le mandat pour cause d'inaptitude (MPCI) et le retrait des droits politiques ne serait pas non plus satisfaisant, car quand bien même le MPCI est indissolublement lié à une incapacité de discernement, cette incapacité de discernement se rapporte ex lege au besoin d'assistance personnelle, à la gestion du patrimoine ou aux rapports juridiques avec les tiers et non pas à la capacité d'avoir des opinions politiques et de les exprimer.

Affirmant qu'en droit suisse, les notions de capacité ou d'incapacité de discernement sont toujours déterminées relativement à un acte déterminé, les députés estiment par exemple que l'on ne peut pas extrapoler une incapacité de discernement d'une personne fixée au regard d'un motif (par exemple l'incapacité de gérer une fortune) pour en déduire que cette même personne ne serait pas capable de discernement pour procéder à d'autres actes (par exemple passer un contrat de bail). De ce fait, les députés Mauron et Ganioz considèrent que l'existence d'une curatelle de portée générale ou d'un MPCI ne permettent pas de présumer une incapacité à comprendre les enjeux d'une votation ou d'une élection et à se déterminer selon des opinions politiques.

Sur ces premières considérations, les députés estiment qu'à Fribourg, des personnes sous curatelle de portée générale peuvent avoir le discernement et se retrouver néanmoins privées de leurs droits politiques cantonaux et communaux sur la seule base de leur situation sociale sans même que leur capacité citoyenne ait été évaluée.

Sous un angle plus juridique, les motionnaires ajoutent que la règlementation actuelle heurterait l'article 8 de la Constitution fédérale. Ils estiment que l'article 2b LEDP violerait également la CEDH et sa jurisprudence relative au retrait du droit de vote à une personne sous tutelle souffrant d'un trouble psychique, ceci quand bien même la Confédération n'a pas ratifié le Protocole additionnel n° 1 à la Cour européenne des droits de l'homme sur lequel se base ledit arrêt. Enfin, selon eux, l'art. 2b LEDP serait contraire à l'article 29 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (ci-après : CDPH) du 13 décembre 2006, qui oblige les États à faire en sorte que les personnes handicapées aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues sur la base de l'égalité avec les autres.

Les députés Ganioz et Mauron estiment aussi que l'actuelle règlementation relative au retrait des droits politiques pour cause d'incapacité de discernement serait constitutive d'une inégalité de traitement injustifiée avec les personnes qui perdent le discernement pour d'autres causes que le trouble psychique ou la déficience mentale. Ils citent pour exemples l'ivresse et toutes les causes semblables qui n'ont pas pour effet de mettre de telles personnes sous curatelle et de les priver ainsi de leur expression politique.

Selon les motionnaires, si les droits politiques doivent être retirés à celles et ceux qui n'ont pas le discernement nécessaire pour les exercer, il faut que le critère applicable au discernement en matière de droits politiques soit très souple car l'universalité du droit de vote exige que le corps électoral soit défini le plus largement possible sans exclure quiconque pour des raisons de culture, de formation, de maîtrise de la langue, de bizarrerie ou de revenus. La capacité de comprendre les enjeux d'une votation ou d'une élection et la faculté de se déterminer selon sa libre appréciation doivent être évaluées très généreusement dès lors que chacun peut être amené à voter non seulement en état d'ivresse mais aussi par grégarisme, sous le coup d'une émotion contraire à ce que son raisonnement lui commanderait ou sous l'influence d'une personne persuasive.

En définitive donc, les motionnaires concluent que la privation des droits politiques en raison d'une incapacité durable de discernement « constitue une discrimination évidente envers les personnes souffrant d'un handicap psychique ou intellectuel (et qu') une telle discrimination est aujourd'hui clairement contraire aux engagements internationaux de la Suisse ». Il convient donc, selon eux, de mettre le canton de Fribourg en conformité avec les exigences du droit international en renonçant à la privation automatique des droits politiques des personnes sous curatelle de portée générale ou sous mandat pour cause d'inaptitude.

II. Réponse du Conseil d'Etat

A titre préliminaire, le Conseil d'Etat souligne que la démocratie directe est, à ses yeux, l'un des biens les plus précieux de la Confédération suisse, des cantons et des communes. Elle est cependant évolutive ; rien n'est acquis, mais rien n'est non plus figé : la délimitation du cercle des bénéficiaires des droits civiques est un enjeu politiquement essentiel, qui doit susciter le débat.

1. La situation sous l'angle juridique

1.1. Le niveau national et les cantons suisses

En l'état, s'agissant du droit de vote à l'échelon national, l'article 2 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droit politique (LDP) prévoit, citant en ce sens la Constitution fédérale, que « *Les interdits exclus du droit de vote au sens de l'art. 136, al. 1 de la Constitution sont les*

personnes qui, en raison d'une incapacité durable de discernement, sont protégées par une curatelle de portée générale ou par un mandat pour cause d'inaptitude ». S'agissant des cantons suisses, l'ensemble d'entre eux prévoient, à l'instar du canton de Fribourg, une législation similaire à la solution fédérale précitée.

Le système le moins restrictif en matière de retrait des droits civiques pour les personnes durablement incapables de discernement est actuellement, peut-être, celui du canton de Genève, dont la Constitution cantonale prévoit, à son article 48 al. 4, que « *les droits politiques des personnes durablement incapables de discernement peuvent être suspendus par décision d'une autorité judiciaire* ». En l'état, cette disposition suit une ligne intermédiaire entre la solution des articles 136 al. 1 Cst. féd. et 2 LDP, d'une part, et une libéralisation totale de l'accès aux droits politiques en faveur des personnes souffrant d'un handicap, d'autre part. Toutefois, il ressort d'un rapport du 23 décembre 2019 de la Commission des droits politiques et du règlement du Grand Conseil chargée d'étudier deux projets de loi relatifs à la « Mise en conformité avec la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées » que le Grand Conseil du canton de Genève sera prochainement saisi de deux projets de lois qui proposent l'abrogation pure et simple de l'art. 48 al. 4 Cst-GE et des dispositions légales y relatives. Un telle abrogation, si elle devait être acceptée, aura pour effet de supprimer, dans le canton de Genève, la possibilité de suspendre les droits politiques des personnes durablement incapables de discernement. L'acceptation de ces projets de loi ferait du canton de Genève le seul canton suisse ayant mis un terme à la privation des droits politiques des personnes durablement incapables de discernement.

Il s'ensuit que, sous réserve de la solution genevoise en cours d'adaptation, la solution fribourgeoise est actuellement conforme à la pratique générale en Suisse en matière de privation des droits civiques.

1.2. La question du lien automatique entre la curatelle de portée générale, l'incapacité de discernement et la privation des droits civiques

La révision du droit de la protection de l'adulte a permis une grande avancée en abolissant la tutelle et en prévoyant un système de « mesures sur mesure » avec pour but d'adapter la protection aux besoins de la personne concernée en conservant au maximum son autonomie. Cette révision a également été menée dans un souci de conformité au droit international, et notamment à la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH).

Concrètement, l'instauration de la curatelle de portée générale est prévue par le droit fédéral, à l'article 398 du Code civil suisse. Ce type de curatelle est conçu comme une *ultima ratio*, la condition de l'article 398 al. 1 CC devant être comprise en ce sens qu'aucune des autres formes de curatelle prévues aux articles 393 à 396 CC ou combinaison de ces curatelles (art. 397 CC) ne suffise à apporter la protection requise. S'il est vrai que la forme de la curatelle de portée générale doit être envisagée en particulier pour les personnes durablement incapables de discernement, comme le rappelle l'article 398 al. 1 *in fine* CC, l'incapacité de discernement n'est toutefois ni une condition ni, à elle seule, un critère suffisant pour le prononcé d'une telle mesure par l'autorité de protection de l'adulte (cf. Arrêt du Tribunal fédéral 5A_617/2014 du 1er décembre 2014 et les références citées).

L'art. 2b al. 1 LEDP prévoit, dans la droite ligne du droit fédéral, que *« la personne qui, <u>en raison d'une incapacité durable de discernement</u>, est protégée par une curatelle de portée générale ou par un mandat pour cause d'inaptitude ne jouit pas de l'exercice des droits politiques en matière*

cantonale et communale ». L'article 2b al. 4 LEDP complète cette règle en prévoyant que toute mesure ordonnée dans le sens de l'art. 2b al. 1 LEDP doit être portée à la connaissance de la commune par l'autorité de protection de l'adulte.

Cela signifie, d'une part, que toute personne signalée par l'autorité de protection de l'adulte comme protégée par une curatelle de portée générale en raison d'une incapacité durable de discernement sera rayée du registre électoral de la commune, mais cela signifie aussi, d'autre part, que toute personne soumise à une curatelle de portée générale pour un motif autre que l'incapacité durable de discernement ne doit pas faire l'objet d'un signalement à la commune par l'autorité de protection de l'adulte. Les droits civiques d'une personne protégée par une curatelle de portée générale pour un motif autre que l'incapacité durable de discernement ne sont donc pas touchés.

Ainsi, contrairement à ce que relèvent les motionnaires, il n'existe aucun lien automatique entre l'instauration d'une curatelle de portée générale et la privation des droits civiques. C'est le motif éventuel de l'instauration de dite curatelle, à savoir une incapacité durable de discernement, qui peut induire un tel automatisme.

1.3. La conformité de la législation fribourgeoise, des autres cantons et de la Confédération suisse aux exigences du droit international

Selon les motionnaires, « il est juste de dire que la privation des droits politiques en raison d'une incapacité durable de discernement *constitue une discrimination évidente envers les personnes souffrant d'un handicap psychique ou intellectuel (et qu') une telle discrimination est aujourd'hui clairement contraire aux engagements internationaux de la Suisse'* ».

Confrontée à cette question dans le cadre de la discussion des projets de loi évoqués ci-avant, la Commission des droits politiques et du règlement du Grand Conseil du canton de Genève, chargée d'étudier lesdits projets de loi, a demandé plusieurs avis d'experts à ce sujet. Ceux-ci ne démontrent pas une situation juridique indiscutée et limpide, contrairement à ce que soutiennent les motionnaires :

> Le Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève, par son président, a relevé d'emblée qu'à ce jour (N.B : le 19 décembre 2017) aucun organe de l'ONU, respectivement judiciaire, n'avait constaté la non-conformité de l'art. 48 al. 4 de la Cst-GE. Il lui semblait dès lors à tout le moins prématuré, voire inexact, d'indiquer que les deux projets auraient pour objet une mise en conformité au droit supérieur.

> Les professeurs Michel Hottelier et Thierry Tanquerel, Professeurs de droit auprès de la Faculté de droit de l'Université de Genève ont estimé en substance ce qui suit :

> « Le système de l'article 136 de la Constitution fédérale suisse, qui exclut sans nuance de la jouissance des droits politiques toutes les personnes *interdites pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit*, par quoi il faut comprendre aujourd'hui *les personnes qui, en raison d'une incapacité durable de discernement, sont protégées par une curatelle de portée générale ou un mandat pour cause d'inaptitude* (art. 2 LDP), n'est pas compatible avec l'article 29 CDPH. En effet, ce mécanisme méconnait la spécificité de la capacité de discernement en matière de droits politiques et ne tient pas compte de la gravité de l'atteinte aux droits des personnes handicapées que constitue le retrait ou la suspension des droits politiques ».

> Les organisations Inclusion Handicap, Pro Mente Sana et FéGAPH (fédération de 19 associations d'entraide et de défense des personnes handicapées et leurs proches active à Genève) ont, elles, estimé en substance que l'abrogation des dispositions prévoyant la privation des droits politiques en raison d'une incapacité durable de discernement serait la seule qui serait conforme au droit supérieur, rendrait aux personnes concernées leur dignité élémentaire de citoyen ou de citoyenne, mais également accessoirement comme la solution la plus simple et économe en termes de deniers publics.

> Le Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées (BFEH) a également été consulté à ce sujet. Pour mémoire, le BFEH a pour mandat d'encourager l'égalité pour les personnes handicapées et d'agir pour éliminer les discriminations dont elles font l'objet. Il s'est exprimé en substance comme suit :

> « La Suisse n'a émis aucune réserve au moment de la ratification de la CDPH. Il n'y a actuellement pas de raison de mettre en cause la règle de l'art. 136 al. 1 Cst et 2 LDP d'exclure du droit de vote fédéral les personnes durablement incapables de discernement et protégées par une curatelle de portée générale ou par un mandat pour cause d'inaptitude. Une curatelle de portée générale n'est appliquée qu'en *ultima ratio*. Il s'agit d'une justification raisonnable pour l'exclusion prévue à l'art. 2 LDP ». Rappelant ensuite l'avis différent à ce sujet du Comité CDPH, le Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées a encore précisé que « la Convention relative aux personnes handicapées apporte de nouvelles perspectives aux Etats parties, dans de nombreux domaines. Nous nous trouvons donc dans une période de transition qui va peut-être apporter de nouvelles évolutions en matière de droits politiques. Passablement de questions restent ouvertes, notamment sur la mise en œuvre du droit de vote des personnes qui en sont aujourd'hui exclues (comment assurer un système d'accompagnement tout en garantissant la confidentialité du vote par exemple). Concernant l'exercice des droits civils et politiques au niveau fédéral, il y a déjà eu d'importants changements récents qui ont apporté une amélioration de la situation des personnes concernées par une mesure du droit de protection de l'adulte. Une nouvelle réforme n'est pour le moment pas envisageable, il s'agit plutôt de prendre en compte l'évolution du nouveau droit de protection de l'adulte à la lumière de la mise en œuvre de la CDPH et de l'analyser le moment venu ».

> La Commission de gestion du pouvoir judiciaire du canton de Genève a pour sa part émis l'avis selon lequel la suspension ou la privation des droits politiques n'est pas, de manière générale et par principe, contraire au droit international, et en particulier aux engagements pris par la Suisse dans le cadre de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées. La Commission a notamment souligné ce qui suit : « Pour mémoire, le Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2012 proposant l'adhésion de la Suisse à cette convention (cf. FF 2012 601) relevait, à propos de l'égalité des droits garantie par la convention : *Elles (les personnes handicapées) peuvent toutefois être limitées dans l'exercice de leurs droits civils, tout comme les personnes sans handicap, en raison de leur jeune âge, d'une incapacité de discernement ou de l'incapacité de manifester leur volonté*. Le même raisonnement vaut en matière de droits civiques. Plus spécifiquement, en relation avec la participation à la vie politique et à la vie publique visée à l'art. 29 de la convention, le conseil fédéral rappelait la teneur de l'art. 136 de la constitution fédérale et celle de la loi du 17 décembre sur les droits politiques, qui limitent l'exclusion des droits politiques aux personnes qui sont placées sous une curatelle de portée générale en raison d'une incapacité durable de discernement. Le Conseil fédéral ne signalait aucune incompatibilité entre le droit fédéral et la convention ».

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat estime que la question de la suspension des droits politiques est de nature éminemment politique, et non pas juridique. La Constitution cantonale prévoit à ses articles 39 al. 2 et 48 al. 2, pour les droits politiques cantonaux et communaux, sans autre précision, que « la loi règle l'exclusion du droit de voter et d'élire ».

De ce fait, tant l'acceptation que le refus de la motion consisteraient, en l'état, en des solutions conformes au droit supérieur.

2. La position du Conseil d'Etat

Le principe de la relativité de la capacité de discernement est une notion enracinée dans la tradition suisse. Cette notion est unanimement reconnue et le Conseil d'Etat n'entend pas la remettre en question. Ce principe signifie en substance que la capacité de discernement ne doit pas être appréciée dans l'abstrait, mais concrètement par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance, les facultés requises devant exister au moment de l'acte.

Il s'ensuit qu'il peut effectivement être discutable, au vu de ce qui précède, de se baser sur la détermination de l'incapacité durable de discernement d'une personne en matière civile pour en tirer des conclusions automatiques sur l'incapacité pour cette même personne d'exercer ses droits civiques. C'est pourtant ce que font encore à l'heure actuelle tous les cantons Suisses, à l'exception partielle du canton de Genève, ainsi que la Confédération Suisse.

La mise en œuvre concrète du principe de la relativité de la capacité de discernement en matière de droits civiques supposerait l'examen « au cas par cas » de toute personne majeure que quiconque estimerait ne pas être en mesure de remplir de tels droits de manière « ordinaire » en raison d'une incapacité de discernement. Cela poserait d'abord la question de savoir comment individualiser les personnes dont l'incapacité de discernement pourrait porter sur l'exercice des droits politiques, cela poserait ensuite aussi la question de savoir comment déterminer si les personnes ainsi individualisées sont réellement incapables d'exercer leurs droits civiques pour le motif d'incapacité de discernement. Un tel exercice est à l'évidence impossible ou s'avèrerait dans tous les cas aléatoire et excessivement compliqué. En effet, si l'incapacité de discernement peut assez aisément être déterminée pour des actes civils tels par exemple la gestion de son patrimoine, il est relativement difficile de dire, les motionnaires en conviendront, que dans le domaine politique il y aurait des choix qui seraient raisonnables et d'autres qui ne le seraient pas… puisque cela fait justement l'objet de l'appréciation politique.

Il s'ensuit que si la présente motion devait être adoptée, cela ne pourrait que conduire à l'abrogation pure et simple de l'art. 2b al. 1, 2 et 4 LEDP.

La question se résume ainsi à celle de savoir si le fonctionnement de l'Etat – car c'est bien de cette question dont il s'agit – pourrait bénéficier de cette ouverture, ou au contraire en pâtir. Cela impliquerait en effet concrètement que des personnes jugées incapables de gérer leurs propres affaires pour cause d'incapacité durable de discernement seraient amenées à se prononcer sur des questions d'une grande complexité touchant au fonctionnement de la collectivité mais aussi, éventuellement, à sa gestion.

L'ensemble des éléments qui précèdent, mais aussi les motifs de responsabilité individuelle sur lesquels se base notre système démocratique, incitent le Conseil d'Etat à persévérer dans son analyse selon laquelle la détermination d'une incapacité durable de discernement en matière civile

permet non seulement de présumer une incapacité à comprendre les enjeux d'une votation et d'une élection, mais aussi l'impossibilité de faire des choix en conséquence.

L'acceptation de la motion, et par là même l'abrogation programmée de l'art. 2b al. 1, 2 et 4 LEDP, aurait aussi pour effet de créer une autre asymétrie. Concrètement, des personnes seraient encore privées des droits civiques en matière fédérale en application de l'art. 136 Cst et de l'art. 2 LDP, mais pourraient exercer leurs droits civiques en matières cantonales et communales.

En l'état, comme l'a relevé le Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées, trop de questions en lien avec la mise en œuvre des droits civiques des personnes qui en sont aujourd'hui exclues pour des motifs d'incapacité durable de discernement demeurent ouvertes. Un des exemples les plus parlants à cet effet est peut-être la question de savoir comment assurer un système d'accompagnement des personnes concernées tout en garantissant la confidentialité de leur vote et en excluant dans le même temps que l'accompagnant se substitue au votant en l'incitant à voter selon sa propre conviction, sans que la personne concernée soit capable d'évaluer son propre intérêt ou de déterminer ou même défendre sa propre position. Un risque de dérapage existe, on ne peut pas le nier, et quand bien même en définitive peu de personnes s'avèrent concernées, cela pourrait représenter un affaiblissement de la crédibilité de notre système démocratique, qui relève de la libre formation de la volonté. Cette dernière est un enjeu crucial pour le bon fonctionnement de l'exercice des droits politiques, donc aussi de notre société.

Le Conseil d'Etat remarque enfin que selon les chiffres fournis par les Justices de paix en avril 2020, le canton compte actuellement 899 personnes faisant l'objet d'une mesure de curatelle de portée générale comprenant également une limitation de l'exercice des droits civiques. Il compte 21 personnes placés sous mandat pour cause d'inaptitude. Ce sont donc, en définitive, moins de mille personnes qui seraient concernées, dans le canton, par la motion déposée par les députés Mauron et Ganioz. Ces chiffres doivent être mis en rapport avec le nombre d'électeurs qui étaient inscrits au registre électoral le 4 février à midi, à savoir 206 634 électeurs et électrices (Suisses et Suissesses de l'étranger y compris).

Dans ces circonstances, le Conseil d'Etat propose au Grand Conseil le rejet de la présente motion.

Très sensible à une composition la plus ouverte possible du corps électoral, il relève toutefois d'ores et déjà que dans le cas où la Convention relative aux personnes handicapées entraînerait, sur le plan fédéral, de nouvelles évolutions en matière de droits politiques pour les personnes concernées par une mesure du droit de protection de l'adulte, il proposerait sans attendre une adaptation analogue des droits politiques sur les plans cantonal et communal. Par ailleurs, le droit de vote présuppose la mise en œuvre de droits associés, tels que le droit à une information accessible aux personnes en situation de handicap. Aussi, le Conseil d'Etat prévoit, dans le cadre de son prochain plan de mesures de la politique de la personne en situation de handicap, des mesures en terme de droit à une information accessible à toutes et à tous.

25 mai 2020