

Instruments juridiques



Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité

Recommandation CM/Rec(2009)11
et exposé des motifs

Publishing
Editions



Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité

Recommandation CM/Rec(2009)11
adoptée par le Comité des Ministres
du Conseil de l'Europe
le 9 décembre 2009
et exposé des motifs

Editions du Conseil de l'Europe

Edition anglaise:

Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Recommendation CM/Rec(2009)11 and explanatory memorandum)

ISBN 978-92-871-6830-6

La reproduction des textes est autorisée à condition d'en citer le titre complet ainsi que la source : Conseil de l'Europe. Pour toute utilisation à des fins commerciales ou dans le cas d'une traduction vers une langue non officielle du Conseil de l'Europe, merci de vous adresser à publishing@coe.int.

Editions du Conseil de l'Europe
F-67075 Strasbourg Cedex
<http://book.coe.int>

ISBN 978-92-871-6829-0

© Conseil de l'Europe, mai 2011
Imprimé dans les ateliers du Conseil de l'Europe

1. Recommandation CM/Rec(2009)11 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 9 décembre 2009, sur proposition du Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA), et soutenue par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ).
2. Cette publication contient le texte de la Recommandation CM/Rec(2009)11 et son exposé des motifs.

Introduction

Les procurations permanentes et les directives anticipées constituent deux méthodes d'autodétermination des majeurs capables lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de prendre des décisions. Ce sont toutes deux des mesures d'anticipation qui ont des répercussions directes sur la vie des mandants lorsque leur capacité à prendre des décisions est réduite. Dans les pays où les procurations permanentes ont été instaurées depuis quelques années, celles-ci sont de plus en plus souvent considérées comme un outil dont tout le monde devrait disposer pour couvrir d'éventuelles périodes d'incapacité. Il est de plus en plus fréquent que des personnes de tous âges donnent des procurations permanentes, partant du principe que l'incapacité peut survenir subitement.

La Recommandation n° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables reste d'une grande pertinence et tout à fait d'actualité. Le Groupe de travail sur les majeurs incapables (CJ-FA-GT2) a été créé sous l'autorité du Comité européen de coopération juridique (CDCJ) et a été chargé de la compléter en rédigeant une nouvelle recommandation qui traite de la prévision de l'incapacité future, par le biais des procurations permanentes et des directives anticipées.

La recommandation, telle qu'établie par le groupe de travail, a été adoptée par le Comité des Ministres le 9 décembre 2009.

**Recommandation CM/Rec(2009)11
du Comité des Ministres aux Etats membres
sur les principes concernant les procurations permanentes
et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité**

*(adoptée par le Comité des Ministres le 9 décembre 2009,
lors de la 1073^e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de parvenir à une plus grande unité entre ses Etats membres, notamment par la promotion de l'adoption de règles communes en matière juridique ;

Constatant que les changements démographiques ont entraîné l'augmentation du nombre de personnes âgées qui ne peuvent plus protéger leurs intérêts en raison d'une déficience ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles ;

Notant qu'il existe d'autres circonstances dans lesquelles la capacité d'une personne adulte est atteinte ;

Eu égard aux instruments pertinents du Conseil de l'Europe, y compris la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE n° 5, 1950), la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo, STE n° 164, 1997), et la Recommandation Rec(2006)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société: améliorer la qualité de vie des personnes handicapées en Europe 2006-2015 ;

Eu égard à la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes (2000) et à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (2006) ;

Ayant à l'esprit la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme ;

Reconnaissant que la Recommandation n° R (99) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables est un instrument international précieux et toujours actuel qui comprend des orientations détaillées et des considérations d'ordre général sur les règles juridiques relatives aux mesures de protection de ces majeurs ;

Notant que la recommandation précitée et la législation des Etats membres concernant les personnes atteintes d'incapacité tendent véritablement à promouvoir l'autodétermination et l'autonomie ;

Considérant que l'autodétermination est essentielle pour le respect des droits de l'homme et de la dignité de tout être humain ;

Notant que, dans certains Etats membres, les procurations permanentes sont une solution jugée préférable aux décisions judiciaires sur la représentation ;

Constatant qu'une législation sur les procurations permanentes et les directives anticipées a récemment été adoptée ou proposée dans certains Etats membres ;

Notant que, dans les systèmes juridiques dans lesquels les procurations permanentes et les directives anticipées existent, des majeurs de tous âges en font de plus en plus usage ;

Reconnaissant qu'il existe, à cet égard, des disparités considérables entre les législations des Etats membres ;

Confirmant les principes de subsidiarité et de nécessité figurant dans la Recommandation n° R (99) 4 et complétant celle-ci par les principes relatifs à l'autodétermination,

Recommande aux gouvernements des Etats membres de promouvoir l'autodétermination pour des majeurs capables par l'introduction de la législation sur les procurations permanentes et les directives anticipées ou par l'amendement de la législation existante en vue de la mise en œuvre des principes contenus dans l'annexe à la présente recommandation.

Annexe à la Recommandation CM/Rec(2009)11

Partie I – Champ d’application

Principe 1 – Encouragement à l’autodétermination

1. Les Etats devraient encourager l’autodétermination des majeurs capables en prévision de leur éventuelle incapacité future par des procurations permanentes et des directives anticipées.
2. Conformément aux principes d’autodétermination et de subsidiarité, les Etats devraient envisager que ces mesures aient priorité sur les autres mesures de protection.

Principe 2 – Définition des termes utilisés dans la présente recommandation

1. Une « procuration permanente » est un mandat conféré par un majeur capable dont l’objet est de rester ou d’entrer en vigueur en cas d’éventuelle incapacité du mandant.
2. Le « mandant » est la personne qui donne la procuration. La personne désignée pour agir au nom du mandant est appelée le « mandataire ».
3. Les « directives anticipées » sont les instructions données ou les souhaits émis par un majeur capable sur des questions que peut soulever son incapacité future.

Partie II – Les procurations permanentes

Principe 3 – Contenu

Les Etats devraient envisager l’éventualité qu’une procuration permanente puisse couvrir les questions économiques et financières, ainsi que les questions relatives à la santé, au bien-être et les autres questions personnelles, et exclure certains aspects spécifiques.

Principe 4 – Désignation d’un mandataire

1. Le mandant peut désigner comme mandataire toute personne qu’il estime appropriée.

Le mandant peut désigner plusieurs mandataires et peut décider que ces derniers interviennent conjointement, concomitamment, séparément ou à titre de suppléants.

Les Etats peuvent considérer toute limitation qu'ils estiment nécessaire afin de protéger le mandataire.

Principe 5 – Forme

1. Une procuration permanente se présente sous forme écrite.
2. Le document devrait énoncer explicitement que la procuration reste ou entre en vigueur en cas d'incapacité du mandant, excepté dans les Etats où telle est la règle générale.
3. Les Etats devraient examiner quelles autres dispositions et mécanismes pourraient être mis en place pour garantir la validité du document.

Principe 6 – Révocation

Le mandant capable a la possibilité de révoquer la procuration permanente à tout moment. Le principe 5, paragraphe 3, est applicable.

Principe 7 – Entrée en vigueur

1. Les Etats devraient réglementer les modalités d'entrée en vigueur de la procuration permanente en cas d'incapacité du mandant.
2. Les Etats devraient envisager la manière dont est déterminée l'incapacité et les moyens de preuve requis à cette fin.

Principe 8 – Certification, enregistrement et notification

Les Etats devraient envisager l'introduction de systèmes de certification, d'enregistrement et/ou de notification au moment de l'établissement de la procuration permanente, de sa révocation, de son entrée en vigueur ou de son arrivée à terme.

Principe 9 – Préservation de la capacité

L'entrée en vigueur d'une procuration permanente doit être sans incidence sur la capacité juridique du mandant.

Principe 10 – Rôle du mandataire

1. Le mandataire agit conformément à la procuration et dans l'intérêt du mandant.
2. Le mandataire, dans la mesure du possible, informe et consulte régulièrement le mandant. Le mandataire évalue et prend en considération, autant que possible, les souhaits et les sentiments passés et présents du mandant, et les prend dûment en compte.
3. Les affaires économiques et financières du mandant font l'objet, autant que faire se peut, d'une gestion distincte de celles du mandataire.
4. Le mandataire conserve les éléments de preuve utiles pour justifier de l'exercice correct de son mandat.

Principe 11 – Conflit d'intérêts

Les Etats devraient envisager le règlement des conflits d'intérêts entre le mandant et le mandataire.

Principe 12 – Contrôle

1. Le mandant peut désigner un tiers pour contrôler le mandataire.
2. Les Etats devraient envisager l'introduction d'un système de contrôle par lequel une autorité compétente pourrait être habilitée à enquêter. Lorsque le mandataire n'agit pas conformément à la procuration permanente, ou dans l'intérêt du mandant, l'autorité compétente devrait pouvoir intervenir. Une telle intervention devrait inclure l'extinction partielle ou totale de la procuration permanente. L'autorité compétente devrait pouvoir agir sur demande ou de sa propre initiative.

Principe 13 – Extinction

1. Les Etats devraient envisager les circonstances dans lesquelles une procuration permanente cesse de produire ses effets.
2. Lorsqu'une procuration permanente cesse de produire ses effets en tout ou partie, l'autorité compétente devrait envisager les mesures de protection à prendre.

Partie III – Directives anticipées

Principe 14 – Contenu

Les directives anticipées peuvent s'appliquer aux questions relatives à la santé, au bien-être et aux autres questions personnelles, aux questions économiques et financières, ainsi que, le cas échéant, au choix d'un tuteur.

Principe 15 – Effet

1. Les Etats devraient décider de l'éventuel caractère contraignant des directives anticipées. Les directives anticipées non contraignantes devraient être considérées comme l'expression de souhaits à prendre dûment en compte.

Les Etats devraient aborder la question des situations survenant en cas de changement substantiel de circonstances.

Principe 16 – Forme

Les Etats devraient considérer si les directives anticipées ou certaines catégories d'entre elles doivent, pour avoir un caractère contraignant, être établies ou enregistrées sous forme écrite.

Les Etats devraient décider si la validité et l'efficacité de ces directives anticipées peuvent être subordonnées à d'autres dispositions et mécanismes.

Principe 17 – Révocation

Une directive anticipée doit être révocable à tout moment et sans formalité.

Exposé des motifs

1. Commentaires généraux

1.1. *Un progrès depuis la Recommandation n° R (99) 4*

1. Le Conseil de l'Europe s'occupe de la protection des majeurs incapables depuis que la 3^e Conférence européenne sur le droit de la famille « Le droit de la famille dans l'avenir » (Cadix, Espagne, avril 1995) a débattu de ce sujet. La conférence a demandé au Conseil de l'Europe d'inviter un groupe de spécialistes de ce domaine à examiner l'opportunité d'élaborer un instrument juridique européen. L'objectif visé était de garantir l'intégrité et les droits des majeurs incapables et, dans la mesure du possible, leur indépendance. A la suite de cette proposition, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a créé, en 1995, le Groupe de spécialistes sur les majeurs incapables et les autres adultes vulnérables (CJ-S-MI), ultérieurement renommé le Groupe de spécialistes sur les majeurs incapables.

2. Les travaux de ce groupe ont abouti à la Recommandation n° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables. Ce texte présente des principes assez détaillés, et il est assorti d'un exposé des motifs approfondi. Conformément au champ d'application de la recommandation, les principes « s'appliquent à la protection des personnes majeures qui ne sont pas, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, en mesure de prendre, de façon autonome, des décisions en ce qui concerne l'une quelconque ou l'ensemble des questions touchant à leur personne ou à leurs biens, de les comprendre, de les exprimer ou de les mettre en œuvre, et qui, en conséquence, ne peuvent protéger leurs intérêts. Cette incapacité peut être due à un handicap mental, à une maladie ou à un motif similaire ». Les principes s'appliquent aux mesures de protection et aux autres mécanismes juridiques permettant de faire bénéficier ces majeurs d'une représentation ou d'une assistance pour ces questions. La recommandation présente des principes directeurs ainsi que des parties sur « les principes procéduraux » et sur « le rôle des représentants ».

3. Le principe 2, intitulé « Souplesse dans la réponse juridique », énonce que les mesures de protection et les autres mécanismes juridiques « devraient

avoir une portée suffisamment large et être assez souples pour permettre d'apporter une réponse juridique appropriée aux différents degrés d'incapacité et à la variété des situations». Le principe 5 sur la « nécessité et subsidiarité », énonce qu'« aucune mesure de protection ne devrait être instaurée à l'égard d'un majeur incapable à moins que celle-ci ne soit nécessaire, compte tenu des circonstances particulières et des besoins de l'intéressé. En se prononçant sur la nécessité d'une mesure, il convient d'envisager tout mécanisme moins formel et de tenir compte de toute assistance qui pourrait être apportée par des membres de la famille ou par toute autre personne ». Le principe 6 sur la « proportionnalité » souligne qu'une mesure de protection « doit être proportionnelle au degré de capacité de la personne concernée et adaptée aux circonstances particulières et aux besoins de cette dernière ». Le principe 3 concerne la « préservation maximale de la capacité ». Il dispose que « le cadre législatif devrait, dans toute la mesure du possible, reconnaître que différents degrés d'incapacité peuvent exister et que l'incapacité peut varier dans le temps. Par conséquent, une mesure de protection ne devrait pas automatiquement conduire à une restriction totale de la capacité juridique. Toutefois, une limitation de cette dernière devrait être possible lorsqu'elle apparaît de toute évidence nécessaire à la protection de la personne concernée ». Le principe 3 est complété par le paragraphe 4 du principe 2 selon lequel « parmi l'éventail des mesures de protection proposées devraient figurer, dans les cas appropriés, des dispositions ne restreignant pas la capacité juridique des intéressés ». La recommandation promeut vivement l'autodétermination et l'autonomie qui sont essentielles au respect des droits de l'homme et de la dignité de chacun. Le principe 2, paragraphe 7, dispose ceci : « Il conviendrait de prévoir et d'organiser les dispositions juridiques qu'une personne encore dotée de sa pleine capacité serait en mesure de prendre pour prévenir les conséquences de toute incapacité future. » Une telle ouverture facilite évidemment la souplesse et la proportionnalité de la réponse juridique, comme il est mentionné aux principes 2 et 6, tout en respectant les principes de nécessité et de subsidiarité conformément au principe 5. Enfin, le principe 9, paragraphe 1, énonce que « lors de l'instauration ou de la mise en œuvre d'une mesure de protection d'un majeur incapable, il convient, dans la mesure du possible, de rechercher, de prendre en compte et de respecter dûment les souhaits passés et présents, et les sentiments de l'intéressé ».

4. Etant donné que les personnes atteintes d'incapacité sont parmi les plus vulnérables de la société, le Comité d'experts sur le droit de la famille

(CJ-FA) a décidé, lors de sa 36^e réunion du 15 au 17 novembre 2006, au vu du vieillissement croissant de la population en Europe, de créer un Groupe de travail sur les majeurs incapables (CJ-FA-GT2) pour examiner l'utilité de mettre à jour la Recommandation n° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

5. Lors de la première réunion du groupe de travail, du 17 au 19 septembre 2007, il a été estimé que l'élaboration de nouvelles règles contraignantes n'apporterait que peu de valeurs ajoutées, car elles ne feraient que reproduire le contenu de la recommandation existante. Le groupe de travail a considéré que la Recommandation n° R (99) 4 conservait toute sa pertinence et son actualité. Sa force réside dans le fait qu'elle s'adresse à tous les Etats membres et fournit des orientations détaillées sur la manière de réformer les législations nationales. En fait, elle a guidé de nombreux Etats membres dans la préparation de récentes réformes législatives. Il a été fait plus ample référence à cette recommandation dans trois arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir l'arrêt *H.F. c. Slovaquie* du 8 novembre 2005 (Requête n° 54797/00), l'arrêt *Chtoukatourov c. Fédération de Russie* du 27 mars 2008 (Requête n° 44009/05) et l'arrêt *X c. Croatie* du 17 juillet 2008 (Requête n° 11223/04). Dans l'affaire *Chtoukatourov*, la Cour a conclu ceci au paragraphe 95 : « bien que les principes [de la Recommandation n° R (99) 4] n'aient pas de valeur juridique contraignante devant la Cour, ils peuvent définir une norme européenne commune dans ce domaine ». Le groupe de travail a donc proposé de s'appuyer sur ladite recommandation et d'élaborer de nouveaux principes mettant l'accent sur l'autodétermination, en particulier sur les procurations permanentes et les directives anticipées.

6. En se fondant sur les conclusions du groupe de travail, qui ont été soutenues par le CJ-FA lors de sa 37^e réunion du 28 au 30 novembre 2007 et par le Bureau du Comité européen de coopération juridique (CDCJ) lors de sa 80^e réunion des 13 et 14 décembre 2007, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le nouveau mandat du CJ-FA pour la période de janvier 2008 à juin 2009, qui inclut notamment la tâche d'élaborer une nouvelle recommandation portant sur l'organisation de l'incapacité future, grâce aux procurations permanentes et aux directives anticipées.

7. Compte tenu du mandat révisé du groupe de travail, sa composition a été modifiée et de nouveaux membres ont été choisis en consultation avec

la présidence du CJ-FA. Il s'est réuni quatre fois en 2008, sous la présidence de M. Kees Blankman (Pays-Bas) et avec M. Svend Danielsen (Danemark) en tant que consultant.

8. A l'issue de sa deuxième réunion du 14 au 16 mai 2008, le groupe de travail a diffusé son avant-projet de recommandation et un avant-projet d'exposé des motifs auprès des membres du CJ-FA pour information et commentaires éventuels. D'autres organismes et institutions compétents ont également été invités à faire des commentaires. Les réponses reçues ont été débattues et prises en compte lors de la troisième réunion du groupe de travail du 3 au 5 septembre 2008.

9. Le projet de recommandation et son exposé des motifs, tels que préparés par le groupe de travail, ont été examinés par le CJ-FA lors de sa 38^e réunion plénière du 17 au 20 mars 2009 et soumis au CDCJ pour approbation lors de sa 84^e réunion plénière du 6 au 9 octobre 2009, avant leur transmission au Comité des Ministres pour adoption le 19 novembre 2009.

1.2. La nécessité d'une nouvelle recommandation

10. Sur le plan à la fois national et international, l'expérience des dernières décennies démontre que le problème des majeurs atteints d'incapacité représente actuellement et à juste titre une question clé en matière de droit de la famille ; cela devrait aussi se confirmer dans les années à venir. Malgré l'amélioration générale en matière de protection des droits de l'homme, ce domaine de droit était jusqu'ici sous-développé, voire complètement abandonné, dans certains Etats membres.

11. Il convient de garder à l'esprit le fait que le nombre de personnes âgées ne cesse d'augmenter en Europe, en raison de l'amélioration générale des conditions de vie, des évolutions démographiques et sociales, et des progrès médicaux. Toutefois, les facultés mentales des personnes déclinent souvent avec l'âge, et le nombre de personnes souffrant de maladies telles que la démence sénile ou la maladie d'Alzheimer s'accroît dans l'ensemble de l'Europe. En outre, des groupes autres que celui du troisième âge peuvent également être atteints d'incapacité.

12. Les mesures destinées à aborder la question de l'incapacité peuvent être classées en deux grandes catégories, à savoir les mesures réactives et les mesures par anticipation. Les mesures réactives sont instaurées après l'apparition de l'incapacité en réponse à celle-ci, et elles exigent généralement

une intervention du pouvoir judiciaire ou d'une autre autorité publique. D'un autre côté, les mesures par anticipation sont mises en place par une personne habilitée à le faire, avant l'apparition de l'incapacité.

13. Dans certains Etats membres, l'intérêt s'est récemment porté sur l'autodétermination des personnes plutôt que sur l'intervention du pouvoir judiciaire ou d'une autre autorité publique. Toutefois, il n'existe actuellement aucun instrument au niveau européen donnant aux Etats membres des indications pour réformer les lois afin d'organiser l'incapacité future. Par conséquent, un nouvel instrument international s'avérerait pertinent et opportun. Il pourrait améliorer la vie de nombreux citoyens désireux de prendre les devants face à une éventuelle incapacité future en s'aidant d'un instrument de nature juridique, qui pourrait apporter une valeur ajoutée.

14. Les procurations permanentes et les directives anticipées constituent deux méthodes d'autodétermination des majeurs capables lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de prendre des décisions. Ce sont des mesures d'anticipation, qui entraînent des répercussions directes sur la vie des mandants lorsque leur capacité à prendre des décisions est réduite. Elles sont définies au principe 2 de la nouvelle recommandation. La terminologie de la recommandation se trouve dans la section 1.5 «Terminologie».

15. Dans les pays où les procurations permanentes ont été instaurées depuis quelques années, celles-ci sont considérées de plus en plus comme un outil dont tout le monde devrait disposer, de la même manière qu'il est généralement recommandé de rédiger un testament. Il est de plus en plus fréquent que des personnes de tous âges donnent des procurations, sur la base du fait que l'incapacité peut survenir subitement. En outre, les progrès médicaux allant vers l'établissement d'un diagnostic précoce de l'altération progressive de l'état de santé qui peut aboutir à une incapacité et vers la proposition de traitements ralentissant le développement de cette altération signifient que bon nombre de personnes sont conscientes très tôt d'une détérioration progressive de leur capacité et sont encore aptes à désigner une personne qui les représenteront. Le développement de la prise de décision assistée donne la possibilité aux personnes ayant un certain degré d'incapacité, y compris celles souffrant d'incapacité à vie, de donner une procuration permanente valide pour désigner une personne de leur choix afin de traiter des affaires qu'elles trouveraient personnellement très difficiles, voire au-delà de leur capacité. Certaines législations reconnaissent que des personnes peuvent avoir la capacité juridique requise pour choisir

un mandataire et lui donner une procuration permanente, même lorsqu'elles n'auraient pas elles-mêmes la capacité requise pour faire tout ce que le mandataire désigné doit exécuter pour leur compte.

1.3. Autres instruments internationaux

16. De nombreux instruments internationaux récents traitent du sujet des personnes handicapées ou d'autres personnes vulnérables, des questions d'incapacité et des méthodes d'autodétermination. Les instruments qui suivent sont particulièrement pertinents.

17. La Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées énonce, dans son préambule et à l'article 4, que les Etats parties à la convention réaffirment le caractère universel, indivisible, interdépendant et indissociable de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, ainsi que la nécessité de garantir sans discrimination la pleine jouissance de ces droits aux personnes handicapées. Cette convention est entrée en vigueur le 3 mai 2008, après avoir reçu les 20 ratifications nécessaires. A cette époque, plus de 100 autres Etats avaient signé la convention. La convention reconnaît la capacité des personnes handicapées à prendre leurs décisions, et son protocole facultatif leur permet d'adresser une communication à une instance internationale d'enquête. Enfin, la convention prévoit des mécanismes nationaux d'application et de suivi (article 33).

18. Cette convention des Nations Unies traite de tous les handicaps, notamment physiques, sensoriels et intellectuels. L'article 12.1 réaffirme que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique. D'une part, à travers le large éventail de handicaps intellectuels, les droits de l'homme peuvent être mis en danger si l'on considère comme incapables ceux qui sont capables mais peuvent avoir besoin d'un accompagnement dans l'exercice de leur capacité juridique. D'autre part, ils peuvent être mis en danger si l'on suggère que seul un accompagnement – en lieu et place des garanties juridiques – est nécessaire pour ceux qui ne sont pas capables et dont le consentement apparent aux conseils et décisions des autres ne constitue pas un exercice valable de la capacité juridique.

19. La première situation est traitée à l'article 12.3, qui donne une nouvelle légitimité aux bonnes pratiques en vigueur selon lesquelles, si une personne éprouve des difficultés à exercer sa capacité, les mesures nécessaires

devront être prises pour faciliter, encourager et développer l'exercice de la capacité. Si nécessaire, ces mesures devront être prises afin de permettre que soit donnée une procuration permanente. L'article 12.4 réaffirme brièvement les principes directeurs applicables lorsqu'il y a altération de la capacité et les « mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique » qui doivent être prises. Toutefois, cet article ne contient pas de principes abordant explicitement une telle incapacité, tels que ceux contenus dans la Recommandation n° R (99) 4. Celle-ci demeure, par conséquent, le principal point de départ pour la poursuite du développement de la législation en Europe visant à garantir la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales de ceux qui ont une capacité altérée, afin qu'ils puissent prendre des décisions valables et exercer et affirmer effectivement leurs droits. La présente recommandation comprend des principes nécessaires pour offrir une telle protection aux mandants qui n'ont plus de capacité lorsque le mandataire agit.

20. Par ailleurs, la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes régit la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération. Cette convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, après avoir reçu les trois ratifications nécessaires. Les articles 15, 16 et 38 de la convention qui portent sur des questions de droit international privé, telles que celle des procurations permanentes, sont particulièrement intéressants. Puisque la nouvelle recommandation n'aborde pas ces questions, ces articles sont d'une pertinence supplémentaire. L'article 15, paragraphe 2, désigne la loi qui est applicable et énonce que « l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts, sont régies par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral, à moins qu'une des lois mentionnées au paragraphe 2 ait été désignée expressément par écrit ». En vertu du paragraphe 3, « les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'Etat où ils sont exercés ». L'article 16 traite du retrait et de la modification des procurations permanentes si elles « ne sont pas exercées de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte ». Une décision dans ce sens peut être « prise par une autorité ayant compétence selon la convention. Pour retirer ou modifier ces pouvoirs de représentation, la loi déterminée à l'article 15 doit être prise en considération dans la mesure du possible ». L'article 38

traite du certificat international : « les autorités de l'Etat contractant dans lequel un pouvoir de représentation [a été] confirmé peuvent délivrer à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés ».

21. Au niveau européen, on doit d'abord citer la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE n° 5). Un autre instrument important est la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine de 1997 (STE n° 164 – Convention d'Oviedo). Plusieurs de ses dispositions sont pertinentes à cet égard, mais une attention particulière doit être prêtée à l'article 9 qui stipule que « les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté seront pris en compte ». Le rapport explicatif signale sur ce point ceci : « Cependant, la prise en compte des souhaits précédemment exprimés ne signifie pas que ceux-ci devront être nécessairement suivis. Ainsi, par exemple, lorsque ces souhaits ont été exprimés très longtemps avant l'intervention et que les conditions scientifiques ont évolué, il peut être justifié de ne pas tenir compte de l'opinion du patient. »

22. Enfin, la Recommandation Rec(2006)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le Plan d'action 2006-2015 du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société : améliorer la qualité de vie des personnes handicapées mérite également d'être mentionnée.

1.4. *Evolutions pertinentes dans certains Etats membres*

23. Ce sont les pays anglophones qui ont introduit les premiers le concept juridique de « procuration permanente » (*continuing powers of attorney*), qui existe en Australie, au Canada et aux Etats-Unis d'Amérique. La première législation fondée sur la Recommandation n° R (99) 4 était la loi (écossaise) de 2000 sur les majeurs incapables (*Adults with Incapacity Act*) qui a été améliorée par la loi de 2007 en tenant compte de l'expérience dans ce domaine. Cette loi est un code intégré avec des principes et dispositions d'unification, dont les procurations permanentes. En Angleterre et au pays de Galles, la loi de 1985 a été remplacée par la loi de 2005 sur la capacité mentale (*Mental*

Capacity Act 2005) complétée par le *Statutory Instrument 2007 No. 253* sur les règlements relatifs aux procurations durables, aux procurations permanentes et aux tuteurs publics. En Irlande, un projet de loi visant à modifier la loi de 1996 sur les procurations (*Power of Attorney Act 1996*) a été présenté au parlement au début de 2007 (*Mental Capacity and Guardianship Bill 2007, No. 12*).

24. Dans des pays comme la Belgique, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne ou les Pays-Bas, les procurations permanentes sont, depuis quelques années, utilisées sans réglementation spécifique autre que la législation générale sur les procurations. En Allemagne, la situation a changé au moment où la deuxième loi du 21 avril 2005 (*Guardianship Modification Act*) portant modification de la tutelle (Journal officiel, 2005, partie I, 1073) est entrée en vigueur en juillet 2005, afin de renforcer l'autodétermination des personnes qui n'ont pas la capacité de veiller à leurs intérêts; la procuration permanente, appelée *Vorsorgevollmacht*, en constitue le principal outil.

25. D'autres pays ont également introduit récemment des lois sur les procurations permanentes. En Espagne, la *Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad* du 18 novembre 2003 a introduit une nouvelle disposition, à l'article 1732, selon laquelle le mandat prend fin avec l'incapacité du mandant, à moins que le mandat stipule qu'il devrait se poursuivre dans ce cas de figure, ou qu'il ait été donné pour être exercé en cas d'éventuelle incapacité du mandant, telle qu'évaluée en fonction des instructions du mandant. En Autriche, la loi de 1984 sur les tutelles a été modifiée par le *Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006* qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2007 (Journal officiel, 2006, partie I, n° 92, articles 284.f, 284.g et 284.h du Code civil). La nouvelle loi introduit la procuration permanente appelée *Vorsorgevollmacht*. En Finlande, le parlement a adopté, en avril 2007, la loi relative aux procurations pour représentation (*Lag om interessevakningsfullmakt*, loi n° 648/2007) qui est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2007. En France, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 (JORF, n° 56) sur la réforme de la protection juridique des majeurs, intitulée « Mandat de protection future », et les articles 477 à 494 du Code civil ont introduit une nouvelle forme de protection juridique pour les majeurs, incluant les procurations permanentes. La loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. En Suisse, la modification du 19 décembre 2008 du Code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) prévoit de nouveaux instruments juridiques visant à l'autodétermination en cas d'incapacité. Premièrement,

cela permettrait à une personne physique ou morale d'assister le mandant ou de le représenter en cas d'altération de ses capacités de jugement. Deuxièmement, cette loi régit les moyens de décider, dans les directives anticipées, des traitements médicaux que le mandant accepterait en cas d'altération de ses capacités de jugement.

26. Dans d'autres pays, le travail de réforme est en cours. En Norvège, un comité de réforme législative a publié son rapport *Tutelle (Vergemål)* en 2004 (*Norges offentlige utredninger (NOU)*, 2004, 16). Conformément à ce rapport, le gouvernement a proposé une loi au parlement en septembre 2009 (*Ot. prp.nr. 110 (2008-2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven)*). Le chapitre 10 («*Fremtidsfuldmagter mv*») traite des procurations futures. La même année en Suède, un comité de réforme législative a publié un rapport intitulé «*Questions sur les tutelles et les mesures alternatives pour les majeurs*» (*Frågor om Förmyndare och ställföreträdare för vuxna*) (*Statens offentliga utredningar (SOU)*, 2004, 112) contenant une proposition pour une loi sur les procurations futures (*Lag om Fremtidsfuldmagter mv*).

27. Dans les Etats où la procuration permanente est en place depuis un certain temps, l'expérience montre que les majeurs de tous âges l'utilisent de plus en plus.

28. En Angleterre et au pays de Galles, sous l'ancien système, l'enregistrement de la procuration permanente se faisait au moment de la perte de capacité du mandat. L'enregistrement d'une nouvelle procuration permanente doit se faire avant que le mandataire puisse l'utiliser, indépendamment du fait que le mandant a perdu sa capacité ou non. Une fois enregistrée, le mandataire peut l'utiliser immédiatement, et beaucoup de procurations entrent en vigueur après avoir été signées. Au cours des treize mois qui ont suivi l'entrée en vigueur du nouveau système (1^{er} octobre 2007), le nombre d'enregistrements des procurations durables et permanentes était de 69 377.

29. En Ecosse, le régime actuel des procurations permanentes a été introduit en 2001. Depuis lors, les demandes d'enregistrement ont continué à augmenter. Les documents sont généralement enregistrés au moment de la procuration, plutôt qu'après la perte de capacité. 5 592 procurations ont été enregistrées dans l'année jusqu'au 31 mars 2002. Ce chiffre est passé à 18 113 dans l'année jusqu'au 31 mars 2005 et à 32 066 dans l'année jusqu'au 31 mars 2008. Le chiffre pour 2007-2008 pourrait utilement être

comparé à celui des tutelles (seulement 876 pour cette même année). En 2007-2008, 791 des procurations enregistrées n'ont été conférées que pour des questions personnelles, 1 850 uniquement pour des questions financières, et 14 451 pour ces deux types de question à la fois. En 2001-2002, 29 % des procurations enregistrées incluaient les questions personnelles, en 2003-2004 ce chiffre atteignait 48 %, et à présent il s'élève à 82 %. 80 % des mandants étaient âgés d'au moins 60 ans.

30. En Allemagne, on a estimé que plus d'1,5 million de procurations permanentes ont été instaurées jusqu'à l'automne 2008 et que la proportion de majeurs dont les affaires n'ont pas été gérées par un représentant légal désigné par une autorité publique mais par un mandataire est en augmentation constante. Selon une étude récente, en Allemagne, 30 % des personnes âgées résidant en établissements de soins ont été représentées par un mandataire.

31. En outre, en Autriche, 5 155 enregistrements ont été comptabilisés depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation le 1^{er} juillet 2007 jusqu'à octobre 2008.

32. Les directives anticipées sont reconnues dans un certain nombre d'Etats membres. Elles relèvent soit de la législation portant sur les mesures de protection des majeurs atteints d'incapacité, soit de la législation sur les procurations permanentes, ou de la législation relative à la santé. Toutes ces règles permettent aux personnes capables de faire des déclarations sur certains aspects de leur vie en cas d'incapacité. Certaines déclarations peuvent être contraignantes juridiquement, d'autres peuvent être des souhaits qu'il faut dûment prendre en compte et respecter. Etant donné qu'elles peuvent traiter de questions de santé, elles sont souvent nommées « testaments de vie » ou *Patientenverfügung*.

33. En Autriche, des instructions s'opposant à un traitement médical futur peuvent être données à un médecin sous forme orale ou écrite (*Beachtliche Patientenverfügung*). Elles ne sont pas contraignantes juridiquement, mais elles doivent servir de ligne directrice. Le *Verbindliche Patientenverfügung* est une instruction contraignante rédigée avec l'aide d'un juriste ou d'un notaire après réception d'informations détaillées et approfondies fournies par l'intéressé. Ces instructions produisent des effets pendant cinq ans et

peuvent être reconduites. Sur requête, une telle instruction contraignante peut être consignée dans un registre central, le *Patientenverfügungsregister*, de la Chambre autrichienne des notaires.

34. Au Danemark, la loi sur la santé du 24 juin 2005 (*Sundhedslov nr 546*) fait place aux « testaments de vie » (*livstestamenter*). Dans ce document, le (la) patient(e) peut exprimer ses souhaits eu égard au traitement, pour le cas où il(elle) ne serait plus en mesure de prendre ses propres décisions.

35. Il en va de même en Finlande où la loi n° 785 de 1992 sur le statut et les droits des patients impose aux professionnels de la santé et aux représentants des patients l'obligation de respecter la volonté exprimée antérieurement par le patient.

36. La loi sur la capacité mentale (*Mental Capacity Act 2005*) appliquée en Angleterre et au pays de Galles intègre certains principes sur les décisions anticipées qui se limitent aux décisions de refus de traitement.

37. En Belgique, en France et aux Pays-Bas, la possibilité d'exprimer des souhaits en matière de soins, et éventuellement de refuser le traitement en cas d'incapacité, existe.

38. Une autre possibilité a trait aux déclarations de l'intéressé sur le choix de la personne à nommer comme tuteur (*Betreuungsverfügung* ou *Sachwalterverfügung* dans les pays germanophones) si une décision est à prendre à cet égard. C'est le cas de la législation en Autriche, en Belgique, en France, en Allemagne et en Italie.

1.5. Terminologie

39. La présente recommandation et son exposé des motifs font une distinction entre « capacité » et « capacité juridique ». Les termes « capacité » et « capable » font ici pendant aux termes « incapacité » et « incapable ». L'usage du terme « incapacité » se limite à ce que l'on pourrait appeler l'« incapacité de fait », ou, dans certains Etats, l'« incapacité mentale », bien que ce dernier terme soit obsolète et impopulaire. Une telle incapacité peut entraver la capacité d'une personne majeure à prendre des décisions, à affirmer et à exercer ses droits et ainsi de suite. La forme extrême est l'incapacité d'une personne se trouvant dans le coma ou dans un état végétatif permanent. Bien que la démence grave ou la déficience grave (autrefois appelée l'handicap mental) puissent causer une incapacité majeure, de nombreuses autres maladies peuvent entraîner des degrés divers d'incapacité.

Il est cependant fondamental que cette incapacité, factuelle ou mentale, appelée tout simplement ici « incapacité », n'altère jamais l'intégralité des droits ni le statut d'une personne majeure dans la loi.

40. Alors que, par le passé, les expressions de « capacité » et « capacité juridique » ont souvent été employées comme synonymes, on tend parfois aujourd'hui à utiliser l'expression de « capacité juridique » pour englober les droits et le statut mêmes d'une personne majeure, plutôt que la capacité à exercer et affirmer ces droits. Dans cet usage, l'« incapacité juridique » renvoie à la restriction du fait de la loi des droits et du statut d'un majeur, comme ce qui pourrait être imposé à certains délinquants ou à des personnes en faillite. Les personnes handicapées ne devraient jamais se voir imposer une telle incapacité juridique en raison de leurs handicaps. Ce point est souligné par la Recommandation n° R (99) 4, principe 3, sur la « préservation maximale de la capacité », et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (2006), qui utilise l'expression de « capacité juridique » dans ce sens. L'article 12.2 de cette convention dispose ceci : « Les Etats parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres ». La présente recommandation utilise l'expression d'« incapacité juridique » dans ce même sens, mais elle ne doit le faire qu'une seule fois, au principe 9, pour souligner conformément à l'article 12.2 que le mandant d'une procuration permanente ne perd pas sa capacité juridique lorsque la procuration reste en vigueur, ou entre en vigueur, au moment où le mandant est atteint d'incapacité.

41. La présente recommandation utilise les termes « entrer en vigueur » pour une procuration permanente qui ne prend pas effet avant que le mandant soit atteint d'incapacité. L'expression fait référence au moment où la procuration permanente prend effet et où le mandataire est alors habilité à agir.

1.6. Caractéristiques et perspective de la nouvelle recommandation

42. La nouvelle recommandation est de nature différente de la Recommandation n° R (99) 4 qui porte sur les mesures publiques de protection, les règles procédurales et le rôle des représentants désignés par une autorité publique. Le présent instrument complémentaire traite principalement des décisions prises en privé par les personnes concernées. L'autodétermination suppose que le mandant jouit, dans une large mesure,

d'une liberté de décision quant à sa vie future. Les législations nationales pourraient contenir des limites spécifiques concernant cette liberté.

43. Un document unilatéral pourrait décrire qui sera le mandataire, ce que celui-ci aura le pouvoir de faire, et dans quelles conditions, bien que ce modèle exige normalement l'acceptation de la personne désignée avant qu'il ne prenne effet, et sera souvent considéré comme un genre de contrat faisant suite à cette acceptation. L'acceptation et l'établissement du contrat peuvent être reportés jusqu'après la perte de capacité. En cas de désignation d'un mandataire suppléant, l'acceptation, et de ce fait le contrat, peuvent se faire ultérieurement si et à la date à laquelle la suppléance est mise en œuvre. Une autre possibilité serait de rédiger, dès le départ, un contrat entre le mandant et le mandataire désigné.

44. L'élaboration de la nouvelle recommandation a été influencée par le fait que seule une minorité d'Etats membres dispose aujourd'hui d'une législation ou de projets de loi sur les procurations permanentes et les directives anticipées. Il convient d'attirer l'attention des Etats membres qui envisagent d'adopter, ou sont en train d'élaborer, une législation sur les personnes atteintes d'incapacité, sur la possibilité d'introduire ou d'affiner ces méthodes d'autodétermination, et sur un nombre de questions et de principes à cet égard. Il est recommandé aux Etats membres de les prendre en considération. Toutefois, certains principes concernant la procuration permanente contiennent des conseils plus spécifiques. Le présent exposé des motifs décrit les questions de façon plus détaillée, avec des exemples illustrant comment les Etats qui ont déjà adopté une nouvelle législation y ont apporté des solutions.

45. La recommandation couvre également les directives anticipées comme définies au principe 2, paragraphe 3. Les principes de la partie III sont formulés de façon plus large et traitent des questions d'ordre général. A l'avenir, ces principes pourraient être développés à la lumière des expériences dans ce domaine aux niveaux national et international. En pratique, les directives anticipées sont très variées dans les domaines qu'elles couvrent. Plus le règlement est détaillé, plus il peut dépendre de la législation nationale spécifique, notamment dans le domaine de la santé.

46. Conformément au mandat révisé du Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) pour la période allant de janvier 2008 à juin 2009, la recommandation ne traite pas d'autres méthodes de facilitation de

l'autodétermination que celles des procurations permanentes et des directives anticipées, telle que la prise de décision assistée. La présente recommandation concerne les mesures par anticipation qui ont trait à une éventuelle perte future de capacité, à opposer à la situation très différente des personnes qui sont capables mais qui ont besoin d'assistance pour exercer cette capacité. Ces deux domaines se chevauchent lorsqu'une personne a besoin d'assistance pour donner une procuration permanente valide ou émettre une directive anticipée valide. Ainsi, la présente recommandation a une portée différente de celle de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées de 2006, bien que les deux instruments puissent être perçus comme complémentaires.

1.7. Procurations permanentes

1.7.1. Remarques générales

47. Il est manifestement nécessaire d'introduire la possibilité d'établir des procurations permanentes comme alternative à la représentation décidée par une autorité publique, car cette possibilité est moins restrictive à l'égard des droits de la personne. Elle permet aux majeurs de se préparer – et même les encourage dans ce sens – à ce qui arrivera lorsqu'ils ne seront plus en mesure de veiller à leurs propres intérêts. Les procurations peuvent aussi être établies par des personnes plus jeunes pour se prémunir contre toute maladie ou tout accident imprévu. Cette mesure pourrait être envisagée en même temps que la rédaction d'un testament ou l'achat d'un bien.

48. Il serait peut-être rassurant pour les mandants de déterminer eux-mêmes la personne qui, s'ils deviennent incapables, prendra des décisions en leur nom et veillera à leurs intérêts ; il s'agit souvent de quelqu'un qu'ils connaissent et en qui ils ont confiance. Les mandants peuvent désigner une ou plusieurs personnes parmi les membres de leur famille ou leurs amis, ou un professionnel, tel qu'un avocat, un notaire ou un comptable. Cela pourrait être perçu comme préférable à la décision prise par une autorité compétente désignant la personne habilitée et déterminant l'étendue de ses pouvoirs. Les procurations permanentes valides peuvent empêcher les tribunaux ou d'autres autorités publiques d'intervenir et de s'immiscer dans les affaires du mandant. Dans une certaine mesure, le contrôle public peut être évité et il n'y a pas lieu de se soumettre aux règles parfois strictes de gestion et d'investissement du capital. Les mandants seront ainsi à même de maintenir la confidentialité de leurs questions financières et économiques.

Ils peuvent décider de la date d'utilisation du document et du type de décisions qu'il couvrira. Lorsqu'une procuration a été conçue pour rester en vigueur durant l'incapacité, le mandat se prolonge sans interruption après la perte de capacité du mandant.

49. En recourant à l'une de ces options, le mandant sera assuré de ne pas devoir subir de longues procédures judiciaires ou administratives, souvent coûteuses et lourdes, visant à la désignation d'un représentant par les autorités publiques. Les proches n'auront pas à engager eux-mêmes de telles procédures, tâche ingrate qu'ils rechignent souvent à assumer.

50. Un autre aspect important a trait à la nécessité de réduire l'appel aux ressources publiques dans ce domaine. Le nombre croissant de personnes qui sont dans l'incapacité de prendre des décisions elles-mêmes, et qui par conséquent doivent être représentées, pèse de plus en plus lourd sur les autorités judiciaires et administratives qui sont confrontées à la multiplication des affaires nécessitant le traitement de demandes de mesures publiques de protection et l'application de mesures de contrôle aux représentants désignés par une autorité publique.

51. Les ressources publiques entrent donc en ligne de compte. Si les procurations permanentes prennent réellement le pas sur la désignation d'un représentant par l'autorité publique, elles peuvent permettre aux autorités publiques de faire des économies considérables. Parmi les Etats qui viennent de mettre ce système en place, nombreux sont ceux qui ont identifié un nouvel avantage qui est de réduire l'encombrement du pouvoir judiciaire et des autorités administratives en ce qui concerne les mesures de protection, étant donné le délai requis, la hausse des dépenses publiques et le risque d'inefficacité de la représentation désignée par l'autorité publique. Certains Etats leur donnent donc la priorité sur les mesures publiques de représentation, qui devraient être utilisées en dernier recours, réservées aux cas graves et contestés, lorsqu'elles sont nécessaires et incontournables pour protéger le majeur concerné. L'objectif consiste à réduire les obstacles administratifs et financiers qui président à l'établissement d'une procuration permanente, tout en maintenant la protection appropriée des droits. Un juste équilibre doit être trouvé lors de la définition des règles portant sur l'implication des autorités publiques dans la création, la certification, l'enregistrement, la notification et le contrôle des procurations permanentes.

Le fait que la procuration permanente est plutôt simple, souple et efficace par rapport à la désignation d'un représentant par l'autorité publique est considéré comme un de ses avantages.

52. Les procurations permanentes peuvent naturellement présenter des inconvénients et des risques. L'un d'eux est qu'au moment de la création du document, le mandant ne soit déjà plus doté d'une capacité suffisante, soit faible et/ou soumis à une pression indue, ou qu'il soit induit en erreur, par exemple par la personne qui souhaite être mandatée. Le bon usage des procurations dépend, dans une large mesure, de l'honnêteté et de l'intégrité du mandataire. De nombreux pays ont jugé nécessaire de réglementer l'établissement des procurations, tout en veillant à ne pas imposer des conditions trop formalistes ou lourdes. Il est important d'informer le mandant afin qu'il puisse comprendre pleinement la nature et l'importance de la procuration ainsi que les effets de la procuration. Il est tout aussi important que le mandataire accepte sa désignation. Il doit se rendre compte qu'elle diffère de la désignation d'un représentant par une autorité publique et que, selon la législation nationale, il se peut que les mêmes règles de protection ne soient pas applicables : il n'y aura peut-être pas le même contrôle par les autorités publiques, pas d'obligation de faire approuver les décisions importantes et peu ou pas d'obligation de conserver les pièces. Une garantie importante contre les abus est la mise en responsabilité du mandataire. Le mandant doit donc être prévenu des éventuels conflits d'intérêts et des risques d'abus. Les circonstances peuvent évoluer dans un sens qui n'était pas prévu au moment de la signature, alors que, dans le même temps, le mandant peut se trouver dans l'impossibilité d'orienter le mandataire ou de modifier ou de retirer le document.

53. Puisque les dispositions relatives aux procurations visent à remplacer la désignation d'un représentant par une autorité publique, l'utilisation d'une procuration est faiblement réglementée et les autorités publiques sont rarement impliquées dans le contrôle et le suivi des intérêts du majeur atteint d'incapacité. Le mandataire peut agir à l'encontre des intentions et des intérêts du mandant, et d'une façon que ce dernier n'aurait pas acceptée s'il avait disposé de ses capacités. Les proches peuvent penser que si le mandant avait eu la pleine mesure de ses capacités, il aurait préféré leur assistance. Il peut y avoir exploitation financière, lorsque les mandataires agissent dans l'ignorance de leurs obligations ou de façon négligente. Une action contre le mandataire peut n'avoir aucune valeur si personne ne prend l'initiative ou si le mandataire a déjà dépensé l'argent qui lui avait été confié. D'un autre côté,

une personne qui entend abuser de la confiance du mandant peut trouver un moyen plus facile que celui d'obtenir une procuration, par exemple en persuadant la personne fragile de transférer ses fonds. De manière similaire, sa signature peut être falsifiée.

54. Toutes les mesures destinées à aborder la question de l'incapacité, qu'elles soient par anticipation ou réactives, deviennent particulièrement importantes lorsqu'il y a une histoire de conflit familial et/ou de manque de confiance. Ces mesures nécessitent de reconnaître ces questions mais il est peu probable qu'elles apportent une solution aux causes profondes. Une procuration permanente peut, selon le mandant et les circonstances, constituer le meilleur moyen d'aborder ces questions ; ou peut être chargée de difficultés, voire inexploitable. La législation relative aux procurations permanentes devrait offrir un cadre relativement simple pour le principal « groupe cible » que représentent les familles qui ne sont pas en conflit et qui se montrent coopératives. Toutefois, cette législation devrait également permettre des contrôles et des dispositions plus sophistiqués que pourrait demander un mandant conscient de ces questions difficiles et qui recherche avec réalisme des accords qui, malgré tout, seront possibles. Dans certains de ces cas, les mandants peuvent ne pas être disposés ou pas en mesure de résoudre à l'avance d'éventuels problèmes et préféreront peut-être ne pas essayer d'adopter des mesures par anticipation, en laissant les mesures réactives résoudre la question de l'incapacité, si jamais celle-ci survient. Dans les cas où les procurations ont été données mais pas correctement utilisées, ou ont fait l'objet de conflit grave, ou sont devenues impraticables, il est nécessaire que le législateur apporte des solutions pour résoudre ces situations, le cas échéant par le biais d'une intervention d'une autorité publique.

55. Avant d'établir une procuration permanente, le mandant et les mandataires doivent être convaincus – avec une certitude raisonnable – que l'acte produira les effets escomptés lorsque le mandant sera atteint d'incapacité, et qu'il constitue la meilleure solution. La situation du mandant et ses relations avec sa famille doivent être prises en compte. Dans des cas particuliers, il pourra être nécessaire d'anticiper la probable réaction des proches lorsque l'état de santé du mandant se détériorera. En outre, il faudra trouver le mandataire le plus approprié.

56. En résumé, il convient d'établir un équilibre entre le souhait de disposer de modalités informelles simples, souples, efficaces et peu coûteuses et la

nécessité de protéger les personnes atteintes d'incapacité des abus et des conséquences des conflits familiaux non résolus.

1.7.2. Les types de procuration: prise d'effet avant l'incapacité ou au moment de l'incapacité;

57. Selon la définition donnée au principe 2, paragraphe 1, une procuration permanente est un mandat conféré par un majeur capable dont l'objet est de rester ou d'entrer en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant. Peu importe, comme le précise le principe 5, paragraphe 2, que cette prise d'effet soit prévue par des dispositions légales ou par la décision personnelle du mandant. Le libellé du principe 2 témoigne de l'existence de différents types de procurations permanentes relatives aux questions économiques et financières. Une procuration relative aux questions de santé ou de bien-être et aux autres questions personnelles ne devrait pas prendre effet ni être utilisée avant que le mandant ne soit devenu incapable de prendre une décision en la matière.

58. Le premier type de procuration peut être utilisé par le mandataire immédiatement après sa signature et son utilisation peut se poursuivre une fois que le mandant est frappé d'incapacité. Dans un certain nombre d'Etats, les dispositions générales relatives aux procurations prévoient expressément ou implicitement que le document reste en vigueur après l'incapacité du mandant. La législation peut comporter une disposition expresse prévoyant que la procuration demeure en vigueur, à moins que le mandant n'en prévienne expressément l'extinction en cas d'incapacité. Une disposition peut également préciser si la législation spécifique aux procurations permanentes est applicable ou non à ce type de procuration.

59. Le deuxième type de procuration prend effet uniquement lorsque le mandant est frappé d'incapacité. L'expression « prend effet » fait référence à la date à laquelle la procuration permanente devient applicable et le mandataire est habilité à agir. Dans certains Etats, seul ce type de procuration est disponible et il est prévu par la législation spécifique aux procurations permanentes.

60. Le mandant dispose d'une troisième possibilité: une procuration qui prend effet à une date ultérieure déjà fixée ou lorsque le mandant informe le mandataire qu'il(elle) souhaite l'application du document.

61. Une procuration concernant les intérêts patrimoniaux, qui reste en vigueur après l'incapacité du mandant, est régie par la législation générale sur les procurations tant que le mandant peut prendre des décisions. Après quoi, et sauf indication contraire, les principes de la recommandation s'appliquent. Comme indiqué au commentaire à ce principe, la nécessité d'examiner le paragraphe 3 du principe 5 concernant les « dispositions et mécanismes [...] mis en place pour garantir la validité du document » est moins importante lorsque la législation régissant les procurations implique que celles-ci restent en vigueur après l'incapacité du mandant. Le principe 7 ne traite que de « l'entrée en vigueur de la procuration permanente en cas d'incapacité du mandant ». Il importe que le principe 10 sur le « rôle du mandataire », le principe 12 sur le « contrôle » et le principe 13 sur l'« extinction » puissent également être utilisés après l'incapacité du mandant en ce qui concerne les procurations qui étaient en vigueur jusqu'alors.

62. Les procurations qui restent en vigueur après l'incapacité du mandant peuvent présenter certains avantages. Elles exigent davantage de contacts entre le mandant et le mandataire puisqu'ils doivent trouver un terrain d'entente sur l'opportunité et, le cas échéant, la date d'utilisation du document alors que le mandant est encore capable de prendre des décisions sur les questions pertinentes. Si le mandataire agit alors que le mandant est encore capable, ce dernier peut contrôler s'il est fait bon usage de la procuration. Un avantage encore plus important est qu'il n'est pas nécessaire de suivre les procédures décrites au principe 7 lorsque le mandant est atteint d'incapacité. Cela rend plus facile l'acceptation des décisions du mandataire par les tiers.

1.8. Directives anticipées

63. Les directives anticipées permettent à un majeur capable de formuler des instructions ou de formuler des souhaits sur des questions qui peuvent se poser à l'avenir en cas d'éventuelle incapacité. Selon le principe 9 de la Recommandation n° R (99) 4, les représentants légaux doivent respecter les souhaits et les sentiments de la personne concernée. Dans le même esprit, le paragraphe 2 du principe 10 de la présente recommandation énonce que « le mandataire, autant que faire se peut, devrait évaluer, prendre en considération et respecter dûment les souhaits et les sentiments passés et présents du mandant ».

64. La législation nationale peut régler la possibilité pour un majeur capable d'anticiper et de résoudre de manière plus formelle des questions et des problèmes concrets qui pourraient se poser s'il était atteint d'incapacité. Les directives s'adressent aux personnes susceptibles de prendre des décisions pour le compte de – ou affectant – l'auteur atteint d'incapacité. Ce peut être un représentant légal désigné par une autorité publique si une mesure de protection est instaurée, ou un mandataire agissant en vertu d'une procuration permanente. Il peut également s'agir de médecins qui pourraient être amenés à intervenir ou se prononcer sur le traitement visant à sauver, maintenir ou prolonger la vie de travailleurs sociaux ou toute autre personne qui pourrait être amenée à prendre des décisions affectant l'auteur.

65. Le plus important type de directive anticipée organisée légalement concerne les questions de santé. La plupart des règles établies en la matière trouvent leur source dans la législation spéciale concernant la santé et souvent dans la même législation que celle qui régit les mesures de protection. Les termes « testament de vie » sont souvent employés, même si les instructions sont destinées à être prises en considération avant le décès de la personne et ne sont donc pas, *stricto sensu*, testamentaires. Elles peuvent concerner un traitement visant à sauver, maintenir ou prolonger la vie. L'auteur peut souhaiter ne pas faire l'objet d'un acharnement thérapeutique lorsqu'il n'y a aucun espoir de rétablissement, de guérison ou d'amélioration de l'état de santé. Dans ce contexte, l'auteur peut souhaiter refuser tout traitement pénible et douloureux ou qui aurait pour seul effet de prolonger l'agonie et la souffrance. La directive peut porter sur le souhait de recevoir des soins palliatifs pour soulager la souffrance, de recevoir suffisamment de médicaments pour permettre au majeur de ne pas souffrir, même si cela comporte le risque d'abréger la vie, et un souhait de mourir dans la dignité et la paix. Une autre possibilité est que l'auteur souhaite ne pas être réanimé quand il y a perte de connaissance. Au contraire, la directive peut être de maintenir l'auteur en vie le plus longtemps possible, en ayant recours à tous les types de traitements médicaux disponibles.

66. Dans certains Etats, la législation donne d'autres exemples du contenu des directives anticipées. Par exemple, les directives peuvent contenir une disposition relative au souhait d'être placé dans un établissement de soins si l'auteur ne peut plus vivre chez lui de façon autonome, d'être autorisé à

rester chez lui aussi longtemps que possible, ou d'être placé dans un centre de soins de jour, si les circonstances l'exigent et le permettent. Dans les cas susmentionnés, les directives peuvent être adressées aux proches.

67. Un troisième type de directive concerne la personne qui devrait être choisie comme représentant dans le cas où un tribunal proposerait une représentation légale.

68. En général, certaines directives anticipées sont incluses dans – ou en lien avec – la procuration permanente.

2. Commentaires sur les principes

Partie I – Champ d'application

Principe 1 – Encouragement à l'autodétermination

69. Le principe 1 plaide en faveur de l'autodétermination. Il encourage les Etats à permettre aux majeurs capables de prendre des décisions pour les périodes pendant lesquelles ils ne peuvent prendre eux-mêmes des décisions. Il exige que ce choix soit adopté par un majeur, excluant, de façon implicite, les personnes qui n'ont pas atteint la majorité.

70. Le paragraphe 2 fait référence à la notion de subsidiarité, qui est également le thème du principe 5 de la Recommandation n° R (99) 4 (« nécessité et subsidiarité »). Il décrit la tendance de la législation à rendre prioritaire l'établissement de procurations permanentes privées et de directives anticipées contraignantes par rapport aux mesures de protection publiques.

71. La mise en place, par des adultes, de ces directives anticipées devrait, en conséquence, avoir la priorité sur toutes les mesures réactives. Par exemple, il ne serait jamais opportun de confier à un tuteur des pouvoirs qui font partie d'une procuration permanente qui est déjà en vigueur et qui fonctionne bien, ou qui pourrait entrer en vigueur. Une telle désignation serait superflue, en raison du fait qu'un mandataire a déjà été désigné. Cela irait à l'encontre du principe 5 de la Recommandation n° R (99) 4, qui comprend la disposition selon laquelle « aucune mesure de protection ne devrait être instaurée à l'égard d'un majeur incapable à moins que celle-ci ne soit nécessaire ». Cela irait également à l'encontre du principe 9 de cette même recommandation du fait que, en désignant un mandataire, le mandant exprime sans équivoque ses souhaits et sentiments. Le principe 9, paragraphe 1, requiert qu'à l'égard de l'instauration de toute mesure de protection, il convient, dans la

mesure du possible, de rechercher, de prendre en compte et de respecter dûment les souhaits et sentiments du majeur. Le principe 9, paragraphe 2, requiert que les souhaits du majeur concerné relatifs au choix d'une personne pour le représenter ou l'assister doivent être pris en compte et, dans la mesure du possible, dûment respectés.

72. Même à l'égard des moyens de protection qui sont proposés afin de régler un problème qui n'est pas traité par une procuration permanente ou une directive anticipée, le fait que le majeur a donné une procuration ou qu'il a émis une directive anticipée, et les termes de tels documents, représentent une déclaration claire des souhaits et sentiments du majeur, qui doivent être pris en compte et être dûment respectés.

73. Conformément au principe 13 de la présente recommandation, des moyens de protection pourraient devenir nécessaires lorsque la procuration permanente prend fin, même lors de l'extinction de la procuration par l'autorité compétente en vertu du principe 12. Ce sont les seules situations dans lesquelles une mesure de protection pourrait remplacer une procuration permanente.

Principe 2 – Définitions des termes utilisés dans la présente recommandation

74. Aux paragraphes 1 et 2, les termes «procuration permanente» se définit comme un mandat conféré par un majeur capable dont l'objet est de rester ou d'entrer en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant.

75. La terminologie varie d'un pays à l'autre. En Angleterre et au pays de Galles, l'expression «enduring power of attorney» a été remplacée par «lasting power of attorney». En Ecosse, l'expression «continuing powers of attorney (CPA)» est employée pour les questions économiques et financières. En Autriche et en Allemagne, le terme d'usage est «Vorsorgevollmacht», en Suisse on parle de «Vorsorgeauftrag», en France de «mandat de protection future». La terminologie utilisée dans les propositions norvégiennes et suédoises peut se traduire par «procurations futures», et la loi finlandaise consacre l'expression «procurations pour représentation».

76. Il est rare d'avoir une appellation spécifique de la procuration concernant les questions de santé, de bien-être et autres questions personnelles, mais en Angleterre, au pays de Galles et en Ecosse, elle est désignée par l'expression «welfare powers of attorney». Il est également rare d'avoir une

terminologie spéciale pour les procurations qui entrent en vigueur uniquement lorsque le mandant est atteint d'incapacité, même si l'on emploie parfois l'expression «springing powers of attorney» et «trigger mechanism».

77. La personne qui donne procuration peut être appelée le mandant, le principal, le commettant ou le donneur d'ordre. La personne qui est désignée pour agir pour le compte du mandant peut être appelée le mandataire, l'agent, le fondé de pouvoir ou le préposé. Comme énoncé au paragraphe 2, les termes retenus dans le présent document sont «mandant» et «mandataire». «Mandataire» renvoie à l'utilisation des termes «procuration permanente» et, par conséquent, il n'implique pas qu'un mandataire soit nécessairement un avocat.

78. Le paragraphe 1 utilise l'expression «entrer en vigueur» pour une procuration permanente qui ne prend pas effet avant que le mandant soit atteint d'incapacité. L'expression fait référence au moment où la procuration permanente prend effet et où le mandataire est alors habilité à agir.

79. Le paragraphe 3 donne une définition des «directives anticipées», la deuxième forme d'autodétermination traitée dans la recommandation. Tout comme les procurations permanentes, les directives anticipées sont émises par un majeur capable afin de donner des instructions ou d'émettre des souhaits sur des questions que peut soulever l'incapacité future de leur auteur. L'expression «testament de vie» (*living wills*) est souvent employée dans les législations nationales, même si elle couvre deux types de décisions différentes, les instructions contraignantes, ainsi que les souhaits à prendre dûment en considération (que l'on pourrait donc nommer «instructions anticipées»). Le principe 3 emploie seulement les termes «directives anticipées» mais, comme indiqué dans la définition et développé au paragraphe 1 du principe 15, cette expression couvre à la fois les instructions ayant un caractère contraignant et les souhaits. Les directives anticipées s'adressent aux personnes qui peuvent prendre des décisions durant l'incapacité du mandant. Les directives sont notamment destinées aux médecins, aux travailleurs sociaux, aux représentants légaux ou aux mandataires désignés selon les termes d'une procuration permanente. Si la directive se présente sous la forme d'un souhait, elle devra être dûment respectée, conformément au paragraphe 1 du principe 15.

80. Les définitions emploient, aux paragraphes 1 et 3, le terme «capable» sans en donner une définition. Il est nécessaire que le mandant ait la

capacité requise pour rédiger le document. La jurisprudence anglaise a établi que le mandant doit savoir qui sera le mandataire et quelles tâches lui seront confiées lorsque le mandant sera dans l'incapacité d'agir, et que la procuration peut être annulée sans l'intervention d'un tribunal. Si la procuration est de caractère général, le mandant doit comprendre que le mandataire peut prendre des décisions de tous ordres et disposer de tous ses biens.

81. La Recommandation n° R (99) 4 s'intitule «Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables». L'expression «majeur incapable» n'est pas utilisée dans la présente recommandation, puisqu'elle est remplacée par l'expression plus moderne de «personne atteinte d'incapacité», mais les termes couvrent la même réalité. Il n'a pas été jugé nécessaire de la définir, étant donné que référence peut être faite à la partie I de la Recommandation n° R (99) 4 et à la définition qui y est contenue.

82. L'exposé des motifs de la Recommandation n° R (99) 4 (paragraphes 15 à 20) apporte des explications complémentaires. L'incapacité peut n'être que temporaire dans le cas d'un rétablissement du mandant. Elle peut également être partielle, auquel cas il est nécessaire de décider si elle est de nature à empêcher la personne de prendre des décisions sur des questions couvertes par la procuration permanente. Certes, il n'y a pas de place dans la législation moderne en matière d'incapacité pour le concept dépassé et erroné dans les faits selon lequel les personnes sont soit complètement capables, soit complètement incapables. Toutes les références de cette recommandation à la capacité, à l'incapacité et aux troubles de capacité devraient être comprises dans le sens de «capacité pertinente». Cela est particulièrement important en ce qui concerne les pouvoirs relatifs aux questions de santé, de bien-être et les autres questions personnelles, où les meilleures pratiques législatives autorisent le mandataire à prendre seulement les décisions que le mandant est incapable de prendre, afin que le mandataire puisse, dans certains cas, avoir les moyens d'exercer une partie des pouvoirs que lui a accordés le document. Comme indiqué précédemment, l'incapacité pertinente est évidemment indépendante de l'âge du majeur.

Partie II – Les procurations permanentes

Principe 3 – Contenu

83. Le principe 3 traite du contenu de la procuration et demande aux Etats d'envisager l'éventualité de couvrir les questions économiques et

financières, ainsi que les questions relatives à la santé, au bien-être et aux autres questions personnelles.

84. La principale règle est que le mandant peut décider librement du contenu du document. Il est important de décrire clairement ce contenu. Compte tenu de sa nature spéciale et du fait qu'elle sera utilisée lorsque le mandant ne sera peut-être plus en mesure de l'influencer, certaines exigences juridiques au sujet du contenu peuvent être nécessaires. Dans la plupart des Etats, une procuration permanente est unilatérale au moment où elle est donnée et devient un contrat dès l'acceptation ultérieure du mandataire. Dans d'autres, elle prend, dès le départ, la forme d'un contrat conclu entre le mandant et le mandataire.

85. Comme l'énonce le principe 5, paragraphe 2, le document, excepté dans les Etats où telle est la règle générale, devrait énoncer explicitement que la procuration reste ou entre en vigueur en cas d'incapacité du mandant. Ces deux types de procuration sont décrits ci-dessus, dans la partie I, section 1.7.2.

86. Traditionnellement, les procurations se rapportent aux « questions économiques et financières » ou utilisent l'autre terminologie « questions patrimoniales et financières ». Il en est de même des procurations permanentes. Ces questions économiques et financières peuvent comprendre notamment les actions suivantes :

- acheter ou vendre une propriété ;
- s'occuper des prêts hypothécaires, des frais de logement et des dépenses du ménage du mandant ;
- assurer, entretenir et réparer la propriété du mandant ;
- rembourser les intérêts ou le capital de tout prêt contracté par le mandant ;
- ouvrir, fermer ou utiliser des comptes bancaires ;
- obtenir et donner accès aux informations financières du mandant ;
- demander, recevoir et utiliser tous les bénéfices, les pensions, les allocations et les remboursements ;
- percevoir les revenus et autres indemnités au nom du mandant ;
- accepter ou refuser une succession ou un legs ;
- investir les économies du mandant ;

- faire et recevoir des dons ;
- régler les frais de soins médicaux, de soins résidentiels ou de soins infirmiers à domicile ;
- demander des interventions pour les soins et les services sociaux ;
- représenter le mandant dans certaines procédures judiciaires.

87. Ces dernières années, il est devenu courant d'étendre les procurations permanentes aux questions relatives à la santé, au bien-être et aux autres questions personnelles. Selon le principe d'autodétermination, la personne concernée prend des décisions concernant ces questions lorsqu'elle est encore capable de le faire. Si ce n'est pas le cas et que la procuration le prévoit, le mandataire peut prendre des décisions en son nom. Les procurations peuvent couvrir toute une gamme de décisions essentiellement non économiques, telles que :

- l'endroit où vit l'intéressé et avec qui, par exemple le lieu de résidence temporaire ou permanente ;
- l'évaluation des besoins et la fourniture de services publics ;
- lorsque le mandant travaille, le type et le lieu de travail et l'employeur ;
- la formation et l'instruction ;
- les activités sociales ou de loisir auxquelles le mandant souhaite participer ;
- le droit d'accès aux informations personnelles concernant le mandant ;
- les dispositions à prendre pour que le mandant bénéficie de soins médicaux, y compris dentaires ou ophtalmologiques ;
- la décision de consentir ou de refuser des examens et traitements médicaux ;
- la décision de consentir à des services sociaux ;
- le fait de se plaindre au sujet des soins et traitements du mandant.

88. Des différences existent entre les questions économiques et financières d'un côté, et les questions personnelles de l'autre. Ces dernières ne doivent pas être utilisées si le mandant est capable de prendre ses décisions lui(elle)-même. Par conséquent, une procuration couvrant les questions personnelles devrait prendre effet seulement lorsque le mandant est atteint d'incapacité. L'autorité qui, selon le paragraphe 2 du principe 12, est compétente pour intervenir peut être différente de celle qui traite les questions économiques

et financières. De plus, comme mentionné au principe 3, certains aspects spécifiques peuvent être exclus. Finalement, dans la plupart des systèmes juridiques, la faillite du mandant ou du mandataire unique met fin aux seules procurations économiques et financières, mais non à celles relatives au bien-être personnel.

89. La procuration est souvent de caractère général, couvrant toutes les questions économiques et financières ainsi que les questions relatives à la santé, au bien-être et aux autres questions personnelles. Pour autant, dans la procuration ou dans la législation, il serait préférable de donner des exemples de décisions importantes que le mandataire est habilité à prendre, car le mandant prend ainsi davantage conscience des conséquences de la signature du document.

90. Il pourrait y avoir des raisons de créer deux procurations permanentes, l'une pour les questions économiques et financières, et l'autre pour les questions relatives à la santé, au bien-être et autres questions personnelles, dès lors que le mandant peut ne pas souhaiter que ses associés soient informés de ces questions par le biais du document.

91. Il est possible de limiter la procuration à certains domaines spécifiques, soit en énumérant ceux qui sont couverts, soit en excluant certains d'entre eux. La procuration peut également être limitée dans le temps. Le risque de telles limites est qu'il peut être nécessaire de prendre des décisions dans des domaines pour lesquels le mandataire n'a pas de procuration, et que le mandant est dans l'incapacité de prendre. Il faudra alors obtenir du tribunal une ordonnance de représentation légale pour couvrir ces décisions.

92. Le mandant peut inclure des conditions, des restrictions et des instructions contraignantes à l'intention du mandataire dans des directives anticipées, par exemple si une maison doit être achetée ou vendue, ou si des fonds doivent être investis. Compte tenu de l'importance de ces décisions, elles doivent donc être étudiées attentivement, et il est parfois recommandé de donner une procuration permanente sans condition. Il est préférable d'établir un document spécial concernant ces directives, car il ne serait peut-être pas souhaitable qu'un tiers – voulant consulter les documents relatifs à la procuration – soit informé de ces conditions. Ces directives anticipées devraient se conformer au principe 16.

93. Il est essentiel, pour les principes d'autodétermination, que la législation soit formulée en termes larges, permettant à chaque mandant de choisir

ce qui est le mieux pour lui en ce qui concerne les questions discutées ci-dessus, de conférer des mandats plus ou moins étendus ou restreints selon son choix et de décider des limites ou des conditions à imposer.

94. Comme prévu au principe 3, les Etats devraient envisager l'éventualité d'exclure certains aspects spécifiques. L'utilisation de ces exclusions devrait être limitée autant que possible. Certaines législations comportent une règle selon laquelle certaines questions revêtent une telle importance qu'elles ne peuvent être traitées par le mandataire et par conséquent font l'objet d'une exclusion. On peut citer, en guise d'exemples, le consentement à un mariage ou à un partenariat enregistré, l'adoption, la reconnaissance de paternité ou de maternité, la rédaction ou l'annulation d'un testament. Certaines questions relatives à la santé peuvent également faire l'objet d'une exclusion car elles peuvent poser divers problèmes, ce qui peut également être le cas lorsque le représentant est désigné par l'autorité compétente. S'il est possible d'exclure ou d'inclure les questions relatives à la santé et au bien-être social, une modification de la législation pertinente en matière de santé et de bien-être social peut s'avérer nécessaire.

Principe 4 – Désignation d'un mandataire

95. Le principe 4 traite de la désignation de la personne qui a mandat d'agir après l'incapacité du mandant. Le terme « mandataire », tel que mentionné au principe 2, paragraphe 2, est étroitement lié aux termes « procuration permanente » et cela ne signifie pas, pour autant, que le mandataire doit nécessairement être un professionnel du droit ou une personne ayant d'autres qualifications formelles.

96. Le choix du mandataire par le mandant est crucial pour le succès de la procuration. Il est important que le mandant considère la/les personne(s) qu'il souhaite désigner comme étant appropriée(s), comme énoncé au paragraphe 1. Le mandant doit avoir confiance dans la/les personne(s) désignée(s), car il ne sera plus en mesure de contrôler les décisions prises par le mandataire, de désigner un autre mandataire ou de résilier la procuration. On doit pouvoir compter sur la/les personne(s) désignée(s) pour veiller aux intérêts du mandant. Un mandataire doit offrir l'intégrité et la capacité nécessaires pour résister aux pressions familiales qui pourraient l'inciter à utiliser l'argent au-delà des limites de la procuration. Si ces conditions ne sont pas remplies, la procuration risque de ne pas fonctionner correctement.

Il arrive souvent que le mandant ait une préférence pour un membre de sa famille, mais il(elle) peut aussi souhaiter désigner son avocat, son notaire, son comptable ou simplement un ami.

97. En vertu du paragraphe 2, il est essentiel que le mandant puisse désigner plusieurs personnes comme mandataires et décider si elles peuvent intervenir conjointement, concomitamment, séparément ou à titre de suppléants. Si le mandant fait un tel choix, il faut naturellement le spécifier dans le document.

98. La solution peut être d'avoir au moins deux mandataires intervenant conjointement lorsqu'il y a plusieurs enfants impliqués, afin d'avoir une assurance raisonnable contre les abus ou une concentration indue de pouvoirs, ou afin de réduire les risques de conflit familial. Si l'un des mandataires ne peut – ou ne veut – s'acquitter de sa tâche, ou si l'un des mandataires démissionne ou décède, le document ou la législation devrait naturellement prévoir si l'autre (les autres) peuvent continuer à agir. Il pourrait être prévu, soit dans le document, soit dans la législation, que si au moins trois mandataires sont nommés pour intervenir conjointement une décision prise à la majorité peut être considérée comme une décision unanime.

99. La procuration peut être concomitante, dans la mesure où les différents mandataires peuvent avoir la charge de différentes questions, par exemple l'un s'occupant des questions économiques et financières et un autre des questions relatives à la santé, au bien-être et d'autres questions personnelles, et ce afin de garantir qu'une personne ayant des compétences particulières dans le domaine concerné prenne des décisions appropriées.

100. Si les mandataires peuvent agir séparément, tout risque de conflit devrait être prévu dans la procuration. La législation relative aux procurations peut également apporter une solution, ou il conviendrait d'en trouver une par ailleurs.

101. Manifestement, plusieurs solutions sont possibles. On peut prévoir qu'une décision de l'un des mandataires suffise dans la plupart des cas, mais que deux ou trois mandataires doivent s'accorder sur les décisions importantes, par exemple la vente d'une maison. La législation peut également prévoir que, sauf décision contraire du mandant, chaque mandataire peut exercer son pouvoir individuellement mais en consultant les autres.

102. Une autre possibilité consiste à désigner au moins un mandataire suppléant au cas où le mandataire désigné en premier lieu ne peut – ou ne

veut – s’acquitter de sa tâche, démissionne ou décède. Si plusieurs mandataires sont désignés, on peut prévoir qu’ils interviennent successivement dans l’ordre d’apparition de leurs noms.

103. En vertu du paragraphe 3, les Etats peuvent considérer toute limitation qu’ils estiment nécessaire afin de protéger le mandataire. Certaines législations imposent des exigences concernant le choix du mandataire. Généralement, le mandataire doit être une personne physique mais il peut également être une personne morale, une organisation ou une association par exemple, parfois même lorsque le mandat concerne les questions relatives à la santé, au bien-être ou autres questions personnelles. La personne physique désignée doit être majeure et capable. Si la procuration couvre les questions économiques et financières, le mandataire ne doit pas avoir le statut de failli. Une juridiction prévoit que le mandataire ne peut pas être employé par – ou étroitement associé à – l’hôpital ou l’institution où vit le mandant. D’autres exigences peuvent être incluses dans la procédure d’enregistrement et de certification prévue au principe 8.

104. Les accords formels entre le mandant et le mandataire peuvent varier. La procuration permanente peut prendre la forme d’un accord passé entre eux, mais elle peut aussi être unilatérale. Il est préférable que le mandataire soit informé de la création de la procuration et ait, au moment de l’établissement de la procuration, accepté la fonction ou la fonction à venir. Les deux personnes peuvent ainsi discuter de ce qui se passera si et lorsque la procuration est utilisée. Il peut être recommandé que le mandataire signe la procuration, comme cela est parfois prévu. Certains mandants peuvent ne pas souhaiter dévoiler leurs intentions au mandataire, et donc charger un tiers de remettre la procuration lorsqu’ils seront atteints d’incapacité. Dans ce cas, le choix revient au mandataire d’accepter ou de refuser le mandat. Même si la procuration est donnée en tant que document unilatéral, l’acceptation du mandataire doit être exigée (ainsi que des autres mandataires suppléants lorsque des suppléants sont désignés) avant que celui-ci puisse commencer à agir. Un contrat est conclu par cette acceptation.

105. Une autre question qui se pose est de savoir si le mandataire doit agir personnellement ou s’il peut déléguer ses pouvoirs à un tiers dont le document ne fait pas état. Cette question n’est pas traitée dans la présente recommandation.

Principe 5 – Forme

106. La forme d'une procuration permanente fait l'objet du principe 5. Elle est complétée par le principe 8 qui a trait aux certifications, enregistrements et notifications.

107. Le paragraphe 1 exige un document écrit. Celui-ci doit être signé ou confirmé par le mandant. Le document doit, de préférence, être daté, comme l'exigent certaines législations.

108. Le paragraphe 2 traite de l'exigence pour le mandant de préciser dans le document quand la procuration permanente peut être utilisée, si cela n'est pas régi par la législation. Comme décrit ci-dessus à la partie I, section 1.7.2, dans certaines législations une procuration reste normalement en vigueur après l'incapacité du mandant. Si, en vertu de cette règle, le mandant souhaite que soit mis un terme à la procuration en cas d'incapacité, le document doit l'énoncer explicitement. D'autres législations ont une règle selon laquelle lorsque la procuration permanente n'entre en vigueur qu'en cas d'incapacité du mandant, dès lors celui-ci n'a pas besoin de le préciser. Dans les États où une procuration ordinaire est censée prendre fin lorsque le mandant est atteint d'incapacité, et où la législation sur les procurations permanentes couvre les deux possibilités, le mandant doit spécifier formellement dans le document s'il souhaite que la procuration ordinaire reste ou n'entre en vigueur qu'en cas d'incapacité du mandant.

109. La recommandation ne répond pas à la question de savoir si un modèle de formulaire doit être proposé. Il peut s'agir d'un formulaire émanant d'une instance officielle. Dans les États où les formulaires existent, ils proposent un grand choix en fonction des questions particulières. Différents formulaires pourraient être accessibles par internet. Il peut être avantageux de produire ce document de façon simple et peu coûteuse, éventuellement en cherchant conseil sur l'internet ou en se basant sur un « modèle ». Le mandant court toutefois le risque de ne pas porter suffisamment d'attention sur les mesures à prendre, ce qui peut faciliter les abus. L'option d'un document individualisé préparé avec l'aide d'un professionnel devrait toujours être proposée. Le but d'utiliser un formulaire plus détaillé est de s'assurer que le mandant comprenne tous les pouvoirs octroyés et qu'il puisse supprimer les pouvoirs spécifiques qu'il n'a pas envie de conférer.

110. Il faut donc se demander si une assistance professionnelle devrait être recommandée, voire exigée. Certaines législations exigent l'aide d'un

professionnel tel qu'un avocat, un notaire ou un fonctionnaire de justice, du moins si la décision porte sur des questions plus importantes, par exemple sur un traitement médical majeur, le changement du lieu de résidence habituelle du mandant, et sur des questions économiques et financières d'une valeur importante. Cela implique que le mandant a été dûment informé des effets du document et de la possibilité de sa révocation.

111. Etant donné que les procurations permanentes prennent effet lorsque le mandant n'aura plus la possibilité d'intervenir ou d'annuler la procuration, il est important que, comme énoncé au paragraphe 3, les Etats examinent les éventuels dispositions et mécanismes devant être mis en place pour garantir la validité du document. Des garanties et des procédures peuvent s'avérer nécessaires lorsque la procuration est signée ou confirmée. Elles sont probablement davantage nécessaires s'il existe une législation spécifique portant sur les deux types de procuration permanente, celles qui restent en vigueur ou celles qui entrent en vigueur en cas d'incapacité du mandant, et moins nécessaire si l'utilisation après incapacité résulte des règles générales relatives aux procurations. L'objectif de ces réglementations est de confirmer que le mandant, lorsque le document est créé, est capable de conférer le mandat et ne fait pas l'objet d'influence induite, peut-être aussi qu'il(elle) connaît le contenu du document et qu'il(elle) est informé(e) ou a confirmé qu'il(elle) en mesure les effets. La raison en est que le mandant peut, au moment de la signature, se trouver en état de fragilité et une personne peut avoir intérêt à obtenir le mandat pour intervenir au nom du mandant lorsque celui-ci n'est plus en mesure de le faire. Un parallèle peut être établi avec la procédure de rédaction des testaments, et certaines législations prennent cette procédure pour modèle. Il faut prendre en compte ces exigences, tout en veillant à ne pas rendre la création de la procuration trop bureaucratique et difficile.

112. Il existe, dans certaines législations, la possibilité d'écrire le document entièrement à la main et si tel n'est pas le cas, les mandants doivent signer ou confirmer leur signature en présence d'un ou de plusieurs témoins. D'autres législations rendent seul possible le recours aux témoins. Ces témoins doivent être indépendants et impartiaux, et c'est pourquoi ni le mandataire ni des personnes liées au mandant ou au mandataire ne peuvent être témoins. Il peut être exigé que les témoins connaissent le mandant depuis un certain temps.

113. Une autre exigence pourrait être l'assistance professionnelle. Il peut être exigé que le document soit rédigé ou certifié par un notaire, un fonctionnaire de justice ou une personne ayant des qualifications spécifiques.

114. Selon le système national, la présence d'un certificateur ou d'un témoin vise en premier lieu à confirmer, si nécessaire en recevant les conseils d'un professionnel, que le mandant a bien la capacité de donner la procuration permanente, comme l'implique le document. Il peut leur être demandé de certifier que le mandant a signé volontairement, que rien ne permet de penser que le mandant a agi sous influence induite, qu'il n'y a pas eu de fraude et que la procuration, pour une quelconque raison, n'est pas valide. Certaines législations exigent que les certificateurs ou témoins confirment leur conviction que le mandant avait, au moment de la signature, connaissance de la nature de la procuration et de ses effets, ou qu'il en était conscient. Les certificateurs ou témoins peuvent être tenus de lire le document à voix haute si le mandant n'en a pas confirmé sa connaissance.

115. Le rôle du mandataire au moment de la signature n'est généralement pas décrit. Dans certaines législations, une procuration permanente peut prendre la forme d'un contrat auquel le mandataire est partie. Dans d'autres législations, lorsque la procuration est donnée de manière unilatérale, le mandataire peut être obligé de signer la procuration, confirmant ainsi sa volonté de s'acquitter de la tâche, ou de présenter un document séparé contenant l'acceptation signée, par exemple dans une demande d'enregistrement. Le mandataire peut devoir confirmer sa disposition à faire le nécessaire pour que la procuration soit certifiée et enregistrée en temps utile. Si la signature du mandataire n'est pas requise, le mandant court le risque que, le moment venu, la personne désignée n'ait pas connaissance du document, ou que le mandataire, lorsqu'il est temps pour lui d'agir, ne soit pas disposé à le faire.

Principe 6 – Révocation

116. Le principe 6 porte sur la possibilité pour le mandant encore capable de révoquer une procuration permanente. Cette procuration permanente ne devrait pas être irrévocable de par sa nature et en particulier du fait qu'elle prendra effet après que le mandant est atteint d'incapacité. C'est également l'un des moyens de corriger toute pression induite au moment de la signature. Ce principe s'applique aux cas où la procuration permanente

prend la forme d'un contrat ainsi que lorsque la procuration est faite de manière unilatérale. Le principe n'empêche pas les Etats de réglementer la possibilité de modifier ou d'amender le mandat.

117. La référence au paragraphe 3 du principe 5 indique que les Etats devraient considérer quels sont les dispositions et mécanismes à prendre pour garantir la validité de la révocation, par exemple en établissant que le mandant dispose de la capacité nécessaire pour décider de révoquer la procuration. La révocation de la procuration soulève potentiellement les mêmes questions et préoccupations que celles de l'adoption de la procuration.

118. Un mandataire qui a connaissance de la procuration devrait être informé de la révocation, tout comme les tiers désignés pour contrôler le mandataire. Si le document est déjà repris dans un registre, il peut être nécessaire d'enregistrer la révocation.

119. Le principe 13 traite de l'extinction de la procuration permanente durant l'incapacité du mandant.

Principe 7 – Entrée en vigueur

120. Comme mentionné au point 1.5 «Terminologie», la présente recommandation utilise les termes «entrer en vigueur» pour une procuration permanente qui ne prend pas effet avant que le mandant soit atteint d'incapacité. L'expression fait référence au moment où la procuration permanente prend effet et où le mandataire est alors habilité à agir.

121. En vertu du principe 7, paragraphe 1, les Etats devraient réglementer les modalités d'entrée en vigueur de la procuration permanente en cas d'incapacité du mandant. Si, selon la législation ou les termes du document, une procuration déjà en vigueur reste en vigueur en cas d'incapacité du mandant, aucune disposition spéciale sur la poursuite de son utilisation n'est nécessaire, sauf s'il faut un certain type d'enregistrement ou de notification pour entamer un suivi étendu.

122. Dans les situations traitées par ce principe, il est nécessaire d'établir l'incapacité du mandant.

123. Il faut tenir compte d'autres considérations. Il est important que les mandants, s'ils(elles) sont en mesure de comprendre l'information, aient conscience que le mandataire a l'intention d'utiliser la procuration. La famille

proche peut aussi avoir intérêt à connaître l'existence et le contenu d'une procuration permanente, et à savoir qu'elle va maintenant être utilisée par le mandataire. En outre, ce dernier peut avoir besoin de la certification pour intervenir à l'égard des tiers, par exemple des banques, qui peuvent demander la preuve auprès d'une source indépendante de l'existence et de la validité du mandat, et que celui-ci est entré en vigueur.

124. Différentes procédures sont utilisées pour établir l'existence des modalités d'entrée en vigueur de la procuration. Comme énoncé au paragraphe 2, les Etats devraient envisager les moyens de preuve requis pour déterminer l'incapacité du mandant. Ces procédures doivent protéger la confidentialité des informations médicales sur lesquelles l'incapacité est certifiée, si cette certification est requise.

125. La décision concernant la façon dont la procuration entre en vigueur peut être prise de différentes manières et les principes 7 et 8 ne donnent pas d'exemples ou de préférences expresses, bien que le principe 8 énumère un certain nombre de mécanismes possibles.

126. En application du principe d'autodétermination, le mandant devrait être autorisé à décider lui(elle)-même du type de preuve à apporter sur son état de santé, que le législateur souhaite ou non l'intervention éventuelle des autorités publiques. Le mandant pourrait choisir de donner mission au mandataire d'agir et de décider d'utiliser la procuration. Dans les pays où cela existe, un certificat médical sur l'état du mandant sera normalement nécessaire et suffisant. Une disposition de la législation ou de la procuration pourrait accorder au mandataire le droit d'obtenir un tel certificat indépendamment des règles relatives au secret professionnel. Il peut être demandé au mandataire, comme décrit ci-dessous au principe 8, de notifier des proches, comme spécifié par la législation ou par le mandant. D'après les règles générales sur les procurations, le mandataire peut être tenu pour responsable devant les tiers de s'assurer que la procuration est valide. Le mandataire n'a peut-être pas été préalablement informé de l'existence de la procuration ; c'est alors un risque encouru par le mandant.

127. Une autre possibilité consiste à ce que le mandant établisse, dans la procuration, une procédure selon laquelle un tiers doit déclarer par écrit que le mandant est atteint d'incapacité, exigeant probablement qu'un certificat médical attestant l'incapacité soit joint ou mentionné. Dans certains pays, la législation impose une telle procédure. Un tiers qui détient la procuration,

alors que le mandataire désigné n'en a pas connaissance, aura le même devoir de décider qu'il est temps d'utiliser la procuration et de remettre le document au mandataire. Une telle procédure diminue le risque d'une utilisation prématurée de la procuration.

128. La législation peut exiger l'intervention des tribunaux ou des autorités administratives compétentes pour certifier que le document est valide. Cela implique souvent une procédure d'enregistrement. Les deux procédures sont mentionnées au principe 8 et décrites ci-après.

129. Le choix entre les différentes possibilités décrites dépend de la marge d'intervention que les législateurs souhaitent attribuer aux autorités publiques. L'intervention des autorités publiques retarde généralement l'utilisation de la procuration et alourdit la charge de travail des autorités publiques. Il est important que la procuration soit acceptée par les tiers, qui pourraient être moins enclins à le faire si le mandataire prend lui(elle)-même la décision, plutôt que si le mandataire est en mesure de fournir un certificat public à cette fin. Si des preuves qui certifient médicalement l'incapacité sont demandées par des tiers, le certificat établi ne devrait contenir que la certification du fait que le mandant est atteint d'incapacité, et pas d'autres informations médicales sur lesquelles se fonde la décision.

Principe 8 – Certification, enregistrement et notification

130. Le principe 8 énumère trois systèmes différents de certification, d'enregistrement et de notification que les Etats devraient envisager d'introduire. Ces systèmes s'appliquent à des situations différentes, car elles peuvent se référer à la date de l'établissement de la procuration ou à celle de son entrée en vigueur. Leurs objectifs peuvent être variables. Elles peuvent constituer des solutions alternatives ou se compléter entre elles. Là encore, il faut trouver le juste équilibre entre l'autodétermination du mandant et la nécessité d'un certain degré d'implication des autorités publiques.

131. La certification peut être requise ou mise en place à n'importe quel moment et viser différents objectifs.

132. La certification visant différents objectifs peut être faite par une autorité publique. Ce certificat peut être délivré dans le cadre d'une procédure d'enregistrement liée à l'établissement de la procuration, telle qu'elle est décrite ci-après, et est alors considéré comme un certificat d'enregistrement, mais ce pourrait aussi être indépendant d'une telle procédure.

133. Comme il a été déjà indiqué ci-dessus au point 1.3, les Etats qui ont ratifié la Convention de La Haye de 2000 peuvent, en vertu de l'article 38, délivrer à toute personne chargée de la protection d'une personne adulte et de ses biens, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés. Il est recommandé d'utiliser un formulaire type. La validité de la procuration est garantie en vertu du formulaire.

134. Une autre possibilité est d'établir le certificat lors de l'entrée en vigueur de la procuration permanente, pour confirmer que le mandant est désormais atteint d'incapacité, et que les autres procédures possibles, mentionnées au principe 7, paragraphe 1, ont été dûment respectées. L'objectif peut être alors de fournir au mandataire un certificat indiquant qu'il(elle) a le pouvoir d'agir pour le compte du mandant.

135. En ce qui concerne les procurations permanentes qui restent ou entrent en vigueur, le certificat peut être envoyé au mandataire ou, s'il est combiné avec une procédure d'enregistrement, à toute personne qui a demandé l'enregistrement. Il peut être exigé que ce certificat, éventuellement annexé à une copie authentique du document, soit soumis à des tiers (par exemple des banques auprès desquelles le mandant a des comptes ou des dépôts) afin de prouver que le mandataire a bien été désigné et qu'il(elle) a le pouvoir d'effectuer certaines transactions pour le compte du mandant.

136. Dans les pays dans lesquels il existe une structure notariale, un notaire pourrait être chargé de délivrer un certificat afin que la procuration entre en vigueur. Celui-ci peut faire suite à la présentation au notaire de la procuration et, le cas échéant, d'un certificat médical confirmant l'incapacité du mandant. Le notaire confirme les fonctions du mandataire dans un certificat qu'il remet à celui-ci. Ce certificat peut valoir de preuve pour les tiers.

137. Dans un certain nombre d'Etats, il existe des règles concernant l'enregistrement des procurations permanentes et l'enregistrement peut être obligatoire ou facultatif. Ces règles sont variables en ce qui concerne le moment de l'enregistrement et la procédure suivie par les autorités chargées de l'enregistrement. L'objectif de l'enregistrement peut varier et dépend dans une large mesure de l'existence ou non d'une procédure de certification liée à l'enregistrement ainsi que des règles d'accès au registre. L'enregistrement peut être effectué auprès de l'autorité compétente, dans un registre central des notaires, ou encore dans une banque centrale de données.

138. L'enregistrement s'effectue le plus souvent à la suite de l'établissement d'une procuration permanente et peut faire partie du mécanisme garantissant la validité du document, mentionné au principe 5, paragraphe 3. Si l'enregistrement est obligatoire, le mandataire ne peut utiliser la procuration avant que celle-ci ne soit enregistrée. Ce peut être le cas tant pour une procuration qui reste en vigueur après l'incapacité du mandant que pour une procuration qui n'entre en vigueur qu'en cas de diminution de capacité. Si un avocat ou un notaire a participé à l'établissement du document, la demande d'enregistrement peut faire partie de sa tâche. Une autre possibilité peut être que la demande soit présentée par le mandant alors qu'il(elle) est encore capable, ou par le mandataire au moyen d'un formulaire qui inclut l'acceptation de désignation par le mandataire et prévoit d'autres informations pertinentes.

139. L'autorité chargée de l'enregistrement peut avoir différentes tâches à accomplir. Elle peut vérifier la validité du document, comme il est indiqué précédemment au principe 5, paragraphe 3, par exemple vérifier si des témoins étaient présents, et confirmer que les déclarations requises figurent dans le document. Elle peut être tenue de notifier la demande d'enregistrement au mandant et au mandataire, et éventuellement aux parents proches, comme il est indiqué ci-après. Cela peut entraîner une intervention du mandant et peut-être d'une autre personne autorisée à intervenir. Il peut alors être demandé à l'autorité de mener une enquête. Il peut être utile de prévoir d'enregistrer l'acceptation du mandat par le mandataire, toute démission ou annulation, tout événement qui amènerait un mandataire suppléant à reprendre le mandat à son compte, ou tout autre événement pertinent pour l'efficacité ou la continuation de la procuration.

140. L'enregistrement peut aussi avoir lieu au moment où une procuration entre en vigueur en cas d'incapacité du mandant. Le mandant peut aussi souhaiter que l'enregistrement n'ait lieu qu'après un événement spécifique. Dans ce cas, la demande peut faire partie de la procédure et des modalités décrites précédemment au principe 7, paragraphe 1. Généralement, le mandataire présente une demande d'enregistrement à l'autorité s'il(elle) estime qu'il y a de bonnes raisons de croire que le mandant est devenu incapable. Avant de présenter sa demande, le mandataire doit souvent fournir un certificat médical et, parfois, comme indiqué ci-après, des documents attestant que son intention a été notifiée au mandant (et parfois à d'autres personnes, par exemple des membres de la famille). Si l'autorité reçoit des

protestations des personnes intéressées au motif qu'il existe un risque réel d'abus de pouvoir, ou qu'il y a de bonnes raisons de croire que la personne désignée comme mandataire ne convient pas pour cette fonction, l'autorité doit prendre en compte ces protestations.

141. Dans d'autres législations, l'enregistrement dépend des souhaits du mandant et est donc volontaire. Le document doit être établi avec l'aide d'un avocat ou d'un notaire, qui assiste à l'enregistrement. Le mandant peut être informé de l'enregistrement.

142. Lorsque l'enregistrement d'une procuration permanente est possible, il se pose la question de savoir qui peut avoir accès aux informations contenues dans le registre. Dans certaines législations, les tribunaux et d'autres autorités peuvent obtenir des informations du registre, notamment si l'enregistrement est effectué par un notaire. Les tribunaux compétents peuvent souhaiter savoir si l'adulte concerné a donné une procuration permanente. Les services sociaux et de santé peuvent aussi souhaiter s'informer de l'existence d'un document et connaître son contenu et le nom du mandant. Dans d'autres législations, le registre peut être consulté par le mandant, et si nécessaire les proches et les tiers, mais aussi par les tribunaux ou d'autres autorités, telles que les services de protection sociale. Lorsque le registre est accessible au public, les banques et d'autres tierces parties, une fois contactées par le mandataire, peuvent souhaiter vérifier si une procuration est enregistrée. L'accès au registre peut dépendre de la législation, notamment celle sur la protection des données.

143. Le principe 8 mentionne également la notification. Sauf motifs impérieux, il est particulièrement important que le mandant soit informé des événements tels que la certification, l'enregistrement, la révocation, l'entrée en vigueur et l'extinction, que le mandant soit ou perçu comme étant atteint d'incapacité. La notification peut être exigée du mandataire, ou faire partie de la procédure d'enregistrement. Il est jugé important qu'un mandant soit mis au courant que la procuration va entrer en vigueur et que le mandataire a l'intention de commencer à utiliser ce document. Le mandant peut alors intervenir du fait qu'il est encore capable de révoquer la procuration.

144. Il pourrait y avoir d'autres personnes à informer d'après les termes de la procuration, par exemple le conjoint ou le partenaire du mandant et/ou ses proches. Ces personnes peuvent aussi avoir un intérêt à être informées qu'une procuration permanente a été donnée, et à en connaître le contenu,

soit lors de l'établissement du document, soit lors de son entrée en vigueur. La notification donne aux personnes informées la possibilité d'intervenir ou de protester dans un délai fixé en contactant l'autorité compétente. Ces personnes peuvent estimer que le mandant est encore capable de prendre des décisions; elles peuvent prétendre que le document est invalide parce que la procédure de signature n'a pas été respectée, que le mandant a fait l'objet de pressions indues au moment de la signature, ou bien que le mandat a été révoqué. En outre, elles peuvent estimer que le mandataire désigné ne convient pas pour cette fonction, peut-être en raison de conflits d'intérêts ou parce qu'il existe un risque d'abus.

Principe 9 – Préservation de la capacité

145. Comme énoncé au principe 9, l'entrée en vigueur d'une procuration permanente ne doit pas avoir d'incidence sur la capacité juridique du mandant. La situation juridique est alors identique à celle mentionnée dans la Recommandation n° R (99) 4 selon laquelle la désignation d'un représentant légal ne diminue pas ou ne restreint pas totalement la capacité juridique du majeur. L'octroi ou l'entrée en vigueur d'une procuration permanente ne peut jamais exclure ou empêcher le mandant de faire ou de décider quelque chose dont il(elle) est en fait capable.

146. Une procuration permanente qui ne peut être exercée qu'en cas d'incapacité du mandant ne peut pas être utilisée pendant les périodes où celui-ci a retrouvé la capacité.

Principe 10 – Rôle du mandataire

147. Le principe 10 définit le rôle du mandataire lorsque le mandat est exercé durant l'incapacité du mandant.

148. En règle générale, le mandataire est lié par la portée, le contenu et les limites de la procuration qui lui a été donnée. Comme énoncé au paragraphe 1, le mandataire doit agir conformément à la procuration et aux intérêts du mandant. Les décisions devraient correspondre à ce qu'aurait décidé le mandant lui-même, s'il en eût été capable, si tant est que l'on puisse raisonnablement le déterminer. Le contrôle d'une telle intervention correcte du mandataire est décrit ci-dessous, au principe 12.

149. Il peut arriver que le mandataire prenne conscience de la nécessité de faire quelque chose qui n'est pas autorisé par la procuration permanente.

Certains Etats ont des procédures selon lesquelles le mandataire peut demander une autorisation spécifique, mais non une modification à apporter à la procuration permanente.

150. En vertu du paragraphe 2, le mandataire, autant que faire se peut, informe et consulte régulièrement le mandant dans la mesure où cela est utile, ce qui dépend de l'état de santé du mandant. Il importe que le mandataire et le mandant entretiennent de bonnes relations. Il faut informer et consulter le mandant au sujet des décisions que le mandataire envisage de prendre et au sujet de l'état des affaires économiques et financières du mandant, afin de permettre au mandant d'exprimer un avis ou, pour autant qu'il en soit capable, de donner des instructions. Le paragraphe 2 est à mettre en parallèle avec le principe 9 de la Recommandation n° R (99) 4, au sujet « du respect des souhaits et des sentiments de la personne concernée » lorsqu'une mesure de protection est mise en œuvre, qui dispose que le mandataire doit prendre en compte les souhaits et les sentiments passés et présents du mandant et les respecter dûment. Il est fait spécifiquement référence à ces souhaits passés car, comme susmentionné au principe 3, les directives anticipées peuvent être adressées à un mandataire à qui a été donnée une procuration permanente.

151. Le paragraphe 3 stipule que les affaires économiques et financières du mandant doivent faire l'objet autant que faire se peut d'une gestion distincte de celles du mandataire. Les biens et les revenus des deux personnes ne doivent pas, en principe, se confondre. Le mandataire doit alors veiller à ce que les dépôts d'actions, les comptes bancaires et autres documents soient tenus distinctement et au nom du mandant.

152. Le paragraphe 4 stipule que le mandataire conserve suffisamment de preuves des opérations et transactions effectuées en vertu de la procuration. L'étendue de l'obligation de conserver une trace écrite dépend de la nature du mandat et doit être proportionnée. Si le capital est important, il est nécessaire de conserver des preuves des décisions et transactions importantes. On peut normalement s'attendre à ce que le mandataire conserve les relevés de banque, les reçus des paiements importants, ainsi que les papiers relatifs aux décisions importantes. Si la procuration concerne les questions relatives à la santé, au bien-être et aux autres questions personnelles, les décisions importantes doivent être conservées. Il peut s'avérer utile de prendre des notes régulièrement.

153. L'obligation de conservation – en vertu du principe 10 – est motivée par le fait que le mandataire doit être en mesure de prouver l'exercice correct de son mandat. Ces documents seront présentés au terme du mandat, par exemple si le mandant récupère ses capacités, s'il décède, ou si l'autorité publique adopte une mesure de représentation. De surcroît, comme l'indique le présent principe, le mandataire doit être en mesure – au moins sur demande – de produire les documents ou les comptes à un tiers mentionné dans la procuration permanente, par exemple une personne désignée pour contrôler le mandataire, ainsi que l'énonce le paragraphe 1 du principe 12. Il peut s'agir de l'avocat ou du comptable du mandant. Une autorité compétente peut, dans des cas particuliers, enjoindre le mandataire de présenter les comptes, et il peut s'avérer nécessaire que les comptes couvrent toute la durée du mandat, cela constituant un élément important du contrôle prévu au paragraphe 2 du principe 12.

154. S'agissant du rôle du mandataire, la question est de savoir si et dans quelle mesure les règles générales du droit national relatives aux procurations s'appliqueront de façon complémentaire à ces procurations spéciales. De telles règles peuvent régir la protection des tiers, la responsabilité du mandataire et l'étendue de ses obligations, et les conditions selon lesquelles la procuration peut être jugée non valide. Certaines législations sur les procurations permanentes font référence à ces règles. D'autres reproduisent une partie ou la plupart des règles générales relatives aux procurations dans la législation spéciale.

Principe 11 – Conflit d'intérêts

155. Les Etats devraient, en vertu du principe 11, envisager le règlement des conflits d'intérêts entre le mandant et le mandataire. On pourrait considérer qu'il y a une présomption de conflit d'intérêts en cas de transactions conclues entre le mandataire agissant en son nom et le mandataire agissant au nom du mandant. Il est nécessaire d'asseoir des règles qui déterminent ou régissent les situations dans lesquelles de telles transactions peuvent être autorisées.

156. En matière de procurations permanentes, il est très important et particulièrement pertinent que le mandataire agisse de façon impartiale. Le mandataire peut être un membre de la famille du mandant, qui a déjà fait des dons au mandataire ainsi qu'à des proches, et le mandataire peut estimer que de telles pratiques devraient se poursuivre. Dans d'autres

circonstances, le mandataire peut juger approprié d'acheter la maison du mandant pour son propre compte. Il peut également demander une rémunération exceptionnelle.

157. D'autres exemples typiques de conflits d'intérêts sont ceux où les mandataires souhaitent offrir des cadeaux à eux-mêmes, à leur conjoint, à leurs enfants, ou aux autres personnes. Il peut y avoir, dans la législation, des règles très détaillées visant à prévenir les conflits d'intérêts et qui s'inspirent souvent des règles prescrites pour les représentants désignés par l'autorité compétente. A titre d'exemples, il est proscrit que le mandataire représente le mandant s'il y a une quelconque éventualité de contrat entre le mandant d'un côté, et le mandataire, son conjoint, son partenaire ou une personne dont il est le représentant de l'autre. Une autre règle encore plus particulière exclut des parties contractantes potentielles les enfants, les petits-enfants, les frères et sœurs, les parents ou les grands-parents, ou le conjoint ou partenaire du mandataire.

158. Sur cette question, et d'autres encore, un équilibre entre la protection et l'autodétermination doit être trouvé par le biais de règles claires en matière de conflit d'intérêts, permettant toutefois au mandant d'autoriser – par disposition expresse dans la procuration – ce qui, autrement, serait un conflit prohibé. Dans ce cas, il peut être particulièrement pertinent d'avoir un système certifiant le fait que le mandant comprend parfaitement l'objet et les effets du document, qu'il a la capacité, et qu'il ne fait pas l'objet d'influence indue (voir les commentaires ci-dessus des principes 5 et 8). Le mandant devrait ainsi être libre de préciser dans la procuration que le mandataire peut prendre des décisions individuelles que lui(elle)-même aurait pu ne pas prendre. La procuration peut inclure des instructions détaillées concernant les personnes pouvant recevoir des cadeaux, le montant maximal des dons, la poursuite de pratiques antérieures ou les mesures à prendre pour motif fiscal. La législation a, dans une certaine mesure, prévu de dépasser certains conflits d'intérêts particuliers. Le mandataire peut être autorisé, lors de certaines occasions spéciales, à faire des cadeaux d'usage aux personnes qui ont un lien avec le mandant, y compris lui(elle)-même, ou des dons à des organismes de bienfaisance qui ont déjà ou qui auraient pu bénéficier de la générosité du mandant.

159. Le mandant a toute latitude pour rembourser au mandataire les dépenses inhérentes à sa fonction. Le mandant pourrait décider de verser au mandataire une rémunération précise si l'aide est substantielle ou si

le mandataire désigné est un professionnel, par exemple son avocat, son notaire ou son comptable (sauf dans les Etats où un mandataire professionnel reçoit automatiquement une rémunération). Sauf disposition contraire dans la procuration, le mandataire peut s'attendre à se voir rembourser les diverses dépenses inhérentes à sa fonction.

Principe 12 – Contrôle

160. L'une des préoccupations fondamentales d'une procuration permanente réside dans le fait qu'elle devrait être conforme à l'intention et aux intérêts du mandant, comme l'indique le paragraphe 1 du principe 10. Avant toute chose, il faut souligner que la décision de désigner un mandataire en qui le mandant a confiance et de lui donner procuration se fait au risque du mandant capable, avec pour conséquence que le mandataire est autorisé, en tant que règle, à faire, dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés, ce qu'il décide du capital, des revenus et des biens du mandant lorsque ce dernier est atteint d'incapacité. Au moment de la signature, le mandant devrait être informé et conscient du fait que les actions du mandataire ne seront pas systématiquement soumises à un contrôle. Il pourrait bien considérer la non-intervention des autorités publiques comme un avantage. D'un autre côté, il faut souligner que le risque d'abus est peut-être surestimé, et que ce risque existe en l'absence même d'une procuration. Une caractéristique essentielle des procurations permanentes est donc que les autorités publiques n'assurent pas systématiquement et régulièrement le contrôle de toutes les actions des mandataires.

161. Conformément au paragraphe 1 du principe 12, le mandant peut mettre sur pied un système de suivi privé. La procuration peut désigner un tiers pour contrôler le mandataire pendant que le mandant est atteint d'incapacité. On peut parler de « superviseur » (« supervising attorney » en anglais). Le mandataire peut être tenu de présenter des comptes annuels appuyés de documents ou des rapports réguliers au tiers désigné, qui peut avoir le pouvoir de refuser certaines décisions spécifiées, comme des cadeaux importants ou la vente de la maison du mandant. Ce dernier peut avoir indiqué que toute rémunération du mandataire devrait être autorisée par ce tiers. La législation peut prévoir l'obligation qu'en l'absence de superviseur désigné, une comptabilité annuelle soit présentée au plus proche parent (hormis le mandataire lui-même) du mandant. L'objectif de ce système de

suivi privé est de vérifier que le mandataire veille correctement aux intérêts du mandant, et qu'il n'intervient pas dans des situations où il y a un possible conflit d'intérêts, et qu'il n'y a pas d'abus.

162. Le paragraphe 2 porte sur l'intervention des autorités publiques si une personne faisant valoir un intérêt sur le patrimoine ou sur les questions relatives à la santé, au bien-être et autres questions personnelles du mandant en fait la demande, ou si l'autorité responsable d'un cas individuel juge nécessaire de contrôler l'exercice du mandat par le mandataire. A titre d'exemple, la demande de contrôle peut être faite par le mandant, le mandataire, le plus proche parent du mandant et une personne bénéficiaire des comptes, le conjoint, le partenaire, les parents, les frères et sœurs ou les descendants du mandant.

163. Le degré de nécessité de contrôle public dépend de la nature du problème. Le contrôle est probablement nécessaire en cas de risque d'utilisation abusive de la procuration, par exemple si le mandataire souhaite utiliser l'argent à son propre profit ou fait des cadeaux importants à ses proches. Le mandataire peut aussi s'être révélé incapable de s'acquitter de sa fonction. Une question particulière est de savoir si la procuration devrait prendre fin en cas de conflit entre le mandataire et les parents proches du mandant au sujet de ce qui est dans l'intérêt du mandant. Il ne suffit probablement pas que les proches expriment une insatisfaction par rapport au mandataire ou à ses actions, dès lors que ce dernier veille aux intérêts du mandant conformément aux dispositions de la procuration.

164. Si l'autorité compétente a des raisons de penser que les intérêts ou le bien-être du mandant sont menacés, elle devrait disposer des pouvoirs et des attributions appropriés pour enquêter. Ceux-ci peuvent inclure une enquête, demandant au mandataire de présenter les comptes et les documents relatifs à l'utilisation du capital et des revenus ainsi que de rendre compte de ses décisions ou de son absence d'action. En outre, l'autorité pourrait étudier les conditions de vie du mandant afin de s'assurer que le mandataire agit dans l'intérêt du mandant de façon satisfaisante.

165. Si l'autorité compétente a des raisons claires et précises d'intervenir, les types d'intervention possibles varient considérablement selon les juridictions. Le mandataire peut être tenu de conserver les comptes chaque année ou pendant une certaine période, de rendre compte de ses décisions concernant les questions personnelles, ou de présenter des documents.

Il(elle) peut recevoir des instructions quant à l'exercice de ses fonctions, par exemple en matière de dons. Dans certaines législations, la portée de la procuration peut être réduite. Il ne devrait pas être possible d'étendre les pouvoirs contenus dans la procuration permanente (voir les commentaires du principe 10). Le mandataire peut être remplacé par un autre et la procuration déclarée non valide ou terminée. Dans certaines législations, la seule décision possible consiste à établir une représentation qui rendra nulle et non avenue la procuration permanente. La seule méthode d'intervention qui se distingue au paragraphe 2 du principe 12 est l'extinction de la procuration permanente, en partie ou dans son intégralité.

166. Les législations divergent parfois quelque peu du schéma décrit ci-dessus. Dans certains cas, lorsque la procuration entre en vigueur, le mandataire doit toujours faire une déclaration à l'autorité publique pertinente concernant les questions économiques et financières du mandant, son capital et ses revenus, ainsi que ses dettes et ses dépenses. Dans la procuration, le mandant peut prévoir que le mandataire doit présenter les comptes et d'autres renseignements à l'autorité, et qu'il ne prenne pas de décisions importantes sans autorisation, tout comme c'est le cas par exemple pour un représentant désigné par une autorité compétente.

167. D'autres possibilités de contrôle, dont les principes ne traitent pas, peuvent être prévues par la législation générale applicable à l'ensemble des procurations, voire être jugées indispensables. Bien que le principe d'une décision prise par l'intéressé lui-même limite normalement l'intervention judiciaire ou autre dans l'application des procurations permanentes, il peut être préférable, dans certaines situations, que cette intervention se produise sur un point particulier, plutôt que de voir la procuration permanente devenir impraticable ou le mandataire contraint de renoncer à cause de difficultés qu'il n'aura pas surmontées. Certains Etats prévoient une procédure en vertu de laquelle un tribunal ou une autre autorité compétente est habilitée à donner une autorisation ou des instructions à un mandataire.

168. Cette solution permettrait de faire face à un large éventail de situations possibles. Dans certains Etats, lorsqu'un mandataire ignore si une question particulière relève de sa compétence ou comment trancher une question difficile et importante, une décision rendue en la matière par un tribunal ou une autre autorité compétente peut apporter des éclaircissements à

l'ensemble des intéressés et rassurer le mandataire. D'autres Etats imposent de saisir un tribunal ou une autre autorité compétente pour certaines questions spécifiques, afin d'obtenir d'elle une autorisation.

169. Il peut arriver que des co-mandataires ne soient pas du même avis, qu'un proche du mandant ne partage pas l'avis d'un mandataire ou qu'un tiers se montre réticent à accepter une instruction ou une décision du mandataire, soit parce qu'il doute sincèrement du bien-fondé de celle-ci, soit sans raison valable. Il arrive également que le bon déroulement des formalités d'établissement, de certification ou d'enregistrement de la procuration soit remis en question dans un cas précis.

Principe 13 – Extinction

170. Le paragraphe 1 traite de l'extinction d'une procuration permanente en cas d'incapacité du mandant. Si ce dernier a toujours ses capacités, il a toute latitude, en vertu du principe 6, de révoquer la procuration.

171. Il appartient aux Etats de déterminer les circonstances de l'extinction de la procuration. Un exemple d'extinction, en partie ou dans son intégralité, est donné au paragraphe 2 du principe 12. Une intervention d'une autorité publique dans le cas où le mandataire n'agit pas conformément à la procuration permanente peut prendre la forme d'une extinction.

172. Le décès du mandant peut également être un autre motif d'extinction mais dans certaines législations le mandataire peut, après le décès du mandant, continuer à agir temporairement ou pour certaines décisions. Cela nécessite une parfaite coordination avec les rôles des exécuteurs ou des autres représentants personnels.

173. Une procuration s'éteint également si un seul mandataire décède, démissionne ou est atteint d'incapacité, et si le document ne mentionne aucun mandataire suppléant. Dans certains Etats, une règle stipule que si le mandataire est le conjoint ou le partenaire du mandant, la procuration s'éteint si le couple se sépare ou divorce, ou si le partenariat civil est dissout. Une procuration permanente sur les questions économiques et financières s'éteint en cas de faillite du mandant ou d'un mandataire unique. Les Etats peuvent souhaiter spécifier ce qu'il devrait advenir en cas de faillite d'un mandataire conjoint et à la suite de la clôture de la faillite.

174. Le mandataire est libre de démissionner à tout moment, y compris après l'incapacité du mandant. Si le mandataire n'a pas donné son aval

antérieurement, celui-ci peut également refuser de s'acquitter de la tâche. Il va de soi que le mandant doit être dûment informé de l'intention de refuser ou de démissionner, si c'est pertinent, et que le mandataire doit faire part de ses intentions à l'avance. Dans un Etat membre, l'autorité compétente doit marquer son accord. Si seul un mandataire est désigné dans la procuration permanente et qu'il démissionne, alors la procuration permanente s'éteint.

175. Comme énoncé au paragraphe 2, l'extinction a pour conséquence que l'autorité compétente devrait envisager quelles mesures de protection prendre. La désignation d'un représentant légal devrait souvent constituer l'une de ces mesures. Là où il y a un système d'enregistrement de l'extinction de la procuration permanente, l'autorité compétente doit être notifiée comme partie de la procédure d'enregistrement.

Partie III – Directives anticipées

Principe 14 – Contenu

176. Le présent principe fournit des exemples de domaines où il peut être fait usage des directives anticipées. Les questions relatives à la santé figurent en tête. En règle générale, une réglementation rigoureuse s'impose dans ce domaine. Les directives peuvent porter sur les questions de bien-être ou autres questions personnelles, par exemple le lieu des soins et le lieu de résidence de l'auteur. Elles peuvent également porter sur les questions économiques et financières. Un autre exemple concerne le choix d'un tuteur, en cas de décision sur la représentation légale.

177. Ces directives peuvent ou non être confiées à des particuliers comme des représentants désignés par une autorité compétente, des avocats, des professionnels médicaux ou d'autres personnes qui prendront les décisions au nom de l'auteur ou qui concernent celui-ci, durant son incapacité. Elles sont toujours des documents unilatéraux qui n'établissent aucun contrat avec ces personnes.

Principe 15 – Effet

178. Comme indiqué dans la définition figurant sous le principe 2, paragraphe 3, il existe deux types de directives anticipées. Les unes sont des instructions contraignantes pour l'auteur. Les autres expriment des souhaits

concernant l'avenir. Comme le souligne le principe 15, paragraphe 1, la question de la nature des directives anticipées est à traiter par voie législative pour chacun des cas.

179. D'autres questions peuvent se poser comme celle de savoir si la directive anticipée a bien pour but de régler une situation concrète. Il s'agit d'une question d'interprétation du document.

180. Comme indiqué au paragraphe 2, il importe aussi de réglementer par voie législative les situations qui se présentent en cas de changement substantiel de la situation. Des exemples peuvent inclure les cas où, dès lors qu'une directive anticipée est donnée, une procédure médicale interdite par la directive anticipée se trouve nettement améliorée de sorte qu'elle est moins risquée, ou moins gênante, ou des changements profonds de situations familiales s'opèrent. C'est encore plus nécessaire lorsque la directive anticipée est contraignante. Dans ce contexte, il peut être utilement fait référence à la Convention d'Oviedo de 1997 (voir paragraphe 21 ci-dessus).

181. Une directive anticipée peut ne pas être applicable dans certaines circonstances. Il peut exister des motifs raisonnables de croire que sont maintenant réunies des circonstances que l'auteur n'avait pas prévues au moment de la décision anticipée, mais qui auraient pesé sur cette dernière si elles avaient été alors prévues.

Principe 16 – Forme

182. Comme indiqué ci-dessus, les directives anticipées peuvent être formulées par écrit ou communiquées oralement aux membres de la famille, aux médecins ou à d'autres personnes. Les Etats devraient considérer si toutes ou certains types de directives anticipées devraient être établis ou enregistrés sous forme écrite s'ils sont destinés à avoir un caractère contraignant. Certaines législations nationales prescrivent l'établissement d'un document écrit pour des problèmes de santé particulièrement graves.

183. Il importe que les doutes sur la validité d'une directive anticipée ne portent pas atteinte au principe d'autodétermination. C'est pourquoi, comme indiqué au paragraphe 2, les Etats devraient décider si des dispositions et mécanismes doivent être mis en place afin d'assurer la validité et l'efficacité des directives anticipées, énoncées au paragraphe 1. Si une directive porte

sur les questions relatives à la santé, on juge opportun – dans certains Etats – que le majeur reçoive les conseils d'un avocat, d'un notaire ou d'un médecin qui s'assureront que la directive est bien claire et que le majeur est conscient des conséquences du choix.

184. Une directive anticipée est sans valeur si elle n'est pas connue ou accessible aux personnes qui ont besoin de prendre des décisions pour le compte de la personne atteinte d'incapacité ou en rapport avec elle. Une question générale à se poser est de savoir s'il doit être obligatoire d'inscrire une partie, ou la totalité, des directives anticipées dans un registre public ou si cela doit être facultatif. Il pourrait alors s'avérer nécessaire de déterminer qui doit avoir accès à un tel registre, eu égard en particulier à la législation sur la protection des données.

Principe 17 – Révocation

185. Il est clair que les points de vue, y compris très fermes, qu'expriment des personnes quant à une éventuelle situation future peuvent changer lorsqu'elles se trouvent effectivement elles-mêmes en pareille situation.

186. Ce principe indique qu'une directive anticipée peut être révocable à tout moment et sans aucune formalité, même si la directive est contraignante. Pour ce faire, le majeur doit encore être capable de prendre une décision de révocation. Une personne lourdement handicapée physiquement, mais capable, doit avoir la possibilité de révoquer oralement ou par un simple geste non équivoque.

Sales agents for publications of the Council of Europe

Agents de vente des publications du Conseil de l'Europe

BELGIUM/BELGIQUE

La Librairie Européenne -
The European Bookshop
Rue de l'Orme, 1
BE-1040 BRUXELLES
Tel.: +32 (0)2 231 04 35
Fax: +32 (0)2 735 08 60
E-mail: order@libeurop.be
<http://www.libeurop.be>

Jean De Lannoy/DL Services
Avenue du Roi 202 Koningslaan
BE-1190 BRUXELLES
Tel.: +32 (0)2 538 43 08
Fax: +32 (0)2 538 08 41
E-mail: jean.de.lannoy@dl-servi.com
<http://www.jean-de-lannoy.be>

BOSNIA AND HERZEGOVINA/ BOSNIE-HERZÉGOVINE

Robert's Plus d.o.o.
Marka Marulića 2/V
BA-71000, SARAJEVO
Tel.: + 387 33 640 818
Fax: + 387 33 640 818
E-mail: robertsplus@bih.net.ba

CANADA

Renouf Publishing Co. Ltd.
1-5369 Canotek Road
CA-OTTAWA, Ontario K1J 9J3
Tel.: +1 613 745 2665
Fax: +1 613 745 7660
Toll-Free Tel.: (866) 767-6766
E-mail: order.dept@renoufbooks.com
<http://www.renoufbooks.com>

CROATIA/CROATIE

Robert's Plus d.o.o.
Marasovičeva 67
HR-21000, SPLIT
Tel.: + 385 21 315 800, 801, 802, 803
Fax: + 385 21 315 804
E-mail: robertsplus@robertsplus.hr

CZECH REPUBLIC/ RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

Suweco CZ, s.r.o.
Klecakova 347
CZ-180 21 PRAHA 9
Tel.: +420 2 424 59 204
Fax: +420 2 848 21 646
E-mail: import@suweco.cz
<http://www.suweco.cz>

DENMARK/DANEMARK

GAD
Vimmelskæft 32
DK-1161 KØBENHAVN K
Tel.: +45 77 66 60 00
Fax: +45 77 66 60 01
E-mail: gad@gad.dk
<http://www.gad.dk>

FINLAND/FINLANDE

Akateeminen Kirjakauppa
PO Box 128
Keskuskatu 1
FI-00100 HELSINKI
Tel.: +358 (0)9 121 4430
Fax: +358 (0)9 121 4242
E-mail: akatilaus@akateeminen.com
<http://www.akateeminen.com>

FRANCE

La Documentation française
(diffusion/distribution France entière)
124, rue Henri Barbusse
FR-93308 AUBERVILLIERS CEDEX
Tél.: +33 (0)1 40 15 70 00
Fax: +33 (0)1 40 15 68 00
E-mail: commande@ladocumentationfrancaise.fr
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>

Librairie Kléber
1 rue des Francs Bourgeois
FR-67000 STRASBOURG
Tel.: +33 (0)3 88 15 78 88
Fax: +33 (0)3 88 15 78 80
E-mail: librairie-kleber@coe.int
<http://www.librairie-kleber.com>

GERMANY/ALLEMAGNE

AUSTRIA/AUTRICHE
UNO Verlag GmbH
August-Bebel-Allee 6
DE-53175 BONN
Tel.: +49 (0)228 94 90 20
Fax: +49 (0)228 94 90 222
E-mail: bestellung@uno-verlag.de
<http://www.uno-verlag.de>

GREECE/GRÈCE

Librairie Kauffmann s.a.
Stadiou 28
GR-105 64 ATHINAI
Tel.: +30 210 32 55 321
Fax.: +30 210 32 30 320
E-mail: ord@otenet.gr
<http://www.kauffmann.gr>

HUNGARY/HONGRIE

Euro Info Service
Pannónia u. 58.
PF. 1039
HU-1136 BUDAPEST
Tel.: +36 1 329 2170
Fax: +36 1 349 2053
E-mail: euoinfo@euoinfo.hu
<http://www.euoinfo.hu>

ITALY/ITALIE

Licosa SpA
Via Duca di Calabria, 1/1
IT-50125 FIRENZE
Tel.: +39 0556 483215
Fax: +39 0556 41257
E-mail: licosa@licosa.com
<http://www.licosa.com>

MEXICO/MEXIQUE

Mundi-Prensa México, S.A. De C.V.
Río PánucO, 141 Delegación Cuauhtémoc
MX-06500 MÉXICO, D.F.
Tel.: +52 (01)55 53 33 56 58
Fax: +52 (01)55 55 14 67 99
E-mail: mundiprensa@mundiprensa.com.mx
<http://www.mundiprensa.com.mx>

NETHERLANDS/PAYS-BAS

Roodveldt Import BV
Nieuwe Hemweg 50
NL-1013 CX AMSTERDAM
Tel.: +31 20 622 8035
Fax.: +31 20 625 5493
Website: www.publidis.org
Email: orders@publidis.org

NORWAY/NORVÈGE

Akademika
Postboks 84 Blindern
NO-0314 OSLO
Tel.: +47 2 218 8100
Fax: +47 2 218 8103
E-mail: support@akademika.no
<http://www.akademika.no>

POLAND/POLOGNE

Ars Polona JSC
25 Obroncow Street
PL-03-933 WARSZAWA
Tel.: +48 (0)22 509 86 00
Fax: +48 (0)22 509 86 10
E-mail: arspolona@arspolona.com.pl
<http://www.arspolona.com.pl>

PORTUGAL

Livraria Portugal
(Dias & Andrade, Lda.)
Rua do Carmo, 70
PT-1200-094 LISBOA
Tel.: +351 21 347 42 82 / 85
Fax: +351 21 347 02 64
E-mail: info@livrariaportugal.pt
<http://www.livrariaportugal.pt>

RUSSIAN FEDERATION/ FÉDÉRATION DE RUSSIE

Ves Mir
17b, Butlerova ul.
RU-117342 MOSCOW
Tel.: +7 495 739 0971
Fax: +7 495 739 0971
E-mail: orders@vesmirbooks.ru
<http://www.vesmirbooks.ru>

SPAIN/ESPAGNE

Mundi-Prensa Libros, s.a.
Castelló, 37
ES-28001 MADRID
Tel.: +34 914 36 37 00
Fax: +34 915 75 39 98
E-mail: libreria@mundiprensa.es
<http://www.mundiprensa.com>

SWITZERLAND/SUISSE

Planetis Sàrl
16 chemin des Pins
CH-1273 ARZIER
Tel.: +41 22 366 51 77
Fax: +41 22 366 51 78
E-mail: info@planetis.ch

UNITED KINGDOM/ROYAUME-UNI

The Stationery Office Ltd
PO Box 29
GB-NORWICH NR3 1GN
Tel.: +44 (0)870 600 5522
Fax: +44 (0)870 600 5533
E-mail: book.enquiries@tso.co.uk
<http://www.tsohop.co.uk>

UNITED STATES and CANADA/ ÉTATS-UNIS et CANADA

Manhattan Publishing Co
2036 Albany Post Road
USA-10520 CROTON ON HUDSON, NY
Tel.: +1 914 271 5194
Fax: +1 914 271 5886
E-mail: coe@manhattanpublishing.com
<http://www.manhattanpublishing.com>

Council of Europe Publishing/Editions du Conseil de l'Europe
FR-67075 STRASBOURG Cedex

Tel.: +33 (0)3 88 41 25 81 – Fax: +33 (0)3 88 41 39 10 – E-mail: publishing@coe.int – Website: <http://book.coe.int>

Conséquence de la tendance démographique actuelle, le nombre de personnes âgées devenues incapables de protéger leurs intérêts en raison d'une déficience ou d'une insuffisance de leurs facultés va croissant. Il existe également bien d'autres circonstances dans lesquelles la capacité d'un adulte est atteinte.

La recommandation examine à la fois les procurations permanentes et les directives anticipées, en particulier les aspects liés au contenu, à la désignation et au rôle du mandataire, à la forme, à l'entrée en vigueur, à la révocation et à l'extinction de ces pouvoirs.

Cet instrument est novateur: il traite principalement des décisions prises en privé par les personnes concernées. Selon la recommandation, l'autodétermination suppose que le mandant jouit, dans une large mesure, d'une liberté de décision quant à sa vie future.



COUNCIL
OF EUROPE CONSEIL
DE L'EUROPE

www.coe.int

Le Conseil de l'Europe regroupe aujourd'hui 47 Etats membres, soit la quasi-totalité des pays du continent européen. Son objectif est de créer un espace démocratique et juridique commun, organisé autour de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres textes de référence sur la protection de l'individu. Créé en 1949, au lendemain de la seconde guerre mondiale, le Conseil de l'Europe est le symbole historique de la réconciliation.

ISBN 978-92-871-6829-0



9 789287 168290

8€/16\$US

<http://book.coe.int>
Editions du Conseil de l'Europe