



## **PERMETTRE AUX CITOYENS DE S'ORGANISER EN CAS D'INCAPACITE**

Examen des suites données par les Etats membres du  
Conseil de l'Europe à la Recommandation CM/Rec(2009)11  
sur les principes concernant les procurations permanentes  
et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité

Rapport établi par M. Adrian D. Ward  
Consultant (Ecosse, Royaume-Uni)

au nom du Comité européen de coopération juridique (CDCJ)

Version anglaise:

*Enabling citizens to plan for incapacity -  
A review of follow-up action taken by member states of the Council of Europe  
Recommendation CM/Rec(2009)11 on principles concerning continuing  
powers of attorney and advance directives for incapacity*

Ce rapport a été commandité par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ). Il a été présenté au CDCJ durant sa 92<sup>e</sup> réunion plénière (Strasbourg, 22-24 novembre 2017) lors de laquelle le comité a approuvé la publication du rapport.

Les opinions exprimées dans le présent rapport sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les positions du Conseil de l'Europe ou de ses Etats membres.

Toute demande de reproduction ou de traduction de tout ou d'une partie de ce document doit être adressée à la Direction de la communication (F-67075 Strasbourg Cedex ou [publishing@coe.int](mailto:publishing@coe.int)). Toute autre correspondance relative à ce document doit être adressée à la Division de la coopération juridique, Direction Générale Droits de l'Homme et Etat de droit.

## **PERMETTRE AUX CITOYENS DE S'ORGANISER EN CAS D'INCAPACITE**

Examen des suites données par les Etats membres du  
Conseil de l'Europe à la Recommandation CM/Rec(2009)11  
sur les principes concernant les procurations permanentes  
et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité

Rapport établi par M. Adrian D. Ward  
Consultant (Ecosse, Royaume-Uni)

au nom du Comité européen de coopération juridique (CDCJ)

## L'AUTEUR

Adrian D. Ward, membre de l'ordre de l'Empire britannique, licencié en droit, a été nommé consultant pour procéder à l'examen de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2009)11. Il est un expert international en matière de droits relatifs aux majeurs incapables.

Au cours d'une longue carrière d'avoué écossais en exercice, il est intervenu dans nombre de grandes affaires dans ce domaine. Il n'a jamais cessé de participer aux processus de réforme du droit. On lui doit notamment les manuels classiques actuellement utilisés en Écosse sur ce sujet. L'une de ses publications internationales, *A New View*, a été publiée en six langues européennes. Il a été l'un des responsables de la réalisation de l'ouvrage intitulé *The International Protection of Adults* (Oxford University Press, 2015) et l'un de ses principaux auteurs. Plusieurs de ses articles ont fait l'objet d'une publication internationale. Il a été consultant et a donné des séminaires dans 18 pays, dont certains ont eu un retentissement régional en associant les pays voisins. Il est intervenu en tant qu'expert auprès de la Commission écossaise des lois et de l'Organisation mondiale de la santé, et dans le cadre de projets financés par l'Union européenne. Il a été président fondateur d'organisations gouvernementales et non gouvernementales fournissant des services pertinents, et préside, depuis 1989, le Sous-Comité de la santé mentale et du handicap de la *Law Society of Scotland*. Il a également collaboré à l'élaboration de projets de prestations de services en dehors du Royaume-Uni. Son œuvre a été récompensée à de nombreuses reprises.

Il a été membre du groupe de recherche de base du Projet *Three Jurisdictions*, qui a évalué le respect par les juridictions au Royaume-Uni de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Il est attaché de recherche à l'*Essex Autonomy Project* de l'Université d'Essex (Royaume-Uni) et conseiller-expert auprès du Centre sur la santé mentale et la capacité (*Centre for Mental Health and Capacity Law*) de l'Université Napier d'Édimbourg, Écosse. Durant l'élaboration du présent rapport, il a été consultant auprès de TC Young LLP, avoués à Glasgow et Édimbourg, Écosse.

## REMERCIEMENTS

L'auteur exprime sa gratitude aux membres du Bureau du Comité européen de coopération juridique « (CDCJ) » pour leurs direction et orientation sages et réfléchies; aux membres du CDCJ, et aux collègues dans les États membres qui ont participé à ce projet, pour le travail à la fois ardu et minutieux de compléter les questionnaires et la précieuse coopération ultérieure afin de répondre aux questions, pour l'examen du premier projet du présent rapport ; au Secrétariat de la Direction générale des Droits de l'Homme et de l'État de droit (« DGI ») du Conseil de l'Europe.pour sa compétence exemplaire, son orientation toujours rapide et agréable, et son travail ardu mené au travers une telle myriade de tâches qu'il est impossible même de les résumer; à ceux d'autres organisations internationales et d'ailleurs pour leur aide ; et pour TC Young LLP qui lui a apporté un généreux soutien dans ses travaux de spécialiste, en particulier la mise à disposition d'un excellent appui secretarial et éditorial. En l'absence de tout qui précède, le présent rapport n'aurait pas pu être rédigé.

## RÉSUMÉ

Partout en Europe, la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2009)11 est en cours. Les résultats obtenus à ce jour par les États membres sont dignes d'éloges. Ces derniers ont beaucoup fait et continuent de faire beaucoup pour promouvoir l'autodétermination de leurs citoyens en instaurant et en améliorant des mesures volontaires, et en encourageant leur utilisation.

Il ressort toutefois du bilan d'ensemble que l'on peut dresser pour l'Europe que la Recommandation est encore loin d'avoir produit les effets escomptés, la plupart des États membres ayant encore beaucoup à faire dans ce domaine. Ce bilan reflète par ailleurs une grande diversité de situations, depuis l'absence de procurations permanentes et/ou de directives anticipées jusqu'à l'instauration de procurations permanentes sur une série d'aspects relativement large et l'instauration de directives anticipées couvrant au moins certains aspects. La diversité s'exprime également par le fait que certains États membres se sont dotés d'une législation d'ores et déjà en vigueur et pleinement opérationnelle, tandis que d'autres ont adopté des lois qui ne sont pas encore appliquées. Dans d'autres cas, l'organe législatif est saisi d'un projet de loi en ce sens et dans d'autres encore, une proposition existe, mais l'organe législatif n'en a pas encore été saisi. Ces catégories sont illustrées dans le tableau A de l'annexe IV. Lorsque les procurations permanentes et les directives anticipées existent, les États membres se différencient quant à l'ancienneté de leur instauration et encore davantage en ce qui concerne la mesure dans laquelle – pour autant que des statistiques aient été fournies – elles sont utilisées. Les statistiques pertinentes sont présentées dans le tableau C de l'annexe IV.

Au 1<sup>er</sup> septembre 2017, neuf États membres avaient instauré dans tous les domaines des dispositions pertinentes (1) des procurations permanentes couvrant les questions économiques et financières, (2) des procurations permanentes couvrant les questions relatives à la santé et au bien-être, et les autres questions personnelles, et (3) des directives anticipées telles qu'elles sont définies dans le Principe 2.3 de la Recommandation. Ce sera chose faite dans un autre État lorsque la loi d'ores et déjà adoptée sera entrée en vigueur. Un seul État membre aura, lorsque la loi d'ores et déjà adoptée sera pleinement entrée en vigueur, mis en œuvre tous les principes identifiés comme fondamentaux dans le présent rapport.

Les questionnaires complétés, qui font l'objet de l'annexe I ou de l'annexe II au présent rapport, sont parvenus de 26 États membres. Ils ont fourni une masse d'informations, qui ont été corrélées et analysées dans le présent rapport. Ces réponses aux questionnaires (« Réponses ») reflètent le sérieux et l'enthousiasme avec lesquels les États membres analysent et traitent la problématique en question depuis quelques années. En sus des Réponses, un formulaire abrégé et des informations complémentaires de deux autres États membres ont été reçus, apportant des informations supplémentaires qui figurent dans le tableau A.

Les Principes énoncés dans la Recommandation conservent toute leur pertinence. À une époque où l'ensemble de notre continent connaît un développement dynamique, guidé par les Principes communs de la Recommandation, le présent rapport entend constituer le point de départ d'une concertation toujours plus fructueuse. Les États membres sont invités à continuer d'échanger des informations, des initiatives et des données d'expérience. Ils sont également invités à communiquer au Secrétariat de la Direction générale des Droits de l'Homme et de l'État de droit (« Secrétariat de la DGI ») des propositions de projets, conférences et autres activités conjoints.

Outre la nécessité générale de poursuivre de manière concertée la pleine mise en œuvre de la Recommandation, le présent examen a permis de dégager des conclusions particulièrement importantes dont celles ci-après :

- L'instauration de directives anticipées est moins développée que celle des procurations permanentes. On ne trouve dans aucun des pays concernés une loi qui maximiserait explicitement la portée de l'autodétermination grâce à des directives anticipées, de manière à pouvoir, concurremment avec les procurations permanentes, ouvrir au maximum l'éventail des dispositions prises pour concrétiser le principe d'autodétermination.

- Les dispositions en vigueur ne sont pas suffisamment précises pour que, conformément à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, les mandants soient, dans le cadre de l'utilisation des procurations permanentes, informés et consultés, et que leurs souhaits et préférences soient déterminés et respectés.
- À l'échelle européenne, on ne sait pas exactement comment concilier les manifestations d'autodétermination au moment où les mesures volontaires sont mises en place et les manifestations discordantes lorsque ces mesures sont ultérieurement appliquées.
- L'encouragement à l'autodétermination passe par l'existence non seulement de mesures volontaires dans la législation, mais aussi de types de documents et de procédures pleinement inclusifs pour mettre ces mesures en place; une promotion proactive de l'utilisation des mesures volontaires; et l'élimination des obstacles à leur mise en œuvre effective, tant à l'intérieur des États membres que dans des situations transfrontières. Tous ces aspects doivent être approfondis dans un grand nombre d'États membres.

Le présent rapport contient six propositions destinées à traiter les questions susvisées, ainsi que 30 suggestions (voir les paragraphes 217 à 247), dont quatre sont formulées à l'intention du Conseil de l'Europe et des États membres, et les autres à l'intention des seuls États membres. Certaines de ces suggestions complètent au moins en partie les propositions. La majorité sont autonomes.

Les propositions énoncées ci-après, et les suggestions qui figurent plus loin dans le présent rapport, émanent du consultant à partir des informations qui sont données dans le présent rapport, et de celles de sa connaissance. Ces propositions et suggestions sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les positions du CDCJ, du Conseil de l'Europe ou de ses États membres.

Les propositions sont libellées comme suit :

**PROPOSITION 1 :**

(A) – Tous les États membres devraient continuer de réexaminer et de développer en permanence les dispositions et pratiques visant à promouvoir l'autodétermination des majeurs capables en prévision de leur incapacité future par des procurations permanentes et des directives anticipées.

(B) – Ce faisant, les États membres devraient prendre en compte les moyens d'aide à la recherche de solutions aux problèmes et l'expérience pratique tels que décrits dans le présent rapport, dont les autres États peuvent les faire profiter; continuer d'échanger des informations, des initiatives et des données d'expérience; et, le cas échéant, et en liaison avec le Conseil de l'Europe, promouvoir des projets, conférences et autres activités conjoints.

**PROPOSITION 2 :**

(A) – Les États membres devraient envisager, en particulier, d'élaborer des dispositions en matière de directives anticipées, dans le cadre de la promotion générale de l'autodétermination en association avec les procurations permanentes, en tenant compte de la portée des directives anticipées, qui peuvent s'appliquer à toutes les questions relatives à la santé et au bien-être et aux autres questions personnelles, aux questions économiques et financières, ainsi que, le cas échéant, au choix d'un tuteur; et en faisant la distinction qui s'impose entre les catégories « instructions données » et « souhaits émis ».

(B) – Le Conseil de l'Europe devrait envisager de promouvoir la recherche et l'examen à l'échelon européen ainsi que la publication d'orientations ou de recommandations, en vue d'aider les États membres à mettre en œuvre la proposition 2 (A).

**PROPOSITION 3 :**

Les États membres devraient réexaminer la législation relative aux procurations permanentes de manière –

(A) Qu'en ce qui concerne tous les actes accomplis et décisions prises dans l'exercice de leurs fonctions de mandataires, ces derniers soient tenus de prendre toutes les mesures possibles pour déterminer la volonté et les préférences du mandant ou, à défaut, la meilleure interprétation de la volonté et des préférences de celui-ci.

(B) Qu'en ce qui concerne les actes qu'ils accomplissent et les décisions qu'ils prennent au nom du mandant, les mandataires soient tenus de se conformer à la volonté et aux préférences du mandant (ou à la meilleure interprétation de la volonté et des préférences de ce dernier), sauf et uniquement sauf si sont remplis des critères stricts, établis par la loi, leur permettant de ne pas le faire.

(C) Que l'obligation d'informer et de consulter en permanence le mandant consiste notamment i) à présenter au mandant, sous une forme qu'il a le plus de chances de comprendre, les informations nécessaires pour lui permettre de formuler et de communiquer sa volonté et ses préférences, ii) à apporter au mandant tout l'appui nécessaire pour qu'il puisse formuler et communiquer sa volonté et ses préférences, et iii) à tenir le mandant informé des actes accomplis et des décisions prises et appliquées.

**PROPOSITION 4 :**

Le Conseil de l'Europe devrait envisager de promouvoir la discussion et la recherche en vue d'éclaircir les aspects intéressants des situations de conflit entre, d'une part, le libellé de la procuration permanente ou de la directive anticipée et, d'autre part, la volonté et les préférences manifestes du mandant au moment où sont exercés les pouvoirs conférés par une procuration permanente ou appliquées les instructions d'une directive anticipée, ou lorsqu'il s'agit de donner suite aux souhaits exprimés dans une directive anticipée.

**PROPOSITION 5 :**

(A) – Les États membres devraient faciliter et encourager l'utilisation de procurations permanentes et de directives anticipées sous des formats utiles pour les personnes handicapées, notamment un format facile à lire, ainsi que la maximisation de l'accompagnement afin que ces personnes puissent exercer leur capacité juridique en octroyant des procurations permanentes et en établissant des directives anticipées.

(B) – Les États membres devraient faciliter et encourager l'insertion dans les procurations permanentes de dispositions relatives à la prise de décision assistée et à la codécision.

(C) – Le Conseil de l'Europe devrait élaborer et publier des orientations ou des recommandations pour aider les États membres à mettre en œuvre les propositions 5 (A) et (B).

**PROPOSITION 6 :**

Les États membres devraient :

(A) – Informer les citoyens sur les procurations permanentes et les directives anticipées, et promouvoir de manière proactive l'octroi de PP et l'établissement de directives anticipées.

(B) – Déterminer si les économies réalisées grâce à des niveaux supérieurs d'utilisation des procurations permanentes et des directives anticipées rendraient économiquement intéressant de financer cette activité d'information et de promotion et/ou de subventionner les coûts de l'octroi de procurations permanentes et de l'établissement de directives anticipées.

(C) – Examiner si toutes les mesures involontaires disponibles sont conformes aux obligations internationales en matière de droits de l'homme et si elles évitent d'entraver l'utilisation des mesures volontaires.

(D) – Examiner et surmonter tous obstacles s'opposant, en interne ou dans des situations transfrontières, à la pleine reconnaissance des procurations permanentes et des directives anticipées et à leur effectivité dans la pratique.





## TABLE DES MATIERES

<b>DÉFINITIONS ET ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>11</b>
<b>CHAPITRE I : INTRODUCTION.....</b>	<b>13</b>
<i>Historique de la Recommandation.....</i>	13
<i>La Recommandation et l'exposé des motifs.....</i>	13
<i>Motifs de l'examen et contexte plus large.....</i>	13
« Mesures volontaires ».....	15
<i>Méthodologie .....</i>	16
<i>Réponses aux questionnaires .....</i>	17
<i>Structure du rapport.....</i>	17
<i>Autres activités menées par l'auteur en lien avec sa mission .....</i>	18
<i>Note concernant la responsabilité et dates de prise d'effet.....</i>	19
<b>CHAPITRE II : EXAMEN ET COMMENTAIRE – PRINCIPES FONDAMENTAUX.....</b>	<b>20</b>
<i>Introduction .....</i>	20
<i>Encouragement à l'autodétermination .....</i>	20
<i>Procurations permanentes.....</i>	23
<i>Directives anticipées.....</i>	30
<b>CHAPITRE III : EXAMEN ET COMMENTAIRE – LES AUTRES PRINCIPES ET LES QUESTIONS CONNEXES.....</b>	<b>33</b>
<i>Introduction .....</i>	33
<i>Procurations permanentes (Partie II).....</i>	33
<i>Questions d'ordre général concernant les Principes 3 à 13 .....</i>	45
<i>Directives anticipées (Partie III).....</i>	47
<i>Questions d'ordre général concernant les Principes 14 à 17 .....</i>	48
<b>CHAPITRE IV : MISE EN ŒUVRE DANS UN CONTEXTE PLUS LARGE .....</b>	<b>50</b>
<i>Introduction .....</i>	50
<b>PARTIE A – QUESTIONS TRAITÉES DANS LES VERSIONS COMPLÈTE ET SUCCINCTE DU QUESTIONNAIRE.....</b>	<b>50</b>
« Importants problèmes transfrontières » observés .....	50
<i>Ratification de La Haye 35.....</i>	51
<i>Application aux PP des articles 22 et 23 de La Haye 35.....</i>	51
<i>Éléments nouveaux récents – Conférence de La Haye .....</i>	52
<i>Éléments nouveaux récents – Union européenne.....</i>	53
<i>Relations avec les autres mesures, parmi lesquelles la représentation de plein droit.....</i>	54
<i>Moyens d'améliorer les régimes propres aux États membres .....</i>	55
<i>Enseignements tirés de l'expérience que des États membres souhaitent partager avec les autres .....</i>	56
<i>La Recommandation a-t-elle été utile à la mise en place des régimes des États membres ?.....</i>	56
<i>Remplir le questionnaire a-t-il été utile ? .....</i>	57
<b>PARTIE B – QUESTIONS TRAITÉES UNIQUEMENT DANS LA VERSION COMPLÈTE DU QUESTIONNAIRE – PROMOTION PROACTIVE.....</b>	<b>57</b>
<b>PARTIE C – QUESTIONS TRAITÉES UNIQUEMENT DANS LA VERSION COMPLÈTE DU QUESTIONNAIRE – AUTRES QUESTIONS.....</b>	<b>60</b>
<i>Dates d'entrée en vigueur des dispositions .....</i>	60
<i>Propositions tendant à modifier le champ d'application des PP.....</i>	60
<i>Les procurations générales produisent-elles des effets permanents ? .....</i>	60
<i>Rôle des mandataires en matière de privation de liberté .....</i>	60
<i>Problèmes soulevés par la portée et les effets des pouvoirs conférés par les PP.....</i>	61
<i>Problèmes survenant en cas de désignation de comandataires.....</i>	62
<i>Les mandataires de contrôle sont-ils obligatoires ? .....</i>	63
<i>Problèmes spécifiques aux mandataires uniques .....</i>	63
<i>Etablissement ou enregistrement sur un support électronique .....</i>	63

<i>Acceptation écrite de la désignation</i> .....	64
<i>Formats faciles à lire et autres formats utiles aux personnes handicapées</i> .....	64
<i>Autres mécanismes ayant trait à la révocation</i> .....	64
<i>Bilan de la mise en œuvre pratique des révocations</i> .....	64
<i>Pouvoir de décision du mandant en ce qui concerne l'entrée en vigueur et l'évaluation de l'incapacité</i> .....	65
<i>Catégorisation des PP dans le droit</i> .....	65
<i>Éléments devant figurer dans le registre</i> .....	66
<i>Principes ou normes applicables au mandataire</i> .....	66
<i>Application des directives anticipées à d'autres questions</i> .....	67
<b>CHAPITRE V : PROPOSITIONS ET SUGGESTIONS</b> .....	<b>69</b>
<i>PROPOSITION 1</i> : .....	70
<i>PROPOSITION 2</i> : .....	70
<i>PROPOSITION 3</i> : .....	74
<i>PROPOSITION 4</i> : .....	74
<i>PROPOSITION 5</i> : .....	75
<i>PROPOSITION 6</i> : .....	77
<i>SUGGESTIONS : CONSEIL DE L'EUROPE (ET ÉTATS MEMBRES)</i> .....	77
<i>SUGGESTIONS : ÉTATS MEMBRES</i> .....	78
<b>ANNEXE I : VERSION SUCCINCTE DU QUESTIONNAIRE</b> .....	<b>82</b>
<b>ANNEXE II : VERSION COMPLÈTE DU QUESTIONNAIRE</b> .....	<b>90</b>
<b>ANNEXE III: EXTRAITS D'INSTRUMENTS INTERNATIONAUX</b> .....	<b>101</b>
<b>ANNEXE IV : TABLEAUX</b> .....	<b>104</b>
<i>TABLEAU A - Réponses reçues et classement principal</i> .....	104
<i>TABLEAU B - Langues dans lesquelles la Recommandation est disponible</i> .....	105
<i>TABLEAU C - Statistiques</i> .....	106
<i>TABLEAU D - Dates d'entrée en vigueur des dispositions</i> .....	108
<b>ANNEXE V : MESURES VOLONTAIRES</b> .....	<b>110</b>

## DÉFINITIONS ET ABRÉVIATIONS

Les définitions entre guillemets sont tirées de la Recommandation.

« <b>la Recommandation</b> » :	Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité
« <b>l'exposé des motifs</b> » :	L'exposé des motifs de la Recommandation
« <b>Annexe</b> » :	Sauf indication contraire, une Annexe au présent rapport
« <b>CDCJ</b> » :	Comité européen de coopération juridique
« <b>CDPHNU</b> » :	Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (New York, 13 décembre 2006, 2515 RTNU 3)
« <b>Chapitre</b> » :	Sauf indication contraire, un chapitre du présent rapport
« <b>CEDH</b> » :	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ou « Convention européenne des droits de l'homme »)
« <b>CJ-FA</b> » :	Comité d'experts sur le droit de la famille
« <b>Comité de l'ONU</b> » :	Comité des Nations Unies des droits des personnes handicapées
« <b>DGI</b> » :	Direction Générale des Droits de l'Homme et de l'Etat de droit du Conseil de l'Europe
« <b>Directives anticipées</b> » :	« Instructions données ou les souhaits émis par un majeur capable sur des questions que peut soulever son incapacité future »
« <b>Disposition pertinente</b> » :	Disposition législative destinée à promouvoir l'autodétermination des adultes capables à l'aide des procurations permanentes et des directives anticipées
« <b>États contractants</b> » :	États ayant ratifié La Haye 35
« <b>États non-contractants</b> » :	États n'ayant pas ratifié La Haye 35
« <b>États membres</b> » :	Sauf indication contraire, il s'agit des États membres du Conseil de l'Europe
« <b>La Haye 35</b> » :	Convention sur la protection internationale des adultes (La Haye, 13 janvier 2000, 2600 RTNU 3)
« <b>Loi de 1996</b> » (Irlande) :	Loi de 1996 sur les procurations, Irlande
« <b>Loi de 2015</b> » (Irlande) :	Loi de 2015 sur la prise de décision assistée (capacité), Irlande
« <b>Mandant</b> » :	« Personne qui donne la procuration »
« <b>Mandataire</b> » :	Personne désignée pour agir au nom du mandant
« <b>Mesures volontaires</b> » :	Procurations, directives anticipées, accords de représentation, dispositifs de prise de décision assistée, dispositifs de codécision, dispositifs de représentation en vertu desquels le représentant est

choisi par la personne représentée, et toutes autres mesures mises en place par les personnes mêmes qu'elles doivent permettre d'assister, par opposition aux mesures involontaires imposées par une cour, un tribunal, une autorité ou un autre mécanisme, y compris fonctionnant en application de la loi, et non par les personnes soumises à ces mesures elles-mêmes (voir également « Mesures volontaires » au paragraphe 13, et l'explication de l'adoption de ce terme à l'annexe V)

« ONG » :	Organisation non gouvernementale
« Paragraphe » :	Sauf indication contraire, il s'agit d'un paragraphe du présent rapport
« Procurations générales » :	Procurations/contrats de mandat non expressément conçus pour produire des effets permanents en cas d'invalidité du mandat, qui peuvent produire ou ne pas produire ces effets permanents
« Procuration permanente » « PP »:	« Mandat conféré par un majeur capable dont l'objet est de rester ou d'entrer en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant »
« Principe » (avec P majuscule) :	Sauf indication contraire, il s'agit d'un Principe de la Recommandation
« Promouvoir/promotion de la disposition pertinente » :	Au chapitre V, désigne les méthodes visant à encourager les citoyens à faire plein usage de la disposition pertinente
« Réponse » :	Réponse au questionnaire reproduite en Annexes I et II
« Représentation de plein droit » (ou représentation <i>ex lege</i> ) :	Dispositif en vertu duquel des pouvoirs analogues à ceux qui pourraient autrement découler d'une PP ou d'une ordonnance de tutelle sont conférés de plein droit le plus souvent à un membre de la famille désigné, sans autre procédure que l'établissement de l'incapacité en question
« Royaume-Uni » :	Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord
« WPOA » (Écosse) :	Procuration concernant les questions relatives au bien-être, Ecosse (paragraphe 159 à 161)

## CHAPITRE I : INTRODUCTION

### Historique de la Recommandation

1. La Recommandation No. R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables<sup>1</sup> a été et continue d'être la première recommandation adoptée par le Comité des Ministres sur le sujet. Le Principe 2.7 de cette recommandation est ainsi libellé : « *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.* » Le Principe 9.1 de cette Recommandation se lit comme suit : « *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.* »

2. À sa 36<sup>e</sup> réunion tenue en novembre 2006, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) du Conseil a décidé de créer un Groupe de travail sur les majeurs incapables (CJ-FA-GT2) pour déterminer s'il serait utile d'élaborer une convention basée sur la Recommandation n° R (99) 4. Toutefois, à sa première réunion tenue en septembre 2007, ce Groupe de travail a conclu que l'établissement de nouvelles règles contraignantes n'apporterait qu'une valeur ajoutée limitée, car leur contenu serait quasiment similaire à celui de la Recommandation n° R (99) 4, lequel conservait sa solidité, sa pertinence et son utilité, ce dont le Groupe de travail s'est félicité. À la lumière des conclusions du Groupe de travail, et à la suite de l'approbation de ces vues par le CJ-FA à sa 37<sup>e</sup> réunion tenue du 28 au 30 novembre 2007, et par le Bureau du Comité européen de coopération juridique (CDCJ) à sa 80<sup>e</sup> réunion tenue les 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 allant de janvier 2008 à juin 2009, qui prévoyait notamment d'élaborer une nouvelle Recommandation qui porterait sur la planification en prévision de l'incapacité future, à l'aide de procurations permanentes et de directives anticipées.

3. La composition du Groupe de travail a été modifiée et, sous la présidence de M. Kees Blankman (Pays-Bas) et avec la participation de M. Svend Danielsen (Danemark) en qualité de consultant, il a, en 2008, établi le texte de ce qui est devenu la Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité<sup>2</sup> (« la Recommandation » aux fins du présent rapport).

4. On trouvera des informations plus complètes sur l'historique des Recommandations n° R (99) 4 et CM/Rec(2009)11 dans l'exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec(2009)11.

### La Recommandation et l'exposé des motifs

5. La Recommandation et l'exposé des motifs ont été dûment publiés par le Conseil de l'Europe et peuvent toujours être consultés sur le site Web du Conseil<sup>3</sup>. Toutes les personnes intéressées par l'objet du présent rapport doivent les lire et s'y reporter. Le préambule de la Recommandation n'est pas reproduit ici, mais il est tout à fait important et pertinent. Le présent rapport reproduit tous les Principes de la Recommandation CM/Rec(2009)11, mais pas sous la forme d'un texte suivi. Chacune des définitions présentées au Principe 2 est reproduite, par ordre alphabétique, au début de la section « Définitions et abréviations » (pages 11-12). Tous les autres Principes apparaissent, cumulativement, dans le texte des chapitres II et III.

### Motifs de l'examen et contexte plus large

6. L'importance de la Recommandation CM/Rec(2009)11 transparaît dans son préambule et dans l'exposé des motifs qui l'accompagne. Les PP appuient fermement les principes d'autonomie et

<sup>1</sup> Adoptée par le Comité des Ministres le 23 février 1999 à la 660<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres.

<sup>2</sup> Adoptée par le Comité des Ministres le 9 décembre 2009 à la 1073<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres.

<sup>3</sup> <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168070965f>

d'autodétermination. Elles le font en permettant aux intéressés de déterminer par eux-mêmes qui doit agir et prendre des décisions en leur nom, en disposant de quels pouvoirs et sous réserve de quels contrôles, pour le cas où leur propre capacité d'agir et de prendre des décisions concernant telle ou telle question diminuerait. Elles permettent également aux personnes handicapées de déterminer qui doit agir et décider pour elles en ce qui concerne les questions qui excèdent les bornes de leur capacité, si tant est qu'elles soient en mesure de choisir la personne en question<sup>4</sup>. Les directives anticipées permettent aux intéressés de prendre, en prévision de leur application lorsqu'ils seront devenus incapables, des décisions qui seraient dûment fondées s'ils avaient conservé leur capacité. En conséquence, les deux types d'instrument contribuent à réduire les désavantages discriminatoires qui, sans eux, risqueraient de découler de la diminution de la capacité.

7. La Recommandation CM/Rec(2009)11 a innové en ce que, lorsqu'elle a été publiée, le développement et l'utilisation de ces mesures volontaires en Europe restait inégal et variable. Les PP étaient inconnues dans certains pays. Dans beaucoup d'autres, les dispositions législatives étaient très récentes et l'expérience pratique très réduite. Comme l'indique le préambule de la Recommandation, il existait des disparités considérables entre les États membres. Cela étant, dans tous les pays qui avaient instauré ces mesures, celles-ci étaient de plus en plus utilisées par des personnes séduites par la possibilité de mettre en place les dispositions qui avaient leur préférence en la matière. Là où l'utilisation de ces mesures volontaires allait croissant, on observait également une prise de conscience des risques et d'autres problèmes.

8. En 2014, l'auteur, en sa qualité d'ancien membre du Groupe de travail qui avait élaboré la Recommandation CM/Rec(2009)11, a été invité à soumettre au CDCJ des propositions concernant un examen de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2009)11. Les propositions qu'il a présentées en août 2014 portaient notamment sur les aspects évoqués dans les deux paragraphes précédents. Il y faisait observer que, dans ce contexte, un examen de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2009)11 dans l'année ou les deux années à venir serait à la fois pertinent et utile pour établir dans quelle mesure les aspirations de la Recommandation ont été concrétisés, y compris celles concernant le renforcement d'une application effective des principes d'autonomie, d'autodétermination et de non-discrimination, au profit des citoyens des États membres. Il a également indiqué que la Recommandation CM/Rec(2009)11 semblait avoir réussi jusqu'à un certain point à attiser l'intérêt pour les mesures volontaires et pour leur développement, et à encourager l'examen de questions connexes. L'un des avantages significatifs d'un réexamen est qu'il permettrait (a) de vérifier, d'analyser et de quantifier objectivement cette impression, (b) d'aider à coordonner et à stimuler encore davantage ces tendances, et (c) de partager les fruits tirés de cette expérience depuis 2009 et les leçons tirées au niveau national, ainsi que celles pouvant être tirées collectivement.

9. Toujours en 2014, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a formulé à l'intention des États membres la Recommandation CM/Rec(2014)2 sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées. La Recommandation CM/Rec(2014)2 couvre les questions touchant la non-discrimination, la protection contre la violence et les abus, la protection sociale et l'emploi, ainsi qu'une série de principes relatifs à la santé et aux soins, et l'administration de la justice. Elle souligne en particulier l'importance de la dignité personnelle, de l'autodétermination, de l'autonomie, du droit de bénéficier d'un accompagnement adapté et du droit de prévenir les conséquences d'une incapacité future. En vertu du Principe 9 de la Recommandation CM/Rec(2014)2, « *Les personnes âgées ont droit au respect de leur dignité. Elles ont le droit de mener leur vie de façon indépendante, autodéterminée et autonome. Cela englobe, entre autres, la prise de décisions indépendantes sur toutes les questions qui les concernent, notamment à propos de leur patrimoine, de leurs revenus, de leurs finances, de leur lieu de résidence, de leur santé, du choix d'un traitement médical ou d'autres soins, ainsi que des instructions pour leurs obsèques. Toute limitation à ce principe devrait être proportionnée à la situation de la personne concernée et assortie de mesures de sauvegarde appropriées et effectives afin de prévenir les abus et la discrimination.* » Le Principe 13 est ainsi libellé : « *Les personnes âgées ont le droit à une assistance appropriée dans la prise de leurs décisions et dans l'exercice de leur capacité juridique lorsqu'elles en ressentent le besoin, y compris par la désignation d'un tiers de leur choix et de confiance pour les aider dans leurs décisions. Ce tiers désigné devrait aider la personne âgée à sa demande et conformément à sa volonté et à ses préférences.* » Le Principe 14 se lit comme suit : « *Les États membres devraient adopter une*

<sup>4</sup> Voir le paragraphe 15 de l'exposé des motifs.

*législation permettant aux personnes âgées de régler leurs affaires dans l'éventualité où elles seraient incapables d'exprimer leurs instructions à un stade ultérieur. »*

10. De son côté, le Comité des droits des personnes handicapées a, en 2014, publié son observation générale n° 1 (2014) intitulée « Article 12 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité ». Cette observation générale a vivement préconisé de donner la priorité non plus aux mesures involontaires, mais aux mesures volontaires. De fait, le Comité a rédigé comme suit le paragraphe 7 de son observation générale : « *Depuis toujours, les personnes handicapées sont privées de leur droit à la capacité juridique dans de nombreux domaines de manière discriminatoire dans le cadre de systèmes de prise de décisions substitutive comme la tutelle, la curatelle et les lois relatives à la santé mentale qui permettent le traitement forcé. Ces pratiques doivent être abolies afin que les personnes handicapées retrouvent une pleine capacité juridique, sur la base de l'égalité avec les autres.* » L'article 12 de la CDPHNU est reproduit dans l'annexe III au présent rapport. Le statut et la teneur des vues exprimées par le Comité de l'ONU ont soulevé des questions et suscité des débats<sup>5</sup> qui n'ont qu'une pertinence limitée pour le présent rapport car ils ne portent pas spécifiquement sur les PP et les directives anticipées. On se reportera néanmoins aux paragraphes 198 à 206 plus loin.

11. Dans un contexte élargi, les propositions soumises par l'auteur au CDCJ préconisaient d'étudier avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé la possibilité de mener en parallèle un examen de La Haye 35. L'expérience avait fait apparaître des difficultés particulières – et fâcheuses – dans l'utilisation transfrontières des PP, que le Conseil de l'Europe aurait manifestement intérêt à résoudre. Il a été noté que tous les États qui avaient jusqu'alors ratifié cette Convention de La Haye étaient des États européens.

12. À sa 96<sup>e</sup> réunion tenue en septembre 2014, le Bureau du CDCJ a examiné la proposition qu'il avait reçue de l'auteur et décidé de recommander à la réunion plénière qui devait suivre de faire procéder à un examen de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2009)11. Le CDCJ a accepté cette recommandation à sa 89<sup>e</sup> réunion plénière tenue en octobre 2014. Par la suite, le Comité des Ministres a décidé d'inscrire l'examen de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2009)11 parmi les activités du CDCJ en 2016-2017.

### **« Mesures volontaires »**

13. S'appuyant sur la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, le Comité des droits des personnes handicapées s'emploie de plus en plus à encourager l'utilisation de ce que le présent rapport appelle les « mesures volontaires ». Comme l'explique la section du présent rapport consacrée aux définitions et abréviations, ce terme englobe les PP et les directives anticipées. Il couvre la création par des personnes atteintes de déficiences intellectuelles, bénéficiant le cas échéant d'une assistance, de PP à effet immédiat et de directives anticipées. Il couvre également d'autres méthodes toutes récentes, telles que celles qui sont décrites dans la définition des « mesures volontaires » à la page 11. L'alternative est la suivante : soit on utilise ces mesures volontaires, soit des mesures susceptibles - au moins dans une certaine mesure - d'être involontaires sont imposées par un tribunal ou une autre autorité, ou par l'effet de la loi<sup>6</sup>. Le recours aux mesures involontaires est vivement déconseillé par le Comité de l'ONU. Le thème sous-jacent du présent rapport est la promotion à l'échelle européenne de l'autodétermination de tous les citoyens du continent, en encourageant l'accomplissement de progrès constants dans la mise en place et l'utilisation de mesures volontaires. Pour une explication plus détaillée de l'évolution de la

<sup>5</sup> Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 26 juillet 2016 (1 BvL 8/15). Une déclaration du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe en date du 24 août 2017 est davantage en phase avec les vues du Comité de l'ONU, mais ne mentionne pas la Recommandation ni les observations sur son objet. La Recommandation représente, et demeure, la position du Comité des Ministres quant à l'objet de la Recommandation.

<sup>6</sup> La qualification des mesures comme « involontaires » doit toutefois être de plus en plus souvent modifiée en fonction d'éléments relevant d'une approche volontaire, comme dans le cas de la disposition en vigueur en Allemagne selon laquelle un « *Betreuer* » (tuteur) ne peut pas être désigné contre la « libre volonté » de l'adulte; des dispositions concernant le choix de la personne pouvant être désignée comme tuteur (voir le Principe 14 qui définit la portée des directives anticipées); et des dispositions en vigueur dans certains pays (comme l'Allemagne et le Royaume-Uni (Écosse)) en vertu desquelles les personnes peuvent engager une procédure de désignation de leur tuteur.

terminologie (« mesures anticipées », puis « mesures autonomes », et désormais « mesures volontaires »), voir l'annexe V au présent rapport.

## Méthodologie

14. En janvier 2016, l'auteur a été chargé par le CDCJ d'examiner les suites données par les États membres du Conseil de l'Europe à la Recommandation CM/Rec(2009)11. Il était prévu que l'examen décrive les mesures prises par les États membres et détermine jusqu'à quel point ces mesures concrétisaient effectivement les Principes de la Recommandation CM/Rec(2009)11, s'agissant en particulier de l'autonomie, de l'autodétermination et de la non-discrimination, avant d'évaluer les bénéfices concrets que pourraient tirer les intéressés de ces mesures. L'examen devait également présenter des propositions concernant la suite à donner par le Conseil ou ses États membres; et l'auteur devait, selon que de besoin, mentionner les travaux réalisés dans le domaine couvert par l'examen par l'Union européenne et les organisations internationales, notamment la Conférence de La Haye de droit international privé. Le contrat passé avec l'auteur en janvier 2016 couvrait l'année civile 2016. Par la suite, un contrat similaire a été conclu avec l'auteur pour l'année civile 2017.

15. Tout en collaborant avec le Secrétariat de la DGI, l'auteur a coopéré étroitement avec le Bureau du CDCJ et profité des utiles orientations que lui ont fournies le Secrétariat et le Bureau, ainsi que de l'assistance pratique que lui a fournie sans compter le Secrétariat de la DGI. Il avait été convenu que l'auteur rassemblerait l'information nécessaire auprès des États membres afin d'établir son rapport en préparant des questionnaires à l'intention de ces derniers. Le contenu des questionnaires a été arrêté en consultation avec le Secrétariat de la DGI et le Bureau du CDCJ. Une « version complète du questionnaire » a été établie telle que reproduite à l'annexe II au présent rapport. Il a été reconnu que les ressources dont les États membres disposaient à cette fin seraient fortement sollicitées par la nécessité de remplir la version complète du questionnaire. Une version succincte du questionnaire, qui est reproduite à l'annexe I au présent rapport, a également été établie. Les deux versions ont été distribuées à chaque État membre. Il a été convenu que les Réponses aux questionnaires devraient être transmises au Secrétariat de la DGI au plus tard le 30 septembre 2016. En fait, ce dernier a continué de recevoir des Réponses<sup>7</sup> après cette date, la dernière étant parvenue à l'auteur et au Secrétariat de la DGI le 16 janvier 2017. Après avoir examiné les Réponses, l'auteur a eu des questions à poser à certains États membres, qui ont été transmises aux États concernés par le Secrétariat de la DGI, lequel a ensuite communiqué leurs réponses à l'auteur. Celui-ci a classé les Réponses reçues aux deux questionnaires dans des documents de travail, avant de rédiger les parties correspondantes d'un avant-projet du présent rapport à partir de ces documents de travail.

16. Par ailleurs, et conformément à son mandat, l'auteur a mentionné les travaux de l'Union européenne et des organisations internationales, et les résultats ont été insérés en tant que de besoin dans le présent rapport. Il tient en particulier à exprimer sa gratitude au Bureau permanent de la Conférence de La Haye pour la générosité dont il a fait preuve à son égard en coopérant avec lui au traitement de sujets de préoccupation commune et en lui apportant une assistance dans ce domaine, et en lui fournissant des informations et des observations précieuses, dont il est rendu compte aux paragraphes 122 à 124 du présent rapport.

17. Le Bureau du CDCJ a examiné un projet de rapport préliminaire incomplet à sa 101<sup>e</sup> réunion, tenue les 9 et 10 mars 2017. Un premier projet de rapport, en français et en anglais, a été adressé le 2 juin 2017 à tous les États membres, qui étaient priés de soumettre leurs observations au Secrétariat de la DGI au plus tard le 30 juin 2017. Le 2 juin 2017 également, un « formulaire abrégé » a été adressé aux États membres dont les Réponses n'avaient pas été reçues. Le formulaire abrégé a été conçu pour recueillir les informations de base nécessaires à l'élaboration du tableau A figurant à l'Annexe IV. A un stade avancé de la finalisation du présent rapport, des informations ont été reçues de l'Italie au sujet de l'adoption d'une loi le 14 décembre 2017. Cette information a été incluse. Les États membres ont été priés de formuler des observations sur le premier projet de rapport et (le cas échéant) de retourner les formulaires abrégés dûment remplis au plus tard le 30 juin 2017. Par la suite, l'auteur a posé à certains États membres, là encore par l'intermédiaire du Secrétariat de la DGI, des questions suscitées par les réponses de ces États membres, questions auxquelles il a dûment été répondu. Toutes les observations et informations ainsi fournies ont été prises en compte dans

---

<sup>7</sup> Voir les définitions à la page 12.



l'établissement du projet final de rapport qui a été envoyé à tous les Etats membres le 27 octobre 2017 et examiné lors de la 92<sup>e</sup> réunion plénière du CDCJ les 22-24 novembre 2017. Certains Etats membres ont soumis des commentaires sur le projet final avant, pendant et après cette réunion. Lors de cette réunion, un délai a été consenti jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 2017 pour la soumission d'éventuels autres commentaires. Le présent rapport comprend en fait les informations reçues par le Secrétariat de la DGI jusqu'au 18 décembre 2017. Cette réunion a également convenu d'un certain nombre d'adaptations au projet final ; accordé à l'auteur un délai jusqu'au 31 décembre 2017 pour effectuer ces adaptations, inclure les informations additionnelles reçues, et procéder à une nouvelle révision éditoriale<sup>8</sup> et, sous réserve que l'auteur ait accompli son mandat de la sorte, a accepté et adopté le présent rapport, et autorisé sa publication; Concernant les propositions et suggestions figurant au chapitre V, leur adoption a fait l'objet de la clarification qui apparaît **en gras** dans le premier paragraphe de ce chapitre V (paragraphe 191).

## Réponses aux questionnaires

18. Les tableaux A et B de l'annexe IV indiquent les réponses reçues; s'il s'agissait de réponses à la version complète ou à la version succincte du questionnaire, ou au formulaire abrégé; la langue dans laquelle la réponse a été rédigée; les langues dans lesquelles la Recommandation est disponible; et une catégorisation principale de la conformité au Principe 1.1 : « *Les États devraient encourager l'autodétermination des majeurs capables en prévision de leur éventuelle incapacité future par des procurations permanentes et des directives anticipées* ». Dans le cas des PP, les catégorisations du Principe 3 sont également appliquées dans le tableau A, sauf en ce qui concerne les aspects exclus, qui sont traités aux paragraphes 68 et 69<sup>9</sup>. **Il importe de noter que toutes les mentions de nombres et d'identités des États membres<sup>10</sup> auxquels l'ensemble du présent rapport s'applique ne se rapportent qu'aux États qui ont répondu au sujet de cet aspect spécifique.**

## Structure du rapport

19. Aux fins du présent rapport, certains des Principes de la Recommandation ont été classés comme fondamentaux. Il s'agit des Principes rédigés dans le style d'une directive. Ainsi, le Principe 5.1 recommande-t-il de présenter les PP sous forme écrite. Si la législation d'un État membre exige que les PP se présentent sous forme écrite, l'État concerné a, à cet égard, mis en œuvre la Recommandation. En l'absence d'une telle prescription, un État membre n'a pas, à cet égard, mis en œuvre la Recommandation. Le chapitre II présente les informations provenant des États membres qui se rapportent directement à la mise en œuvre des Principes fondamentaux. L'information présentée concerne les différents Principes, les éléments de Principes ou les groupes de Principes qui sont classés comme fondamentaux et apparaissent dans des encadrés.

20. À titre d'exemple de Principe qui n'est pas fondamental, on mentionnera le Principe 5.3, qui recommande aux États membres d'examiner quels autres dispositions et mécanismes pourraient être mis en place pour garantir la validité du document (la procuration permanente). On pourrait naturellement dire que le Principe 5.3 (et les autres Principes libellés en termes analogues) a été mis en œuvre si un État membre s'est penché sur la question, même si – après l'avoir fait – il n'a pris aucune mesure. Dans la pratique, ce qui compte, c'est le point de savoir si (dans le cas du Principe 5.3), ces autres dispositions et mécanismes ont été mis en place et, dans l'affirmative, de savoir de quoi il s'agit. Le chapitre III présente, dans la même optique que pour le chapitre II, des informations fournies par les États membres concernant les mesures prises en application de tous les Principes

<sup>8</sup> Le document qui est entré dans le domaine public en Irlande le 8 décembre 2017 est mentionné en note de bas de page n° 111 (paragraphe 166). Il a été tenu compte de la loi adoptée en Italie le 18 décembre 2017.

<sup>9</sup> Le Principe 3 est ainsi libellé : « Les États 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 ».

<sup>10</sup> Le Royaume-Uni est le seul Etat membre dont les Réponses proviennent de deux ressorts. Dans les questions pertinentes par rapport au présent rapport, le système de droit coutumier (*common law*) en Angleterre & Pays de Galles, et le système de droit civil en Ecosse, sont substantiellement différents et méritent d'être traités séparément. Ils sont identifiés séparément comme « Royaume-Uni - Angleterre & Pays de Galles » et « Royaume-Uni - Ecosse », mais le Royaume-Uni est un État membre et les références générales, comme ici, aux États membres le traitent comme tel. Toutes les références sans autre précision aux Etats membres incluent, dans le cas du Royaume-Uni, ces deux ressorts.

autres que les Principes fondamentaux et différentes questions liées à chacun de ces Principes non fondamentaux.

21. Comme l'énonce le Principe 1.1, la Recommandation a principalement pour objet d'«encourager l'autodétermination des majeurs capables en prévision de leur éventuelle incapacité future». Pour pouvoir déterminer dans quelle mesure ce but principal avait été atteint dans les différents pays européens, il a fallu examiner et évaluer d'autres aspects allant au-delà de l'examen et de l'évaluation au regard de chacun des Principes de la Recommandation auxquels sont consacrés les chapitres II et III. Certains de ces autres aspects ont été traités à la fois dans les versions succincte et complète des questionnaires et d'autres uniquement dans la version complète. Les aspects traités dans les deux versions sont couverts par la partie A du chapitre IV. Les aspects traités uniquement dans la version complète sont couverts par les parties B et C. La partie B est entièrement consacrée au thème important de la promotion proactive. La partie C porte sur tous les autres aspects traités uniquement dans la version complète du questionnaire.

22. Le chapitre V présente les propositions et suggestions de l'auteur. L'annexe I reproduit la version succincte du questionnaire. L'annexe II reproduit la version complète du questionnaire. L'annexe III reproduit certaines dispositions des instruments internationaux applicables, qui figuraient également dans les questionnaires. L'annexe IV contient des tableaux et des statistiques. Le tableau A récapitule, État par État, les mesures pertinentes qui ont été mises en place dans chacun des États ou qui se trouvent à diverses phases du processus devant aboutir à cette mise en place. Le tableau B indique les langues dans lesquelles la Recommandation est disponible. Le tableau C reproduit les statistiques fournies par chaque État membre et le tableau D énumère les dates auxquelles les dispositions législatives pertinentes sont entrées en vigueur.

### **Autres activités menées par l'auteur en lien avec sa mission**

23. Outre les activités principales incluses dans son mandat et résumées aux paragraphes 14-17, l'auteur a eu, durant la période pendant laquelle il a exercé ses fonctions, d'autres occasions d'accroître les informations et données d'expérience à partir desquelles le présent rapport a été établi, de communiquer avec les responsables concernés dans les États membres et les autres, et de faire connaître et de promouvoir les dimensions pertinentes de l'activité du Conseil de l'Europe, y compris, en particulier, en ce qui concerne la Recommandation et le présent examen de la mise en œuvre de celle-ci.

24. Ces occasions ont été procurées à l'auteur par différentes réunions, conférences et autres activités. Parmi les rencontres à caractère international, on mentionnera une intervention devant le British Institute of International and Comparative Law à Londres, le 11 février 2016<sup>11</sup>; la participation à une réunion de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen tenue à Bruxelles le 14 février 2016; une intervention lors d'une réunion du Comité des droits des personnes handicapées tenue à Genève le 31 mars 2016 (suivie d'autres entretiens avec différents membres de ce Comité); la participation à l'événement final du Projet *Three Jurisdictions* à l'Institute for Government de Londres, le 12 mai 2016; la participation à l'examen de la Déclaration de Yokohama à Göttingen, les 11 et 12 août 2016; des discours liminaires à la Conférence européenne sur les personnes âgées (Amsterdam, 12 septembre 2016), au Congrès mondial sur la tutelle des majeurs (Erkner, près de Berlin, 14 septembre 2016<sup>12</sup>) et, au nom du Conseil de l'Europe, à la Conférence d'Alzheimer Europe à Copenhague (31 octobre – 2 novembre 2016); conférencier invité à la « Semaine de Kiel », Université de Kiel, 21 juin 2017; et participation en tant qu'orateur principal à la Conférence de la Société Internationale de droit de la famille (Amsterdam, 26-28 juillet 2017)<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Rencontre à laquelle a également participé le premier secrétaire du Bureau permanent de la Conférence de La Haye, avec qui l'auteur a eu d'autres entretiens, comme indiqué aux paragraphes 16 et 122 - 124.

<sup>12</sup> L'auteur a également animé au Congrès, le 15 septembre 2016, une séance de travail à l'intention des juges et d'autres décideurs.

<sup>13</sup> A également animé une séance de cette conférence lors de laquelle différents chercheurs internationaux ont présenté des exposés sur des questions se rapportant aux PP.

## Note concernant la responsabilité et dates de prise d'effet

25. Les informations contenues dans le présent rapport se bornent, conformément à son objet, à alimenter un examen comparatif de la mise en œuvre de la Recommandation en présentant les données d'où sont issues les propositions et suggestions qui font l'objet du chapitre V. Les sources d'information réunies par l'auteur sont les Réponses et les autres sources identifiées. Lorsque des États membres ont été regroupés pour avoir fourni des réponses similaires sur tel ou tel point, ces réponses ont été considérées comme suffisamment proches pour justifier ce regroupement aux fins du présent rapport, mais il y a lieu de présumer que, même à l'intérieur de ces groupes, les dispositions législatives et les exigences de la pratique peuvent être différentes. Le présent rapport ne prétend pas fournir et ne fournit pas de conseils juridiques pouvant être considérés comme fiables en ce qui concerne les exigences du droit et de la pratique dans tel ou tel État membre. De surcroît, si l'on excepte les cas isolés de citation directe des Réponses, le présent rapport ne reproduit pas in extenso les informations fournies par les États membres. Au lieu de cela, il exploite les informations recueillies en les modulant en fonction des besoins de l'exposé comparatif. Concernant le statut des propositions et suggestions figurant au chapitre V, voir le paragraphe 191.

26. À la différence d'un manuel de droit, le présent rapport ne précise pas la date à laquelle la loi pertinente est indiquée. Dans le cas des Réponses, on peut présumer (mais non garantir) qu'il s'agit de la date à laquelle chaque réponse a été préparée, avant d'être soumise à l'une des dates indiquées au paragraphe 15, sous réserve de toute information supplémentaire pertinente ou actualisation effectuée au cours des périodes mentionnées au paragraphe 17. Cette actualisation concernait certains aspects, sans aucunement prétendre à l'exhaustivité. Certains éléments d'information supplémentaires reçus par le Secrétariat de la DGI jusqu'au 18 décembre 2017 ont été incorporés. On mesure à quel point l'objet du présent rapport continue d'évoluer au fait que, dans le court laps de temps écoulé entre le 1<sup>er</sup> juin et le 1<sup>er</sup> septembre 2017, trois régimes juridiques prévoyant des PP<sup>14</sup> sont entrés en vigueur en Europe. Il convient également de noter que, malgré le fait que l'Italie n'a pas soumis de réponses à un questionnaire ou à un formulaire abrégé, l'Italie a signalé l'adoption d'une législation PP concernant les questions relatives à la santé. On n'a pas incorporé les processus d'examen engagés dans différents États membres, lesquels pourront, le moment venu, aboutir à modifier les dispositions pertinentes actuellement en vigueur.

---

<sup>14</sup> Au Danemark, en République de Moldova et en Suède.

## CHAPITRE II : EXAMEN ET COMMENTAIRE – PRINCIPES FONDAMENTAUX

### Introduction

27. Le présent chapitre expose et commente les réponses des États membres aux questions posées dans les questionnaires élaborés en rapport avec une évaluation de la mise en œuvre des Principes, et de certains paragraphes des Principes, classés comme « fondamentaux » aux fins du présent examen. Pour une explication du terme « Principes fondamentaux », on se reportera au paragraphe 19.

### Encouragement à l'autodétermination

#### Principe 1 – Encouragement à l'autodétermination

**1. Les États 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 États devraient envisager que ces mesures aient priorité sur les autres mesures de protection.**

#### Principe 3 – Contenu (procurations permanentes)

**Les États 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 14 – Contenu (directives anticipées)

**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.**

28. Ces Principes sont considérés ensemble. À première vue, et selon une interprétation restrictive de ces principes, on pourrait considérer que seul le Principe 1.1 est « fondamental ». D'une manière encore plus restrictive, on pourrait penser que la mise en œuvre serait chose faite dans un État membre même si sa législation ne prévoyait que des formes très limitées de PP et de directives anticipées. Toutefois, la structure en deux parties du Principe 1.1 est importante. Il y est recommandé aux États membres d'encourager l'autodétermination des majeurs capables en prévision de leur éventuelle incapacité future. Ils devraient pour cela mettre en place des PP et des directives anticipées. Le verbe le plus important de ce premier Principe est « encourager ». Sa signification va au-delà d'une mise en place par le biais d'une disposition législative. Le présent examen de la mise en œuvre de la Recommandation doit prendre en considération non seulement l'existence des PP et des directives anticipées dans les États membres, mais aussi le degré d'autodétermination effective qu'elles procurent et la mesure dans laquelle leur utilisation a été encouragée. À cette fin, la présente section regroupe les Principes 1, 3 et 14; et examine les informations tirées du classement principal des réponses figurant dans le tableau A de l'annexe IV, les statistiques du tableau C de l'annexe IV et certaines informations tirées des réponses non classées ailleurs. La promotion proactive auprès du grand public est traitée dans la partie B du chapitre IV.

29. Le tableau général que les sources susmentionnées permettent de brosser est empreint de diversité. Cette diversité va de l'inexistence des PP et/ou des directives anticipées à la mise en place de PP sur une série d'aspects relativement large et (compte tenu de la réserve énoncée au paragraphe 35 plus loin) à l'instauration de directives anticipées couvrant un nombre d'aspects relativement important. La diversité tient aussi au fait que certains États membres se sont dotés d'une législation d'ores et déjà en vigueur et pleinement opérationnelle, tandis que d'autres ont adopté des lois qui ne sont pas encore appliquées. Dans d'autres cas, l'organe législatif est saisi d'un projet de loi en ce sens et dans d'autres encore, une proposition existe, mais l'organe législatif n'en a pas encore

été saisi. Ces catégories sont illustrées dans le tableau A de l'annexe IV. Dans deux États membres<sup>15</sup>, aucune loi ne prévoit expressément des PP, mais elles n'en ont pas moins été mises en place dans le cadre de la législation en vigueur.

30. Un nombre restreint d'États membres<sup>16</sup> envisagent de mettre en place des régimes juridiques prévoyant des PP, mais présentent des situations, dans une large mesure non réglementées, dans lesquelles des procurations générales demeurent en vigueur une fois que les capacités du mandant ont diminué. Lorsqu'une réponse ne tient pas compte de l'existence de telles procurations qui, sans être réglementées, pourraient être classées comme des PP, et n'a décrit qu'un régime juridique futur, le présent rapport fait de même.

31. Naturellement, la diversité s'exprime dans le caractère des dispositions pouvant remplir ou ne pas remplir les conditions requises pour figurer dans les encadrés du tableau A. Même si l'on adopte une approche téléologique, la catégorisation doit, dans certains cas, être une affaire d'appréciation, et il est admis qu'en la matière, les appréciations elles-mêmes peuvent varier. C'est ainsi qu'une appréciation a été portée, qui pourrait être contestée, selon laquelle les instructions données au mandataire dans une PP ne doivent pas être classées comme une directive anticipée. De ce fait, les États, comme les Pays-Bas, où seules ces instructions peuvent être données et où les directives anticipées n'existent pas en tant qu'instrument distinct, n'ont pas été classés comme ayant institué des directives anticipées.

32. En particulier, la catégorisation de la disposition existant en Roumanie a été affaire d'appréciation, mais a été grandement facilitée par l'explication complète et rigoureuse fournie par la Réponse de ce pays. De prime abord, tout ce qui existe en Roumanie, c'est la possibilité de désigner des tuteurs et des administrateurs, qui ne peuvent l'être que par un tribunal. De manière générale, la législation roumaine ne reconnaît pas la représentation contractuelle par le biais d'une PP. Une procuration générale prend fin en cas d'invalidité du mandant, à l'exception du cas où le document a pour objet l'accomplissement d'actes successifs s'inscrivant dans le cadre d'une activité en cours, l'activité pouvant alors se poursuivre jusqu'à ce qu'elle soit menée à son terme. Toutefois, la désignation d'un tuteur ou d'un administrateur (qui n'a d'ailleurs pas toujours de caractère obligatoire pour le tribunal) peut donner lieu à un document unilatéral ou à un accord bilatéral conclu avec le(s) personne(s) désignée(s). De plus, dans le cas des administrateurs, le document bilatéral peut spécifier les pouvoirs à conférer. Aux fins du présent rapport, ce mode de désignation en usage en Roumanie est donc considéré comme relevant marginalement de la définition de la PP donnée dans le Principe 2, le rôle du tribunal se situant dans le champ d'application des Principes 4.3 et 7. Cela étant, la Roumanie doit être considérée comme un exemple de limite inférieure de la marge d'autodétermination qu'une mesure que l'on peut classer comme une PP<sup>17</sup> peut atteindre au regard du Principe 1.1. Le principe d'autodétermination est dans une certaine mesure limité dans tout contexte où l'entrée en vigueur d'une PP peut être refusée par un tribunal ou une autre autorité.

33. Lorsque les PP et les directives anticipées existent, les États membres se différencient quant à l'ancienneté de leur instauration et, très nettement, quant à la mesure dans laquelle – pour autant que des statistiques aient été fournies – elles sont utilisées. Les statistiques correspondantes sont présentées dans le tableau C de l'annexe IV<sup>18</sup>.

34. Les PP concernant les questions économiques et financières, ainsi que les questions relatives à la santé et au bien-être et les autres questions personnelles existent dans 16 États membres<sup>19</sup>. Les deux formulaires de PP sont disponibles en Suisse, mis à part le fait que pour les questions personnelles, les PP ne peuvent concerner que les questions relatives aux soins de santé encore qu'un aidant puisse être nommé pour les autres questions relatives au bien-être. À l'inverse, dans deux États membres (Irlande et Suède), les questions relatives aux soins de santé sont exclues

<sup>15</sup> Pays-Bas et Turquie.

<sup>16</sup> Par exemple, le Danemark avant l'entrée en vigueur de ses nouvelles dispositions le 1<sup>er</sup> septembre 2017.

<sup>17</sup> C'est là, en dernière analyse, une limite plutôt arbitraire, dont on pourrait dire qu'elle ne présente guère plus qu'un intérêt terminologique : voir, par exemple, la situation au regard des directives anticipées en Lituanie décrite au paragraphe 190.

<sup>18</sup> Les dates d'entrée en vigueur de certains régimes sont indiquées dans le tableau D.

<sup>19</sup> Arménie, Autriche, Chypre, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Lettonie, Pays-Bas, Norvège, Suède, Turquie et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

et seules les questions relatives au bien-être et les autres questions personnelles peuvent être couvertes; en Irlande, une disposition législative a cependant été adoptée pour couvrir également les questions relatives aux soins de santé, mais elle n'est pas encore entrée en vigueur. Une loi qui prévoirait des PP concernant les questions économiques et financières ainsi que les questions relatives à la santé et au bien-être, et les autres questions personnelles fait l'objet d'une proposition de loi mais n'a pas encore été déposée devant l'organe législatif dans deux États membres<sup>20</sup>. Des PP concernant uniquement les questions économiques et financières sont disponibles dans deux États membres<sup>21</sup>. Des PP concernant uniquement les questions relatives aux soins de santé sont disponibles dans un État membre<sup>22</sup> et ont fait l'objet d'une législation dans un État membre<sup>23</sup>. Les PP ne sont ni disponibles ni proposées dans cinq États membres<sup>24</sup>.

35. Quant aux directives anticipées, une remarque préliminaire s'impose. Selon une interprétation raisonnable du Principe 1.1, les États membres devraient développer au maximum le dispositif global concourant à l'autodétermination en combinant deux méthodes, à savoir les arrangements bilatéraux en vertu desquels un mandataire est désigné et les arrangements unilatéraux consistant à établir une directive anticipée. Les instructions et les souhaits énoncés dans une PP s'adressent au mandataire, qui est chargé de les mettre en œuvre. Les instructions et les souhaits énoncés dans une directive anticipée s'appliquent directement en tant que « voix du mandant », sans être adressés par l'intermédiaire d'un tiers, tel qu'un mandataire. Dans le cas des directives anticipées, le degré de véritable autodétermination est limitée dans la Recommandation en ce que la définition des « directives anticipées » donnée dans le Principe 2.3 englobe à la fois les instructions données et les souhaits émis. Or, le fait d'émettre des souhaits est manifestement une forme d'autodétermination nettement moins efficace que le fait de donner des instructions. Cela étant, même si l'on fait abstraction de cette distinction, les réponses ne font état dans aucun des États membres de l'existence de dispositions législatives expresses qui, en liaison avec les PP, développeraient au maximum la portée de l'autodétermination par le moyen de directives anticipées de façon à maximiser l'éventail des moyens au service de l'autodétermination. À cette réserve près, les directives anticipées, au sens de la définition qu'en donne le Principe 2.3, existent dans 14 États membres<sup>25</sup>. Elles ont été mises en place dans le but limité du choix anticipé d'un tuteur dans deux États membres<sup>26</sup>, et pour formuler une déclaration préalable concernant les dispositions à prendre en cas de mise sous curatelle dans un État membre<sup>27</sup>. Une loi prévoyant des directives anticipées a été adoptée mais n'est pas encore entrée en vigueur dans un État membre<sup>28</sup> et une proposition de loi a été formulée mais pas encore été déposée devant l'organe législatif dans un État membre<sup>29</sup>. Les directives anticipées n'ont pas été mises en place dans 10 États membres<sup>30</sup>.

36. Au sujet du point de savoir si les PP et les directives anticipées ont priorité sur les autres mesures de protection (Principe 1.2), ce n'est pas le cas dans quatre États membres<sup>31</sup>. Cette priorité des PP et des directives anticipées est accordée de façon implicite plutôt qu'explicite ou est « généralement accordée » dans cinq États membres: en République tchèque, en vertu du principe imposant la mesure la moins restrictive; en Norvège, en accord avec le principe d'autodétermination et conformément à la règle selon laquelle la tutelle ne doit être établie que s'il est jugé nécessaire de

<sup>20</sup> Andorre et Croatie.

<sup>21</sup> Belgique et Roumanie (encore qu'en Roumanie, les procurations puissent être dans une mesure très limitée disponibles pour les questions relatives à la santé et au bien-être, et les autres questions personnelles lorsque ces questions doivent être évaluées en liaison avec les questions économiques).

<sup>22</sup> Slovaquie.

<sup>23</sup> Italie (législation adoptée le 14 décembre 2017)

<sup>24</sup> Bulgarie, Hongrie, Lituanie, Monténégro et Ukraine.

<sup>25</sup> Autriche, Belgique, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Lituanie, République de Moldova, Slovaquie, Espagne, Suisse, Turquie et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

<sup>26</sup> Croatie et Roumanie.

<sup>27</sup> Hongrie.

<sup>28</sup> Irlande.

<sup>29</sup> Andorre.

<sup>30</sup> Arménie, Bulgarie, Chypre, Hongrie, Lettonie, Monténégro, Pays-Bas, Norvège, Suède et Ukraine. La réponse des Pays-Bas donnait à entendre que les directives anticipées avaient été mises en place dans ce pays, mais en fait, elle concernait les instructions données à un mandataire dans un document de PP, et non l'arrangement unilatéral au sens de la définition des directives anticipées.

<sup>31</sup> Bulgarie, Chypre (où les PP ne s'appliquent pas lorsqu'une autre disposition est expressément prévue), Suède (où le mandataire est remplacé par un tuteur ou administrateur éventuellement désigné) et Turquie (où des tuteurs ou fiduciaires sont en principe désignés en cas d'incapacité et peuvent annuler une PP).

protéger le mandant (et si les PP ont expressément priorité sur la représentation de plein droit); en Roumanie, en application du principe d'autodétermination; et au Royaume-Uni (Écosse), où cette priorité découle également de principes généraux énoncés dans la législation et d'une exclusion de la tutelle lorsque d'autres mesures sont suffisantes (encore que dans le cas des directives anticipées prévues par la législation sur la santé mentale, il s'agisse en fait de déclarations préalables dans la mesure où le professionnel de santé donnant des soins ou administrant un traitement à ce moment-là peut considérer que le libellé du document ne serait pas alors conforme à l'intérêt supérieur de l'intéressé(e)); Aux Pays-Bas, en l'absence de dispositions législatives expresses, priorité est « généralement accordée » aux PP dans la pratique. Dans 14 États membres<sup>32</sup>, les PP et les directives anticipées ont priorité.

37. En sus de recommander aux États membres de considérer le contenu des PP, le Principe 3 les invite à considérer l'éventualité qu'une PP puisse exclure certains aspects spécifiques. Cet aspect du Principe 3 n'étant pas fondamental tel que défini au paragraphe 19, il est donc traité au chapitre III.

38. Les informations statistiques fournies dans les réponses sont reproduites dans le tableau C de l'annexe IV. Les informations présentées dans ce tableau au sujet des directives anticipées ne couvrent que deux États membres<sup>33</sup>. Si on le rapproche de l'observation faite antérieurement au sujet de la couverture diverse et souvent limitée des directives anticipées, ce fait implique que tout commentaire supplémentaire aurait un caractère purement hypothétique.

39. Comme on pouvait s'y attendre, les statistiques concernant les PP sont entachées d'un défaut de comparabilité. La diversité des procédures et des systèmes se répercute nécessairement sur les données recueillies et les statistiques établies à partir de ces données. L'ancienneté des PP introduit un autre facteur de variation. Néanmoins, on peut raisonnablement tirer deux conclusions de ces statistiques. En premier lieu, dans les cas où les PP ont été instaurées, leur utilisation effective croît généralement, parfois spectaculairement, d'une année sur l'autre. En second lieu, l'importance de cette utilisation varie beaucoup d'un État membre à l'autre. Pour prendre des exemples extrêmes, on peut opposer l'utilisation totale importante en Allemagne, associée à une utilisation assez élevée (par rapport à la population) en Autriche et au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse), aux chiffres nettement plus faibles, relativement, constatés en République tchèque, Finlande, France et Lettonie. En France, l'existence de la fiducie, non incluse dans les statistiques, a probablement influé sur les chiffres indiqués, mais il semblerait qu'il y ait de prime abord des raisons de s'interroger sur les causes de ces écarts. Il peut être démontré que les campagnes de promotion de l'octroi de PP, tel le projet (lancé au Royaume-Uni (Écosse)) décrit aux paragraphes 157 à 161, augmentent l'utilisation, mais le projet en question n'a commencé à être exécuté qu'après que l'Écosse eut créé des précédents par une utilisation importante d'une année sur l'autre et, dans une optique comparative, établi un degré élevé d'utilisation.

## Procurations permanentes

### Principe 4 – Désignation d'un mandataire

1. **Le mandant peut désigner comme mandataire toute personne qu'il estime appropriée.**
2. **Le mandant peut désigner plusieurs mandataires et peut décider que ces derniers interviennent conjointement, concomitamment, séparément ou à titre de suppléants.**

40. S'agissant du Principe 4.1, les États membres qui ont répondu font apparaître un nombre d'exceptions relativement limité et, lorsque les PP existent, admettent généralement que les mandants peuvent désigner comme mandataires toutes personnes qu'ils estiment appropriées. En Autriche, un mandataire ne doit pas être étroitement associé à l'hôpital ou l'institution où vit et où est

<sup>32</sup> Arménie, Autriche, Belgique, Croatie, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Irlande (disposition attendue en ce qui concerne les directives anticipées), Lettonie, Lituanie (qui a instauré uniquement les directives anticipées, et non les PP), Slovaquie, Suisse et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles).

<sup>33</sup> Croatie et Lituanie.

soigné le mandant. En Belgique, ne peuvent intervenir en qualité de mandataire (a) les personnes faisant l'objet d'une mesure de protection judiciaire ou extrajudiciaire, (b) les personnes morales à l'exception des de la fondation privée qui se consacre exclusivement à la personne protégée ou d'une fondation d'utilité publique qui dispose pour les personnes à protéger d'un comité statutaire chargé d'assumer les administrations, (c) les dirigeants ou les membres du personnel de l'institution où réside la personne protégée, (d) les personnes qui ne peuvent disposer librement de leurs biens, et (e) les personnes qui, en vertu de certaines dispositions de la loi relative à la protection de la jeunesse, sont totalement déchues de l'autorité parentale. Au Danemark, un mandataire doit être âgé d'au moins 18 ans et ne doit pas avoir été mis sous tutelle ni intervenir dans le cadre d'une PP qui est en vigueur. En Finlande et en Suède, seules les personnes physiques peuvent être désignées. En France, ne peuvent être désignées comme mandataires (a) les personnes elles-mêmes placées sous un régime de protection, (b) les personnes faisant l'objet de certaines interdictions en vertu d'une décision rendue par une juridiction pénale, (c) les membres du corps médico-pharmaceutique et les auxiliaires de santé, dans le cas des mandants qui sont leurs patients, et (d) un fiduciaire de la fiducie éventuellement créée par un mandant. En Irlande, sont exclues (a) les personnes condamnées pour une infraction contre la personne ou les biens du mandant, ou faisant l'objet d'une ordonnance de sécurité ou d'interdiction en relation avec le mandant, (b) différentes catégories de personnes, et les membres de leur famille, associées au centre ou établissement où vit le mandant, et (c) les personnes condamnées pour diverses infractions spécifiées. Toujours en Irlande, sont également exclues, pour ce qui concerne les seules questions économiques et financières, (d) les faillis non réhabilités et les personnes se trouvant dans des situations analogues, et (e) les personnes faisant l'objet de déclarations spécifiées ou auxquelles ont été imposées des incapacités spécifiées. En Norvège, un mandataire doit être âgé d'au moins 18 ans et ne doit pas avoir été mis sous tutelle. En Roumanie, toute personne physique jouissant de sa pleine capacité juridique peut être désignée, encore qu'il appartienne au tribunal de rendre une décision finale en la matière. En Slovénie, les représentants pour les questions de soins de santé doivent être âgés d'au moins 18 ans et être eux-mêmes en mesure de prendre des décisions. En Suisse, la désignation est réexaminée en cas d'incapacité. Au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse), seules des personnes physiques peuvent être désignées pour intervenir dans les questions relatives à la santé et au bien-être, et les autres questions personnelles; et les faillis ne peuvent pas intervenir dans les questions patrimoniales et financières. Huit États<sup>34</sup> ont répondu par l'affirmative sans restrictions. Aucun État membre n'a indiqué d'interdiction générale aux mandataires désignés d'intervenir moyennant rémunération. En Allemagne, seul un mandataire exerçant une profession juridique peut être rémunéré : tous les autres mandataires ne peuvent intervenir qu'à titre gracieux.

41. S'agissant du Principe 4.2, la désignation de mandataires à des fins d'intervention conjointe, concomitante, double ou à titre de suppléants est généralement possible, à l'exception de certaines limitations imposées dans certains États membres. La Finlande autorise les suppléants, mais pas la désignation de mandataires à des fins d'intervention conjointe. En France, il n'y a pas de limitations lorsque la PP fait l'objet d'un acte notarié, mais l'autre formulaire de procuration standard ne prévoit pas de suppléants, encore que la possibilité d'une désignation à des fins d'intervention conjointe existe et puisse permettre d'obtenir sensiblement le même résultat. En Roumanie, lorsque plusieurs personnes sont désignées, il est possible de désigner des conjoints à des fins d'intervention double, mais, à défaut, le tribunal ne désigne qu'une seule personne<sup>35</sup>. Ces cas mis à part, des réponses affirmatives sans réserves ont été reçues de 15 États membres<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Arménie, République tchèque, Allemagne, Lettonie, République de Moldova (projet de loi), Pays-Bas et Norvège. Ainsi que le Bélarus.

<sup>35</sup> Voir l'explication concernant la Roumanie au paragraphe 32.

<sup>36</sup> Arménie, Autriche, Belgique, République tchèque, Danemark, Allemagne, Irlande, Lettonie, République de Moldova, Pays-Bas, Norvège, Slovénie, Suède, Suisse et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).



## 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 États où telle est la règle générale.**

42. En ce qui concerne le Principe 5.1, dans deux États membres – l'Allemagne et la Turquie –, il n'est pas exigé, à proprement parler, que la PP soit octroyée sous forme écrite. Toutefois, en Allemagne, il est recommandé d'établir un document écrit « dans un souci de clarté et comme témoignage d'une réalité », et en Turquie, il est conseillé de le faire pour des raisons pratiques. Tous les autres États membres<sup>37</sup> exigent que la PP se présente sous forme écrite, mais il existe un certain nombre d'exigences supplémentaires. En France, par exemple, on peut choisir entre un acte notarié et un acte sous seing privé; en Lettonie, le document doit être légalisé par un notaire; et en Suisse, il doit être olographe ou authentifié. Les prescriptions en matière de certification sont abordées dans le cadre du Principe 8.

43. S'agissant du Principe 5.2, la mention explicite n'est pas exigée au Danemark, en Allemagne, en Lettonie, aux Pays-Bas et en Turquie. En Allemagne, la situation peut être réglemantée par la voie d'un mandat distinct : voir l'observation figurant au paragraphe suivant. Une telle mention explicite n'est pas requise en Lettonie, mais le notaire doit expliquer au mandant l'effet juridique du document. En Turquie, la situation est plus complexe car si les PP sont possibles par application des principes du droit commun, aucune disposition législative ne leur est expressément consacrée. De même, aux Pays-Bas, une mention explicite de ce type incombe au mandant. Cette question n'a pas appelé de réponse de la part de deux États membres<sup>38</sup>. Une mention explicite est exigée dans les autres États membres ayant répondu à la question<sup>39</sup>. Aucun État membre n'impose un libellé précis<sup>40</sup>. En Roumanie, la portée limitée du document rend une telle mention inutile<sup>41</sup>.

44. L'Allemagne a indiqué une solution, qui mérite d'être évoquée, à un problème qui se pose plus largement. Si un document de PP précise que le mandataire ne peut intervenir qu'une fois l'incapacité constatée, le mandataire court le risque de voir des tiers exiger de lui à maintes reprises qu'il fasse la preuve de cette incapacité. Dans une certaine mesure, les procédures d'enregistrement peuvent satisfaire cette exigence dans les États où une PP ne peut pas être enregistrée et utilisée avant la perte de capacité<sup>42</sup> ou ceux où un mandat peut opter pour une PP qui ne soit enregistrable et utilisable que sur présentation à l'autorité chargée de l'enregistrement de la preuve de la perte de capacité<sup>43</sup>. Même ces procédures ne protègent pas nécessairement contre l'éventualité que le mandant ne soit plus frappé d'incapacité. La solution recommandée en Allemagne est que le document de PP doit passer sous silence la question de savoir s'il n'est utilisable qu'une fois l'incapacité constatée, de sorte que les tiers puisse accepter sans inconvénient l'habilitation du mandataire sans vérifier si le mandant est capable ou ne l'est pas, mais la question de savoir quand le mandataire peut ou ne peut pas intervenir doit être déterminée uniquement à titre de question à régler entre le mandant et le mandataire dans le cadre d'un contrat de mandat distinct. Ainsi, si le contrat de mandat distinct stipule que le mandataire ne peut intervenir qu'une fois l'incapacité constatée, une violation de cette disposition ne viciera pas les actes du mandataire vis-à-vis des tiers, encore qu'elle puisse motiver une action en réparation contre le mandataire.

<sup>37</sup> Arménie, Autriche, Belgique, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Irlande, Lettonie, Pays-Bas, Norvège, Roumanie, Slovaquie, Suède, Suisse et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

<sup>38</sup> Bulgarie et France.

<sup>39</sup> Arménie, Autriche, Belgique, République tchèque, Finlande, Irlande, Norvège, Slovaquie, Suède, Suisse et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

<sup>40</sup> Parmi les États membres où le libellé doit être clair, sans toutefois en préciser la forme, se trouvent la Norvège et le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

<sup>41</sup> Voir le paragraphe 32.

<sup>42</sup> Par exemple au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles).

<sup>43</sup> Par exemple au Royaume-Uni (Écosse).

## **Principe 6 – Révocation**

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

45. En République de Moldova, un projet de loi propose que, même lorsque le mandant est capable, la PP ne puisse être révoquée que sur décision judiciaire. En Slovénie, même un mandant capable ne peut pas révoquer la procuration si cela devait nuire gravement à sa santé. Dans deux États membres où la PP n'entre en vigueur qu'au moment où le mandant est réputé incapable ou au moment de l'enregistrement, la question de la capacité de révocation est déterminée par l'entrée en vigueur, après quoi le mandant ne peut pas révoquer la procuration<sup>44</sup>. De même, en Roumanie, la révocation par le mandant n'est possible que jusqu'au moment où le tribunal procède à une désignation comme suite à la présentation d'un candidat par le mandant<sup>45</sup>. Dans tous les autres États membres ayant répondu à ce sujet, les mandants capables ont un droit inconditionnel de révocation<sup>46</sup>. En Arménie, il existe une disposition supplémentaire selon laquelle toute prétendue renonciation au droit de révocation est nulle et non avenue.

## **Principe 7 – Entrée en vigueur**

**1. Les États devraient réglementer les modalités d'entrée en vigueur de la procuration permanente en cas d'incapacité du mandant.**

46. En Belgique, il n'existe pas de dispositions concernant spécifiquement l'entrée en vigueur; et en Turquie, l'entrée en vigueur n'est pas réglementée. Lorsque la PP peut entrer en vigueur avant la perte de capacité, l'entrée en vigueur est généralement réglementée non par une loi spécifique, mais par le document de PP. Ainsi, en Allemagne, une PP entre-t-elle en vigueur une fois qu'elle a été accordée, à moins que le mandant n'en ait décidé autrement. En Roumanie, l'entrée en vigueur n'est pas subordonnée à l'incapacité, mais, dans tous les cas, requiert une décision de justice<sup>47</sup>. Au Royaume-Uni (Écosse), il n'existe pas d'autre modalité formelle d'entrée en vigueur que celle qui peut être prévue par le document de PP. Les PP écossaises concernant les biens et les questions financières peuvent entrer en vigueur à tout moment, tandis que celles qui ont trait aux questions relatives à la santé et au bien-être et aux autres questions personnelles ne sont utilisables qu'une fois l'incapacité constatée. En ce qui concerne la détermination de l'incapacité, on se reportera au paragraphe 186.

47. Dans les autres pays qui ont répondu<sup>48</sup>, l'entrée en vigueur est réglementée par diverses méthodes prescrites. Au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), il existe un système mixte en vertu duquel les PP concernant les biens et les questions financières entrent en vigueur lors de leur enregistrement, quelle que soit la situation en matière de perte de capacité. Les PP se rapportant aux questions relatives à la santé et au bien-être et aux autres questions personnelles ne peuvent, elles, exiger que les deux conditions (enregistrement et perte de capacité) soient remplies pour pouvoir entrer en vigueur.

---

<sup>44</sup> France et Irlande.

<sup>45</sup> Voir le paragraphe 32.

<sup>46</sup> Ces États membres sont : Arménie, Autriche, Belgique, Chypre, République tchèque, Danemark, Finlande, Allemagne, Lettonie, Pays-Bas, Norvège, Suède, Suisse, Turquie et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

<sup>47</sup> Voir le paragraphe 32.

<sup>48</sup> Arménie, Autriche, Chypre, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Irlande, Lettonie, Norvège, Slovénie, Suède et Suisse.

### **Principe 9 – Préservation de la capacité**

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

48. La loi applicable ne dispose explicitement que l'entrée en vigueur d'une PP doit être sans incidence sur la capacité juridique du mandant que dans un nombre relativement faible d'États membres<sup>49</sup>. Dans un certain nombre d'États membres<sup>50</sup>, la préservation de la capacité n'est pas explicite, mais découle du droit commun ou des principes applicables. En Autriche, une disposition spécifique concernant la préservation de la capacité est proposée dans le cadre de la révision de la législation. En Lettonie, la question est traitée en sens inverse, par une disposition explicite selon laquelle la capacité juridique d'une personne ne peut être limitée que par une décision de justice.

49. Toutefois, l'interprétation du Principe 9 soulève une difficulté qui s'est pour l'essentiel manifestée depuis la publication de la Recommandation<sup>51</sup>. Le terme de « capacité » (dans les deux langues officielles, le français et l'anglais) recouvre plusieurs acceptions et l'éventail des acceptions dans l'usage actuel s'est élargi ces dernières années. L'exemple le plus récent d'une grande diversité d'acceptions relevé dans un instrument international se trouve dans l'observation générale n° 1 (2014) du Comité des droits des personnes handicapées intitulée « Article 12 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité ». Cette définition plus large couvre l'ensemble des droits d'une personne, son statut et sa personnalité juridique. Dans les États membres où il est entendu que toutes les personnes, quel que soit leur degré de handicap, conservent leurs droits, leur statut et leur personnalité juridique, et où la législation concernant spécifiquement les personnes atteintes de déficiences intellectuelles vise à garantir la protection de leurs droits et la possibilité pour elles de les exercer dûment, la « capacité » peut s'entendre uniquement de leur capacité d'agir par elles-mêmes, sans assistance particulière, dans la préservation et l'exercice de leurs droits<sup>52</sup>. Le large éventail d'acceptions du mot « capacité » actuellement en usage dans les langues officielles du Conseil de l'Europe se complexifie encore lorsque le mot est appliqué dans le contexte des différents systèmes juridiques qui utilisent ces langues, et les complications potentielles sont encore multipliées lorsque ce terme clé est traduit dans les nombreuses autres langues officielles des États membres, et appliqué dans les divers contextes juridiques de ces derniers. Il s'ensuit que, parmi tous les Principes de la Recommandation, la mise en œuvre est devenue plus difficile à évaluer, en particulier dans une optique comparative, s'agissant du Principe 9 que de n'importe quel autre Principe.

<sup>49</sup> Chypre, République de Moldova, Roumanie et Slovaquie.

<sup>50</sup> Autriche (avec effet à partir de son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2018), République tchèque, Danemark, Allemagne, Norvège et Suède.

<sup>51</sup> Encore que cette question ait été abordée aux paragraphes 39 et 40 de l'exposé des motifs de la Recommandation.

<sup>52</sup> Ainsi, par exemple, dans la législation pertinente du Royaume-Uni (Écosse), le terme contraire d'« incapacité » est-il expressément défini comme le nom dérivé d'« incapable » et, partant, n'implique-t-il pas le sens de « handicapé ».

### **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 10.1 (obligation d'agir conformément à la PP et dans l'intérêt du mandant)*

50. En Allemagne, le mandataire doit se conformer aux exigences énoncées dans le document de PP; à défaut de quoi le mandataire doit prendre en considération les souhaits et les sentiments passés et présents du mandant; à défaut de quoi la désignation doit être interprétée en partant du principe que le mandataire ne doit pas agir d'une façon contraire à l'intérêt objectif du mandant. Au besoin, les exigences imposées à un *Betreuer* (tuteur) sont de nature à influencer les normes que l'on s'attend à voir un mandataire respecter, car les PP sont conçues pour rendre inutile la désignation d'un *Betreuer*.

51. En Suisse, le mandataire peut demander au Service de protection des majeurs de l'autoriser à agir au-delà du champ d'application de la PP. S'il juge nécessaire de compléter les dispositions d'une PP incomplète, ce Service doit donner la priorité aux volontés de la personne concernée.

52. Dans les circonstances expliquées au paragraphe 32, cette disposition ne s'applique pas à la Roumanie, et il n'a pas été répondu aux questions relatives au Principe 10.2 en ce qui concerne ce pays.

53. Compte tenu du statut particulier des PP aux Pays-Bas et en Turquie (voir le paragraphe 29), la réponse pour ce qui est des Pays-Bas est que les obligations visées par le Principe 10.1 sont « normalement garanties, et la réponse pour ce qui est de la Turquie est que, dans les faits, ces obligations sont remplies.

54. Tous les autres États membres<sup>53</sup> ont répondu par l'affirmative et sans émettre de réserves en ce qui concerne le Principe 10.1.

#### *Principe 10.2 a) (obligation d'informer et de consulter régulièrement le mandant)*

55. Les positions à ce sujet sont diverses, ce qui tient pour une bonne part à la diversité des contextes législatifs dans lesquels cette obligation doit être considérée. Il existe une grande différence d'accent entre les États membres où les questions telles que les obligations du mandataire sont fixées par la loi et de niveau de détermination de ces questions par le mandant dans le document de PP. La loi ne prévoit pas d'obligation d'informer ou de consulter le mandant en Autriche, à Chypre et en Lettonie, et ce n'est pas le cas non plus du projet de loi pour la République de Moldova. Aux Pays-Bas, la question est régie entièrement par le document de PP. En Autriche, le mandataire doit informer le mandant des décisions proposées et lui offrir l'occasion d'y faire des observations. Les opinions et souhaits du mandant doivent être pris en compte. Il existe une obligation d'informer, mais non pas de consulter, en France, et une obligation de consulter sans obligation expresse d'informer en Finlande, en Norvège, en Turquie et au Royaume-Uni (Écosse), encore que dans chacun de ces cas, une véritable consultation implique la nécessité de fournir certaines informations. Toutefois, la consultation précède alors généralement un acte ou une décision précis, la loi ne prévoyant pas

<sup>53</sup> Arménie, Autriche, Belgique, Chypre, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Irlande, Lettonie, Norvège, Slovaquie, Suède, Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

expressément d'obligation d'informer sur des actes une fois ceux-ci accomplis ou des décisions une fois celles-ci prises et mises en oeuvre. De même, l'obligation générale d'associer le mandant implique au moins des éléments de consultation et d'information importants : c'est le cas dans des États membres tels que l'Arménie, le Danemark et l'Irlande. En Allemagne, les obligations d'informer et de consulter sont fixées principalement par la voie d'un accord distinct conclu entre le mandant et le mandataire (voir l'explication fournie au paragraphe 44) : si cet accord est interprété comme équivalant à un mandat, les dispositions légales relatives aux mandats s'appliquent, aux termes desquelles le mandataire doit présenter au mandant les rapports requis; le renseigner sur l'état d'une transaction puis lui en rendre compte; et, dans tous les cas, le consulter s'il se propose d'intervenir d'une manière non conforme à ses souhaits explicites. En Suède, le mandataire n'est tenu de consulter et d'informer le mandant que pour les « questions importantes ». En Suisse, le mandataire doit présenter à tout moment des informations détaillées sur sa gestion, d'où une obligation d'informer plutôt que de consulter. En Slovénie, il y a obligation d'informer et de consulter uniquement si (et dans la mesure où) elle est prévue par le document de PP. En Belgique, les obligations de consulter et d'informer sont expressément prévues. Il semble qu'il en soit de même au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), où il est indiqué qu'il est simplement « attendu » que le mandant soit informé et consulté.

*Principe 10.2 b) (obligation d'évaluer et de prendre en considération les souhaits et les sentiments passés et présents du mandant)*

56. Cette obligation est exécutée de façon explicite ou selon des modalités raisonnablement assimilables à une exécution en République tchèque, en Irlande, en Norvège, en Suisse et au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse) ainsi qu'en Suède en ce qui concerne les « questions importantes ». En Allemagne, le mandataire doit évaluer et prendre en considération les souhaits et les sentiments passés et présents du mandant, et se conformer aux souhaits de ce dernier, mais uniquement si cela n'est pas incompatible avec l'intérêt supérieur du mandant et dans la mesure où on peut l'exiger du mandataire. Cette dernière réserve se retrouve ailleurs, par exemple dans la disposition en vigueur au Royaume-Uni (Écosse) au sujet des mandataires, mais non pas des tuteurs ni d'autres personnes désignées, selon laquelle les mandataires ne sont pas tenus de faire quoi que ce soit « si cette action devait, au regard de sa valeur ou de son utilité, être excessivement contraignante ou onéreuse ». En Autriche, les souhaits exprimés par le mandant devenu incapable doivent être pris en considération s'ils ne sont pas de nature à porter atteinte à son bien-être, mais les instructions données par le mandat avant de perdre sa capacité priment sur les souhaits et sentiments exprimés depuis qu'il l'a perdue.

57. Cette obligation n'existe pas au Danemark ni en France, mais au Danemark, les décisions du mandataire doivent être conformes à ce que le mandant aurait décidé s'il était toujours capable; et en France, il découle des obligations générales du mandataire que ce dernier doit prendre en considération autant que possible les souhaits passés et présents du mandant. Cette question n'est pas abordée dans les propositions concernant la République de Moldova. À l'exception des obligations décrites dans la section précédente, aucune obligation n'est prévue à cet effet en Arménie, en Belgique, à Chypre, en Finlande, aux Pays-Bas et en Turquie.

*Principe 10.3 (obligation de tenir, en ce qui concerne les affaires économiques et financières du mandant, une gestion distincte de celles du mandataire)*

58. Cette obligation ne concerne pas les États membres, tels que la Slovénie, où les PP peuvent être données pour les questions relatives à la santé et au bien-être, et aux questions personnelles (ou à certaines d'entre elles), mais non pour les questions économiques et financières; non plus que les Pays-Bas, où ces questions ne sont réglementées que par le document de PP. Dans certains États membres<sup>54</sup>, il n'y a pas d'obligation explicite, mais il est suggéré que cela puisse être nécessaire afin que le mandataire puisse s'acquitter de ses obligations générales<sup>55</sup>. Dans les autres États membres qui ont répondu<sup>56</sup>, la gestion distincte est prescrite de manière explicite.

<sup>54</sup> Autriche, Allemagne et Lettonie.

<sup>55</sup> En Autriche, il est prescrit de déterminer si le mandataire exerce dûment et correctement son mandat.

<sup>56</sup> Arménie, Belgique, Chypre, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Irlande, République de Moldova (projet de loi), Norvège, Suède, Suisse, Turquie et Royaume-Uni (Écosse).

*Principe 10.4 (obligation de conserver les éléments de preuve utiles)*

59. Cette obligation n'est pas prévue dans le projet de loi de la République de Moldova et, en Turquie, elle n'est assumée que si elle figure dans le document de PP. Dans le cas de certains États membres<sup>57</sup>, cette obligation peut être inférée des prescriptions réglementaires et autres. En République tchèque, les mandataires établissent un inventaire et élaborent des comptes annuels, mais ne sont pas tenus de conserver les documents se rapportant aux questions relatives au bien-être. Au Danemark, ils ne doivent conserver des documents que si cela est imposé par l'Administration dans un cas donné, encore que le Ministre de la justice soit habilité à élaborer des règlements concernant la conservation des documents. L'obligation visée par le Principe 10.4 existe dans les autres États membres<sup>58</sup> qui ont répondu.

60. Certaines réponses dénotent une incompréhension du fait que l'obligation de conserver des documents s'applique à l'exercice des pouvoirs conférés aux mandataires en ce qui concerne les questions relatives à la santé et au bien-être, et les autres questions personnelles, ainsi que les questions économiques et financières.

**Principe 12 – Contrôle**

**1. Le mandant peut désigner un tiers pour contrôler le mandataire.**

61. Neuf États membres<sup>59</sup> ne mettent pas en œuvre le Principe 12.1. Le Danemark a indiqué que le mandant pouvait choisir de désigner toute personne physique comme contrôleur. En France, dans le cas d'un acte notarié, le mandataire doit rendre compte au notaire en question, mais dans le cas d'un acte sous seing privé, toute personne physique ou morale autre que le juge ou l'auxiliaire de justice compétent peut être désignée comme contrôleur. La désignation ne prend effet que si la personne désignée comme contrôleur l'accepte. La désignation d'un contrôleur n'est pas requise, ni interdite, en République tchèque et au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), où un tiers peut être désigné comme contrôleur uniquement dans la mesure limitée où le mandant peut exiger que les comptes financiers soient soumis à un tiers désigné. De même, en Lettonie, bien qu'aucune disposition pertinente n'est prévue, il n'y a aucune raison pour qu'un contrôleur ne doive pas être désigné (encore qu'en tout état de cause, le procureur exerce bien une fonction de contrôle). L'Autriche, l'Irlande et le Royaume-Uni (Écosse) ont répondu « non » à cette question. Dans les autres États membres ayant répondu au sujet du Principe 12.1<sup>60</sup>, un tiers peut être désigné comme contrôleur.

**Directives anticipées**

**Principe 15 – Effet**

- 1. Les États 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.**
- 2. Les États devraient aborder la question des situations survenant en cas de changement substantiel de circonstances.**

62. La présente section doit être lue en parallèle avec les observations concernant les directives anticipées formulées au paragraphe 35. Les dispositions prévues sont très variées : absence de

<sup>57</sup> Arménie, Autriche, Allemagne et Lettonie.

<sup>58</sup> Belgique, Chypre, Finlande, France, Irlande, Norvège, Suède, Suisse et Royaume-Uni (Écosse).

<sup>59</sup> Arménie, Autriche, Belgique, République tchèque, République de Moldova (projet de loi), Monténégro (proposition de loi), Roumanie, Slovénie et Royaume-Uni (Écosse).

<sup>60</sup> Chypre, Finlande, Allemagne, Irlande, Lettonie, Pays-Bas, Norvège, Suède, Suisse et Turquie.

directives anticipées<sup>61</sup>, des directives devant (aux termes du Principe 15.1) être considérées uniquement comme l'expression de souhaits<sup>62</sup>, ou des directives ayant un caractère contraignant sauf exceptions, dont le champ d'application varie tout en étant fréquemment limité aux questions relatives à la santé uniquement, et, dans deux États membres, des directives anticipées concernant les questions relatives à la santé qui sont soit contraignantes mais avec un effet limité, soit purement et simplement contraignantes. En Allemagne, les directives anticipées concernant les questions relatives à la santé sont contraignantes en ce sens qu'un *Betreuer* (tuteur) ou un mandataire est légalement tenu de leur donner effet, tandis qu'en Irlande, les directives anticipées sous forme de refus anticipé de traitement ont un caractère inconditionnellement contraignant<sup>63</sup>.

63. Il semble que la mesure dans laquelle les directives anticipées ont un caractère contraignant soit la plus importante en Allemagne mais, sauf en ce qui concerne les questions relatives aux soins de santé, comme indiqué plus haut, il existe une exception générale qui ferait que les souhaits du mandant doivent être pris en considération « dès lors que le fait d'y répondre ne porte pas atteinte aux droits de rang supérieur de la personne concernée ni n'aggrave sa vie de tous les jours ». Dans les autres États membres, les exceptions au caractère contraignant des directives anticipées concernant les soins de santé sont les suivantes :

République tchèque : « Entre-temps, la qualité des soins de santé s'est améliorée, ou le fait de s'en tenir à la directive entraînerait le décès ou mettrait en danger une autre personne, ou bien la personne dispensant le traitement ignorait l'existence de la directive anticipée lorsqu'elle a commencé à traiter la personne en question, et le fait d'interrompre le traitement après l'avoir commencé entraînerait le décès de celle-ci ».

France : Une situation critique mettant en danger la vie de la personne, dans laquelle il est permis d'aller à l'encontre de la directive anticipée « pendant que l'on procède à une évaluation complète de la situation », ou lorsque le fait de s'en tenir à la directive serait « manifestement inapproprié ou incompatible avec la situation médicale et le respect d'une procédure collective ».

Lituanie : Lorsqu'un tribunal établit que le fait de s'en tenir à la directive anticipée serait « manifestement incompatible avec l'intérêt supérieur de la personne ».

Slovénie : La directive anticipée n'est contraignante que si elle n'est pas considérée comme faisant courir un risque grave à la santé du mandant.

Suisse (où les directives anticipées peuvent aussi s'appliquer au choix d'un tuteur ou d'une personne remplissant un rôle équivalent) : Les directives anticipées sont contraignantes « à moins qu'elles ne portent atteinte à des dispositions légales ou que n'existe des raisons sérieuses de penser qu'elles ne sont pas fondées sur une manifestation expresse de volonté de la part du patient ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans une situation donnée ».

Royaume-Uni (Écosse) : Contraignantes en *common law* si elles ont été établies en prévision d'une situation qui est survenue et n'ont pas été invalidées par un changement de circonstances. En vertu des dispositions légales relatives aux soins de santé mentale, la directive anticipée doit être respectée à moins que le professionnel dispensant les soins ou le traitement ne juge ce document non conforme à l'intérêt supérieur de la personne concernée.

64. En Autriche et en Croatie, les directives anticipées ne peuvent être données qu'en ce qui concerne les soins de santé et, en Croatie, uniquement pour certaines questions spécifiées relatives aux soins de santé : il semblerait alors qu'elles soient contraignantes si certaines procédures et formalités relativement complexes sont respectées. En Autriche, le caractère contraignant disparaît au bout de cinq ans. En Croatie, les directives anticipées peuvent également être établies en ce qui concerne le choix d'un tuteur, auquel cas elles sont opérantes « lorsqu'aucune disposition législative ne s'oppose à une désignation dans ce sens ». En Roumanie, les directives anticipées ne peuvent

<sup>61</sup> Arménie, Bulgarie, Chypre, Hongrie, Monténégro, Norvège, Suède et Ukraine.

<sup>62</sup> Danemark et Finlande.

<sup>63</sup> Comme cela semble être la règle partout, une demande de traitement spécifique n'est pas juridiquement contraignante, ce qui est la position de l'Irlande, mais une telle demande doit être prise en considération.

être établies qu'en ce qui concerne la désignation de tuteurs. Le tribunal désigne « le plus souvent » la personne proposée, mais n'est pas tenu de le faire.

### **Principe 17 – Révocation**

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

65. Dans tous les États membres qui ont instauré les directives anticipées et qui ont répondu, ces directives sont révocables à tout moment. Dans certains d'entre eux<sup>64</sup>, il existe une règle explicite en vertu de laquelle le mandant doit être capable au moment de la révocation. Lorsque la directive anticipée concerne la désignation d'un tuteur (voir paragraphe 35), la révocation n'est pas possible après la désignation du tuteur ou en cas d'incapacité aboutissant à cette désignation.

66. Dans un certain nombre d'États membres, toutefois, les directives anticipées ne peuvent pas être révoquées sans formalités. Ces formalités peuvent consister dans l'obligation de donner une forme écrite à la révocation (Irlande et Slovaquie); de l'établir par écrit devant témoin (Royaume-Uni (Écosse)); de la faire authentifier par un notaire (proposition du Monténégro); et de la faire authentifier par le même notaire (ou le même agent consulaire) qui a approuvé la directive anticipée (Lituanie). L'absence de formalités en cas de révocation n'est expressément prévue qu'en France.

---

<sup>64</sup> Belgique, République tchèque (sauf si la procédure de saisie de la directive anticipée dans les notes médicales a été suivie, lorsque la même procédure s'applique à la révocation), Irlande, Suisse et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et (en raison des prescriptions en matière de certification) Écosse). En Allemagne, le critère de capacité désigne non pas la pleine capacité, mais la « capacité de consentement » (« *einwilligungsfähig* »).



## CHAPITRE III : EXAMEN ET COMMENTAIRE – LES AUTRES PRINCIPES ET LES QUESTIONS CONNEXES

### Introduction

67. Le présent chapitre expose et commente les réponses des États membres aux questions posées dans les questionnaires relatives, et afférentes, à tous les Principes autres que les « Principes fondamentaux » traités au chapitre II. Ces catégories sont expliquées aux paragraphes 19 et 20.

### Procurations permanentes (Partie II)

#### Principe 3 – Contenu

Les États 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.**

68. Aux fins du présent examen, on traite comme fondamentales (telles que définies au paragraphe 19) les options selon lesquelles les PP peuvent couvrir les questions économiques et financières, les questions relatives à la santé et au bien-être et les autres questions personnelles, ou ces deux catégories. À ce titre, le Principe 3 est examiné au chapitre II. Il reste à examiner l'élément final du Principe 3 – « et exclure certains aspects spécifiques ».

69. L'Autriche et les Pays-Bas ont indiqué que de telles exclusions n'étaient pas prévues. Tout en indiquant l'absence d'exclusions spécifiques, l'Allemagne a signalé que certains actes juridiques prévus par la loi devaient être accomplis en personne et, de ce fait, ne pouvait pas être confiés à un mandataire ou à un autre représentant, comme dans les cas d'un mariage ou d'un testament. La France, l'Allemagne, et la Turquie ont saisi cette occasion pour mentionner des questions pour lesquelles certaines exigences particulières s'appliquent. En France, il n'existe pas d'exclusions pour les actes se rapportant aux questions financières et patrimoniales faisant l'objet de mandats établis et authentifiés par un notaire, mais en vertu de ces mandats, l'autorisation d'un juge des tutelles est requise pour un acte de disposition de biens à titre gratuit, une donation, un accord de partage amiable, l'acceptation inconditionnelle d'une succession, la renonciation à une succession ou à un legs, et autres questions similaires. En vertu des mandats français établis sous seing privé, l'autorisation d'un juge des tutelles est requise pour les actes de disposition qui concernent les biens du mandant, actuellement ou à l'avenir, l'établissement ou la résiliation d'un bail de location du logement du mandant, le consentement à la prise d'une hypothèque, une donation, une action judiciaire relative à un droit non patrimonial, un changement de régime patrimonial et autres questions similaires. En Allemagne, des questions telles que l'internement d'une personne contre son gré et l'administration d'un traitement médical sous contrainte peuvent être traitées dans le cadre d'une PP, mais requièrent en outre l'approbation d'un tribunal. En Turquie, il n'existe pas d'exclusions, mais une autorisation explicite est requise dans le document de PP pour ce qui est d'engager une action en justice, de régler un litige, d'engager une procédure d'arbitrage, de demander une mise en faillite (ou la suspension d'une mise en faillite ou un concordat), de s'engager à respecter un accord d'échange, de faire un don, de se porter garant, de céder des biens immobiliers ou de restreindre un droit. À l'inverse, la législation irlandaise énumère toutes les questions au sujet desquelles des pouvoirs peuvent être conférés, au lieu de préciser les exclusions, ce qui fait que toutes les questions ne figurant pas sur la liste sont exclues. De même, en Slovaquie, les pouvoirs se limitent aux questions relatives aux soins de santé, tous les autres pouvoirs se trouvant ainsi exclus. Pour la Roumanie, voir le paragraphe 32. En Roumanie, certaines transactions, telles que la cession de biens, peuvent requérir une autorisation spéciale. Douze autres États membres ont signalé, en ce qui concerne le Principe 3, l'existence des exclusions expresses ci-après :

- Andorre : a) Un représentant ne peut pas passer contrat avec lui-même personnellement ni avec un autre représentant « sauf dans le cas d'un contrat de représentation commerciale ».  
b) Les transactions qui, par nature, ne peuvent être conclues qu'en personne, ainsi que

d'autres transactions spécifiées, ne peuvent pas être conclues par l'intermédiaire d'un représentant.

Belgique : Toutes les questions relatives à la santé et au bien-être et les autres questions personnelles sont exclues.

Chypre : Les dispositions d'une PP ne s'appliquent pas aux personnes qui ne sont pas en mesure de gérer leurs biens ou leurs affaires et pour qui une autre mesure spécifique de protection est prévue (de sorte que l'on ne peut pas dire que Chypre ait satisfait au critère du Principe 1.2 selon lequel les PP doivent avoir priorité sur les autres mesures de protection).

République tchèque : Les questions relatives aux soins de santé qui ne peuvent que faire l'objet d'une directive anticipée sont exclues, encore que le Code civil n'interdise pas expressément les instructions au sujet de ces questions.

Danemark : Certaines questions sont exclues par une autre loi. C'est notamment le cas de la formation et de la dissolution du mariage, et du fait pour le mandant d'être placé dans une maison de santé contre son gré.

Finlande : Sont exclus le consentement au mariage ou à l'adoption, la reconnaissance de paternité ou le consentement à une reconnaissance de paternité, la rédaction ou la révocation d'un testament, ou la représentation du mandant « dans d'autres questions ayant un caractère personnel et individuel comparable », et le fait de passer des contrats ayant « un caractère personnel et individuel comparable ».

France : Les mandataires ne peuvent accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits du mandant (tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement, ou la constitution gratuite de droits, etc.) sauf dans le cas des donations « spécifiquement prévues ». Les actes dont la nature « implique d'obtenir le consentement strictement personnel du mandant » sont exclus. Ce sont par exemple l'enregistrement de la naissance d'un enfant, la reconnaissance d'un enfant, les actes requérant l'exercice de l'autorité parentale, le choix ou le changement du nom d'un enfant et le consentement à sa propre adoption ou à celle d'un enfant. En ce qui concerne les actes dont la nature n'implique pas d'obtenir leur consentement strictement personnel, les mandants capables peuvent prendre des décisions eux-mêmes, et toute disposition contraire est sans effet. Il existe d'autres exclusions.

Lettonie : « Les questions à caractère hautement personnel faisant l'objet de dispositions légales spécifiques » sont exclues.

Norvège : Sont exclus le vote, le mariage, la reconnaissance de paternité, la rédaction ou la révocation d'un testament, le consentement en matière de don d'organes ou de soins sous contrainte, ou les autres questions qualifiées d'« exceptionnellement personnelles », sauf disposition contraire prévue par la loi. Toutefois, une PP peut autoriser ou refuser le consentement en matière de don d'organes, de cellules et de tissus. Une PP peut concerner les questions financières et personnelles, mais, s'agissant des questions relatives aux soins de santé et aux services sociaux, ne peut aller au-delà du rôle assigné à un autre titre aux parents proches en vertu d'autres lois et dispositions.

Slovénie : Toutes les questions autres que les questions relatives aux soins de santé sont exclues.

Suisse : Sont exclues les actes illégaux, impossibles ou immoraux, ainsi que les droits strictement personnels « absolus » tels que le fait de contracter mariage, de rédiger un testament ou de signer une convention d'hérédité en tant que testateur.

Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) : Les décisions en matière de privation de liberté font l'objet d'une procédure spécifique prévue à cette fin. Les directives anticipées priment si elles couvrent les mêmes questions que les PP. Les mandataires ne peuvent pas refuser les soins infirmiers et les moyens de subsistance de base assurés d'une manière naturelle, ni

refuser un traitement salvateur, à moins d'y avoir été clairement autorisés. Ils ne peuvent pas exiger l'administration de formes de traitement particulières. Toutefois, cette exclusion, à l'instar peut-être de certaines des exclusions précitées, et bien qu'indiquée explicitement dans la réponse reçue de l'Angleterre & du Pays de Galles, s'applique probablement d'une façon plus large.

Royaume-Uni (Écosse) : Sont exclus l'hospitalisation en vue du traitement de troubles mentaux contre le gré du mandant, certains traitements médicaux exclus et certains actes visés par les lois sur l'anatomie et les tissus humains.

#### **Principe 4 – Désignation d'un mandataire**

##### **3. Les États peuvent considérer toute limitation qu'ils estiment nécessaire afin de protéger le mandant.**

70. Certaines réponses ont donné une interprétation large au libellé du Principe 4.3 et ont fait référence aux informations soumises au sujet d'autres Principes. Cela étant, aux fins du présent examen, le Principe 4.3 a été interprété de façon restrictive comme englobant les limitations concernant le choix de la personne pouvant être désignée et agir comme mandataire. Les seules limitations indiquées dans les réponses qui s'appliquent au moment où la PP est donnée et certifiée concernent les cas ci-après :

Finlande : le mandataire doit être une personne physique et la PP ne doit pas être certifiée s'il existe un motif justifié de soupçonner que le mandataire est inapte à l'exercice des fonctions de mandataire.

Roumanie : les exclusions indiquées ci-après s'appliquent à la fois à la nomination et à la désignation.

Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) : Les personnes âgées de moins de 18 ans ne peuvent pas être désignées comme mandataires; les établissements fiduciaires peuvent l'être, mais uniquement comme mandataires financiers; et les faillis ou les personnes visées par des ordonnances d'allégement de dette ne peuvent pas être désignées comme mandataires financiers.

71. Les autres limitations concernant le choix de la personne pouvant être désignée comme mandataire prennent effet au moment non pas de l'octroi du document de PP, mais de son entrée en vigueur. À Chypre, le tribunal peut rendre, modifier ou révoquer une ordonnance de protection du mandant capable, prérogative qui couvre un champ très large et qui pourrait rendre le mandataire incapable d'agir. En République tchèque, des mesures de protection existent en cas de changement de circonstances depuis le moment où le mandant a donné la PP et s'il s'avère que le mandant ne l'aurait pas donnée du tout ou en aurait donné une version différente. Dans ces circonstances, le tribunal peut modifier ou annuler la PP si, à défaut, le mandant devait « courir un risque de grave préjudice ». Avant de rendre une décision de ce genre, le tribunal doit tout faire pour recueillir l'avis du mandant, en utilisant tout mode de communication choisi par ce dernier.

72. Au Danemark, si elle émet des réserves au sujet de l'entrée en vigueur de la PP, l'Administration ne doit pas la laisser entrer en vigueur, à moins qu'elle ne concerne que certains pouvoirs ou un certain mandataire, auquel cas l'Administration peut autoriser une entrée en vigueur partielle du document de PP. En France, il existe des limitations sur le choix non pas de la personne pouvant être désignée comme mandataire, mais de la personne autorisée à remplir les fonctions de mandataire. Les personnes non autorisées à remplir les fonctions de mandataires sont celles qui font elles-mêmes l'objet de mesures de protection juridique, ainsi que les personnes qui se sont vu interdire l'exercice de la fonction de tuteur par une décision d'interdiction d'exercice des droits civiques, civils et de famille prononcée par une juridiction pénale. En Roumanie, la candidature des personnes ci-après ne peut pas être proposée et ces personnes ne peuvent pas être désignées : les mineurs, les personnes privées de capacité juridique ou mises sous tutelle, les personnes privées de droits parentaux ou déclarées incompetentes pour agir en tant que tuteurs, les personnes faisant à un

autre titre l'objet d'une mesure emportant limitation ou privation de leurs droits en la matière, les personnes insolvables, les personnes empêchées d'exercer les fonctions de mandataire par un conflit d'intérêts<sup>65</sup> et les personnes dont la désignation « pourrait nuire aux intérêts de la personne protégée ». Neuf autres États membres<sup>66</sup> ont indiqué l'absence de limitations au regard du Principe 4.3 ou de limitations autres que celles signalées au sujet d'autres Principes.

## Principe 5 – Forme

### 3. Les États devraient examiner quels autres dispositions et mécanismes pourraient être mis en place pour garantir la validité du document.

*Question à examiner : Au moment de l'octroi de la PP, la validité de celle-ci est-elle contrôlée sous l'angle de a) la capacité du mandant, b) la mise à l'abri de tout abus d'influence, c) tous autres facteurs ?*

73. Comment ces questions sont-elles évaluées ? Une règle que l'on retrouve dans plusieurs États Membres est celle de la légalisation par un notaire, de la certification par un praticien du droit ou de la présence de témoins. Les obligations des personnes concernées et, de ce fait, les degrés de protection octroyés varient. La légalisation par un notaire ou la certification par un praticien du droit, ou la participation d'un praticien du droit implique généralement une exigence explicite de vérification des éléments a), b) et c) ou la confiance qu'il sera procédé à cette vérification dans le souci de répondre à une obligation professionnelle<sup>67</sup>. En Belgique, la légalisation par un notaire est exigée lorsque les pouvoirs conférés portent sur des biens immeubles et est facultative dans les autres cas; le processus de légalisation offre des garanties similaires. En Allemagne, il n'existe aucune disposition rendant obligatoire la vérification de la capacité du mandant au moment de l'octroi de la PP, mais la légalisation par un notaire est recommandée car ce dernier doit vérifier la capacité du mandant dans la mesure du possible et du raisonnable, et si le mandant a perdu sa capacité, le notaire doit refuser de légaliser le document. Au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), la certification incombe à un émetteur de certificat (*certificate provider*), qui doit lire le document avec le mandant, en l'absence du mandataire proposé. Dans un certain nombre d'États, le document doit être signé devant témoin et le témoin doit confirmer que le mandant est capable<sup>68</sup>, ou faire constater que le garant a bien compris la portée du document et faire consigner les autres circonstances influant, selon eux, sur la validité du document<sup>69</sup>; ou recenser avec attention les facteurs se rapportant à la validité du document<sup>70</sup>. Les témoins peuvent également choisir de joindre une déclaration écrite au document<sup>71</sup>. En Slovaquie, ces facteurs font l'objet d'un contrôle au moment de l'inscription du document au registre officiel. Quatre États membres<sup>72</sup> ont indiqué que ces questions ne faisaient pas l'objet d'un contrôle lors de l'octroi du document, ce qui faisait courir le risque qu'une procuration soit jugée invalide uniquement lorsqu'elle serait sur le point d'entrer en vigueur à la suite de la perte de capacité du mandant<sup>73</sup> ou lorsque un litige surviendrait par la suite. Dans ces cas, il serait trop tard pour examiner ces questions afin de déterminer si une PP valide pourrait finalement être donnée.

*Existe-t-il d'autres dispositions et mécanismes conçus pour garantir la validité du document ?*

74. Ces autres dispositions et mécanismes varient selon les États et ne peuvent être mieux exposés qu'individuellement, État par État. Les questions d'enregistrement considérées dans l'optique du Principe 8 ne sont pas traitées ici. En Belgique, un juge de district peut se prononcer sur la validité de la signature soit de sa propre initiative, soit à la demande du mandant, du mandataire,

<sup>65</sup> Il est singulier qu'un conflit d'intérêts rende incapable une personne d'exercer ces fonctions, au lieu de donner lieu à une gestion appropriée qui permettrait de le régler. Voir les paragraphes 83 et 232.

<sup>66</sup> Belgique, Allemagne, Irlande, Lettonie, Monténégro, Pays-Bas, Norvège, Suède et Suisse.

<sup>67</sup> Cela vaut pour l'Andorre, l'Autriche, le Danemark, la France, la Lettonie, les Pays-Bas, la Roumanie et le Royaume-Uni (Écosse) (où le certificateur peut aussi être un médecin).

<sup>68</sup> République tchèque.

<sup>69</sup> Finlande.

<sup>70</sup> Finlande, où les mêmes exigences s'appliquent à la rédaction d'un testament.

<sup>71</sup> Norvège, qui impose des limitations quant au choix des personnes pouvant servir de témoins.

<sup>72</sup> Chypre, Suisse et Turquie; et Belgique, sauf lorsque le document est notarié comme décrit plus haut.

<sup>73</sup> Par exemple en Suisse, où le Service de protection des majeurs vérifie ces facteurs à ce moment-là.

d'une partie intéressée ou du Procureur du Roi. En Finlande, les témoins dont il a été question dans la section précédente doivent fournir leurs coordonnées et indiquer qu'ils étaient présents simultanément au moment de la signature du document. En France, que la PP fasse l'objet d'un acte notarié ou d'un acte sous seing privé contresigné par un praticien du droit, le notaire ou le praticien du droit doit en garantir la « validité officielle absolue ». En Allemagne, comme indiqué plus haut au paragraphe 73, la certification, la légalisation par un notaire ou une disposition analogue n'est en général pas obligatoire, mais est recommandée. Le mandant peut choisir de faire légaliser la PP ou de faire certifier sa signature par un notaire ou par la *Betreuungsbehörde* (qui est une instance publique dont l'une des fonctions consiste à donner des consultations au sujet des PP – voir également les paragraphes 94 et 95). Dans les deux cas, cela peut aider à garantir la validité du document à l'égard des tiers. Au Royaume-Uni (Écosse), le Tuteur public contrôle la validité formelle du document lorsqu'il est présenté pour enregistrement.

75. Le dispositif le plus développé et solide destiné à garantir la validité indiqué dans les réponses est celui qui est applicable en Irlande. Ce pays exige du mandant, au moment de la signature, une déclaration dans laquelle il dit comprendre les conséquences pouvant découler de l'établissement d'une PP, la conçoit comme devant être utilisable à tout moment par la suite en cas d'incapacité et sait qu'il a le droit de la révoquer. Les praticiens du droit doivent fournir une déclaration selon laquelle le mandant comprend les conséquences en question, il n'y a aucune raison de penser que la PP est donnée à la suite d'une fraude ou de l'exercice de pressions ou d'une contrainte indues, et le mandant sait qu'il peut modifier ou révoquer la PP avant son enregistrement. Est également exigée une déclaration d'un médecin selon laquelle le mandant était capable de comprendre les conséquences de l'établissement du document. Il est prévu qu'à l'avenir, un professionnel de santé devra fournir une autre déclaration certifiant la capacité du mandant de comprendre les conséquences de la création du mandat.

76. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a institué une garantie supplémentaire, selon laquelle le mandant peut désigner jusqu'à cinq personnes à informer à la réception d'une demande d'enregistrement de la PP de la validité de celle-ci, et qui peuvent formuler des objections à l'enregistrement avant qu'il n'y soit procédé.

*Question connexe : La forme et le contenu d'une PP sont-ils fixés par la loi ou peuvent-ils être choisis librement à condition qu'il soit satisfait à certaines exigences ?*

77. Certains États membres utilisent des documents à forme fixe<sup>74</sup>. Comme l'Irlande l'a indiqué dans sa réponse, une forme et un contenu imposés présentent l'avantage de réduire les possibilités d'erreur, et par conséquent d'abaisser considérablement le nombre des rejets de demandes d'enregistrement. Au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), la forme fixe est imposée, mais le document permet au mandant d'insérer des limitations individualisées ou des orientations ou souhaits particuliers (pour autant qu'ils soient licites). La Belgique dispose de diverses possibilités : le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, ou même par lettre. Dans tous les autres États membres qui ont répondu à ce sujet, il n'existe pas de forme et de contenu fixes, mais des exigences variables en ce qui concerne certains éléments de contenu<sup>75</sup>. Dans quelques États membres, l'inclusion expresse dans le document de certaines questions spécifiques est exigée par la législation<sup>76</sup> et/ou par la *common law*<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Andorre, France, Irlande (encore que le mandant ait la possibilité d'insérer des points supplémentaires, dès lors qu'ils ne dépassent pas les limites autorisées par la législation) et Lettonie.

<sup>75</sup> Autriche, Chypre, République tchèque, Danemark, Finlande, Allemagne, Norvège, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie et Royaume-Uni (Écosse).

<sup>76</sup> Par exemple en Allemagne.

<sup>77</sup> Par exemple au Royaume-Uni (Écosse).

**Principe 7 – Entrée en vigueur**

**2. Les États devraient envisager la manière dont est déterminée l'incapacité et les moyens de preuve requis à cette fin.**

78. Dans certains États membres, l'incapacité est déterminée par une déclaration judiciaire<sup>78</sup> ou par une autorité compétente<sup>79</sup>. Dans certains États membres, l'évaluation incombe au mandataire<sup>80</sup>, encore qu'en Norvège, ce dernier puisse demander au gouverneur de comté de confirmer l'entrée en vigueur en soumettant le document, les preuves de notification aux partenaires ou aux parents, et les preuves médicales. Plusieurs États membres exigent principalement une évaluation et/ou une certification médicales<sup>81</sup>. La Lettonie impose en plus la création d'une commission composée d'au moins trois médecins, qui rendent un avis sur la base duquel un établissement de santé publie une déclaration que le mandataire présente ensuite à un notaire, à la suite de quoi toutes ces informations sont enregistrées et font l'objet d'une annotation sur le document de PP. Dans certains États membres, c'est au mandant qu'il appartient d'indiquer dans le document de PP la manière dont l'incapacité est déterminée<sup>82</sup>. Les autres États membres<sup>83</sup> n'imposent pas d'exigences particulières, encore qu'une approche différente soit suivie en Allemagne, où il est recommandé, afin d'éviter les problèmes pratiques que soulèvent les moyens de preuve de l'incapacité, de ne pas lier, dans le document de PP lui-même, l'entrée en vigueur de la procuration à la perte de capacité (voir l'explication fournie au paragraphe 44).

**Principe 8 – Certification, enregistrement et notification**

**Les États 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.**

79. Les exigences en matière de certification sont traitées plus haut dans le contexte des dispositions et mécanismes conçus pour garantir la validité, au regard du principe 5.3 (voir les paragraphes 74 et 75). Dans un grand nombre des États membres dont les réponses ont été reçues, les dispositions prises en matière d'enregistrement ont un caractère obligatoire<sup>84</sup> ou volontaire<sup>85</sup>. Certains États membres n'ont fait état d'aucune exigence ou option en matière d'enregistrement, ou n'en ont communiqué aucune<sup>86</sup>.

<sup>78</sup> Andorre, Belgique et Roumanie.

<sup>79</sup> L'Administration nationale au Danemark, le Service des tutelles en Finlande et le Service de protection des majeurs en Suisse.

<sup>80</sup> Belgique et Norvège.

<sup>81</sup> Autriche, France, Irlande, Lettonie et Slovaquie.

<sup>82</sup> Suède et Royaume-Uni (Écosse).

<sup>83</sup> République tchèque, Pays-Bas et Turquie.

<sup>84</sup> Belgique (le Registre central tenu par la Fédération royale du notariat belge), Danemark (le Registre danois des personnes), Finlande (le Registre des tutelles), France (un Registre spécial, qui doit faire l'objet d'un décret du Conseil d'État), Irlande (le Registre des pupilles en tutelle judiciaire, mais l'enregistrement est sur le point d'être confié au Directeur du Service d'aide à la décision), Lettonie (le Service d'enregistrement des procurations permanentes), Pays-Bas (le Registre central des *Levenstestamenten*), Roumanie (par le notaire dans son propre registre, et dans le Registre notarial national des procurations et de leur révocation), Slovaquie (le Registre officiel), Suisse (l'Office de l'état civil) et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse (enregistrement confié aux Tuteurs publics respectifs).

<sup>85</sup> Autriche (le Registre central des notaires), République tchèque (enregistrement auprès de la Chambre notariale) et Allemagne (le Registre central des procurations permanentes tenu par la Chambre fédérale du notariat allemand).

<sup>86</sup> Andorre, Chypre, République de Moldova (dans des propositions), Norvège, Suède et Turquie.

*Question connexe : L'accès aux informations enregistrées est-il limité ?*

80. Parmi les États membres qui ont répondu, seuls le Danemark et la Suède autorisent un accès illimité aux informations enregistrées. De prime abord, c'est la position adoptée par la législation du Royaume-Uni (Écosse), mais en fait, le Tuteur public limite l'accès à des informations sur certains points. Dans les États membres qui imposent des limitations, celles-ci varient d'un État à l'autre. En conséquence, elles sont récapitulées État par État.

81. En Andorre, l'accès est limité par le respect d'obligations en matière de protection des données à caractère personnel. En Autriche, seuls les tribunaux, les organismes de sécurité sociale, les organismes d'aide sociale, le mandant et le mandataire ont accès aux informations enregistrées. En Belgique, les informations peuvent, dans tous les cas, être consultées par les notaires, la justice de la paix, le Procureur du Roi, le mandataire et le mandant, sur demande et au moyen d'un formulaire spécifique. À Chypre, toutes les informations enregistrées sont confidentielles et ne peuvent être rendues publiques qu'avec l'autorisation d'un tribunal. En République tchèque, l'accès est contrôlé par les tribunaux des tutelles. En Finlande, il est contrôlé par le service local de l'état civil : tout le monde a accès au registre et peut savoir si telle ou telle personne a une PP en vigueur, l'identité du mandataire et la nature des pouvoirs de ce dernier. En France, où le registre n'a pas encore été mis en place, il est prévu que le décret du Conseil d'État (voir la note de bas de page n° 84) contiendra des dispositions concernant l'accès. En Allemagne, seul le tribunal compétent (*Betreuungsgericht* – le Tribunal des tutelles) a accès aux informations enregistrées. En Irlande, l'accès est limité à a) un groupe ou une catégorie de personnes prévu par la réglementation et b) toute personne justifiant aux yeux du Directeur d'un intérêt légitime à examiner les informations en question. En Lettonie, les organismes publics ont accès aux informations, mais un particulier ne peut y accéder que si le responsable du registre le juge l'autorise. Aux Pays-Bas, seuls les notaires ont accès aux informations. En Roumanie, seules les personnes justifiant d'un intérêt légitime peuvent y avoir accès. En Slovénie (où les PP et les directives anticipées ne peuvent être établies qu'à des fins de soins de santé), seuls les membres du personnel de santé s'occupant du mandant ont accès aux informations. En Suisse, l'accès est exclusivement réservé à « la personne concernée » et au Service de protection des majeurs.

*Question connexe : Comment l'acceptation de la PP par des tiers et l'effet utile de ce document du point de vue des relations entre le mandataire et les tiers sont-ils garantis ?*

82. Seule une minorité d'États membres a confirmé que les PP étaient pleinement et automatiquement opérantes et exécutoires, si les formalités requises étaient remplies. En Andorre, les actes d'un mandataire dûment autorisé ont le même effet que les mêmes actes accomplis par le mandant. En Autriche, l'effet utile est réalisé par la présentation du document confirmant l'inscription au Registre central. À Chypre, cet effet est assuré par l'ordonnance judiciaire qui fait entrer la PP en vigueur et, en Roumanie, par la désignation par le tribunal qui fait suite à la proposition du mandant. En Irlande, la PP, dès qu'elle porte le cachet « Enregistré », est un document juridique officiel qui doit être accepté comme tel. En Slovénie, où, comme on l'a vu, les PP ne peuvent concerner que les questions relatives aux soins de santé, les professionnels de la santé doivent avoir obtenu un consentement éclairé et sont, de ce fait, tenus de coopérer avec le mandataire désigné. Au Royaume-Uni (Écosse), le certificat d'enregistrement joint au document de PP, ou des copies certifiées conformes de ce certificat, devraient avoir un effet utile, mais dans la pratique, il n'est pas rare qu'il soit difficile d'assurer cet effet, en particulier dans les relations avec les banques. Des difficultés analogues sont signalées par le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles). En Allemagne, le Ministère fédéral de la justice a traité ce problème en fournissant un formulaire établi en accord avec les États fédérés et, s'agissant des activités bancaires, avec les principales associations du secteur bancaire, qui est publié dans la brochure du Ministère et peut être téléchargé depuis son site internet. Ce formulaire est actualisé périodiquement et effectivement utilisé, mais son statut n'est que celui d'un formulaire suggéré, sans caractère contraignant. Un grand nombre d'autres formulaires sont publiés par les notaires et les praticiens du droit. En dehors de ces dispositions informelles par essence, l'effet utile est généralement réalisé en Allemagne en présentant l'original du document de PP, encore qu'il vaille mieux, à cette fin, que le document ait été légalisé par un notaire. Dans d'autres États membres<sup>87</sup>, les réponses montrent que le mandataire doit présenter le document

---

<sup>87</sup> Comme la France et la Lettonie.

à des tiers, mais il ne semble pas que son acceptation comme document ayant un effet utile soit garantie. Les autres réponses ne font pas état d'un effet utile automatique dans la pratique.

### **Principe 11 – Conflit d'intérêts**

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

83. Un certain nombre d'États membres ont pris des dispositions expresses qui sont déclenchées lorsqu'un conflit d'intérêts est identifié, et qui donnent lieu à la désignation d'une autre personne chargée de traiter la question ayant révélé que le mandataire agissait en situation de conflit d'intérêts. En Belgique, le juge de district peut, de sa propre initiative ou à la demande du mandant ou d'une partie intéressée, désigner un mandataire *ad hoc*. En République tchèque, un tuteur *ad litem* est désigné par le tribunal. En France, les tribunaux peuvent suspendre l'utilisation de la PP et ordonner une mise sous tutelle judiciaire en désignant un mandataire spécial auquel ils confient une tâche spécifique. En Allemagne, un tuteur (*Betreuer*) spécial, appelé *Kontrollbetreuer*, peut être désigné pour faire valoir les droits du mandant vis-à-vis du mandataire, si le mandant n'est pas en mesure de le faire et si cela s'avère nécessaire pour sa protection, ce qui peut être fait dans les cas de conflit d'intérêts. Aux Pays-Bas, il peut être demandé au tribunal de district de désigner un administrateur, un curateur ou un référent, ou de prendre une mesure de protection. La Norvège interdit à un mandataire d'agir en situation de conflit d'intérêts avec le mandataire ou son conjoint, cohabitant ou proche parent. Si un tel conflit survient, le mandataire ou certains membres de la famille identifiés et d'autres personnes peuvent demander au gouverneur du comté de désigner un tuteur dont le mandat consiste uniquement à traiter l'affaire en question. De même, en Suède, le mandataire ne doit pas agir en situation de conflit d'intérêts, mais demander au tuteur général de désigner un tuteur légal chargé de traiter l'affaire dont il s'agit. En Suisse, si un conflit d'intérêts apparaît, le mandataire doit en aviser sans délai le Service de protection des majeurs, qui peut ensuite intervenir lui-même, donner des instructions à un tiers ou désigner un administrateur, à la suite de quoi le mandat du mandataire prend automatiquement fin. D'une manière plus générale, la question peut être traitée par un tribunal à Chypre et, au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse), les tuteurs publics respectifs s'efforcent souvent de traiter et régler les conflits d'intérêts identifiés; à défaut, ceux-ci doivent être réglés par les tribunaux. Au Danemark, il existe une interdiction simple faite aux mandataires d'agir en situation de conflit d'intérêts potentiel. Pour l'Andorre et la Slovaquie, il a été indiqué que la question relevait du droit commun. En Irlande, la seule règle applicable est celle selon laquelle le tribunal doit prendre en compte tout conflit d'intérêts lorsqu'il lui est demandé d'examiner l'aptitude d'un mandataire. Une possibilité de conflit d'intérêts n'empêche la désignation d'un mandataire qu'en Roumanie.

### **Principe 12 – Contrôle**

**2. Les États 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.**

*Y a-t-il un système de contrôle ?*

84. On constate une séparation nette entre les États membres où le contrôle est automatique et régulier, d'une part, et ceux où il n'existe de contrôle que celui qui est activé par l'ordonnance ou l'intervention d'un tribunal ou d'une autre autorité, d'autre part. S'agissant de ce dernier cas de figure, l'autorité compétente peut agir, dans certains États membres, sur demande ou sur la base des éléments d'information fournis (voir le paragraphe 88) et, dans d'autres, de sa propre initiative (voir le paragraphe 89). Les États membres énumérés ci-après ont fait état d'un contrôle automatique et régulier: Finlande, où le contrôle est exercé par le service local de l'état civil; France, où le juge des



tutelles et le procureur remplissent des fonctions générales de contrôle; Irlande, où le contrôle est assuré par le Directeur du Service d'aide à la décision; Slovénie, où il est assuré par les juridictions civiles; et Suède, où le Tuteur général en est chargé. Aux Pays-Bas, où les PP ne sont pas prévues par la loi, il n'existe pas de dispositions explicites régissant le contrôle, automatique ou non.

85. Le contrôle peut être activé comme suit :

Autriche : Le tribunal compétent peut désigner un tuteur si le mandataire n'intervient pas, ne se conforme pas à des instructions contraignantes ou agit d'une façon qui nuit au bien-être ou aux intérêts du mandant.

Belgique : À la demande du mandant, du mandataire, du Procureur du Roi ou de tout(e) intéressé(e), ou d'un juge agissant de sa propre initiative.

Chypre : Le tribunal peut désigner un enquêteur chargé d'étudier les faits et de lui en rendre compte.

Danemark : L'Administration nationale est habilitée à intervenir si elle a connaissance de circonstances allant à l'encontre des intérêts du mandant.

Allemagne : Si on le lui demande, le tribunal compétent peut désigner un *Kontrollbetreuer* (voir le paragraphe 83).

Lettonie : Le procureur doit, dès qu'une information lui est communiquée, intervenir pour protéger les droits et intérêts du mandant.

République de Moldova : Il est proposé d'habiliter le tribunal à intervenir.

Norvège : si le gouverneur du comté concerné l'estime nécessaire, suite aux informations fournies par d'autres personnes, et afin de protéger les intérêts du mandant, le gouverneur du comté peut solliciter les informations auprès du mandataire et/ou charger le mandataire de gérer les comptes et autoriser le gouverneur du comté à accéder à ces comptes.

Roumanie : Le tribunal peut intervenir, et peut solliciter la coopération des autorités publiques (y compris les institutions et les services).

Suisse : Le Service de protection des majeurs peut prendre les mesures nécessaires si les intérêts du mandant sont menacés ou risquent de l'être.

Turquie : Un tuteur ou fiduciaire peut être désigné pour contrôler le mandataire.

Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) : Le Tuteur public peut enquêter et renvoyer les affaires devant le Tribunal des tutelles.

Royaume-Uni (Écosse) : Le Tuteur public peut intervenir dans les questions patrimoniales et financières, et l'autorité locale dans les questions relatives au bien-être et à la santé et dans les autres questions personnelles, dans les deux cas sur réception d'une plainte ou après avoir eu connaissance de problèmes.

*Une autorité compétente est-elle habilitée à intervenir lorsque le mandataire n'agit pas conformément à la PP ou dans l'intérêt du mandant ?*

86. En pareil cas, le même tribunal ou la même autorité identifié dans le paragraphe précédent peut intervenir dans les pays suivants : Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Irlande, Lettonie, République de Moldova, Pays-Bas, Norvège, Suède, Suisse, Turquie et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

*Une telle intervention inclut-elle l'extinction partielle ou totale de la PP ?*

87. Ce pouvoir existe en Autriche (par la désignation d'un tuteur), en Belgique, à Chypre, au Danemark, en France, en Allemagne (où un *Kontrollbetreuer* - voir le paragraphe 83 - peut être spécialement habilité à révoquer la PP), en Irlande, aux Pays-Bas (en désignant un administrateur, un curateur ou un référent qui peut demander au tribunal de révoquer la PP), en Norvège (mais uniquement par la désignation d'un tuteur prenant le relais ou dont la mission recoupe totalement ou partiellement celle du mandataire), en Roumanie (où la désignation faisant suite à la proposition peut être annulée), en Suède, en Suisse et en Turquie. Au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse), l'extinction de la PP peut être prononcée par un tribunal, et uniquement par un tribunal. Il n'existe pas de dispositions concernant une telle extinction en Finlande ou en Slovaquie.

*L'autorité compétente peut-elle agir sur demande ?*

88. L'autorité compétente peut agir sur demande, ou sur la base des éléments d'information fournis, dans les pays suivants : Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Irlande, Lettonie, Pays-Bas, Norvège, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse).

*L'autorité compétente peut-elle agir de sa propre initiative ?*

89. L'autorité compétente peut agir de sa propre initiative dans les pays suivants : Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Irlande, République de Moldova, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse). Elle ne peut pas le faire en Lettonie, aux Pays-Bas ou en Norvège.

*Question connexe : Quel est le seuil à partir duquel l'autorité compétente est autorisée à contester un acte ou une décision du mandataire, et quels sont les principes ou les normes susceptibles de s'appliquer à une telle intervention ?*

90. L'autorité compétente peut intervenir dans les conditions suivantes :

Autriche : Si le mandataire n'intervient pas, ne se conforme pas à des instructions contraignantes ou agit d'une façon qui nuit au bien-être ou aux intérêts du mandant.

Belgique : Si les actes du mandataire menacent les intérêts du mandant, ou s'il est nécessaire de remplacer en totalité ou en partie la PP par une mesure de protection judiciaire qui soit plus conforme aux intérêts du mandant.

Chypre : Un enquêteur peut être désigné lorsque le tribunal le juge opportun.

Danemark : L'Administration nationale peut intervenir si elle le juge nécessaire.

Finlande : Il n'existe pas de seuil précis.

France : Le juge des tutelles ne peut pas contester les actes ou décisions du mandataire et ne peut que suspendre ou révoquer la PP si les actes du mandataire risquent de nuire aux intérêts du mandant (en vertu du critère de la compatibilité des actes du mandataire avec les intérêts du mandant).

Allemagne : L'intervention suppose l'existence de motifs suffisants de croire que le mandant ne peut pas faire valoir ses droits à l'égard du mandataire, l'incapacité du mandant n'étant pas une condition suffisante d'intervention. Le pouvoir de révocation donné au *Betreuer* (tuteur) doit être explicite et, eu égard à la gravité de l'atteinte portée aux droits du mandant, il doit être attribué en dernier recours et exige un motif valable.

Irlande : L'autorité compétente ne peut pas intervenir uniquement parce qu'elle est en désaccord avec le mandataire. Il doit être démontré que ce dernier a agi d'une manière inappropriée.

Lettonie : Le procureur peut intervenir dès qu'il est informé que les activités d'un mandataire portent atteinte aux intérêts du mandant ou si le mandataire ne remplit aucune de ses obligations.

République de Moldova : Le Service des tutelles ne peut intervenir que si les actes du mandataire ont nui ou ne sont pas conformes aux intérêts du mandant.

Norvège : L'intervention sous la forme d'une tutelle devant aboutir à une extinction totale ou partielle d'une PP n'est possible qu'en cas de pratiques abusives ou de conflit d'intérêts, ou que si les besoins d'accompagnement du mandant ne sont pas par ailleurs dûment garantis.

Roumanie : Si la personne désignée n'agit pas conformément aux dispositions légales applicables ou dans l'intérêt de la personne protégée.

Suède : Le Tuteur général peut intervenir notamment en cas de grave négligence des intérêts du mandant, mais aucun seuil précis ne lui est fixé et il peut agir comme il le juge nécessaire.

Suisse : Le Service de protection des majeurs peut intervenir dès qu'il est constaté que les intérêts du mandant ont pu ou pourraient être lésés. Pour que ce Service soit autorisé à intervenir, il n'est pas nécessaire qu'une faute ou un manquement au devoir de diligence ait été établi.

Turquie : Tous les mécanismes de contrôle prévus dans la PP s'appliquent. Par ailleurs, une intervention a pour objet et limite de protéger tous les intérêts liés à la personnalité et aux biens du mandant.

Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) : L'intervention doit être « clairement motivée ».

Royaume-Uni (Écosse) : L'existence d'un risque doit être avérée.

91. En Irlande, en Lettonie, en République de Moldova et au Royaume-Uni (Écosse), l'intervention est régie par les mêmes principes que ceux qui s'appliquent aux actes du mandataire.

### **Principe 13 – Extinction**

- 1. Les États 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.**

*Quelles sont les circonstances dans lesquelles une PP cesse légalement de produire ses effets ?*

92. Selon les États membres, les circonstances dans lesquelles une PP cesse légalement<sup>88</sup> de produire ses effets sont les suivantes :

Andorre : Lors de son arrivée à terme; extinction du mandat; révocation par le mandant; renonciation du mandataire; lorsqu'un mandataire qui est une personne morale a cessé d'exister; le mandant est décédé ou a été déclaré comme n'ayant tout au plus qu'une capacité juridique active limitée ou a été porté disparu; le mandataire est décédé, a été déclaré comme n'ayant tout au plus qu'une capacité juridique active limitée ou a été porté disparu. Une prétendue renonciation au droit de révocation du mandant est nulle et non avenue.

<sup>88</sup> On peut se demander si « légalement » inclut la révocation par le mandant. Dans leurs réponses, la majorité des États membres ont inclus ici la révocation par le mandant, sans doute parce qu'une révocation à l'initiative du mandant est réglementée par la loi. C'est la raison pour laquelle cette révocation a été insérée ici.

Autriche : Au moment de la révocation.

Belgique : Si le mandant n'est plus frappé d'incapacité totale ou partielle; dans les cas d'extrême prodigalité, le mandant n'est plus enclin au gaspillage; renonciation du mandataire; révocation par le mandant; décès du mandant ou du mandataire, ou mise de l'un ou de l'autre sous protection judiciaire; suite à une décision du juge du tribunal de district.

Chypre : Lorsqu'un tribunal prononce son extinction; si le mandant n'est plus frappé d'incapacité ou meurt; ou si un mandataire agit de mauvaise foi ou de manière irréfléchie.

Danemark : Si le mandant ou le mandataire est mis sous tutelle (le mandant étant doté des compétences pertinentes); si le mandant meurt; si un mandataire unique renonce à son mandat ou a établi une PP qui entre en vigueur; ou lorsque l'Administration nationale procède à son extinction dans le cas où les conditions d'entrée en vigueur ne s'appliquent plus.

Finlande : En cas de révocation, de décès du mandant ou de démission du mandataire notifiée au service local de l'état civil.

France : Lorsque le mandant n'est plus frappé d'incapacité; meurt; est mis sous tutelle, à moins que le juge n'en décide autrement; lorsque le mandataire meurt; fait l'objet d'une mesure de protection ou est insolvable; révocation par un juge des tutelles au motif que le mandant est capable d'agir seul (ce qui autoriserait un conjoint cohabitant à agir).

Allemagne : En cas de révocation et (sauf indication contraire dans le document de PP) de décès du mandant.

Irlande : Lors du décès du mandant; révocation par un tribunal lorsque le mandant n'est plus frappé d'incapacité; le tribunal constate que la fraude ou la contrainte a présidé à l'établissement de la PP; ou lorsque le tribunal détermine que le mandataire n'est pas qualifié et qu'aucun autre mandataire ne se trouve en position d'agir.

Lettonie : Par accord mutuel; fin de la mission; retrait par le mandant; notification par le mandataire; décès de l'un ou de l'autre; expiration de la période de validité de la PP. La révocation par le mandant doit prendre la forme d'un acte notarié.

République de Moldova (proposition) : Lors du décès du mandant; mise en place de mesures de protection par le tribunal; le mandataire meurt ou fait l'objet de mesures de protection; institution d'une procédure d'insolvabilité (ou de liquidation) du mandataire; si le mandataire est frappé d'incapacité; révocation sur décision judiciaire à la demande d'une partie intéressée; ou en cas de suspension de la PP par le tribunal durant la période nécessaire à la mise en place de mesures conservatoires de protection.

Pays-Bas : En cas de révocation par le mandant, de décès et ou de faillite du mandant ou du mandataire, ou si le mandataire procède à son extinction. Le mandant peut fixer d'autres cas où la PP cesse de produire ses effets.

Norvège : Lors de la désignation d'un tuteur doté des mêmes compétences; ou si le mandataire meurt ou n'a plus la capacité d'agir et si aucun autre mandataire n'est disponible.

Roumanie : Uniquement par révocation avant la perte de capacité ou la désignation par le tribunal (voir le paragraphe 32).

Slovénie : uniquement par révocation écrite, et seulement à condition que cela ne cause pas une atteinte grave à la santé.

Suède (en cours de discussion) : Lors de la désignation d'un tuteur légal ou d'un administrateur; si le mandant n'est plus frappé d'incapacité; ou révocation.

Suisse : Révocation, décès du mandant ou du mandataire, le mandant n'est plus frappé d'incapacité, ou extinction du fait du mandataire.

Turquie : Il n'existe pas de réglementation spécifique, mais la PP cesse de produire ses effets si une durée a été fixée et qu'elle vient à expiration. Un tuteur ou un fiduciaire désigné pour remplir une fonction de contrôle peut mettre fin à l'effet utile de la PP.

Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) : Décès du mandant ou du mandataire, révocation, détection de clauses illégales, déni de responsabilité du mandataire, dissolution ou annulation du mariage ou du partenariat civil entre le mandant et le mandataire.

Royaume-Uni (Écosse) : Révocation par un mandant capable, démission d'un mandataire unique, révocation par le *sheriff court*, décès du mandant, décès d'un mandataire unique; si les parties étaient mariées ou avaient constitué un partenariat civil, au moment de la séparation, du divorce, etc. (sauf disposition contraire stipulée dans le document); ou lorsqu'est rendue une ordonnance de mise sous tutelle dotant le mandant des compétences pertinentes.

*L'autorité compétente est-elle tenue d'envisager les mesures de protection à prendre lorsqu'une PP cesse de produire ses effets en tout ou partie ?*

93. L'autorité compétente y est tenue en Autriche, au Danemark, en Finlande, en Allemagne, en République de Moldova, en Suède et en Suisse. Elle n'y est pas expressément tenue dans les autres États membres qui ont répondu à ce sujet.

### Questions d'ordre général concernant les Principes 3 à 13

*Des services juridiques et autres adéquats sont-ils disponibles pour conseiller et aider les mandants; et ces services sont-ils disponibles au titre de l'aide juridique s'il y a lieu ?*

94. Sept États membres<sup>89</sup> ayant répondu à ce sujet ont fait état de l'existence de services pouvant conseiller et aider les mandants et ce, le cas échéant, dans le cadre de l'aide juridique. Trois États membres<sup>90</sup> ont indiqué que ces services n'existaient pas. Les autres États membres ont fourni des réponses limitées ou mitigées : en Autriche, des conseils peuvent être fournis par les notaires et les praticiens du droit; au Danemark, le Ministère de la justice prépare actuellement à l'intention des mandants et des mandataires des documents d'orientation qui incluront des modèles d'établissement de PP; en Allemagne, les praticiens du droit et les notaires fournissent des conseils sur les PP à titre payant, et l'aide juridique n'est pas disponible, mais des consultations sont assurées gratuitement par la *Betreuungsbehörde* (instance publique dont l'une des fonctions consiste à fournir des services consultatifs sur les PP – voir également les paragraphes 74 et 95) et par les *Betreuungsvereine* (associations privées fournissant notamment des services consultatifs sur les PP); l'Irlande signale que des services sont disponibles, mais ont besoin d'être améliorés; la Norvège indique qu'il n'existe pas de dispositifs d'aide juridique spécifiques mais des conseils et des documents d'orientations sont disponibles auprès des gouverneurs de comtés et de l'autorité en charge des affaires civiles, et des informations sont également disponibles en ligne à tous auprès de cette dernière. Ces informations comprennent notamment un exemple de PP. La Suisse précise que, lorsque les mandants optent pour des procurations officiellement enregistrées, le responsable « leur donnera probablement des conseils » et que des organisations privées mettent à leur disposition des documents types et, en cas de besoin, leur fournissent des conseils « souvent gratuits »; au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), ces services sont disponibles, mais pas au titre de l'aide juridique.

<sup>89</sup> Andorre, Chypre, Finlande, France, Lettonie, Roumanie et Royaume-Uni (Écosse).

<sup>90</sup> Slovaquie, Suède et Turquie.

*Des services juridiques et autres sont-ils disponibles pour conseiller et aider les mandataires, s'il y a lieu au titre de l'aide juridique?*

95. Cinq États membres<sup>91</sup> ont indiqué que ces services étaient disponibles, le cas échéant dans le cadre de l'aide juridique, et six États membres<sup>92</sup> ont répondu qu'ils n'étaient pas disponibles. Comme pour la section précédente, il y a eu d'autres réponses limitées ou mitigées : en Autriche, des conseils peuvent être fournis par les notaires et les praticiens du droit; au Danemark, le Ministère de la justice prépare des documents d'orientation à l'intention des mandants et des mandataires; l'Allemagne signale que les services des *Betreuungsbehörde* (voir également les paragraphes 74 et 94) et des associations sont gratuits, mais les services des praticiens du droit et des notaires ne sont pas disponibles dans le cadre de l'aide juridique; en Norvège, la situation des mandataires est identique à celle des mandants, comme décrite au paragraphe 94 ; en Roumanie, des conseils peuvent être donnés lorsque la proposition de désignation prend la forme d'un document bilatéral (voir le paragraphe 32); la Lettonie a indiqué que ce point ne faisait pas l'objet d'une réglementation spécifique; et au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), ces services sont disponibles, mais pas au titre de l'aide juridique.

#### *Observation générale sur l'aide juridique*

96. Les comparaisons effectuées en ce qui concerne la disponibilité de l'aide juridique devraient se lire comme étant soumises à ce qui suit : le champ d'application des arrangements en matière d'aide juridique varie sensiblement d'un Etat membre à l'autre. Cette diversité reflète la variété des traditions juridiques et les différences de fond des politiques gouvernementales. Le financement de l'aide juridique et l'organisation de l'apport de cette aide varient aussi énormément. Dans certains Etats membres les restrictions sur le financement total de l'aide juridique ont des conséquences considérables en pratique. Dans d'autres Etats membres, des réformes en matière d'aide juridique ont été mises en place récemment.

*Quelle est l'expérience pratique d'application des Principes 3 à 13, et quels ont été (le cas échéant) les problèmes particuliers identifiés ?*

97. Plusieurs États membres ont jugé que ces principes n'avaient pas été appliqués depuis suffisamment longtemps pour que l'on puisse en tirer des enseignements. L'Autriche, elle, a signalé que les résultats étaient « très positifs ». La France a indiqué que le mandat de protection future (PP) n'avait pas remporté le succès escompté. Les professionnels du droit, les notaires en particulier, ont relevé les problèmes découlant de l'absence d'un système d'enregistrement de ces mandats et de communication d'informations à leur sujet. En conséquence, un juge des tutelles pouvait ignorer l'existence d'une PP. Cette question a été traitée par la loi n° 2015-1776 (du 28 décembre 2015) qui prévoit la création d'un registre spécial et dont le règlement d'application est en cours d'établissement. Lorsqu'il sera en vigueur, ce registre permettra aux juges des tutelles de vérifier l'existence d'une PP.

98. L'Allemagne a signalé que le bilan était globalement très positif, que le nombre de personnes qui utilisaient une PP ne cessait d'augmenter et que, de ce fait, la désignation d'un « *Betreuer* » pouvait dans bien des cas être évitée. Il arrive parfois que la forme et le libellé de la PP soulèvent des problèmes pratiques. L'absence de règles quant à la forme a tendance à causer ces problèmes pratiques, car les tiers peuvent dans certains cas ne pas accepter le document. Le libellé de la PP revêtant une importance cruciale, il est toujours recommandé aux mandants de se faire conseiller par des professionnels, afin de s'assurer que le document est bien établi en termes juridiquement contraignants, comme le prévoient la loi et la jurisprudence.

99. L'Irlande indique que les PP ont généralement été appliquées de façon efficace. Un nombre limité de demandes d'enregistrement ont été rejetées. Jusqu'à une date récente, le seul moyen d'instruire les plaintes était une procédure onéreuse devant la Haute Cour. En vertu de la dernière loi en date, toute personne peut désormais porter plainte auprès du Directeur du Service d'aide à la décision, qui peut ouvrir une enquête, officieuse le cas échéant, sans préjudice du droit de saisir la justice.

<sup>91</sup> Andorre, Chypre, Finlande France, et Royaume-Uni (Écosse).

<sup>92</sup> Irlande, Norvège, Slovaquie, Suède, Suisse et Turquie.

100. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a répondu que le coût élevé des services juridiques destinés à aider à l'établissement des PP donnait lieu à des plaintes.

101. Le Royaume-Uni (Écosse) a fait référence aux observations indiquées dans les sections précédentes.

### Directives anticipées (Partie III)

#### Principe 16 – Forme

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

102. En ce qui concerne le Principe 16.1, les dispositions les plus évoluées qui ont été signalées l'ont été en Irlande, où les déclarations préalables doivent être établies sous forme écrite, faire l'objet d'un enregistrement audio et vidéo ou être traitées par reconnaissance automatique de la parole; et elles doivent être signées par le représentant thérapeutique désigné (s'il y en a un) et par deux témoins. Ces déclarations doivent être établies sous forme écrite et légalisées par un notaire en Autriche et en Lituanie. Dans certains États membres, elles doivent être établies sous forme écrite à certaines fins uniquement : en Croatie, aux fins de la proposition de désignation d'un tuteur, elles doivent être établies sous forme écrite et légalisées par un notaire; en République tchèque, elles doivent être établies sous forme écrite pour ce qui concerne les questions relatives à la santé, mais peuvent être consignées dans les documents médicaux signés par le patient au moment de son admission ou immédiatement avant; en Allemagne, elles doivent être établies sous forme écrite pour les questions relatives à la santé; et au Royaume-Uni (Écosse), les déclarations préalables en matière de santé mentale doivent être établies sous forme écrite et signées en présence d'un professionnel de la santé ou d'un avocat; quant aux autres directives anticipées, non réglementées par la loi, elles ne font pas l'objet de dispositions expresses en matière de forme. Au Monténégro (propositions de loi) ou en Turquie, l'établissement de telles directives sous forme écrite n'est pas prévu. Les directives anticipées doivent être établies sous cette forme dans les autres États membres qui ont répondu<sup>93</sup>.

103. S'agissant du Principe 16.2, plusieurs États membres ont signalé l'existence d'autres dispositions et mécanismes. En Autriche, les directives anticipées peuvent être portées au Registre central tenu par la Chambre du notariat autrichien, en coopération avec la Croix-Rouge autrichienne (la validité des directives n'est pas subordonnée à cet enregistrement, qui est facultatif). En Belgique, elles sont portées au Registre central tenu par la Fédération royale du notariat belge. En Croatie, aux fins de la nomination d'un tuteur, elles doivent être notifiées au Centre de protection sociale, et les directives anticipées ont été consignées dans un registre géré par la Chambre croate des Notaires. En République tchèque, pour qu'elles soient valides et effectives, un médecin doit expliquer par écrit les conséquences de la décision du patient et la signature de ce dernier doit être officiellement vérifiée (légalisée). En France, si le mandant envisage de décider de limiter ou d'interrompre un traitement, le médecin doit s'enquérir de l'éventuelle existence d'une directive anticipée (qui, en France, ne peut se rapporter qu'aux situations de fin de vie). En Allemagne et au Royaume-Uni (Écosse), les directives anticipées peuvent être couplées à une PP. En outre, en Allemagne, les directives anticipées concernant les questions relatives à la santé, et la désignation du *Betreuer* (tuteur) au cas où elle serait nécessaire, peuvent également être portées au Registre central des procurations permanentes (voir la note de bas de page n° 85). En Irlande, si elle concerne un traitement essentiel au maintien de la vie, la directive anticipée doit indiquer de façon explicite qu'elle doit s'appliquer même si la vie

<sup>93</sup> Arménie, Belgique, France, Slovaquie, Suisse et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles).

est mise en danger. En Irlande, les formalités à remplir consistent notamment à indiquer le nom, la date de naissance et les coordonnées du mandant et du représentant thérapeutique désigné (s'il y en a un). En Suisse, il incombe au médecin de vérifier l'existence de directives anticipées et leur validité : s'il émet des doutes sérieux quant au point de savoir si le document a été établi librement et de manière éclairée, le médecin peut ne pas le prendre en considération. Au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), une directive anticipée doit, pour être valide, avoir été formulée à un moment où la personne concernée jouissait de sa capacité mentale; pour qu'elle soit applicable, son libellé doit être précis et adapté aux circonstances médicales survenues; elle doit avoir été formulée lorsque la personne était âgée de plus de 18 ans et celle-ci doit avoir été pleinement informée des conséquences d'un refus de traitement, y compris du fait que ce refus pourrait accélérer la mort; la directive ne doit pas avoir donné lieu à un abus d'influence commis à l'égard du patient; et si elle porte sur le refus d'un traitement salvateur, elle doit être formulée par écrit et signée en présence de témoins.

## Questions d'ordre général concernant les Principes 14 à 17

104. L'Arménie a répondu que les directives anticipées étaient normalement incluses dans la PP. L'Autriche a fait savoir que la pratique des directives anticipées affichait un bilan « positif ». La Belgique, la Croatie et la Turquie ont répondu qu'il était trop tôt pour dresser un bilan. La République tchèque n'a pas relevé d'expériences négatives en la matière. L'Irlande a signalé des incohérences au niveau de la pratique, auxquelles il serait, espérait-on, remédié lorsqu'une nouvelle loi entrerait en vigueur. Elle a également indiqué l'existence de problèmes transfrontières liés à la non-application des directives dans les autres pays. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a signalé des problèmes découlant de la méconnaissance générale des décisions anticipées parmi le grand public et les professionnels de la santé. Le Royaume-Uni (Écosse) a fait état du problème de l'absence d'utilisation des directives anticipées, mais a également indiqué que les professionnels ignoraient parfois leur existence. Cela étant, de nouvelles mesures ont été mises en place pour faire en sorte que les déclarations préalables soient portées au dossier médical des personnes concernées.

105. Trois États membres ont répondu au sujet de la conformité aux dispositions de la CDPHNU. La Croatie a indiqué qu'il était envisagé de procéder à un réexamen, et éventuellement à une refonte, des dispositions en vigueur. L'Allemagne a fait savoir que ses dispositions étaient conçues de façon à permettre d'évaluer utilement les volontés et les souhaits du mandant et de leur donner effet, mais que, dans la pratique, une rédaction défectueuse mettait en doute l'efficacité des directives et qu'il était donc recommandé aux intéressés de se faire conseiller par des professionnels. L'Irlande a indiqué qu'un code de pratique détaillé était en cours d'élaboration pour garantir la conformité aux dispositions de la CDPHNU.

106. La France a dressé un bilan plus détaillé. Une loi de 2005 disposait que toute personne pouvait rédiger des directives anticipées qui s'appliqueraient dans les situations où elle ne serait plus en mesure d'exprimer ses souhaits. Ces directives anticipées étaient valables trois ans. Elles pouvaient être modifiées à tout moment. Les médecins étaient tenus de s'enquérir de leur existence et de les prendre en considération si la personne concernée n'était pas en mesure d'exprimer ses souhaits. Toutefois, bien qu'appelées « directives », elles n'avaient pas force obligatoire et il n'existait pas de formalité particulière pour les enregistrer et les conserver. Du reste, les professionnels de la santé n'ont dans l'ensemble pas respecté cette loi de 2005 car son application intégrale aurait nécessité un changement en profondeur au niveau de la pratique médicale et des relations entre les médecins et leurs patients.

107. En 2012, une commission présidée par le Professeur Didier Sicard, ancien président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (« CCNE »), a été chargée d'évaluer la loi de 2005 dans le cadre d'une réflexion sur les soins palliatifs. Le rapport de la Commission, qui a été publié en décembre 2012, recommandait une meilleure application des lois en vigueur, un renforcement du rôle des directives anticipées et le développement de l'éducation aux soins palliatifs, ainsi que l'administration d'une sédation sous contrôle jusqu'au décès. En outre, le CCNE a jugé nécessaire, dans son avis du 28 juin 2013, de rendre accessible à tous le droit aux soins palliatifs et de rendre les directives anticipées contraignantes pour les soignants.



108. Par la suite, dans le cadre d'une initiative parlementaire, la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 a été adoptée. Elle créait de nouveaux droits pour les patients et les personnes en fin de vie et clarifiait la situation concernant les directives anticipées, telles que celles prévues par l'article L.1111.11 du Code de la santé publique, qui peuvent désormais être rédigées par toute personne majeure, expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux, sont révisables et révocables à tout moment et par tout moyen et, en particulier, s'imposent au médecin.

## CHAPITRE IV : MISE EN ŒUVRE DANS UN CONTEXTE PLUS LARGE

### Introduction

109. Comme l'indique le Principe 1.1, la Recommandation a pour finalité principale d' « *encourager l'autodétermination des majeurs capables en prévision de leur éventuelle incapacité future* ». Afin de pouvoir prendre la mesure de la concrétisation de cette finalité principale à travers l'Europe, il a été nécessaire d'examiner et d'évaluer des questions autres que celles qui ont fait l'objet de l'examen et de l'évaluation auxquels il a été procédé plus haut au regard de chacun des Principes de la Recommandation. L'examen et l'évaluation de ces autres questions ont conduit à examiner la question de l' « encouragement » sous l'angle non seulement des dispositions législatives existantes, mais des ressources mises à disposition pour faciliter la mise en œuvre et l'encourager activement. La mission de l'auteur a également consisté à renvoyer aux travaux d'autres organisations internationales pertinentes. Les questions facultatives des questionnaires étaient destinées à recueillir des informations sur ces aspects plus larges, et le contexte plus large, de la mise en œuvre.

110. L'examen précédent, Principe par Principe, s'est limité aux informations fournies par les États membres en réponse aux questionnaires, ainsi qu'aux commentaires que ces réponses ont inspirés à l'auteur. Du fait de l'élargissement de la tâche dont il est question dans le présent chapitre, les connaissances de l'auteur y sont davantage mises à contribution.

### PARTIE A – QUESTIONS TRAITÉES DANS LES VERSIONS COMPLÈTE ET SUCCINCTE DU QUESTIONNAIRE

#### « Importants problèmes transfrontières » observés

111. Quatre États membres<sup>94</sup> n'ont observé aucun problème de ce genre. L'Allemagne a signalé un très petit nombre de problèmes entre « États contractants », à savoir les États qui ont ratifié La Haye 35. Elle a fait état de trois cas en 2011, de quatre en 2012, de sept en 2013, de 13 en 2014 et de 14 en 2015. La quasi-totalité des questions soulevées concernaient l'échange d'informations entre les tribunaux et les autorités, ainsi que le transfert de mesures de mise sous tutelle en cas de déménagement (principalement la mise en place de nouvelles mesures de mise sous tutelle). L'Allemagne n'a observé aucun problème avec les États non contractants (c'est-à-dire ceux qui n'ont pas ratifié La Haye 35). À l'inverse, la Suisse n'a signalé aucun problème entre États contractants et a fait état de problèmes importants avec les États non contractants. La Suisse a fait observer qu'il était beaucoup plus difficile de prouver l'existence de mesures de protection et de PP, et de les faire reconnaître, dans des situations transfrontières mettant en jeu des États non contractants, avec lesquels il était difficile d'établir des contacts directs entre autorités afin de faciliter l'application des mesures de protection et des PP. Le Royaume-Uni (Écosse) a signalé des problèmes transfrontières multiples et importants, sans observer de véritable différence entre États contractants et États non contractants.

112. Les grandes différences entre ces réponses peuvent s'expliquer comme suit. Il ressort des contacts en Europe avec les professionnels du droit et des services sanitaires et sociaux et avec les organisations qui les emploient, ainsi qu'avec les banques, les autres institutions financières, etc., que les problèmes transfrontières se posent souvent dans la pratique, en particulier en ce qui concerne les PP. Les faits recueillis par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen et les informations qui lui sont communiquées, dans le contexte évoqué aux paragraphes 125 et 126, ne disent pas autre chose. Pour prendre l'exemple de l'opposition entre les réponses de la Suisse et de l'Allemagne (voir plus haut), on peut raisonnablement en déduire que la Suisse a répondu en ce qui concernait les problèmes rencontrés dans un contexte élargi, qu'ils aient ou non débouché sur une procédure judiciaire, tandis que l'Allemagne a précisé n'avoir répondu qu'au sujet des problèmes mentionnés au paragraphe précédent (échange d'informations, transfert de tutelle en cas de déménagement), et ne pas avoir été en mesure de fournir un nombre précis d' « affaires » pour chaque année indiquée, ces affaires semblant toutes se rapporter aux procédures spécifiquement visées par La Haye 35.

---

<sup>94</sup> Autriche, Croatie, France et Lituanie.

113. Le nombre relativement faible des États membres qui ont répondu à ce sujet et la disparité de leurs réponses ne permettent pas de tirer des conclusions définitives. Si les situations transfrontières créent d'importantes difficultés pratiques, débouchant ou non sur des procédures judiciaires, cela limite l'efficacité des mesures destinées à faciliter l'autodétermination en cas d'incapacité. Cet état de fait constitue donc une discrimination à l'égard des citoyens européens atteints de déficiences intellectuelles, lesquelles diminuent leur capacité par rapport à ceux qui n'en sont pas atteints. Sous réserve d'enquêtes qui pourraient être ultérieurement menées par d'autres organismes, c'est là un problème qui mérite une étude plus approfondie.

114. Enfin, dans ce contexte, l'Irlande a signalé des problèmes de non-conformité aux directives anticipées dans un autre pays. Eu égard au fait que l'Irlande s'est récemment dotée d'une législation visant à assurer la conformité avec la CDPHNU et compte tenu du sous-développement relatif des directives anticipées constaté dans d'autres parties du présent rapport, il est permis de penser que ce problème est sérieux, même s'il n'a été relevé que dans une seule réponse.

### **Ratification de La Haye 35**

115. On sait que La Haye 35 a été ratifiée par neuf États, qui sont tous membres du Conseil de l'Europe. Six États membres ont confirmé cette ratification dans leurs réponses<sup>95</sup>. Il est encourageant de constater que cinq États membres ont indiqué des avancées dans le processus de ratification. Faits très positifs, l'Irlande a confirmé qu'elle ratifierait cette Convention une fois que sa loi de 2015 serait entrée en vigueur, et la Lettonie compte la ratifier en 2017. La Belgique a engagé le processus de ratification. Le Danemark envisage de ratifier la Convention, en vue d'en déterminer les conséquences législatives, bien qu'il ne soit pas encore possible de fixer un calendrier pour la ratification. Le Monténégro espère la ratifier « ultérieurement ». La Lituanie n'a pris aucune décision en matière de ratification. La Croatie a indiqué que la ratification n'était pas actuellement planifiée. L'Ukraine et le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) ont fait savoir qu'ils n'avaient pas ratifié cette Convention.

### **Application aux PP des articles 22 et 23 de La Haye 35**

116. Les questionnaires demandaient aux États membres d'indiquer s'il serait utile pour les citoyens de l'État membre considéré que les articles 22 et 23 de La Haye 35<sup>96</sup> (ou des dispositions équivalentes à celles de ces deux articles) s'appliquent aux PP et (dans l'affirmative) s'appliquent à l'échelle européenne, indépendamment de la ratification de La Haye 35. L'article 22 de La Haye 35 dispose que les mesures auxquelles il s'applique (lesquelles, selon la version initiale du paragraphe 146 du rapport explicatif de La Haye 35 établi par le Professeur Lagarde, n'englobent pas les PP) sont reconnues de plein droit dans d'autres États, la reconnaissance pouvant toutefois être refusée pour certains motifs spécifiés. L'article 23 dispose que toute personne intéressée peut demander aux autorités compétentes d'un État qu'il soit statué sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre État contractant. Pour des éléments nouveaux récents à cet égard, voir les paragraphes 122 à 124 plus loin.

117. La Réponse fournie par la Suisse à ce sujet est celle qui correspond le mieux à ces éléments nouveaux. La Suisse est d'avis que les articles 22 et 23 de La Haye 35 s'appliquent déjà dans des pays comme la Suisse, où une disposition exige la « confirmation » ou la « validation » d'une PP par les autorités. La Suisse estime que cette validation constitue une mesure de protection au sens de l'article 22. De plus, elle considère que la validité est prévue par l'article 15 de La Haye 35<sup>97</sup>, qui s'applique également aux pays qui ne sont pas parties à La Haye 35. La Suisse insiste pour que les États européens qui ne l'ont pas encore fait soient invités à ratifier La Haye 35. Mieux vaudrait, à son avis, traiter les problèmes en s'appuyant sur La Haye 35 et prendre des mesures pour y remédier dans le cadre qu'elle offre que de « créer de la concurrence », sous la forme, par exemple, d'un règlement de l'Union européenne, car cela serait un facteur de confusion<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Autriche, République tchèque, France, Allemagne, Suisse et Royaume-Uni (Écosse seulement). Les autres États membres qui l'ont ratifiée sont l'Estonie, la Finlande et Monaco.

<sup>96</sup> Les textes des articles 22 et 23 de La Haye 35 sont reproduits dans l'annexe III.

<sup>97</sup> Le texte de l'article 15 de La Haye 35 est reproduit dans l'annexe III.

<sup>98</sup> Voir la section intitulée « Éléments nouveaux récents – Union européenne » (paragraphes 125 à 129).

118. Sur un autre plan, on a fait observer à l'auteur que, s'il fallait élaborer une nouvelle réglementation des mesures volontaires dans les situations transfrontières, il faudrait le faire dans le cadre des travaux de la Conférence de La Haye, encore que l'on ait également estimé que si la Conférence de La Haye devait élaborer une nouvelle réglementation, celle-ci devrait faire l'objet d'une nouvelle Convention de La Haye qui porterait sur les mesures volontaires, et non d'une nouvelle mouture de La Haye 35 (comme dans le cas du Conseil de l'Europe qui, au lieu d'élargir ou de remanier la Recommandation n° R (99) 4 en en faisant une Convention, avait établi la Recommandation CM/Rec(2009)11 en tant que Recommandation distincte et ultérieure – comme précisé au paragraphe 2)<sup>99</sup>.

119. De même, la Réponse de l'Allemagne a recommandé d'accorder la priorité à la promotion de la ratification de La Haye 35, et d'utiliser, pour toute amélioration du régime de La Haye 35, le cadre de la Conférence de La Haye et non celui d'autres organisations, car le chevauchement de régimes juridiques différents pour le même objet est source de difficultés pour les professionnels.

120. À l'inverse, la Belgique a émis dans sa Réponse l'opinion qu'il serait peu judicieux de modifier l'esprit de La Haye 35, tel que l'a décrit le Professeur Lagarde dans son premier rapport explicatif de La Haye 35, en englobant les PP dans le champ d'application des articles 22 et 23 de La Haye 35. Toutefois, cette Réponse et d'autres réponses sur le même sujet ont été soumises avant les éléments nouveaux récents décrits plus loin.

121. Dans sa Réponse, la France a émis l'avis selon lequel l'application des articles 22 et 23 de La Haye 35 aux PP serait utile « sur le long terme, car une telle reconnaissance serait un facteur qui contribuerait au développement de ces PP ». Le Monténégro et le Royaume-Uni (Écosse) ont simplement répondu que cela serait utile, et la Lettonie a répondu que cela pourrait être utile, mais devrait faire l'objet d'une évaluation et d'un examen approfondis. L'Autriche a fait observer que cela était « difficile à dire ». Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a répondu que cela ne serait pas utile, sans expliquer sa réponse.

## Éléments nouveaux récents – Conférence de La Haye

122. Durant la période écoulée depuis la distribution aux États membres des questionnaires d'où ont été tirées les informations qui précèdent, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye a coordonné une révision du paragraphe 146 du rapport explicatif de La Haye 35 (qui renvoie à l'article 38 de La Haye 35<sup>100</sup>) avec le rapporteur, le professeur Paul Lagarde. La révision a également mis à contribution plusieurs délégations qui avaient participé à la négociation de La Haye 35, en particulier celles qui étaient intervenues au sujet d'une proposition de modification de l'article 38 de La Haye 35 qui avait donné lieu à la version initiale du paragraphe 146.

123. Aux termes du libellé initial du paragraphe 146, la confirmation d'un pouvoir de représentation n'était pas une mesure de protection au sens de La Haye 35, selon une interprétation du texte de l'article 38. Toutefois, la modification ultérieure de ce paragraphe reconnaît que lorsqu'un pouvoir de représentation (PP) a été confirmé par une autorité compétente en vertu de La Haye 35, il peut constituer une mesure de protection – dès lors que l'acte confirmant le pouvoir en question produit les mêmes effets qu'une mesure prise par une autorité compétente en vertu de l'article 3 de La Haye 35. Si un tel acte relève bien de l'article 3 de La Haye 35, il sera régi par les règles concernant la reconnaissance prévues par la Convention (c'est-à-dire les articles 22 et 23). Une version révisée du rapport explicatif de La Haye 35, y compris le paragraphe 146 modifié, a été rendue publique par le Bureau permanent. La version révisée du paragraphe 146 se lit comme suit :

*« 146. La notion de confirmation des pouvoirs doit donner toutes garanties de sérieux et se comprendre à la lumière des législations qui prévoient cette confirmation et la confient à une certaine autorité, judiciaire au Québec, administrative ailleurs. La première édition de ce rapport, qui se fondait sur la lettre du texte, énonce que la confirmation n'est pas une mesure de protection au sens de la Convention. Si tel était le cas, en effet, il n'y aurait nul besoin de*

---

<sup>99</sup> Sujet abordé, en particulier, dans une conversation qui a eu lieu le 3 novembre 2016, dans le cadre de la Conférence annuelle d'Alzheimer Europe à Copenhague.

<sup>100</sup> Le texte de l'article 38 de La Haye 35 est reproduit dans l'annexe III.

*la mentionner à côté des mesures de protection dans l'article 38. Toutefois, quelques délégations ont fait valoir depuis lors que cette analyse n'est pas celle qui, selon elles, résulterait de la discussion, difficile il est vrai<sup>195bis</sup>. Selon cette opinion, la confirmation pourrait constituer une mesure de protection au sens de l'article 3 et elle ne pourrait être donnée que par l'autorité compétente selon la Convention. Une conséquence serait que, si l'adulte a, conformément à l'article 15, paragraphe 2, soumis le mandat qu'il a conféré à une loi autre que celle dont les autorités sont compétentes selon la Convention, le représentant risque d'être privé de la possibilité de faire confirmer ses pouvoirs, par exemple par l'autorité compétente de l'Etat dont la loi est applicable au mandat. »*

124. Une conférence organisée conjointement par la Conférence de La Haye et la Commission européenne sur la promotion et l'application de La Haye 35 en Europe et dans le reste du monde devrait se tenir en janvier 2018. Elle abordera, entre autres sujets, l'utilisation des pouvoirs de représentation (PP) en vertu de la Convention.

## **Éléments nouveaux récents – Union européenne**

125. L'article 38(1) de La Haye 35 dispose que: « *Les autorités de l'État contractant dans lequel une mesure de protection a été prise ou un pouvoir de représentation 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* ». Aux termes de l'article 38(2), « *(l)a qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, à la date du certificat, sauf preuve contraire* ». L'article 38(3) se lit comme suit : « *Chaque État contractant désigne les autorités habilitées à établir le certificat* ». La Commission des affaires juridiques du Parlement européen a examiné la possibilité de rendre la délivrance d'un tel certificat obligatoire pour les États membres de l'Union européenne par la voie d'un règlement.

126. Dans son projet de rapport (2015/2085(INL)), la Commission des affaires juridiques du Parlement européen a présenté une proposition de résolution du Parlement européen assortie de recommandations qui « *[demanderait] à la Commission de soumettre au Parlement européen et au Conseil, avant le 31 mars 2018 [...] une proposition de règlement visant à renforcer la coopération entre les États membres ainsi qu'à améliorer la reconnaissance et l'exécution des décisions sur la protection des adultes vulnérables et des mandats d'incapacité [...]* ». Ce projet de rapport « *invite les États membres qui ne l'ont pas encore signée ou ratifiée [La Haye 35] à le faire dans les meilleurs délais* ». De surcroît, l'amendement 87 au projet de rapport déposé le 31 janvier 2017 « *(n)ote que le présent rapport ne remplace pas la Convention de La Haye, il appuie la Convention et invite les États membres à la ratifier et à l'appliquer* ».

127. Dans les questionnaires, il était demandé aux États membres d'indiquer s'il serait utile aux citoyens de l'État membre considéré que des certificats types délivrés au niveau européen et équivalant à ceux que prévoyait l'article 38 de La Haye 35 produisent expressément leurs effets à l'égard des PP et ce, à l'échelle européenne. Quatre États membres<sup>101</sup> ont répondu que cela serait utile. L'Autriche a répondu « peut-être ». La Lettonie a répondu que cela pourrait être utile, mais qu'il fallait évaluer et examiner la question. Dans la logique de sa réponse indiquée au paragraphe 117, la Suisse a répondu qu'un certificat pouvait déjà être utilisé pour les PP qui avaient été validés ou confirmés par les autorités, et qu'il serait intéressant de s'enquérir des problèmes pratiques que pouvaient rencontrer les États membres dont les PP étaient valides sans avoir été confirmés par les autorités.

128. La France a simplement répondu que les certificats de ce type n'existaient pas actuellement dans le système français. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a répondu que ces certificats ne seraient d'aucune utilité, sans expliquer sa réponse.

129. L'Allemagne a répondu que ces certificats ne seraient pas utiles, mais prêteraient plutôt à confusion car il n'existait pas de droit positif uniforme sous-jacent en la matière. Un certificat harmonisé occulterait le fait qu'un tel certificat concernant une personne dépendrait de la loi nationale applicable. Le mieux serait de traiter de ces questions dans le cadre des règles de conflit de lois selon l'article 15 de La Haye 35.

<sup>101</sup> Belgique, Irlande, Monténégro et Royaume-Uni (Écosse).

## Relations avec les autres mesures, parmi lesquelles la représentation de plein droit

130. Les questionnaires invitaient chaque État membre à tirer les enseignements des relations entre a) les mesures volontaires (appelées « autonomes » dans les questionnaires) régies par la Recommandation et b) l'éventail des autres mesures de protection des majeurs incapables. On se reportera également aux questions plus spécifiques posées sous la forme de la question 29.2 de la version complète du questionnaire et de la question 22.2 de sa version succincte.

131. L'Autriche a indiqué avoir institué une représentation de plein droit, les pouvoirs étant conférés au parent le plus proche, pour les « contrats de vie quotidienne ». De son côté, la Suisse dispose de deux types de représentation de plein droit, qui s'appliquent respectivement aux situations dans lesquelles il n'existe ni PP ni tutelle et à celles dans lesquelles il n'existe pas de directives anticipées. Dans le premier cas, le conjoint ou partenaire enregistré de la personne concernée, s'il vit dans le même ménage ou fournit une aide personnelle régulière, a le droit légal d'agir en qualité de représentant de la personne. Ce droit couvre a) tous les actes juridiques normalement requis pour répondre aux besoins de la personne frappée d'incapacité, b) l'administration ordinaire des revenus et des autres actifs, et c) le cas échéant, l'ouverture et le suivi de la correspondance. Pour les actes juridiques en rapport avec la gestion d'actifs exceptionnels, le conjoint ou partenaire enregistré doit obtenir le consentement du Service de protection des majeurs. Dans le second cas, qui concerne les questions relatives à la santé n'ayant pas fait l'objet de directives anticipées, le médecin traitant doit planifier le traitement en consultation avec la personne habilitée à agir en qualité de représentant pour les questions d'ordre médical. Cela s'applique aux mesures concernant tant les patients ambulatoires que les patients hospitalisés. La personne habilitée à agir est la première sur la liste ci-après : a) une personne désignée dans une directive anticipée ou une PP, b) un tuteur doté des pouvoirs pertinents, c) un partenaire enregistré s'il vit dans le même ménage ou fournit une aide personnelle régulière, d) tout autre personne vivant dans le même ménage et fournissant une aide personnelle régulière, e) la première personne fournissant une aide personnelle régulière parmi les personnes suivantes : descendants, parents et frères et sœurs. Lorsque deux ou plus de deux personnes ont le droit d'intervenir, le médecin, agissant de bonne foi, peut présumer que chacune d'elles intervient avec l'accord des autres. En l'absence d'instructions données dans une directive anticipée, le représentant doit prendre des décisions conformes aux souhaits et intérêts présumés de la personne concernée<sup>102</sup>.

132. En Belgique, les personnes ont le droit de bénéficier du soutien d'une personne de confiance. La Croatie a indiqué qu'elle avait déjà institué la tutelle et que sa Loi sur la protection des personnes atteintes de troubles mentaux admet la possibilité de désigner une personne de confiance. La République tchèque a répondu qu'un majeur pouvait faire une « déclaration préliminaire » (analogue à une PP) et demander à ce que soit désigné un tuteur même si sa capacité n'était pas diminuée, cette disposition étant prévue pour « une personne qui éprouve des difficultés à administrer son actif et son passif, ou à défendre ses droits en raison de son état de santé ». En République tchèque, un tuteur agit le plus souvent conjointement avec le pupille : s'il agit individuellement, le tuteur doit le faire d'une façon conforme aux volontés du pupille. Si ces volontés ne peuvent pas être déterminées, il appartient au tribunal saisi d'une requête du tuteur de se prononcer.

133. La France a indiqué que l'utilisation des mandats de protection future, comme des directives anticipées, n'était pas encore très répandue. La création d'un Registre spécial<sup>103</sup> devrait en stimuler l'usage. En matière de santé, un majeur peut désigner une personne de confiance, qui sera chargée de rapporter les souhaits de ce majeur. Le témoignage de la personne de confiance l'emportera sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite sous forme écrite et le document correspondant est cosigné par la personne ainsi désignée. Une personne peut également désigner une ou plusieurs personnes qui rempliront les fonctions de tuteur au cas où elle serait mise sous tutelle. Le juge des tutelles doit respecter ce choix, à moins que la personne désignée ne refuse ou que les intérêts de la

<sup>102</sup> Un article à paraître, écrit par Bianka Dörr (Université de Lucerne et Cheffe du service juridique, hôpital cantonal de St Gall), suite à un projet intitulé « Les droits de représentation de plein droit des membres de la famille et la décision médicale » (*Ex lege representation rights for relatives and medical decision making*), devrait traiter notamment de la compatibilité de ces dispositifs avec l'article 6 de la CEDH.

<sup>103</sup> Voir le paragraphe 97.

personne protégée n'imposent son exclusion. La loi de 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a élargi le rôle de la personne de confiance aux secteurs sociaux et médico-sociaux.

134. En Irlande, une personne peut créer une fiducie qui prendra effet en cas d'incapacité. En Lettonie, une PP peut comporter une disposition concernant la personne à désigner comme tuteur, si une tutelle devait être mise en place.

135. En Lituanie, une personne capable peut conclure un contrat écrit d'aide à la décision, sous la forme d'un acte notarié et enregistré. En cas de déclaration judiciaire d'incapacité ou de diminution de la capacité, le tribunal doit mettre en place une tutelle. Les directives anticipées entrent en vigueur lorsque ce jugement est rendu et elles doivent y être incorporées.

136. Le Monténégro a répondu que des lois telles que la loi antidiscrimination étaient applicables. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, le tribunal doit vérifier si une partie a la capacité d'ester en justice ou si elle peut se faire représenter : si elle n'a ni cette capacité ni cette possibilité, le tribunal doit désigner un représentant temporaire.

137. En Suisse, les autres mesures (en sus de la représentation de plein droit) sont la tutelle d'assistance, la représentation personnelle et la tutelle générale.

138. Au Royaume-Uni (Écosse), il existe toute une série d'autres mesures. Dans le cadre de la loi de 2000 sur les majeurs frappés d'incapacité, toutes les autres mesures sont non volontaires, mais prises d'office : des alternatives, simplifiées et limitées, à la tutelle appelées accès aux fonds et à la gestion d'établissements enregistrés; une simple disposition selon laquelle les comptes bancaires joints peuvent continuer d'être gérés par l'un de leurs titulaires (ou les autres co-titulaires) en cas d'incapacité de l'un d'eux; des dispositions spécifiques relatives au traitement médical et à la recherche médicale; les ordonnances de tutelle; et les ordonnances d'intervention se rapportant à différentes situations. Les autres mesures évoquées dans la réponse du Royaume-Uni (Écosse) sont le curateur (*safeguarder*), le curateur *ad litem*, l'avocat indépendant, la personne nommée par le Ministère du travail et des retraites « et d'autres mesures ». Le Royaume-Uni (Écosse) a fait observer que la différence entre les mesures autonomes (c'est-à-dire volontaires) et les autres mesures n'avait pas été dûment reconnue et, dans une certaine mesure, ne l'était toujours pas, et que le pays connaît un problème de cohérence dans l'application des mesures.

## **Moyens d'améliorer les régimes propres aux États membres**

139. Les questionnaires demandaient aux États membres d'indiquer, le cas échéant, de quelles manières l'État considéré, pensait-il que ses dispositions sur les PP et/ou les directives anticipées pourraient être améliorées et, dans l'affirmative, de donner des précisions.

140. En Autriche, la législation révisée prévoit désormais expressément que l'entrée en vigueur d'une PP n'a aucune incidence sur la capacité juridique; que les PP ne peuvent être établies que devant un notaire, un praticien du droit ou un service de protection des majeurs agréé; que non seulement une personne physique mais aussi un service de protection des majeurs agréé peut être désigné comme mandataire dans le cadre d'une PP. Ces dispositions visent à ce que le droit autrichien applicable soit pleinement mis en conformité avec les dispositions de la CDPHNU.

141. La Belgique a répondu que ses dispositions sur les PP et les directives anticipées devraient être précisées et développées. La Croatie a indiqué que les directives anticipées étaient récentes, que l'expérience serait une source d'enseignements importante et que des améliorations seraient sans doute nécessaires.

142. La France a souligné l'institution du Registre proposé, dont il a déjà été question dans le présent rapport. L'Irlande a répondu que sa nouvelle loi avait été adoptée depuis trop peu de temps pour que l'on puisse formuler des observations à ce sujet. La Lituanie a expliqué que le suivi de la réglementation juridique relevait du processus législatif en Lituanie. Le Royaume-Uni (Écosse) a indiqué qu'il étudiait les moyens d'incorporer l'ensemble des dispositions de la CDPHNU, de faire respecter l'article 5 de la CEDH et d'intégrer dans la législation davantage d'enseignements tirés de l'application de son régime.

## **Enseignements tirés de l'expérience que des États membres souhaitent partager avec les autres**

143. Il était demandé aux États membres d'indiquer s'ils avaient tiré de leur expérience des enseignements susceptibles d'être utiles à d'autres États membres. On se reportera au libellé complet des questions 30.2 de la version complète du questionnaire et 23.2 de sa version succincte. Deux États membres ont fourni une réponse sur le fond. Trois autres seulement ont répondu<sup>104</sup>. L'une des réponses sur le fond a été fournie par la France. Celle-ci a expliqué que la date d'établissement du mandat de protection future (PP) était de la plus haute importance eu égard aux problèmes posés, et aussi en cas de mandats successifs. Elle a émis l'opinion selon laquelle l'enregistrement auprès de l'administration fiscale ou la création d'un Registre spécial pourrait remédier partiellement aux problèmes.

144. Ces observations de la France donnent à penser à l'auteur qu'elles mettent le doigt sur des problèmes tenant à la diversité des méthodes d'enregistrement. Les dates auxquelles une PP est donnée ou une directive anticipée est établie seront connues dans les États membres où la date d'exécution figure sur le document. Toutefois, même dans ces cas, la date de l'acceptation par le mandataire de sa désignation dans le cadre d'une PP et, partant, de l'établissement du contrat de mandat peut être difficile à déterminer, et cette situation peut être rendue encore plus complexe si l'on ignore la date exacte du déclenchement d'une désignation de remplacement et de l'acceptation de cette désignation par le mandataire suppléant. Les différentes méthodes d'enregistrement sont les suivantes : a) enregistrement au moment où la PP est donnée ou la directive est établie, aux fins de validation, b) enregistrement non indispensable, mais volontaire, c) enregistrement à tout moment avant l'entrée en vigueur, et d) enregistrement au moment de l'entrée en vigueur. L'éventail des méthodes s'élargit encore si on les combine : on peut, par exemple, envisager l'enregistrement à la fois au moment où la PP est donnée ou la directive est établie initialement et au moment de l'entrée en vigueur, ou en ne considérant que l'un de ces événements et pas l'autre.

145. La seconde réponse sur le fond a été donnée par le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), lequel a mis en place un Forum national sur la capacité mentale qui étudie l'application de la loi sur la capacité mentale, son utilisation et les moyens de la faire mieux comprendre. Il s'agit notamment d'examiner l'utilisation des PP et des directives anticipées et d'explorer les mesures qui devraient, éventuellement, être prises pour améliorer cette utilisation et sensibiliser le public à ces questions.

146. Cela étant, il y a lieu de lire la présente section en parallèle avec la partie B du chapitre IV plus loin.

## **La Recommandation a-t-elle été utile à la mise en place des régimes des États membres ?**

147. L'Autriche et le Royaume-Uni (Écosse) ont répondu par la négative, mais uniquement parce que les régimes pertinents étaient déjà en vigueur lorsque la Recommandation a été adoptée. Les cinq autres États membres qui ont répondu à ce sujet ont estimé que la Recommandation avait eu un effet positif. La législation belge s'en inspirait largement. La Croatie a simplement répondu « Oui ». Le Danemark a répondu que la Recommandation était d'une grande utilité pour élaborer les règles relatives aux PP, et a encouragé une utilisation judicieuse de ses dispositions. La France a répondu que le Principe 8 ne trouvait pas son pendant dans son système initial, et que l'adoption de ce Principe (qui traite des questions de certification, d'enregistrement et de notification) avait apporté de la valeur ajoutée à ce système, qui avait par ailleurs été rendu compatible avec la disposition relative à la préservation de la capacité conformément au Principe 9. L'Irlande a répondu qu'elle avait tout particulièrement tenu compte des dispositions de la Recommandation au moment d'actualiser sa législation.

---

<sup>104</sup> Les trois autres sont : la Belgique, qui a expliqué que, sa loi étant entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2014, il était encore trop tôt pour pouvoir procéder à une évaluation ; la Croatie, qui a simplement répondu « Non » ; Le Royaume-Uni (Écosse), qui a indiqué que sa législation pertinente était bien connue et s'est proposé de partager sur des points précis les enseignements qu'il avait tirés de son application.



## Remplir le questionnaire a-t-il été utile ?

148. Deux États membres ont répondu « Non »<sup>105</sup>. Les six autres États membres qui ont répondu à ce sujet ont estimé que le questionnaire avait été utile. La Belgique a répondu qu'il avait attiré l'attention sur des questions techniques dont l'examen devrait être poursuivi. La France a répondu qu'il avait été utile s'agissant des initiatives de communication à lancer pour faire connaître les PP et les directives anticipées. La Lituanie a répondu que la question de la mise en place des PP « pourrait être examinée plus avant ». Les trois autres ont répondu affirmativement, d'une façon plus ou moins appuyée<sup>106</sup>.

## PARTIE B – QUESTIONS TRAITÉES UNIQUEMENT DANS LA VERSION COMPLÈTE DU QUESTIONNAIRE – PROMOTION PROACTIVE

149. Certaines questions figurant dans la version complète du questionnaire visaient à déterminer si les États membres ne s'étaient pas contentés de mettre des procurations et des directives anticipées à la disposition passive de leurs citoyens et, si tel était le cas, jusqu'où ils étaient allés. Il s'agissait de recenser les méthodes d'éducation et d'encouragement effectif propres à amener le public à profiter de ces possibilités. On a donc cherché à obtenir des informations sur les mesures prises pour rendre la Recommandation (y compris ses traductions) accessible dans l'État membre; sur les dispositions prises dans l'État membre pour promouvoir activement l'autodétermination grâce à l'utilisation des PP et des directives anticipées; et sur toutes évaluations de l'efficacité de ces mesures s'agissant de promouvoir l'autodétermination.

150. En ce qui concerne l'accessibilité de la Recommandation, elle a été publiée sur les sites internet officiels en Bulgarie, en République tchèque et en Ukraine; en Autriche, on trouve des informations sur la Recommandation dans des brochures juridiques.

151. S'agissant des mesures de promotion, l'Autriche a indiqué que la législation et la publicité avaient été mises à contribution à cet égard. Le Danemark a répondu qu'en prévision de l'entrée en vigueur de sa législation, le Ministère de la justice préparait à l'intention du grand public un guide où celui-ci trouverait des informations sur les PP, ainsi que des modèles que les mandants pourraient choisir d'utiliser. Ce Ministère coopère étroitement avec les groupes d'intérêts concernés. La Lettonie a signalé que la seule mesure prise par le Ministère de la justice concernait la formation des juges, procureurs et autres membres du personnel judiciaire. La Lituanie a indiqué que la mise en place des directives anticipées avait été annoncée dans la presse, à la radio et à la télévision. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a répondu que les mesures de promotion comprenaient notamment le code de pratique se rapportant à la loi sur la capacité mentale, la réglementation régissant les PP, une procédure de présentation en ligne des demandes et des informations sur les décisions préliminaires sur le site internet officiel du Service national de santé en Angleterre. Les États précités n'ont fait état d'aucune démarche d'évaluation de l'efficacité de ces mesures. Quatre Réponses supplémentaires, y compris des rapports d'évaluation d'efficacité, ont été apportées sur cette question et sont présentées ci-après sous quatre titres distincts.

### République tchèque

152. Des ministères et d'autres organismes ont participé au travail d'information du public et de promotion de l'utilisation des PP et des directives anticipées. Le Ministère du travail et de la protection sociale a déployé des efforts considérables pour promouvoir la notion de PP. Plusieurs documents ont été élaborés afin de promouvoir les droits des personnes handicapées, en particulier leur droit à l'autodétermination. Ils sont téléchargeables gratuitement. Ces documents abordent les thèmes de la capacité juridique, de la tutelle et des PP. Ce Ministère et d'autres ministères ont contribué à leur diffusion.

<sup>105</sup> Autriche; et Royaume-Uni (Écosse), qui a indiqué qu'« il (le questionnaire) n'a(vait) mis en lumière aucun problème dont nous n'étions pas déjà conscients ».

<sup>106</sup> Croatie « Oui »; Lettonie « Oui, en effet »; et Monténégro « Oui, bien sûr » – ce qui est peut-être une façon tout à fait indiquée de clore cette partie du chapitre.

153. Plusieurs séminaires et conférences ont été organisés par le Ministère de la justice et le Ministère de l'intérieur sur le thème des nouveaux instruments d'aide à la décision et des nouvelles dispositions du Code civil. L'École de la magistrature tchèque<sup>107</sup> a organisé plusieurs séminaires sur ce thème. Le Ministère de la santé soutient des projets destinés à informer le public sur les directives anticipées et les modalités concrètes de leur utilisation<sup>108</sup>. Par ailleurs, un grand nombre d'autres ONG, services juridiques, services d'information des ministères, etc. ont lancé une grande campagne de promotion des directives anticipées. Les médias, parmi lesquels la radio et la télévision publiques, ont de leur côté joué un rôle important en matière de promotion des PP et des directives anticipées. L'efficacité de ces mesures n'a encore fait l'objet d'aucune étude spécifique en République tchèque.

## France

154. La Haute Autorité de santé (« HAS ») a produit des guides pour aider le public, ainsi que les professionnels des secteurs sanitaires, médico-sociaux et sociaux, à rédiger des directives anticipées à partir d'un modèle facultatif créé par décret et proposé par ordonnance du Ministre de la santé. Ces informations seront accessibles notamment sur le site internet de la HAS. Dans le but de favoriser l'utilisation de ce modèle de directives anticipées et de permettre à tous de faire valoir ces nouveaux droits, une campagne d'information ciblant les professionnels de la santé et le grand public devait être lancée à la fin de 2016 sous les auspices du Centre national des soins palliatifs et de la fin de vie. La loi n° 2015-1776 (du 28 décembre 2015) relative à l'adaptation de la société au vieillissement a prévu la mise en œuvre d'actions de communication, comme la réalisation de films, par l'École des hautes études en santé publique.

## Irlande

155. L'*Irish Hospice Foundation* a produit un document intitulé « Think Ahead », qui est un outil de planification anticipée de la fin de la vie élaboré non par les cliniciens, mais par les citoyens. Les fonctions légales du Directeur du Service d'aide à la décision portent entre autres sur la fourniture d'informations aux personnes concernées en ce qui concerne leurs options, à savoir notamment les PP et les directives anticipées.

156. Cette Fondation procède actuellement à l'évaluation de son programme « Think Ahead ». Il ressort de données encore inédites que, depuis 2014, on a constaté une sensibilisation nettement accrue à ce programme. Plus de 50 000 exemplaires du document « Think Ahead » ont été distribués dans toute l'île d'Irlande. La Fondation a lancé un vaste programme de sensibilisation au programme « Think Ahead » en collaborant à cette fin avec 48 groupes civiques.

## Royaume-Uni (Écosse)

157. Une masse d'informations est disponible dans les publications du Bureau du Tuteur public (« BTP ») et sur son site internet. Ce Bureau dispense une formation à la sensibilisation. Toute une série de campagnes locales ont été organisées à l'aide de différents moyens de diffusion. En particulier, une campagne d'information sur les PP a été lancée à la fin de 2013, initialement à Glasgow, sous la forme d'un appel à « Engager la conversation » avec des êtres chers au sujet des décisions à prendre s'ils venaient à perdre leur capacité. Un site internet a été créé pour fournir des informations sur les PP, et une série de spots télévisés ont été diffusés pendant la période de Noël et du Nouvel an 2013/14. Sont venus ensuite d'autres spots télévisés, des publicités apposées dans les lieux publics et des publicités sur les réseaux sociaux, diffusées par phases (avril 2014; été 2014; Noël 2014; été 2015; Noël 2015; été 2016). En 2014, la progression de la reconnaissance de la marque a conduit à donner au site internet « starttheconversation » (engagerlaconversation) le nom de « mypowerofattorney » (maprocuration). D'autres autorités locales s'étant associées à la campagne, le Conseil municipal de Glasgow collaborait à l'été 2016 avec sept autres *council areas* (Tayside, Lanarkshire, Inverclyde, East Renfrewshire, Renfrewshire, East Dunbartonshire et West Dunbartonshire). Cette collaboration a été étendue à au moins quatre autres *council areas* en prévision de la campagne de Noël 2016.

---

<sup>107</sup> Le service de l'administration centrale tchèque qui assure la formation théorique et pratique des juges, procureurs, membres du personnel des tribunaux, assistants de justice, etc.

<sup>108</sup> On citera par exemple le travail de l'ONG Cesta Domu (« Le chemin de la maison »), qui a lancé un projet accessible sur son site internet.

158. Le site internet « mypowerofattorney » offre une multiplicité de ressources ainsi que des pages locales pour chaque *area* qui s'est associé à la campagne. Il permet de visionner un certain nombre de vidéos (montrant par exemple une personne ayant fait l'objet d'un diagnostic de démence, et une personne s'occupant d'une personne atteinte de démence). Pendant la campagne de l'été 2016, l'utilisation des réseaux sociaux a augmenté, en particulier grâce à une série de publicités démystificatrices, réalisée conjointement avec le BTP. La réaction des réseaux sociaux a été positive, avec plus de 200 000 vues des quatre publicités démystificatrices, ce qui a accru le nombre de visiteurs du site. Voici quelques autres statistiques concernant la campagne de 2016 : plus d'un million de téléspectateurs atteints; plus de 8 400 visiteurs du site internet; et un peu moins de 13 000 pages vues. La deuxième page accueillant le plus grand nombre de visiteurs (après la page d'accueil) est la page intitulée « Quel en est le coût ? ».

159. Au moment de répondre au questionnaire, le nombre de nouvelles PP enregistrées pour 2016 semblait faible, mais un volume important de demandes était en instance de traitement par le BTP, ce qui attestait une progression du nombre des demandes d'enregistrement reçues. D'autres études ont été entreprises. Les données concernant les enregistrements de procurations concernant les questions relatives au bien-être (*WPOA*) ont été analysées entre janvier 2010 et juin 2015. On a utilisé le modèle multiniveaux de Poisson pour les demandes d'enregistrement de *WPOA* présentées par *council* et par trimestre, en neutralisant les effets a) de la variable temps; b) de la campagne (variable comprise entre 0 et 4 selon l'intensité de la campagne reçue); et c) de l'estimation de population en milieu d'année concernant les personnes âgées de 25 ans ou plus. On a constaté que les enregistrements de *WPOA* avaient diminué en 2011 par rapport à 2010, mais que, globalement, ils avaient augmenté entre 2010 et 2015. Ces enregistrements ont progressé de 33,3 % à Glasgow en 2014 par rapport à 2013, contre 17,3 % dans le reste de l'Écosse. Une fois l'ensemble des données modélisées, la probabilité relative (risque relatif – « RR ») d'un enregistrement pour les personnes vivant dans une zone où l'intensité de la campagne avait été la plus élevée était sensiblement supérieure à ce qu'elle était pour les personnes non touchées par la campagne (RR et 95 % IC (intensité de la campagne) = 1,16 (1,14, 1,19)). La probabilité relative d'un enregistrement progressait avec l'augmentation de l'intensité d'une manière approximativement séquentielle. Les écarts entre *councils* persistaient après neutralisation des effets de la campagne (variance = 0,059 (0,015)). Une pente aléatoire pour la variable temps a fait considérer que la variance entre *councils* augmentait avec le temps.

160. La campagne avait été motivée par les préoccupations suscitées par les retards importants avec lesquels des patients étaient autorisés à quitter un hôpital lorsque ces patients, qui n'étaient plus en mesure de rentrer chez eux, n'étaient pas capables de décider valablement du lieu où ils devraient résider après leur sortie. L'auteur a été prié d'indiquer comment la procédure devant déboucher sur une autorisation de sortie pourrait être accélérée. Il a fait observer que dans les cas où un patient avait déjà donné une PP en dotant le mandataire des pouvoirs pertinents, ce retard ne se produirait pas. L'évaluation de l'impact de la campagne publicitaire montre que l'économie des fonds publics découlant de la diminution des périodes durant lesquelles la sortie de l'hôpital était retardée a plus que compensé le coût de la campagne. De même qu'ont été économisés les frais quotidiens d'hospitalisation des patients qui auraient pu être ainsi retenus, on a également fait l'économie du coût humain pour les personnes inutilement hospitalisées pendant de longues périodes et l'on a évité la diminution correspondante du nombre de lits d'hôpital pour les personnes qui avaient besoin d'être hospitalisées.

161. L'évaluation de la campagne écossaise permet de tirer les conclusions ci-après. Durant la période de la campagne, on a observé une corrélation directe entre l'augmentation par zone des enregistrements de *WPOA* et l'intensité de la campagne et le lieu où elle était menée. Cela pourrait être dû à la campagne de sensibilisation qui a commencé à Glasgow. Il semble que cette campagne ait permis de faire, et doive permettre de faire de plus en plus à l'avenir, les économies sur les plans financier et humain mises en évidence au paragraphe précédent.

## **PARTIE C – QUESTIONS TRAITÉES UNIQUEMENT DANS LA VERSION COMPLÈTE DU QUESTIONNAIRE – AUTRES QUESTIONS**

### **Dates d'entrée en vigueur des dispositions**

162. Cette information est utilisée de préférence en parallèle avec les statistiques figurant dans le tableau C de l'annexe IV. Elle est donc présentée dans le tableau D.

### **Propositions tendant à modifier le champ d'application des PP**

163. Dans sa version complète, le questionnaire demandait à chaque État membre d'indiquer s'il existait des propositions tendant à modifier la portée des questions qui pourraient être traitées dans une PP. En Autriche, le Ministère de la justice a, à l'issue d'une large consultation, préparé une révision des dispositions législatives concernant les PP. Après de longs débats, ces dispositions ont été adoptées sans changements majeurs et entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2018. Le Royaume-Uni (Écosse) a répondu que le champ d'application potentiel des questions pouvant être traitées dans une PP faisait l'objet d'un réexamen, mais qu'il ne serait probablement pas modifié. Toutefois, les propositions récentes émanant de la Commission écossaise des lois permettaient de penser que l'on pouvait présumer que tous les mandataires dotés de pouvoirs concernant les questions relatives au bien-être étaient habilités à autoriser des restrictions à la liberté, à moins que le document de PP n'en dispose autrement de façon explicite. Les autres réponses à cette question<sup>109</sup> ont toutes été négatives. L'Irlande a fait observer que sa loi de 2015 avait récemment actualisé les dispositions législatives.

### **Les procurations générales produisent-elles des effets permanents ?**

164. Dans sa version complète, le questionnaire demandait si et dans quelle mesure les procurations générales pourraient produire automatiquement des effets en tant que PP. Une Réponse négative a été clairement donnée par l'Autriche, l'Irlande, la Lettonie, le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles et Écosse). La France a expliqué d'un manière un peu plus détaillée que l'article 2003 du Code civil, qui traite des mandats en général, dispose qu'ils ont un caractère permanent. Cela vaut en principe pour les procurations. Elles arrivent à leur terme en cas de révocation par le mandataire, en cas de renonciation du mandataire à son mandat, en cas de décès naturel ou de « décès juridique », en cas de mise sous tutelle du mandant ou de déconfiture du mandant ou du mandataire.

### **Rôle des mandataires en matière de privation de liberté**

165. Dans sa version complète, le questionnaire demandait quel rôle les mandataires pouvaient éventuellement remplir en ce qui concernait la privation de liberté au sens de l'article 5 de la CEDH. Cet article est reproduit dans l'annexe III. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la doctrine en la matière, il est permis de douter qu'un mandataire puisse être habilité à autoriser une privation de liberté. S'il peut y être habilité, un régime de contrôle automatique indépendant devrait vraisemblablement s'appliquer. Deux États membres seulement ont traité expressément du lien entre les PP et l'article 5. Au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), les mandants qui donnent une PP ne peuvent pas autoriser le mandataire à consentir à une privation de liberté, sauf à le faire soit pour donner suite à une ordonnance judiciaire, soit en respectant les garanties en matière de privation de liberté applicables au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles). Toutefois, la Commission des lois de l'Angleterre & du Pays de Galles a récemment repris ses travaux sur le sujet<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> République tchèque, France, Irlande et Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles).

<sup>110</sup> Voir les propositions rendues publiques le 13 mars 2017 sur <http://www.lawcom.gov.uk/project/mental-capacity-and-deprivation-of-liberty/>

166. En Irlande, la loi de 1996 n'habilitait pas les mandataires à autoriser une privation de liberté. La question a toutefois été abordée dans la loi de 2015, encore que l'on croie savoir que des dispositions législatives sur la question de la privation de liberté en général sont actuellement en préparation<sup>111</sup>. Cela étant, il vaut la peine de citer les dispositions pertinentes de la loi de 2015 :

- « 1) *Lorsqu'une procuration permanente confère un pouvoir en matière de bien-être personnel, ce pouvoir n'autorise pas un mandataire à accomplir un acte qui vise à brider le donneur [c'est-à-dire le mandant], sauf en cas de circonstances exceptionnelles et à moins que*
- (a) le donneur ne soit dépourvu de la capacité de s'occuper de la question dont il s'agit ou que le mandataire n'ait des raisons de penser que le donneur en soit dépourvu,*
  - (b) le mandataire n'ait des raisons de penser qu'il est nécessaire d'accomplir l'acte en question afin d'écartier un risque imminent de grave préjudice au donneur ou à une autre personne, et*
  - (c) l'acte en question ne constitue une réponse proportionnée à la probabilité du préjudice visé à l'alinéa (b) et à la gravité de ce préjudice.*
- 2) *Aux fins du présent article, un mandataire bride un donneur s'il*
- (a) utilise ou manifeste son intention d'utiliser la force pour l'accomplissement d'un acte auquel le donneur est opposé,*
  - (b) restreint délibérément la liberté de mouvement ou de comportement volontaire du donneur, que celui-ci oppose ou non une résistance,*
  - (c) administre un médicament qui n'est pas imposé par une maladie médicalement identifiée, dans l'intention de contrôler ou de modifier le comportement du donneur ou de garantir sa docilité ou son incapacité d'opposer une résistance, ou*
  - (d) autorise une autre personne à accomplir l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas (a) à (c).*
- 3) *Un mandataire qui bride un donneur lève l'entrave imposée à ce dernier dès que celle-ci n'est plus nécessaire pour écartier un risque imminent de grave préjudice au donneur ou à une autre personne. »*

Toute entrave imposée par un mandataire doit être signalée au Directeur du Service d'aide à la décision.

167. L'Autriche a indiqué l'absence d'une réglementation spécifique en la matière. La République tchèque a répondu que l'entrée en vigueur d'une PP n'avait pas d'incidence sur la capacité mentale et n'autorisait pas le mandataire à consentir à une hospitalisation sous contrainte. Le Danemark a indiqué que la législation danoise ne contenait aucune disposition explicite à ce sujet, encore que des règles spéciales s'appliquent lorsque le mandant refuse, par exemple, d'être placé dans une maison de santé, même si ce placement peut être nécessaire pour des raisons de santé. En France, les mandats de protection future (PP) ne contiennent aucune disposition concernant la privation de liberté. De surcroît, les dispositions pertinentes applicables aux tuteurs ne s'appliquent pas aux mandataires. En vertu de l'article 706-113 du Code de procédure pénale, le tuteur peut être avisé des poursuites dont le majeur fait l'objet. Il a un droit d'accès aux documents et bénéficie de plein droit d'un permis de visite. Toutefois, ces dispositions concernant les tuteurs ne s'appliquent pas aux mandataires. La Lettonie n'a pas mis en place, pour ce qui est des PP, de dispositions législatives touchant la privation de liberté et, de ce fait, les mandataires ne remplissent aucun rôle spécial à cet égard. Au Royaume-Uni (Écosse), la question du rôle que pourrait jouer les mandataires en matière de privation de liberté est actuellement à l'étude. La Commission écossaise des lois a proposé que les mandataires dotés de pouvoirs pour les questions relatives au bien-être puissent autoriser une restriction à la liberté (définie comme englobant la privation de liberté), pour autant que soit respectée une procédure appropriée de restriction à la liberté.

## **Problèmes soulevés par la portée et les effets des pouvoirs conférés par les PP**

168. Dans sa version complète, le questionnaire demandait si la portée et les effets des pouvoirs conférés par les PP avaient soulevé des problèmes. Trois États membres (République tchèque, Irlande et Royaume-Uni (Écosse)) ont signalé des problèmes. La République tchèque a indiqué

<sup>111</sup> Le 8 décembre 2017, l'Irlande a publié pour consultation un projet de loi en vertu duquel un mandataire pouvait être habilité par le mandant à autoriser une privation de liberté.

qu'une ONG avait proposé l'adoption de mesures visant à s'assurer que « dernières volontés de la personne » en ce qui concerne les questions relatives à la santé et à la protection sociale soient effectivement respectées, et que cette personne ne courrait pas le risque de voir ses instructions invalidées pour des raisons de forme. Il est proposé que le Ministère de la justice établisse une analyse de l'effet utile de l'utilisation du « nouvel outil d'aide à la décision ».

169. L'Irlande a répondu qu'un problème rencontré était lié à la pratique des mandataires de faire dons des biens appartenant au mandant. La loi de 1996 limitait expressément ces dons, mais n'énonçait aucune obligation d'information, ce qui suscitait des préoccupations. La loi de 2015 offre donc des garanties détaillées, comme les obligations faites aux mandataires d'informer et de tenir et de produire des comptes. Les notifications doivent indiquer dans le détail les remboursements de frais et les dons effectués. En tout état de cause, les dons ne peuvent être faits que si le document de PP les prévoit expressément. La loi de 2015 énonce les infractions liées au non-respect de ces dispositions ainsi que les sanctions encourues.

170. Le Royaume-Uni (Écosse) a répondu que la portée et/ou les effets des pouvoirs énoncés dans les PP soulevaient régulièrement des problèmes. Les directives du Gouvernement écossais donnent des conseils aux mandataires sur les modalités de règlement des litiges. Le Tuteur public, l'administration locale compétente et la Commission écossaise de la santé mentale sont chargés d'aider à régler ces problèmes et litiges. Le tribunal peut également être invité à donner des orientations.

171. L'Autriche a indiqué qu'aucun problème ne s'était posé. Le Danemark a fait observer que les dispositions pertinentes n'étaient pas encore applicables. La France a répondu n'avoir rencontré aucun problème, mais cela tenait probablement au faible nombre de mandats de protection future (PP) qui avaient été établis et aussi au fait que l'immense majorité d'entre eux étaient certifiés par un notaire, ce qui garantissait la qualité du document, ainsi qu'aux garanties appropriées en vigueur. La Lettonie a fait savoir que son Ministère de la justice n'avait pas eu connaissance de problèmes. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) n'a fait état d'aucun problème à ce sujet.

## **Problèmes survenant en cas de désignation de comandataires**

172. Dans sa version complète, le questionnaire demandait des informations sur les éventuels problèmes pouvant découler de la désignation de comandataires; les mécanismes mis en place pour régler ces problèmes; et le degré d'utilité de ces mécanismes. L'Autriche a répondu qu'aucune difficulté n'était apparue. L'Autriche, la France et le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) ont simplement indiqué que les désaccords entre comandataires étaient, en l'absence de règlement par d'autres moyens, renvoyés au tribunal compétent.

173. Le Royaume-Uni (Écosse) a signalé que la désignation de comandataires occasionnait effectivement des conflits d'intérêts et des divergences de points de vue. Le Gouvernement écossais a élaboré de nombreuses directives pour remédier à ces problèmes. Des conseils peuvent être demandés au Tuteur public. Le tribunal peut être saisi si un problème n'a pu être réglé autrement. Si ces diverses méthodes ont donné d'assez bons résultats, on n'en estime pas moins en Écosse que la médiation – si elle était disponible – pourrait être plus utile.

174. L'Irlande a répondu qu'en pratique, on n'avait pas constaté de difficultés en cas de désignation de plusieurs mandataires. En fait, ce cas de figure est pour le mandant un gage supplémentaire de protection contre les irrégularités (d'ordre financier, en particulier). Les mandants qui ont plusieurs enfants souhaitent souvent désigner comme mandataires plusieurs d'entre eux. La législation prévoit également qu'un mandataire consulte les autres. Il arrive que les mandants qui ont plus de deux enfants (qu'ils désignent comme mandataires) prennent des dispositions pour que les autres enfants soient consultés, ce qui contribue à entretenir l'harmonie familiale. La désignation de plusieurs mandataires présente un autre avantage : si un mandataire vient à décéder ou n'est plus en mesure d'agir pour une raison ou pour une autre (y compris l'incapacité d'exercice des fonctions de mandataire), l'autre mandataire peut agir. Cela est particulièrement utile lorsque le mandant n'a pas désigné de mandataire suppléant. En vertu d'une disposition de la loi de 1996, la Haute Cour peut être saisie en cas de difficulté. La loi de 2015 prévoit que les affaires peuvent d'abord être soumises au Directeur du Service d'aide à la décision et, en dernier ressort (le cas échéant), renvoyées devant le Tribunal de circuit.

175. Le Danemark a répondu que, bien que la loi ne soit pas encore en vigueur, le Ministère de la justice prévoyait que l'existence de plusieurs mandataires pourrait être une source de désaccords qui remettrait en question l'effet utile de la PP. On part du principe que les PP constituent une solution simple et privée pouvant remplacer la tutelle, le mandant choisissant des personnes de confiance pour faire d'elles son ou ses mandataires. Si plusieurs mandataires sont choisis, on part de l'hypothèse que le mandant a confiance dans leur capacité de coopérer entre eux. À la différence des tutelles, les PP ne font pas l'objet d'un contrôle actif de la part des autorités. En cas de désaccord, on peut avoir des raisons de se demander si les intérêts du mandant sont protégés comme il convient. Si l'Administration nationale a connaissance de désaccords de ce type, elle pourrait révoquer la PP et, si elle le juge pertinent, déclencher une procédure de mise sous tutelle.

176. On notera l'intéressante diversité des réponses à la question de savoir si la désignation de comandataires soulève ou non des problèmes importants et, d'une façon plus générale, la diversité des opinions quant aux avantages et aux inconvénients de cette pratique. Cette diversité peut tenir en partie au fait que les autorités interviennent peu dans ce qui constitue souvent, dans une large mesure, un arrangement essentiellement privé.

### **Les mandataires de contrôle sont-ils obligatoires ?**

177. En sus de traiter de l'obligation découlant du Principe 12.1 (voir le paragraphe 61), il était demandé, dans la version complète du questionnaire, si la désignation de mandataires de contrôle était requise. Aucun des États membres ayant répondu n'a déclaré que tel était le cas.

### **Problèmes spécifiques aux mandataires uniques**

178. Dans sa version complète, le questionnaire demandait des informations sur les problèmes que pouvaient poser les mandataires uniques sans que ces problèmes surgissent en cas de désignation de plusieurs mandataires. L'Autriche n'a signalé aucun problème et la Lettonie a indiqué que, pour autant que le Ministère de la justice le sache, la désignation de mandataires uniques n'avait causé aucun problème. L'Irlande et le Royaume-Uni (Écosse) ont signalé un risque accru d'abus financiers lorsqu'il n'y avait qu'un mandataire. L'Irlande a fait observer que cette situation était plus particulièrement observée dans le cas des désignations relevant de la loi de 1996, qui n'imposait pas d'obligation d'information. Le Royaume-Uni (Écosse) a indiqué que la désignation d'un mandataire unique augmentait également le risque de mauvaise gestion financière et que des difficultés survenaient souvent lorsqu'un mandataire unique n'était plus en mesure d'exercer ses responsabilités de mandataire pour quelque raison que ce soit (problème qui, naturellement, ne se posait plus si un suppléant avait été désigné et était disposé à agir). Le Danemark a répondu qu'en dépit des préoccupations suscitées dans ce pays par la désignation de comandataires, ces comandataires n'en présentaient pas moins des avantages sur les mandataires uniques : les comandataires pouvaient s'épauler, des mandataires spécialisés dans différents domaines pouvaient être désignés et, si l'on avait désigné des suppléants ou des comandataires qui continuaient d'agir, la PP pouvait demeurer en vigueur même si un mandataire n'était plus en mesure d'agir.

### **Etablissement ou enregistrement sur un support électronique**

179. Au Danemark, une PP doit être établie électroniquement dans le Registre des PP par le mandant, qui utilise pour cela une interface en libre service sécurisée. Le système est en cours d'élaboration. Le mandant devra saisir son numéro de sécurité sociale et ceux du mandataire. Après quoi, il fait authentifier la PP par un notaire. Ce dernier vérifie l'identité et la capacité du mandant, et s'assure qu'un abus d'influence n'a pas été commis à son égard. En France, en principe, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016, ces documents juridiques peuvent être établis et conservés sous forme électronique. Toutefois, le greffier du tribunal doit approuver le mandat et en enregistrer la date de prise d'effet; or, l'équipement disponible dans les tribunaux ne permet pas encore de le faire électroniquement. En Irlande, l'établissement sur un support électronique n'est pas possible actuellement, mais il est prévu de le mettre en place après l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes de la loi de 2015. Au Royaume-Uni (Écosse), un portail accessible sur le site internet du Bureau du Tuteur public permet de soumettre sur un support électronique les PP aux fins d'enregistrement, les certificats et les documents s'y rapportant étant envoyés par voie électronique, et d'accéder aux PP sur le même portail.

180. L'Autriche, la Lettonie et le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) ont indiqué que ni l'établissement ni l'enregistrement sur un support électronique n'étaient disponibles.

### **Acceptation écrite de la désignation**

181. Dans sa version complète, le questionnaire demandait si la désignation en tant que mandataire devait être acceptée par écrit par le mandataire avant que ce dernier puisse agir. Cinq Etats membres<sup>112</sup> ont répondu que cette acceptation écrite était nécessaire. En France, où le mandat est établi par acte notarié, l'acceptation du mandataire doit également donner lieu à un acte notarié; et lorsque le mandat est établi par acte sous seing privé, le mandataire doit accepter le mandat en signant le document. En Lettonie, où la PP est un contrat prenant la forme d'un acte notarié, le notaire doit s'assurer que le mandant et le mandataire en connaissent et comprennent les clauses (encore que le mandant puisse établir son propre document et le soumettre au notaire). En République tchèque, la situation est un peu différente : le consentement à agir doit être donné devant le tribunal dans le cadre d'une procédure judiciaire; ce consentement peut être écrit ou verbal. Seul le Danemark a répondu négativement à cette question. Au Danemark, la notion de PP est « basée sur la confiance que le mandant nourrit à l'égard du mandataire ».

### **Formats faciles à lire et autres formats utiles aux personnes handicapées**

182. Dans les États membres où n'existe aucun formulaire prescrit ou obligatoire<sup>113</sup>, les formats faciles à lire ou autres formats utiles peuvent être utilisés. Au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles), un format facile à lire peut être utilisé sur demande, en anglais ou en gallois. En Lettonie, l'acte notarié est normalement présenté sous forme normalisée, mais le mandant peut établir son propre document, qui peut se présenter sous une forme plus simple, et le soumettre au notaire. La solution retenue au Danemark est une procédure alternative d'octroi des PP. Selon cette procédure alternative, la PP peut être établie et signée en personne devant l'Administration nationale, au lieu d'être authentifiée par un notaire, et un format simplifié est possible. L'Administration nationale vérifie l'identité et la capacité du mandant. En Irlande, où les formulaires sont prescrits, ils ne sont pas actuellement disponibles au format facile à lire, mais cela devrait être réexaminé après l'entrée en vigueur progressive de la loi de 2015. L'Autriche a indiqué n'avoir mis en place aucune réglementation en la matière.

### **Autres mécanismes ayant trait à la révocation**

183. Dans sa version complète, le questionnaire demandait de spécifier les éventuelles dispositions et mécanismes supplémentaires ou différents ayant trait à la révocation, en complément de ceux dont il est question aux paragraphes 45 et 92. Le Danemark a répondu que le mandant peut charger un mandataire de contrôler de révoquer tout ou partie de la PP devant l'Administration nationale. La Lettonie a reconfirmé que la révocation se faisait par acte notarié. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a indiqué que les PP pouvaient être révoquées : par le Tribunal des tutelles si le mandant était devenu incapable; suite à la faillite du mandant dans le cas des PP concernant les questions financières; suite à la faillite ou à la perte de capacité du mandataire; suite au renoncement du mandataire à son mandat; ou suite à la dissolution ou à l'annulation du mariage ou du partenariat civil entre le mandant et le mandataire. L'Autriche, la République de Moldova et le Royaume-Uni (Écosse) ont fait savoir qu'ils n'avaient pas institué de dispositions et mécanismes supplémentaires ou différents.

### **Bilan de la mise en œuvre pratique des révocations**

184. Dans sa version complète, le questionnaire demandait de faire état d'une éventuelle expérience notable en matière de révocation et des exigences liées à la révocation. La France a répondu que si la révocation n'était notifiée qu'au mandataire, elle ne pouvait être invoquée contre des tiers qui avaient agi sans en avoir eu connaissance. L'Irlande a indiqué que la loi de 1996 contenait des dispositions concernant la protection du mandataire agissant de bonne foi et la protection des tiers lorsque la procuration enregistrée était invalide ou n'était pas en vigueur.

---

<sup>112</sup> Autriche, France, Irlande, Lettonie et Royaume-Uni (Écosse).

<sup>113</sup> République tchèque, France, République de Moldova et Royaume-Uni (Écosse).



185. Le Royaume-Uni (Écosse) a répondu d'une façon plus détaillée en disant que les problèmes les plus courants étaient les conflits familiaux. En dépit du fait que l'auteur du certificat de capacité devait témoigner de l'absence d'abus d'influence, les autorités reçoivent régulièrement des plaintes selon lesquelles un abus d'influence a été commis à l'égard du mandant – le plus souvent dans le but de lui faire révoquer la PP établie en faveur de A pour qu'il l'établisse en faveur de B. Il n'est pas rare qu'une PP fasse la navette à intervalles réguliers entre A et B. Ce cycle est généralement brisé par le Tuteur public qui remet en cause la situation au motif qu'un abus d'influence semble avoir été commis. Un autre problème, assez courant également, surgit lorsqu'une personne révoque la PP (qu'elle a mise en place pour se protéger) lorsqu'elle commence à perdre sa capacité et est en proie à la « paranoïa » qui accompagne parfois la démence précoce. Étant donné que la révocation n'a pas à être notifiée au préalable au mandataire, ce dernier n'apprend qu'après coup qu'il y a eu révocation. Il devient évident à ce stade avancé qu'en fait, la personne devenue incapable ne peut pas rétablir la PP, ce qui la place dans la situation même qu'elle avait voulu éviter alors qu'elle était capable. On peut considérer l'argument selon lequel une personne capable devrait avoir le droit de faire tout ce qu'elle veut sans que le mandataire ait à s'en mêler, mais cela repose sur une évaluation solide et fiable de la capacité (de la personne encore capable et donc en mesure de révoquer la PP) dont on sait d'expérience qu'elle n'est pas toujours réalisée. Le Royaume-Uni (Écosse) n'a pas (encore, du moins) rencontré de situation dont le règlement puisse avoir valeur de précédent et permettre d'annuler une prétendue révocation. L'auteur fait observer que la procédure suivie en Écosse consiste en un « avis de révocation » adressé au Tuteur public, et l'on pourrait donc faire valoir qu'un avis de révocation ne peut être dûment certifié si la révocation – avec obligation de notification au mandataire – n'a pas déjà eu lieu; mais l'expérience pratique relatée dans la réponse du Royaume-Uni (Écosse) n'en démontre pas moins qu'il importe d'une façon générale que les procédures de révocation tiennent compte des facteurs potentiels décrits plus haut ainsi que des considérations pratiques liées à la protection de la situation des mandataires et des tiers agissant de bonne foi lorsqu'ils n'ont pas connaissance de la prétendue révocation. L'Autriche et la Lettonie n'ont signalé aucun problème connu.

### **Pouvoir de décision du mandant en ce qui concerne l'entrée en vigueur et l'évaluation de l'incapacité**

186. Dans sa version complète, le questionnaire demandait d'indiquer dans quelle mesure il était permis aux mandants de déterminer les questions de l'entrée en vigueur et de l'évaluation de l'incapacité. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a répondu que les mandants pouvaient imposer des restrictions au sujet de la date d'entrée en vigueur de la PP, et le Royaume-Uni (Écosse) a fait savoir que le mandant pouvait préciser le mode de détermination de l'incapacité dans le document de PP. Aucune autre réponse positive à cette question n'a été reçue. L'Autriche a indiqué qu'aucune réglementation n'avait été mise en place. La République tchèque a répondu qu'une telle procédure n'était régie par aucune règle. De façon plus explicite, l'Irlande a mis en place une procédure fixe et, en Lettonie, il n'est pas permis aux mandants de décider de l'entrée en vigueur.

### **Catégorisation des PP dans le droit**

187. Dans sa version complète, le questionnaire demandait d'indiquer si une PP était classée comme contrat de mandat, qui ne pouvait être établi qu'une fois accepté, et, dans l'affirmative, de préciser la catégorisation du document dans le droit. Dans la négative, il était également demandé d'indiquer la catégorisation précise des PP dans le droit. Les situations des États membres ayant répondu étaient très variables. D'une part, l'Autriche et la France ont indiqué qu'un document de PP était un contrat de mandat (et la France a ajouté que les dispositions générales du Code civil relatives aux mandats s'appliquaient, dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec les dispositions spécifiques de la législation concernant le mandat de protection future). D'autre part, le Danemark et l'Irlande ont répondu qu'une PP n'était pas un contrat, encore que l'Irlande ait décrit la PP comme « un arrangement qui est créé et réglementé par une loi et cette loi requiert du mandataire qu'il confirme son acceptation ». La République tchèque a répondu que l'acceptation était requise, sauf dans le cas de la désignation du Tuteur public comme mandataire. La Lettonie a répondu qu'une PP était un contrat d'autorisation bilatérale. La République de Moldova a répondu qu'en vertu de son projet de loi, les PP étaient considérées comme des contrats, et que ce projet de loi prévoyait que, lorsqu'une PP était établie unilatéralement, le mandataire pouvait l'accepter en la signant. Le Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) a simplement répondu qu'une PP devait « être créée sous la forme d'un acte authentique », sans répondre de façon précise aux questions posées. Au

Royaume-Uni (Écosse), le débat se poursuit, encore que les PP ne puissent être utilisées que si elles avaient été enregistrées et que le formulaire obligatoire de demande d'enregistrement doive être signé par le(s) mandataire(s) à l'effet d'accepter la désignation.

## Éléments devant figurer dans le registre

188. Dans sa version complète, le questionnaire demandait d'indiquer les éléments qui devaient figurer dans le registre. Les réponses fournies par chaque État membre étant spécifiques, il n'a pas été possible de les regrouper. Celles-ci sont donc présentées ci-après par État membre :

Autriche : Données personnelles concernant le mandant et le mandataire; le lieu où la PP est conservée.

République tchèque : a) informations sur le document, b) prénom, nom, date de naissance et lieu de résidence du mandant, c) prénom, nom, date de naissance et lieu de résidence de la personne désignée, d) informations sur le notaire qui a établi l'acte notarié, date de l'acte et numéro d'enregistrement, e) identification du notaire et du lieu où l'acte est conservé, et f) date et heure d'enregistrement.

Danemark : Le document de PP lui-même, dans le cadre de l'établissement sur un support électronique et du traitement expliqués au paragraphe 179.

France : Registre en cours de mise en place; des indications sur les éléments devant y figurer seront communiquées sous peu.

Irlande : Le registre contient les documents de PP. En vertu de la loi 2015, il doit se présenter sous la forme que le Directeur juge appropriée.

Lettonie : Le registre contient les données ci-après : mandant, mandataire, date d'établissement du document de PP, son numéro, renseignements sur le notaire qui a authentifié le document, date à partir de laquelle le mandataire est habilité à agir ou ses pouvoirs ont été suspendus, ainsi que les pièces justificatives, informations sur toute révocation, données concernant une dénonciation publique d'une révocation dans le Journal officiel, et autres notes.

République de Moldova : Aucune obligation d'enregistrement.

Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) : Informations sur le mandant et le mandataire.

Royaume-Uni (Écosse) : Les ministres écossais sont habilités à prescrire le contenu des registres du Tuteur public, mais ils ne l'ont pas fait. Dans la pratique, le Tuteur public conserve un exemplaire du document de PP et enregistre les informations ci-après : nom du mandant, objet de la PP (questions relatives au bien-être ou questions financières), date d'enregistrement, nom du ou des mandataires, mandataires uniques, comandataires ou mandataires suppléants, statut actuel des mandataires (par exemple, actifs ou révoqués), et statut actuel du document de PP (par exemple, ouvert ou révoqué).

## Principes ou normes applicables au mandataire

189. Dans sa version complète, le questionnaire demandait d'indiquer les principes ou les normes auxquels un mandataire devait se conformer dans le cadre d'une PP. Là encore, chaque État membre a répondu d'une manière spécifique, comme suit :

Autriche : Le mandataire doit agir en se conformant aux instructions précises données par le mandant dans le document de PP. Les souhaits émis par le mandant devenu incapable doivent être pris en considération s'ils ne sont pas contraires à son bien-être.

République tchèque : La personne désignée doit exécuter les actes à portée juridique faits par le mandant et respecter les opinions, y compris les opinions antérieures, de ce dernier et ses convictions religieuses ou autres; doit les prendre systématiquement en considération; et

doit s'occuper dans cet esprit des affaires du mandant. Si cela n'est pas possible, la personne désignée doit agir d'une manière conforme aux intérêts du mandant. Elle doit s'assurer que le mode de vie du mandant n'est pas incompatible avec ses capacités et qu'il correspond aux idées et souhaits particuliers du mandant, à moins que ceux-ci ne puissent être légitimement désavoués.

Danemark : Le mandataire doit agir en se conformant aux instructions du mandant et doit tenir compte des intérêts de celui-ci. En conséquence, le mandataire doit faire intervenir le mandant lorsque cela est possible, « en particulier lorsque la PP est utilisée pour des questions importantes ».

France : Le mandataire doit agir conformément à la PP, ne peut pas aller au-delà des dispositions de la PP et doit agir dans l'intérêt du mandant. Ces dispositions valent pour toutes les mesures de protection des majeurs.

Irlande : Il est exigé du mandataire (dans une déclaration détaillée) qu'il s'engage à agir conformément au mandat précisé dans le document de PP et aux principes directeurs de la législation, et qu'il remplisse ses obligations en matière de communication d'informations. Parmi les codes de pratique prévus par la loi de 2015 figurera un ensemble de normes à l'usage des mandataires.

Lettonie : Le mandataire doit agir en faisant preuve de la plus grande prudence, ne doit pas donner de fausses informations au mandant, doit agir dans les limites des pouvoirs conférés et, conformément aux instructions du mandant, ne doit pas tirer un avantage personnel de son mandat, doit veiller à ce que le mandant touche l'ensemble des bénéficiaires, intérêts, etc. et doit lui rendre compte de ses actes.

Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) : Le mandataire doit à tout moment agir dans l'intérêt supérieur du mandant.

Royaume-Uni (Écosse) : Le mandataire a un devoir de loyauté à l'égard du mandant et il doit agir d'une façon conforme aux principes énoncés dans l'article premier de la loi de 2000 sur les majeurs incapables (Écosse), qui sont les suivants : n'intervenir que si le mandant doit en tirer un avantage, intervenir d'une manière qui restreigne le moins possible la liberté du mandant, tenir compte des souhaits et sentiments antérieurs et actuels du mandant, prendre en compte autant que faire se peut les vues d'autres personnes clés et encourager le mandant à exercer et à développer ses capacités. En outre, selon une disposition applicable aux mandataires, mais non aux autres personnes désignées, les mandataires ne sont pas tenus de faire quelque chose qui constituerait une charge trop lourde par rapport à son utilité.

## **Application des directives anticipées à d'autres questions**

190. Dans sa version complète, le questionnaire demandait d'indiquer si les directives anticipées pouvaient s'appliquer à des questions autres que celles déjà évoquées dans les Réponses. Quatre réponses seulement ont été reçues à ce sujet. L'Autriche et le Royaume-Uni (Écosse) ont répondu par la négative. La Croatie a indiqué que les directives anticipées pouvaient être appliquées aux fins de représentation dans les procédures visant à déclarer des personnes juridiquement incapables. Par ailleurs, en vertu de la loi sur la famille, un parent qui exerce l'autorité parentale peut utiliser une directive anticipée pour désigner une personne qui s'occupera de ses enfants en cas de décès ou dans des situations autres. En Lituanie, le mandant qui établit une directive anticipée peut préciser l'endroit où il aimerait résider; désigner une personne qui se chargerait des questions financières et autres; choisir non seulement un éventuel tuteur ou curateur, mais aussi préciser les personnes qui ne devraient pas être désignées; et donner d'autres instructions ou directives. En d'autres termes,

toutes les possibilités offertes par les directives anticipées semblent avoir été étudiées et mises en place là où (comme en Lituanie) les directives anticipées, mais non les PP, étaient disponibles<sup>114</sup>. C'est l'un des points sur lesquels revient le chapitre suivant.

---

<sup>114</sup> D'un autre côté, dans la mesure où les directives anticipées peuvent, en Lituanie, être utilisées pour procéder à des désignations dans le cadre de ce qui serait autrement perçu comme des arrangements involontaires, on pourrait dire qu'elles rejoignent le jugement assez arbitraire qui, au paragraphe 32, a été considéré comme définissant la disposition en vigueur en Roumanie, décrite dans ce paragraphe comme se situant à la limite de ce qui pouvait être considéré comme une PP.

## CHAPITRE V : PROPOSITIONS ET SUGGESTIONS

191. Les propositions et suggestions énoncées dans le présent chapitre s'adressent à tous les 47 États membres du Conseil de l'Europe ainsi qu'au Conseil de l'Europe lui-même. Elles sont tirées des informations reçues des 29 États membres<sup>115</sup> énumérés dans le tableau A de l'annexe IV, que l'auteur a complétées avec des informations de sa connaissance aux endroits indiqués par lui. L'auteur estime que ces informations sont suffisamment pertinentes pour lui permettre de fonder ses propositions et suggestions, qui sont uniquement celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les positions du CDCJ, du Conseil de l'Europe ou de ses États membres.

192. Dans le présent chapitre, les termes « Proposition » et « Suggestion » s'entendent des propositions et suggestions du présent chapitre; le terme « dispositions pertinentes » s'entend des dispositions législatives conçues pour promouvoir l'autodétermination des majeurs capables par le biais des PP et des directives anticipées; le terme « pratique » s'entend de tous les aspects liés à l'application pratique des dispositions pertinentes; et les termes « promouvoir » et « promotion » appliqués à une disposition pertinente s'entendent des méthodes visant à encourager les citoyens à faire pleinement usage de ladite disposition pertinente.

193. Il convient de se féliciter de ce que les États membres ont beaucoup fait et continuent de faire beaucoup<sup>116</sup> pour promouvoir l'autodétermination des majeurs capables en cas d'incapacité future par le biais de PP et de directives anticipées. Toutefois, on constate globalement à l'échelle de l'Europe que la réalisation des résultats prévus par la Recommandation n'en est qu'à son stade initial, et que de nombreux États membres ont encore fort à faire dans ce domaine. À l'heure actuelle, dans dix États membres<sup>117</sup> tous les domaines couverts par les dispositions pertinentes sont en place, à savoir 1) les PP concernant les questions économiques et financières; 2) les PP concernant les questions relatives à la santé et au bien-être et les autres questions personnelles; et 3) les directives anticipées telles qu'elles sont définies au Principe 2.3<sup>118</sup>. L'Irlande aura mis en place des dispositions couvrant tous ces domaines lorsque la loi déjà adoptée sera entrée pleinement en vigueur. Seule l'Irlande, une fois que cette loi sera entrée pleinement en vigueur, aura appliqué tous les Principes qualifiés de fondamentaux au chapitre II. Il faut voir là non pas une critique de tous les autres États membres, mais plutôt une invitation à poursuivre les processus d'examen et de développement engagés dans toute l'Europe, dont le présent rapport se fait l'écho. Ce faisant, les États membres peuvent s'appuyer sur la masse de données comparatives fournies par les autres États membres et dont le présent rapport fait état, touchant notamment les modalités de traitement de certaines questions et les enseignements pratiques qui en sont tirés. À une époque de développement dynamique sur l'ensemble de notre continent, guidé par les Principes communs inscrits dans la Recommandation, le présent rapport doit être considéré comme un point de départ en vue de nouveaux progrès à réaliser de façon concertée. Les États membres sont encouragés à continuer de se communiquer des informations, des initiatives et des données d'expérience. Ils sont invités à prendre contact avec le Secrétariat de la DGI pour lui présenter des propositions de projets, conférences et autres activités conjoints.

<sup>115</sup> Y compris, pour ce qui est du Royaume-Uni, Angleterre & Pays de Galles et Ecosse.

<sup>116</sup> Ce qu'illustrent les catégories suivantes, figurant dans le tableau A de l'annexe IV : législation en vigueur, législation adoptée mais non encore entrée en vigueur, projets de loi déposés devant les organes législatifs et propositions de loi non encore déposées devant les organes législatifs.

<sup>117</sup> Y compris, pour ce qui est du Royaume-Uni, Angleterre & Pays de Galles et Ecosse.

<sup>118</sup> « Instructions données ou souhaits émis par un majeur capable sur des questions que peut soulever son incapacité future ». La disponibilité des seules déclarations préalables non contraignantes a été exclue du chiffre total de huit.

## **PROPOSITION 1 :**

**(A) – Tous les États membres devraient continuer de réexaminer et de développer en permanence les dispositions et pratiques visant à promouvoir l'autodétermination des majeurs capables en prévision de leur incapacité future par des procurations permanentes et des directives anticipées.**

**(B) – Ce faisant, les États membres devraient prendre en compte les moyens d'aide à la recherche de solutions aux problèmes et l'expérience pratique tels que décrits dans le présent rapport, dont les autres États peuvent les faire profiter; continuer d'échanger des informations, des initiatives et des données d'expérience; et, le cas échéant, et en liaison avec le Conseil de l'Europe, promouvoir des projets, conférences et autres activités conjoints.**

194. Le bilan d'ensemble que permettent de dresser les informations figurant dans le présent rapport reflète une grande diversité de situations<sup>119</sup>. Cette diversité tient à la variété des régimes juridiques dans lesquels les dispositions pertinentes ont été introduites, des progrès réalisés dans l'élaboration de dispositions pertinentes et de l'expérience acquise dans ce domaine. On pourrait s'attendre à une tendance générale marquée par une transition entre la divergence et une certaine convergence à mesure que l'expérience est partagée et que les dispositions pertinentes se développent. En fait, on constate un sous-développement général des directives anticipées par rapport aux PP. On peut raisonnablement considérer que l'objectif général de la Recommandation est d'optimiser les dispositions globales en faveur de l'autodétermination en combinant les deux méthodes, à savoir les arrangements bilatéraux, en vertu desquels un mandataire est désigné, et les arrangements unilatéraux, dans le cadre desquels une directive anticipée est établie. Dans la pratique, il peut y avoir un chevauchement de ces deux méthodes et alors, dans ce cas, il importe qu'elles soient coordonnées afin d'éviter toute incohérence.

195. Les arrangements bilatéraux sous la forme de PP présentent l'avantage d'adresser les instructions et les souhaits énoncés dans une PP au mandataire, qui est chargé d'y donner suite et (dans les limites des pouvoirs ainsi conférés) de protéger et de promouvoir les droits et intérêts du garant. Toutefois, les PP sont une source potentielle de vulnérabilité en ce que l'exercice de ces responsabilités est relayé par le mandataire, qui concentre des pouvoirs importants, d'où un risque d'actions et de résultats susceptibles d'être incompatibles avec les souhaits du mandant ou avec ce que celui-ci aurait souhaité s'il avait été en mesure de formuler et de communiquer ses souhaits. Certaines questions pourraient trouver une place meilleure et plus sûre dans des directives anticipées adressées directement aux personnes ayant affaire à un titre quelconque au mandant, au lieu d'être relayées par un mandataire. Aucun des États membres ne s'est doté de dispositions législatives 1) maximisant la portée de l'autodétermination par des directives anticipées, ce qui, concurremment avec les PP, permettrait d'ouvrir au maximum l'éventail des dispositions prises en faveur de l'autodétermination, 2) traitant de l'ensemble du champ d'application des directives anticipées, envisagé dans le Principe 14, ces directives pouvant 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 », et 3) prévoyant une ventilation motivée entre les deux catégories, indiquées dans la définition des directives anticipées donnée dans le Principe 2.3, des « instructions données » (contraignantes) et des « souhaits émis » (non contraignants).

## **PROPOSITION 2 :**

**(A) – Les États membres devraient envisager, en particulier, d'élaborer des dispositions en matière de directives anticipées, dans le cadre de la promotion générale de l'autodétermination en association avec les PP, en tenant compte de l'ensemble du champ d'application potentiel des directives anticipées à toutes les questions relatives à la santé et au bien-être et aux autres questions personnelles, aux questions économiques et financières, ainsi que, le cas échéant, au choix d'un tuteur; et en faisant la distinction qui s'impose entre les catégories « instructions données » et « souhaits émis ».**

---

<sup>119</sup> Paragraphes 29 à 34 et chapitres III et IV d'une façon générale.

**(B) – Le Conseil de l’Europe devrait envisager de promouvoir la recherche et l’examen à l’échelon européen ainsi que la publication d’orientations ou de recommandations, en vue d’aider les États membres à mettre en œuvre la proposition 2 (A).**

196. Les PP et les directives anticipées présentent un risque de contradiction fondamentale dans l’application des principes d’autonomie et d’autodétermination. D’un côté, la mise en place de ces arrangements volontaires et les conditions de cette mise en place, y compris, dans le cas d’une PP, le choix d’un mandataire, sont clairement constitutifs de l’exercice de l’autodétermination. Mais, d’un autre côté, un mandant manifestant une certaine diminution de ses capacités peut ultérieurement exprimer son opposition à l’exercice des pouvoirs conférés ou souhaiter mettre fin à la mission du mandataire, ou révoquer ou modifier une directive anticipée.

197. Le Principe 1 de la Recommandation fait référence à l’encouragement à « l’autodétermination des majeurs capables en prévision de leur éventuelle incapacité future ». Comme indiqué au paragraphe 49 du présent rapport et aux paragraphes 39 et 40 de l’exposé des motifs de la Recommandation, les termes de « capacité » (*capacity*) et d’« incapacité » (*incapacity*) employés dans la Recommandation se réfèrent à ce qui entrave la capacité d’une personne majeure à prendre des décisions, à affirmer, à exercer et à protéger ses droits, et ainsi de suite. Ces termes n’impliquent pas une altération des droits ni du statut de cette personne dans la loi. Des mesures telles que les PP et les directives anticipées sont en fait des mécanismes destinés à faire surmonter les incapacités en fournissant des moyens de garantir l’affirmation, l’exercice et la protection de ces droits. Il est généralement admis que l’incapacité, au sens d’inaptitude (*incapability*), devrait être considérée comme survenant à un moment donné en rapport avec un acte ou une décision donné, et non de manière généralisatrice. Cela étant, même en tenant compte de cette réserve, il n’est plus ni exact ni acceptable d’envisager un clivage simpliste entre la capacité (*capability*) et l’incapacité (*incapability*).

198. L’article 12 de la CDPHNU)<sup>120</sup> non seulement réaffirme que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique (CDPHNU, article 12.1) et fait obligation aux États parties à cette Convention de reconnaître que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l’égalité avec les autres (CDPHNU, article 12.2). Elle requiert également des États parties qu’ils prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l’accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique (CDPHNU, article 12.3). Les États parties doivent également faire en sorte que les mesures relatives à l’exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l’homme (CDPHNU, article 12.4). Ces garanties doivent avant tout permettre de faire respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée. Cette disposition fait ressortir clairement le risque de contradiction évoqué au début du paragraphe 196. Une PP ou une directive anticipée établie sous réserve d’être assortie de toutes les garanties nécessaires au moment de son établissement a pour vocation de refléter la volonté et les préférences du mandant à ce moment-là. Or, l’article 12.4 de la CDPHNU exige le respect des droits, de la volonté et des préférences du mandant à tout moment, y compris au moment de l’exercice des pouvoirs conférés par une PP et de l’application des instructions figurant dans une directive anticipée, ou lorsque le moment est venu d’exaucer les souhaits exprimés dans une telle directive. Cette disposition est applicable quel que soit le degré de déficience intellectuelle du mandant au moment considéré. Les expressions apparentes de la volonté et des préférences du mandant à ce moment-là peuvent différer de celles qu’il avait exprimées au moment de l’établissement du document, voire les contredire directement.

199. Une contradiction potentielle de ce type apparaît par exemple eu égard aux dispositions de l’article 5 de la CEDH, reproduit dans l’annexe III. L’auteur a eu connaissance d’instructions explicites données par des mandants, au moment de l’octroi d’une PP, selon lesquelles c’est le mandataire choisi par eux, et personne d’autre, qui doit décider des mesures assimilables à une privation de liberté afin de garantir la sécurité du mandant, même si celui-ci pourrait, à ce moment-là, avoir perdu tout sentiment de danger, et, en conséquence, s’opposer à l’application des restrictions en question.

200. D’après les réponses reçues, l’exemple spécifique de la privation de liberté dans le cadre d’une PP est, dans les pays qui ont répondu, traité uniquement au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de

<sup>120</sup> Reproduit à l’annexe III du présent rapport.

Galles) et en Irlande (voir les paragraphes 165 et 166). Or, le problème va au-delà de la question de la privation de liberté puisqu'il touche tout conflit pouvant survenir entre les expressions antérieures et actuelles de la volonté et des préférences. La masse impressionnante de travaux universitaires et autres consacrés à l'examen de l'interprétation et de l'application de la CDPHNU ne fait pas grand cas des PP et des directives anticipées. Elles ne sont pas évoquées dans l'observation générale n° 1 (2014) du Comité des droits des personnes handicapées intitulée « Article 12 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité ». Sont étroitement liées à cette question plus générale et entre elles (a) les prescriptions du Principe 10.1 selon lesquelles le mandataire agit conformément à la procuration et dans l'intérêt du mandant (examinées aux paragraphes 50 à 54); (b) l'obligation faite au Principe 10.2 d'informer et de consulter régulièrement le mandant (examinée au paragraphe 55); (c) la prescription du Principe 10.2 selon laquelle 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 (examinée aux paragraphes 56 et 57); et (d) la question des principes applicables aux actes du mandataire (examinée au paragraphe 189).

201. Les États parties à la CDPHNU doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique « respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée »<sup>121</sup>. Les PP et les directives anticipées sont des mesures qui entrent dans le champ d'application de cette prescription. Il existe des situations dans lesquelles les éléments « droits, volonté et préférences » peuvent s'opposer. Le Comité des droits des personnes handicapées a mis plus particulièrement l'accent sur les éléments « volonté » et « préférences ». Au paragraphe 21 de son observation générale n° 1, il écrit :

*« Lorsque, en dépit d'efforts significatifs à cette fin, il n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, l'«interprétation optimale de la volonté et des préférences» doit remplacer la notion d'«intérêt supérieur». On respecte ainsi les droits, la volonté et les préférences de l'individu, conformément à l'article 12, paragraphe 4. Le principe de l'«intérêt supérieur» n'est pas une garantie conforme à l'article 12 s'agissant d'adultes. Le paradigme «de la volonté et des préférences» doit remplacer le paradigme de «l'intérêt supérieur» pour que les personnes handicapées jouissent de leur droit à la capacité juridique à égalité avec les autres. »*

Ces considérations doivent être lues conjointement avec le paragraphe 7 de cette observation générale n° 1 (cité aux paragraphes 10 et 214 du présent rapport), qui demande l'abolition de toutes les mesures involontaires.

202. L'auteur a corédigé le rapport final du Projet *Essex Autonomy Three Jurisdictions* (accessible sur le site <http://autonomy.essex.ac.uk/eap-three-jurisdictions-report>), qui portait sur la manière dont les dispositions de l'article 12.4 de la CDPHNU et les vues du Comité de l'ONU pourraient utilement être appliquées aux trois régimes juridiques du Royaume-Uni. La recommandation 1 du *Three Jurisdictions Report* est ainsi libellée :

*« Chaque régime juridique doit être fondé sur le respect de toute la gamme des droits, volontés et préférences de chaque personne. À cet égard, l'existence et la nature d'un handicap ne doivent pas entrer en ligne de compte. La responsabilité première incombant à toute personne appelée à intervenir pour accomplir un acte ou prendre une décision visant à réaliser certains effets de droit au nom d'une personne dont la capacité d'accomplir cet acte ou de prendre cette décision est diminuée, est de faire respecter ces droits, volontés et préférences. Cette intervention peut découler d'une autorisation ou d'une obligation. La personne qui en est chargée doit être tenue d'agir avec la présomption réfragable qu'il conviendrait de donner effet, dans toute la mesure possible et en l'absence d'infraction à la législation pénale, aux volontés et préférences suffisamment vérifiables de la personne. Cette présomption ne devrait être réfragable que si des critères rigoureux sont remplis. Les actes qui vont à l'encontre des volontés et préférences connues de la personne ne sont admissibles que s'il est démontré qu'ils constituent un moyen proportionné et nécessaire de protéger effectivement toute la gamme des droits, libertés et intérêts de la personne considérée. »*

---

<sup>121</sup> Article 12.4 de la CDPHNU : voir l'annexe III.



203. La nécessité d'adopter une approche plus équilibrée que celle préconisée par le Comité des droits des personnes handicapées a été établie, au moins en Europe, par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt qu'elle a rendu le 23 mars 2017 dans l'affaire *A.-M.V. c. Finlande* (requête n° 53251/13). En ce qui concerne la question générale de l'équilibre, la Cour a déclaré ce qui suit : « *La Cour est consciente de la nécessité pour les autorités nationales de réaliser, dans chaque cas d'espèce, un équilibre satisfaisant entre le respect de la dignité et de l'autodétermination de la personne concernée et la nécessité de protéger cette personne et d'assurer la défense de ses intérêts, surtout dans des circonstances dans lesquelles ses qualités et sa situation particulières la placent dans une position particulièrement vulnérable.* »

204. Appliquant cette approche équilibrée à l'affaire dont elle était saisie, la Cour a estimé ce qui suit: « *La Cour considère qu'un équilibre satisfaisant a été trouvé en l'espèce : les procédures nationales ont été assorties de garanties effectives pour prévenir tout abus, comme le requièrent les normes du droit international des droits de l'homme, de sorte que les droits, volontés et préférences du requérant ont bien été pris en considération. Le requérant a été associé à toutes les phases de la procédure : il a été entendu en personne et il a pu émettre des souhaits. L'ingérence dans l'exercice de ses droits était proportionnée et adaptée à sa situation, et a du reste été examinée par des juridictions nationales compétentes, indépendantes et impartiales. La mesure prise était par ailleurs conforme au but légitime de la protection de la santé du requérant et, dans un sens plus large, de son bien-être.* »

205. L'affaire *A.-M.V. c. Finlande* concernait un litige opposant un homme déficient sur le plan intellectuel et son référent, désigné par un tribunal<sup>122</sup>. Des litiges analogues peuvent survenir entre mandants et mandataires, et cela se produit effectivement. En règle générale, toutefois, les garanties dont il a été question plus haut ne s'appliquent pas dans une situation dans laquelle le mandataire a été désigné volontairement par le mandant, au lieu de l'être d'office à l'issue d'une procédure judiciaire. On voit réapparaître la contradiction décrite au paragraphe 196. L'exercice de l'autodétermination aux fins de mettre en place un arrangement volontaire peut faire naître les mêmes conflits ultérieurs que dans le cas d'un arrangement d'office (involontaire), avec moins de garanties de procédure contre l'impossibilité d'exercer ultérieurement le droit à l'autodétermination. Dans quelles circonstances, le cas échéant, l'exercice antérieur de l'autodétermination pourrait-il légitimement invalider un exercice ultérieur de l'autodétermination ? Il est depuis longtemps admis que les opinions d'une personne confrontée à la réalité d'une situation, comme l'impact de lésions graves et permanentes, peuvent être différentes des opinions de la même personne alors qu'elle avait envisagé une situation hypothétique, et que sa personnalité peut avoir changé, peut-être à la suite de ces lésions<sup>123</sup>. Il ne semble pas possible, pour une juridiction compétente quelle qu'elle soit, de discerner des principes directs clairs et concordants concernant la manière de lever ces contradictions. Par exemple, on a rendu compte assez récemment au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles) des affaires *Briggs v. Briggs* [2016] EWCOP 53 et *SAD and ACD v. SED* [2017] EWCOP 3. Dans la première de ces affaires<sup>124</sup>, le tribunal s'est référé « *au principe fondamental (selon lequel) une personne capable peut prendre des décisions qui déterminent ce qui doit lui arriver à l'avenir, ce qui fait qu'un soi antérieur peut s'imposer à un soi futur et différent.* Ce principe a été appliqué pour justifier l'interruption d'un traitement essentiel au maintien de la vie lorsque, ce faisant, on tenait compte des vues antérieurement exprimées par le patient. La seconde affaire concernait une personne atteinte de troubles bipolaires qui avait donné une PP et qui en avait demandé la révocation alors qu'elle avait été déclarée être en état d'hypomanie et que le tribunal l'avait reconnue comme incapable. Le tribunal n'en a pas moins conclu que « *bien qu'elle ait estimé que les membres de sa famille proche devaient être chargés de gérer ses finances personnelles, maintenant qu'elle en a eu l'expérience pratique, elle est réticente à accepter l'inversion des rôles à la faveur de laquelle*

<sup>122</sup> L'affaire *A.-M.V. c. Finlande* peut être considérée comme établissant une tendance dans la jurisprudence européenne, car elle s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 26 juillet 2016 (1 BvL 8/15), qui avait établi les circonstances dans lesquelles il était jugé approprié de passer outre à l'opposition d'une femme atteinte de troubles mentaux à un traitement contre le cancer du sein.

<sup>123</sup> Pour l'un des premiers exemples de situation de ce genre, voir *Neuropsychological assessment after extremely severe head injury in a case of life or death* (T.M. McMillan, "Brain Injury", 1997, Vol. 11, No 7, 483-490) et *Neuropsychological assessment of a potential "euthanasia" case: a 5 year follow up* (T.M. McMillan and C.M. Herbert, "Brain Injury", 2000, Vol. 14, No 2, 197-203).

<sup>124</sup> C'est-à-dire la première dont il a été rendu compte et qui est présentée ici, même si, en fait, elle n'est pas la première à avoir été tranchée.

ses filles exercent un contrôle sur ses finances ». En conséquence, le tribunal a refusé de rétablir la PP prétendument révoquée.

206. Les questions susvisées ont inspiré les deux propositions qui suivent. La première d'entre elles (Proposition 3) découle de l'examen de l'application des Principes 10.1 et 10.2 aux paragraphes 50 à 57 et des principes applicables aux actes des mandataires visés au paragraphe 189. Il en ressort que les États membres pourraient utilement réexaminer certains aspects de leurs régimes concernant les PP à la lumière (a) de l'article 12.4 de la CDPHNU, (b) des vues du Comité de l'ONU, en particulier celles qu'il a exprimées dans son observation générale n° 1, et (c) du développement de la jurisprudence internationale sur ces questions.

### **PROPOSITION 3 :**

**Les États membres devraient réexaminer la législation relative aux PP de manière –**

**(A) Qu'en ce qui concerne tous les actes accomplis et décisions prises dans l'exercice de leurs fonctions de mandataires, ces derniers soient tenus de prendre toutes les mesures possibles pour déterminer la volonté et les préférences du mandant ou, à défaut, la meilleure interprétation de la volonté et des préférences de celui-ci.**

**(B) Qu'en ce qui concerne les actes qu'ils accomplissent et les décisions qu'ils prennent au nom du mandant, les mandataires soient tenus de se conformer à la volonté et aux préférences du mandant (ou à la meilleure interprétation de la volonté et des préférences de ce dernier), sauf et uniquement sauf si sont remplis des critères stricts, établis par la loi, leur permettant de ne pas le faire.**

**(C) Que l'obligation d'informer et de consulter régulièrement le mandant consiste notamment i) à présenter au mandant, sous une forme qu'il a le plus de chances de comprendre, les informations nécessaires pour lui permettre de formuler et de communiquer sa volonté et ses préférences, ii) à apporter au mandant tout l'appui nécessaire pour qu'il puisse formuler et communiquer sa volonté et ses préférences, et iii) à tenir le mandant informé des actes accomplis et des décisions prises et appliquées.**

207. La proposition 3 est de nature à renforcer la disposition exigeant de déterminer et de respecter les volontés et les préférences actuelles du mandant. Toutefois, il reste à trancher une autre question - qui découle également des questions évoquées ci-dessus : celle des circonstances, le cas échéant, dans lesquelles il serait possible de passer outre aux volontés et préférences actuelles du mandant<sup>125</sup>. C'est une question d'ordre général, mais elle s'applique avec une acuité particulière au point de savoir si, et dans quelles circonstances, un mandataire agissant en vertu des pouvoirs conférés par une PP peut, en conformité avec son mandat, autoriser une privation de liberté dans les conditions prévues par l'article 5 de la CEDH. Il importe, pour mieux encourager l'autodétermination par les PP et les directives anticipées, de se pencher sur la contradiction potentielle identifiée plus haut et de la résoudre si possible.

### **PROPOSITION 4 :**

**(A) – Le Conseil de l'Europe devrait envisager de promouvoir la discussion et la recherche en vue d'éclaircir les aspects intéressant les situations de conflit entre, d'une part, le libellé de la procuration permanente ou de la directive anticipée et, d'autre part, la volonté et les préférences manifestes du mandant au moment où sont exercés les pouvoirs conférés par une PP ou appliquées les instructions d'une directive anticipée, ou lorsqu'il s'agit de donner suite aux souhaits exprimés dans une directive anticipée.**

208. D'autres conséquences découlent (premièrement) de la reconnaissance du large éventail de déficiences entraînant une réduction des capacités correspondantes, sans que l'on puisse tracer une

---

<sup>125</sup> Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans *A.-M. V. c. Finlande*, mentionnée aux paragraphes 203 à 205 plus haut, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, dans les circonstances particulières de cette affaire, il était approprié de passer outre aux volontés et préférences d'un adulte (faisant l'objet d'une forme de tutelle, non le mandant d'une PP).

limite bien définie entre la capacité et l'incapacité, (deuxièmement) de l'acceptation de l'obligation d'assurer un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique et (troisièmement) de la mesure dans laquelle un accompagnement approprié peut renforcer les capacités.

209. L'une des conséquences est celle-ci : les PP et les directives anticipées doivent être considérées comme des outils dont tout le monde devrait potentiellement disposer à condition qu'un accompagnement suffisant soit fourni. Le Principe 1.1 de la Recommandation et la définition de la PP donnée dans le Principe 2.1 doivent s'interpréter à la lumière de la reconnaissance énoncée au paragraphe 15 de l'exposé des motifs de la Recommandation, que « *des personnes ayant un certain degré d'incapacité, y compris celles souffrant d'incapacité à vie, [peuvent avoir la possibilité] de donner une procuration permanente valide pour désigner une personne de leur choix afin de traiter d'affaires qu'elles trouveraient personnellement très difficiles, voire au-delà de leur capacité* »; et du fait que « *[c]ertaines 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* ». Les interprétations devraient également tenir compte de l'obligation de fournir un accompagnement aux fins de l'exercice de la capacité juridique, ainsi que des effets bénéfiques que devrait procurer un accompagnement approprié. L'un des éléments devant permettre de rendre les régimes des PP et des directives anticipées aussi inclusifs que possible consiste à adopter des documents simples et de lecture aisée. L'auteur peut, sur la base de son expérience personnelle, confirmer que des documents simplifiés de ce type peuvent être utilisés, en parallèle avec des dispositifs et techniques d'accompagnement, pour aider les personnes présentant des déficiences stationnaires ou des déficiences évolutives de leurs capacités à donner des PP valides. Le paragraphe 182 mentionne un nombre restreint d'États où des documents au format facile à lire ou présentés sous d'autres formats utiles peuvent être utilisés. Ces arrangements doivent être développés et généralisés.

210. Une deuxième conséquence des facteurs décrits au paragraphe 208 plus haut est que les PP peuvent être adaptées de façon à renforcer l'accompagnement fourni pour maximiser la participation du mandant à l'exercice de la capacité juridique, en confiant au mandataire le double rôle d'aidant du mandant et de codécideur avec ce dernier. En vertu des dispositions relatives à la codécision, il n'est pas nécessaire d'analyser la capacité du mandant s'agissant de tel ou tel acte, décision ou transaction auquel le mandant et le mandataire participent en qualité de parties : un tel acte, décision ou transaction est réputé être celui du mandant dans la mesure où celui-ci possède les capacités pertinentes et celui du mandataire dûment autorisé dans la mesure où le mandant ne possède pas ces capacités.

## **PROPOSITION 5 :**

**(A) – Les États membres devraient faciliter et encourager l'utilisation de procurations permanentes et de directives anticipées sous des formats utiles pour les personnes handicapées, notamment un format facile à lire, ainsi que la maximisation de l'accompagnement afin que ces personnes puissent exercer leur capacité juridique en donnant des PP et en établissant des directives anticipées.**

**(B) – Les États membres devraient faciliter et encourager l'insertion dans les procurations permanentes de dispositions relatives à la prise de décision assistée et à la codécision.**

**(C) – Le Conseil de l'Europe devrait élaborer et publier des orientations ou des recommandations pour aider les États membres à mettre en œuvre les propositions 5 (A) et (B).**

211. Une approche restrictive de l'examen de la mise en oeuvre se bornerait à répondre à la question: « Quelle disposition a été mise en place à cette fin dans chaque État membre ? ». Une approche plus réaliste consisterait à demander, premièrement, « Dans quelle mesure les citoyens des États membres saisissent l'occasion qui leur est offerte pour donner des PP et/ou établir des directives anticipées ? »; deuxièmement, « Dans quelle mesure, selon quelles modalités et avec quel degré d'efficacité les États membres informent les citoyens au sujet des PP et des directives anticipées, et les encouragent à donner les unes et à établir les autres ? »; et, troisièmement,

« Existe-t-il des éléments susceptibles d'entraver la pleine reconnaissance et l'efficacité pratique des PP et des directives anticipées ? »

212. Le degré d'utilisation des mesures volontaires transparaît dans les statistiques présentées dans le tableau C de l'annexe IV. Le paragraphe 39 tend à montrer qu'il y aurait à première vue lieu d'étudier les différences importantes constatées en matière d'utilisation<sup>126</sup>. La partie B du chapitre IV décrit la promotion proactive pratiquée dans certains États membres. Le lien le plus étroit entre la promotion proactive et l'utilisation est démontré dans le cas du Royaume-Uni (Écosse). Dans cette juridiction, les campagnes de promotion active ont été lancées dans une zone bien circonscrite, avant d'être étendues à d'autres zones bien circonscrites. L'analyse a montré que l'utilisation a été supérieure dans les zones où ces campagnes avaient été menées.

213. C'est tenir un raisonnement circulaire que de dire qu'il y a corrélation entre la promotion active et l'augmentation de l'utilisation, puisque c'est naturellement le but d'une telle promotion. Cela étant, on observe d'importantes différences d'utilisation qui ne sont pas en corrélation avec la promotion active. Un lien pourrait être établi entre l'accessibilité de mesures volontaires telles que les PP et les directives anticipées, d'une part, et l'existence de mesures involontaires très simples, d'autre part. Les paragraphes 130 à 138 étudient la relation entre les PP et les directives anticipées, d'une part, et les autres mesures – tant volontaires qu'involontaires –, d'autre part. Il se pourrait qu'il existe une certaine corrélation entre les niveaux inférieurs d'utilisation des PP et des directives anticipées dans des États membres comme la France et la République tchèque, et l'accessibilité dans ces États de mesures involontaires relativement simples, telles que celles qui correspondent à ce que le présent rapport appelle représentation de plein droit. Toute hypothèse simpliste émise sur une telle corrélation serait toutefois battue en brèche par le cas de l'Autriche, qui a institué la représentation de plein droit, mais présente des niveaux relativement élevés (par rapport à sa population) d'utilisation des PP et des directives anticipées. Ce sont là des questions qui mériteraient d'être étudiées en dépassant le cadre de l'examen des données figurant dans le présent rapport.

214. Le lien et l'équilibre entre les mesures volontaires et les mesures involontaires soulèvent une question de principe. On pourrait être fondé à résumer la position du Comité des droits des personnes handicapées en disant que toutes les mesures involontaires devraient être abolies (voir, par exemple, l'affirmation allant explicitement dans ce sens au paragraphe 7 de l'observation générale n° 1 du Comité de l'ONU), que toutes les dispositions pertinentes devraient relever des mesures volontaires et que, dans le cadre des mesures volontaires, les garanties prévues par l'article 12.4 de la CDPHNU devraient s'appliquer dans leur intégralité. La pratique des États parties à la CDPHNU<sup>127</sup> et la tendance des décisions judiciaires récentes<sup>128</sup> semblent indiquer que les mesures involontaires resteront nécessaires, quoique devant être assorties d'une application stricte des garanties prévues par l'article 12.4. Cela dit, les vues des organisations internationales compétentes et les prescriptions et recommandations des instruments internationaux applicables semblent converger pour reconnaître que les mesures volontaires sont préférables aux mesures involontaires. Cette préférence est exprimée d'une manière explicite dans le Principe 1.2 de la Recommandation.

215. Les différents aspects de la proposition ci-après sont induits par les considérations qui précèdent.

---

<sup>126</sup> Voir aussi les références à ces statistiques figurant aux paragraphes 22, 28, 34 et, 38.

<sup>127</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, article 31.3 b).

<sup>128</sup> Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 26 juillet 2016 (1 BvL 8/15) mentionné dans la note de bas de page n° 5 (se rapportant au paragraphe 10 plus haut), l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *A.-M.V. c. Finlande*, no 53251/13, 23 mars 2017, mentionné aux paragraphes 203 à 205 plus haut, et la note de bas de page n° 125 (se rapportant au paragraphe 207 plus haut).

**PROPOSITION 6 :**

Les États membres devraient :

**(A) – Informer les citoyens sur les PP et les directives anticipées, et promouvoir de manière proactive l’octroi de PP et l’établissement de directives anticipées.**

**(B) – Déterminer si les économies réalisées grâce à des niveaux supérieurs d’utilisation des PP et des directives anticipées rendraient économiquement intéressant de financer cette activité d’information et de promotion et/ou de subventionner les coûts de l’octroi de PP et de l’établissement de directives anticipées.**

**(C) – Examiner si toutes les mesures involontaires disponibles sont conformes aux prescriptions internationales en matière de droits de l’homme et si elles évitent d’entraver l’utilisation des mesures volontaires.**

**(D) – Examiner et surmonter tous obstacles s’opposant, en interne ou dans des situations transfrontières, à la pleine reconnaissance des PP et des directives anticipées et à leur effectivité dans la pratique.**

**SUGGESTIONS : CONSEIL DE L’EUROPE (ET ÉTATS MEMBRES)**

216. Le Conseil de l’Europe (et les États membres) pourraient réfléchir et/ou donner effet aux suggestions ci-après :

**SUGGESTION 1**

217. Compte tenu du degré très variable d’accessibilité des informations enregistrées (voir les paragraphes 80 et 81), le Conseil de l’Europe pourrait envisager d’élaborer des lignes directrices concernant les éventuelles limitations qui devraient être imposées en matière d’accessibilité des informations enregistrées, afin de contribuer à une plus grande cohérence.

**SUGGESTION 2**

218. Compte tenu des difficultés rencontrées s’agissant de convaincre certaines banques et autres institutions financières de donner suite aux PP dans certains États membres et dans des situations transfrontières, les États membres devraient envisager d’adopter la solution retenue en Allemagne, dont il a été question au paragraphe 82, et le Conseil de l’Europe pourrait envisager de mettre en place des solutions de ce genre au niveau européen, y compris dans des situations transfrontières (voir la proposition 6 (D)).

**SUGGESTION 3**

219. Eu égard aux considérations exposées aux paragraphes 116 à 129, le Conseil de l’Europe et ses États membres devraient, au lieu de remédier aux difficultés rencontrées dans les situations transfrontières par d’autres moyens, s’attacher principalement : a) à encourager la ratification de La Haye 35; b) à collaborer avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye en vue de préciser le statut des PP et des directives anticipées au regard de La Haye 35; et c) au vu de la réticence de nombreux États membres à la ratification de La Haye 35, notamment parce qu’ils considèrent qu’elle s’égare dans des domaines relevant aussi bien du droit privé que du droit public, à étudier activement et, le cas échéant, à utiliser la possibilité d’élaborer une nouvelle Convention de La Haye qui porterait uniquement sur les PP, les directives anticipées et les autres mesures volontaires à mettre en place dans les situations transfrontières (voir la proposition 6(D)).

#### **SUGGESTION 4**

220. Pour donner suite à la proposition 2, le Conseil de l'Europe devrait envisager de formuler des recommandations supplémentaires concernant le développement de la notion de directives anticipées, en reprenant les divers ensembles de dispositions pertinentes dont il est question aux paragraphes 35 et 62 ainsi que les mêmes problèmes liés à la question de savoir si les directives anticipées devraient être considérées comme contraignantes même si, au moment où il est donné suite à une directive, celle-ci est contraire aux volontés et aux préférences du mandant telles qu'elles sont évoquées dans la proposition 4.

#### **SUGGESTIONS : ÉTATS MEMBRES**

221. Les États membres pourraient réfléchir et/ou donner effet aux suggestions ci-après, ainsi qu'aux questions qui y sont abordées, dans la mesure où ils n'ont pas déjà légiféré à leur sujet :

#### **SUGGESTION 5**

222. Si ce n'est pas encore le cas, il conviendrait d'assurer la possibilité de désigner des mandataires à des fins d'intervention conjointe ou concomitante, et des mandataires uniques ou suppléants (voir les paragraphes 40 et 41), ainsi que des mandataires de contrôle ou des tiers désignés comme contrôleurs (voir le paragraphe 61).

#### **SUGGESTION 6**

223. Certains États membres pourraient envisager la solution décrite au paragraphe 44 en réponse à la question de savoir si, lorsque le mandataire n'est habilité à intervenir qu'une fois l'incapacité constatée et a agi de la sorte, son intervention n'est pertinente que par rapport aux arrangements contractuels pris entre le mandant et le mandataire, sans compromettre la validité des actes du mandataire vis-à-vis des tiers.

#### **SUGGESTION 7**

224. Faudrait-il interdire de renoncer à bénéficier de certaines dispositions, comme dans le cas de l'Arménie (paragraphe 45) où toute prétendue renonciation au droit de révocation est nulle et non avenue ?

#### **SUGGESTION 8**

225. Si l'on se réfère aux paragraphes 46 et 47, il conviendrait d'explicitier la réglementation de l'entrée en vigueur des PP, s'agissant notamment de savoir si elle devrait être régie par le droit commun ou par le document de PP, le principe d'autodétermination faisant préférer cette dernière solution.

#### **SUGGESTION 9**

226. Les États membres devraient envisager de préciser explicitement que l'entrée en vigueur d'une PP n'a pas en elle-même d'incidence sur la capacité juridique du mandant. Ce point ne devrait pas avoir à être déduit d'autres dispositions (voir les paragraphes 48 et 49).

#### **SUGGESTION 10**

227. Dans les États membres où l'entrée en vigueur n'est pas enregistrée, il y aurait lieu d'adopter un système de certification officielle de l'entrée en vigueur, comme en Norvège (voir le paragraphe 78).

**SUGGESTION 11**

228. Il faudrait mettre en place des procédures simplifiées en vertu desquelles un mandataire devrait obtenir l'autorisation d'accomplir un acte non explicitement autorisé dans le document de PP (voir l'exemple de la Suisse au paragraphe 51), mais il conviendrait également d'exiger une autorisation spéciale aux fins d'accomplir certains actes importants même s'ils s'inscrivent dans le cadre des pouvoirs conférés (voir la situation en Allemagne au paragraphe 69).

**SUGGESTION 12**

229. Les États membres devraient faire en sorte que l'obligation de conserver les éléments de preuve utiles au sens du Principe 10.4 s'applique non seulement aux questions économiques et financières, mais aussi aux questions relatives à la santé et au bien-être, et aux autres questions personnelles (voir le paragraphe 60).

**SUGGESTION 13**

230. Eu égard au fait qu'en vertu du Principe 17, les directives anticipées doivent être révocables à tout moment et sans formalité, mais que cette exigence n'est inscrite explicitement dans la loi qu'en France (voir le paragraphe 66), les dispositions du Principe 17 devraient être adoptées par tous les États membres.

**SUGGESTION 14**

231. Les États membres devraient étudier la possibilité d'adopter des dispositifs d'envergure et solides pour garantir la validité de la PP, comme ceux mis en place en Irlande et décrits au paragraphe 75 et de mettre en place des dispositifs similaires qui puissent s'appliquer aux directives anticipées censées être de nature contraignante.

**SUGGESTION 15**

232. Si l'on se réfère au paragraphe 83 qui évoque la diversité des dispositions relatives aux conflits d'intérêts, les États membres devraient reconnaître que les personnes pouvant faire les meilleurs mandataires sont souvent des personnes pouvant se trouver dans des situations de conflit d'intérêts et, au lieu de leur interdire de façon temporaire ou permanente d'exercer leur fonction de mandataire, ils devraient instituer des méthodes permettant de gérer ces conflits d'intérêts.

**SUGGESTION 16**

233. En ce qui concerne la forme sous laquelle les directives anticipées peuvent être établies, les États membres devraient s'inspirer des méthodes d'établissement instituées en Irlande telles que décrites au paragraphe 102.

**SUGGESTION 17**

234. S'agissant des considérations exposées au paragraphe 103, les États membres devraient envisager de mettre en place des dispositifs d'enregistrement de toutes les directives anticipées.

**SUGGESTION 18**

235. Les États membres devraient, à l'instar de la France (voir le paragraphe 106), envisager de fixer une limite légale à la période d'applicabilité des directives anticipées.

**SUGGESTION 19**

236. Les États membres devraient envisager de mettre en place des régimes permettant de maximiser l'autodétermination, en intégrant l'utilisation des directives anticipées dans les situations de fin de vie, eu égard aux dispositions adoptées récemment en France (voir le paragraphe 108).

## **SUGGESTION 20**

237. En ce qui concerne les paragraphes 130 à 138, tous les États membres devraient, aussitôt que possible (s'ils ne l'ont pas déjà fait), insérer dans leur législation une disposition spécifique selon laquelle les mesures volontaires ont la priorité sur les autres mesures; mais les attributions des aidants, des personnes de confiance, des avocats, etc. devraient être incorporées dans les dispositions régissant les mesures volontaires, et, le cas échéant, ces attributions devraient pouvoir être exercées pour aider les mandants dans leurs relations avec les mandataires.

## **SUGGESTION 21**

238. Les États membres devraient mettre en place des services de médiation pour remédier aux situations de litige et de conflit en rapport non seulement avec les mesures volontaires mais aussi avec d'autres mesures.

## **SUGGESTION 22**

239. Eu égard aux paragraphes 143 et 144, des problèmes peuvent survenir après l'entrée en vigueur d'une PP quant à la capacité du mandant, ainsi que d'éventuels problèmes d'abus d'influence et d'autres facteurs viciant la PP, au moment où celle-ci est signée par le mandant et/ou au moment où la désignation est acceptée et le contrat de mandat établi. Il est suggéré aux États membres qui ne l'ont pas encore fait de modifier leurs procédures de manière que ces dates soient explicitement enregistrées. De surcroît, s'agissant du paragraphe 187, il importe de préciser (si ce n'est pas déjà le cas) la catégorisation des PP dans le droit, par exemple les contrats de mandat. Lorsque la PP appartient à la catégorie des contrats de mandat, il importe également de déterminer si l'exigence de capacité naît seulement au moment de l'octroi de la PP ou au moment de l'acceptation de la désignation et de la conclusion du contrat de mandat. Il est préconisé d'inscrire dans la loi la première solution, compte tenu du laps de temps pouvant s'écouler entre l'octroi et l'acceptation, et de la possibilité que des mandataires suppléants n'acceptent leur désignation qu'après que les mandataires initiaux ont cessé d'agir pour quelque raison que ce soit.

## **SUGGESTION 23**

240. Les États membres qui ne l'ont pas encore fait devraient envisager de créer un organisme de surveillance chargé de contrôler tous les aspects de la mise en œuvre des dispositions des mesures volontaires et des autres mesures. Le paragraphe 145 donne l'exemple du Forum national sur la capacité mentale au Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles). Un tel organisme pourrait contrôler à l'échelon national les aspects ci-après : établissement et actualisation des réglementations, codes de pratique, documents officiels d'orientation et autres documents; formation théorique et pratique des professionnels, administrateurs et autres agents; et méthodes pratiques d'information et de sensibilisation du public.

## **SUGGESTION 24**

241. En ce qui concerne le paragraphe 164, dans certains États membres, les procurations générales peuvent, dans une certaine mesure, être maintenues en vigueur après la perte de la capacité du mandant même si les dispositions découlant de la Recommandation ne s'y appliquent pas. Ces États membres devraient prévoir (mais non pas de façon rétroactive) que ces procurations générales ne devraient pas avoir de caractère permanent et que seules les PP réglementées conformément à la Recommandation devraient avoir ce caractère.

## **SUGGESTION 25**

242. Les États membres devraient envisager de rendre obligatoire la notification à une autorité compétente des dons effectués par les mandataires et des remboursements de frais (voir l'exemple de l'Irlande au paragraphe 169).



**SUGGESTION 26**

243. Les réponses aux questions relatives aux problèmes qui surviennent en cas de désignation de comandataires (voir les paragraphes 172 à 176) sont principalement axées sur les mécanismes de règlement de ces problèmes une fois ceux-ci survenus. Les États membres devraient plutôt réfléchir à des stratégies permettant de réduire au minimum le risque de survenue de tels problèmes. Ils devraient faire en sorte que les mandants, au moment où ils donnent une procuration permanente, soient bien informés et conseillés, grâce aux informations mises à la disposition du grand public et/ou aux prescriptions explicites imposées aux conseillers qui établissent les PP. Grâce à ces moyens, les mandants devraient, au moment de donner leur procuration, être bien informés sur les risques et les avantages découlant du fait de confier le pouvoir de prendre des décisions à des mandataires, en ce qui concerne en particulier les questions relatives au bien-être personnel; la manière de réduire ces risques en désignant des comandataires; de l'absolue nécessité d'indiquer clairement aux mandataires qu'ils doivent consulter d'autres personnes spécifiées; et l'importance de préciser, s'ils ont désigné plusieurs mandataires, les questions pour lesquelles ceux-ci peuvent, le cas échéant, agir individuellement et celles pour lesquelles ils ne peuvent agir que de façon conjointe, ainsi que l'obligation expresse ou générique en vertu de laquelle tous les mandataires doivent donner leur autorisation à celui d'entre eux qui est appelé à agir seul et l'obligation, chaque fois qu'un mandataire agit seul, de consulter les autres et de leur rendre rapidement compte de son intervention.

**SUGGESTION 27**

244. Les États membres devraient se pencher sur les problèmes particuliers liés aux révocations de PP, notamment celui qui est décrit au paragraphe 185 et qui concerne une personne qui révoque une PP lorsqu'elle commence à être en proie à la « paranoïa » qui peut accompagner la démence précoce et parfois entraîner une multiplicité de révocations et de nouvelles PP. Les États membres pourront utilement s'inspirer des différentes solutions aux problèmes liés aux révocations, qui sont décrites aux paragraphes 183 à 185, ainsi que de l'exemple, donné au paragraphe 140, de dispositions selon lesquelles les PP ne peuvent être établies que par des personnes ou organismes qualifiés.

**SUGGESTION 28**

245. Les mandants devraient, dans toute la mesure du possible, pouvoir décider eux-mêmes des questions concernant l'entrée en vigueur, ainsi que des questions connexes liées aux moyens de preuve qui sont requis aux fins de cette entrée en vigueur.

**SUGGESTION 29**

246. Les États membres devraient envisager d'élaborer une réglementation complète et précise de l'information qui doit être portée aux registres des PP et des directives anticipées, ainsi qu'une disposition régissant l'accessibilité de l'information ainsi enregistrée, compte tenu de la nécessité de concilier l'exigence de clarté, celle de rendre ces mesures et leur contenu totalement accessibles de sorte que les intentions des mandants soient respectées, mais aussi celle d'assurer la protection des données sensibles afin de réduire les risques d'utilisation abusive (paragraphes 80-81 et 188).

**SUGGESTION 30**

247. En ce qui concerne le paragraphe 189, les États membres devraient faire en sorte de bien clarifier les principes ou normes applicables au mandataire quant à la mise en œuvre des PP, et que ces principes incluent le respect des dispositions de la CDPHNU (paragraphe 198).

## **ANNEXE I : VERSION SUCCINCTE DU QUESTIONNAIRE**

### **1. Informations préliminaires**

- 1.1. Nom de l'État/du ressort pour lequel ce questionnaire est rempli.
- 1.2. Nom et coordonnées du membre du CDCJ responsable de ce questionnaire rempli.
- 1.3. Nom et coordonnées de toute autre personne à laquelle les questions doivent être adressées.

#### ***Principe 1 – encouragement à l'autodétermination***

### **2. Encouragement à l'autodétermination**

- 2.1. La Recommandation a-t-elle été traduite dans une/des langue(s) nationale(s) ? Le cas échéant, veuillez donner des précisions.
- 2.2. La législation de votre État/ressort permet-elle aux mandants de donner une procuration permanente couvrant les questions économiques et financières ? OUI/NON.
- 2.3. La législation de votre État/ressort permet-elle aux mandants de donner une procuration permanente couvrant les questions relatives à la santé et au bien-être et autres questions personnelles (ou un de ces domaines) ? OUI/NON.
- 2.4. La législation de votre État/ressort permet-elle l'émission de directives anticipées ? OUI/NON.
- 2.5. Si la réponse à l'une des questions 2.2, 2.3 ou 2.4 est NON, existe-t-il des propositions (ou des textes législatifs en suspens) visant à introduire les procurations permanentes et les directives anticipées, et le cas échéant à quel horizon ? OUI/NON/QUAND ?
- 2.6. Si la réponse à l'une des questions 2.2, 2.3 ou 2.4 est OUI, ces mesures autonomes sont-elles, suivant les principes d'autodétermination et de subsidiarité, considérées comme prioritaires par rapport à toutes les autres mesures ?

#### ***Partie II – procurations permanentes***

#### ***Principe 3 – contenu***

### **3. Contenu des procurations permanentes**

- 3.1. Si votre réponse à la question 2.2 ou 2.3 était OUI, existe-t-il des domaines spécifiquement exclus du champ des procurations permanentes ? OUI/NON. Si OUI, veuillez spécifier.

#### ***Principe 4 – désignation d'un mandataire***

### **4. Personnes désignées dans le cadre d'une procuration permanente**

- 4.1. Veuillez préciser les éventuelles restrictions à l'ensemble des personnes ou entités susceptibles d'être désignées en tant que mandataire.

- 4.2. Le mandant peut-il désigner plusieurs mandataires afin qu'ils interviennent conjointement, concomitamment, séparément ou à titre de suppléants. OUI/NON. Si seul certains de ces types de désignation sont possibles, veuillez spécifier lesquels.
- 4.3. Des restrictions sont-elles jugées nécessaires pour la protection du mandataire ? OUI/NON. Si OUI, veuillez spécifier.

### ***Principe 5 – forme***

#### **5. Forme du document et garantie de la validité**

- 5.1. Le document de procuration permanente doit-il être établi par écrit ?
- 5.2. Toutes les procurations ont-elles automatiquement un caractère permanent ? OUI/NON
- 5.3. Si votre réponse à la question 5.2 est NON, le document doit-il explicitement énoncer que la procuration reste ou entre en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant ?
- 5.4. La forme et le contenu des procurations permanentes sont-ils spécifiés par la loi ? OUI/NON/EN PARTIE. Si EN PARTIE, veuillez expliquer. Veuillez également justifier le régime adopté, et indiquer les forces ou faiblesses perçues de ce régime.
- 5.5. La validité de la procuration permanente est-elle vérifiée au moment où cette procuration est donnée, en rapport avec a) la capacité du mandant ? OUI/NON, b) l'absence d'influence induite ? OUI/NON, c) D'autres facteurs ? OUI/NON. d) Comment ces points sont-ils évalués ? e) Veuillez donner des précisions et faire part de vos observations.
- 5.6. Veuillez spécifier les autres dispositions et mécanismes qui sont imposés afin d'assurer la validité du document.

### ***Principe 6 – révocation***

#### **6. Révocation – forme et garanties**

- 6.1. Un mandant qui est toujours capable a-t-il la possibilité de révoquer la procuration permanente à tout moment ? OUI/NON.
- 6.2. Les exigences mentionnées dans les questions 5.1 et 5.3 à 5.6 s'appliquent-elles à la révocation ? OUI/NON. Si NON, veuillez expliquer les exigences qui s'appliquent.
- 6.3. a) Comment les points énumérés à la question 5.5 sont-ils évalués pour les révocations ? b) Veuillez donner des précisions et faire part de vos observations.
- 6.4. Une procuration permanente peut-elle être révoquée par un tribunal ou par une autre personne ou entité ? OUI/NON. Si OUI, veuillez donner des précisions.

### ***Principe 7 – entrée en vigueur***

#### **7. Entrée en vigueur**

- 7.1. Quelles sont les dispositions couvrant les modalités d'entrée en vigueur des procurations permanentes en cas d'incapacité du mandant ?
- 7.2. Quelles sont les dispositions sur la manière dont l'incapacité est déterminée et sur les moyens de preuve requis à cette fin ?

- 7.3. Le mandant doit-il être consulté ou impliqué dans la décision relative à l'entrée en vigueur de la procuration permanente ? OUI/NON. Si OUI, veuillez donner des précisions, notamment sur la façon dont l'observation de ces exigences est attestée et enregistrée.

***Principe 8 – certification, enregistrement, notification et effectivité***

**8. Certification**

- 8.1. Veuillez spécifier les systèmes de certification, d'enregistrement et de notification qui s'appliquent au moment de l'établissement d'une procuration permanente, de sa révocation, de son entrée en vigueur ou de son arrivée à terme.
- 8.2. L'accès aux informations enregistrées est-il soumis à des restrictions ? OUI/NON. Si OUI, quelles sont ces restrictions ?
- 8.3. Comment l'acceptation de la procuration permanente par les tiers et l'effectivité de la procuration permanente dans le contexte des transactions du mandataire avec les tiers sont-elles garanties ?

***Principe 9 – préservation de la capacité***

**9. Incidence sur la capacité**

- 9.1. Est-il explicitement stipulé que l'entrée en vigueur d'une procuration permanente ne doit pas avoir d'incidence sur la capacité juridique du mandant ? OUI/NON.
- 9.2. Après l'entrée en vigueur, le mandant peut-il continuer à agir lorsqu'il a la capacité ? OUI/NON.
- 9.3. Après l'entrée en vigueur, le mandataire peut-il agir lorsque le mandant a la capacité ? OUI/NON.
- 9.4. Comment les actes contradictoires du mandant et du mandataire sont-ils résolus ?

***Principe 10 – rôle du mandataire***

**10. Rôle du mandataire**

- 10.1. Le mandataire est-il tenu d'agir conformément à la procuration permanente et dans l'intérêt du mandant ? OUI/NON. Si OUI, veuillez indiquer les principes ou les normes auxquels le mandataire doit satisfaire.
- 10.2. S'agissant de l'information et de la consultation permanentes du mandant, à quelles exigences (le cas échéant) le mandataire est-il soumis ?
- 10.3. Dans quelle mesure (le cas échéant) le mandataire est-il tenu de s'assurer des souhaits et des sentiments passés et présents du mandant et de les prendre en considération ?
- 10.4. Le mandataire est-il explicitement tenu de prendre dûment en considération les droits, la volonté et les préférences du mandant (au sens de l'article 12 de la CDPHNU) ? OUI/NON.
- 10.5. Un mandataire intervenant en rapport avec les affaires économiques et financières du mandant est-il tenu de séparer, autant que faire se peut, la gestion de ces affaires et celle de ses propres affaires ?

- 10.6. Le mandataire est-il tenu de conserver les éléments de preuve utiles pour justifier de l'exercice correct de son mandat ?
- 10.7. Le mandataire peut-il se voir rembourser les diverses dépenses encourues dans l'exercice de sa fonction ? OUI/NON
- 10.8. Le mandataire peut-il être rémunéré au titre de sa fonction ? OUI/NON. Si OUI, dans quelles circonstances et à quelles conditions le mandataire peut-il être rémunéré ?

***Principe 11 – conflit d'intérêts***

**11. Conflit d'intérêts**

- 11.1. Veuillez spécifier les dispositions qui existent (le cas échéant) pour régler les conflits d'intérêts entre le mandant et le mandataire.

***Principe 12 – contrôle***

**12. Contrôle**

- 12.1. Le mandant peut-il désigner un tiers pour contrôler le mandataire ? OUI/NON
- 12.2. Existe-t-il un système de contrôle par lequel une autorité compétente pourrait être habilitée à enquêter ? OUI/NON. Si OUI, veuillez indiquer l'autorité compétente (ou les autorités compétentes).
- 12.3. Cette autorité compétente a-t-elle le pouvoir d'intervenir lorsqu'un mandataire n'agit pas conformément à la procuration permanente ou dans l'intérêt du mandant ? OUI/NON
- 12.4. Ce pouvoir inclut-il la faculté de mettre fin en partie ou en totalité à la procuration permanente ? OUI/NON
- 12.5. L'autorité compétente peut-elle intervenir suite à une demande ? OUI/NON
- 12.6. L'autorité compétente peut-elle intervenir de sa propre initiative ? OUI/NON
- 12.7. a) A partir de quel point l'autorité compétente est-elle habilitée à s'immiscer dans un acte ou une décision du mandataire ? Par exemple, doit-il être manifeste que le mandataire a agi irrégulièrement, ou l'autorité compétente peut-elle intervenir tout simplement en cas de désaccord ? b) En cas d'intervention de l'autorité compétente, doit-elle se conformer aux principes ou normes applicables dans la question 10.1 ?

***Principe 13 – extinction***

**13. Extinction**

- 13.1. Quelles sont les circonstances dans lesquelles une procuration permanente cesse de produire ses effets au regard de la loi ?
- 13.2. L'autorité compétente est-elle tenue d'envisager les mesures de protection à prendre, lorsqu'une procuration permanente cesse de produire ses effets en tout ou partie ?

### ***Principes 3 à 13 : généralités***

#### **14. Procurations – généralités**

- 14.1. Des services juridiques et autres adéquats sont-ils disponibles pour conseiller et aider les mandants ? OUI/NON. Ces services sont-ils disponibles au titre de l'aide juridique s'il y a lieu ? OUI/NON.
- 14.2. Des services juridiques et autres sont-ils disponibles pour conseiller et aider les mandataires ? OUI/NON. Ces services sont-ils disponibles au titre de l'aide juridique s'il y a lieu ? OUI/NON.
- 14.3. Quelle est l'expérience pratique d'application des Principes 3 à 13, et quels ont été (le cas échéant) les problèmes particuliers identifiés ?

### ***Partie III – directives anticipées***

#### ***Principe 14 – contenu***

#### **15. Contenu des directives anticipées**

- 15.1. Si votre réponse à la question 2.4 a été OUI, les directives anticipées peuvent-elles s'appliquer :
  - 15.1.1. aux questions relatives à la santé ou au bien-être et autres questions personnelles (si c'est le cas pour seulement certaines de ces questions, veuillez spécifier lesquelles) ?
  - 15.1.2. aux questions économiques et financières ?
  - 15.1.3. au choix d'un tuteur ou d'une personne équivalente ? Cette désignation est-elle obligatoire ?

#### ***Principe 15 – effet***

#### **16. Effet des directives anticipées**

- 16.1. Dans quelle mesure (le cas échéant) les directives anticipées ont-elles un caractère contraignant ?
- 16.2. Lorsque les directives anticipées n'ont pas de caractère contraignant, doivent-elles être considérées comme l'expression de souhaits et être dûment prises en compte à ce titre ?
- 16.3. Quelles sont les dispositions qui s'appliquent aux situations survenant en cas de changement substantiel de circonstances après l'émission d'une directive anticipée ?

#### ***Principe 16 – forme***

#### **17. Forme des directives anticipées**

- 17.1. Les directives anticipées, ou certaines catégories d'entre elles, doivent-elles, pour avoir un caractère contraignant, être établies ou enregistrées sous forme écrite ? OUI/NON. Si OUI, mais seulement pour certaines catégories, veuillez préciser ces catégories.
- 17.2. Existe-t-il différentes formes de directives anticipées (ou d'instruments équivalents) à des fins différentes, par exemple à des fins de santé mentale et à d'autres fins ?

- 17.3. Quelles sont les autres dispositions et mécanismes imposés afin d'assurer la validité et l'efficacité des directives anticipées à un caractère contraignant ?

***Principe 17 – révocation***

**18. Révocation des directives anticipées**

- 18.1. Une directive anticipée est-elle révocable à tout moment et sans formalité ?

***Principes 14 à 17 – généralités***

**19. Directives anticipées – généralités**

- 19.1. S'il n'a pas déjà été répondu à cette question ci-dessus, quelles sont les garanties qui existent en rapport avec les directives anticipées pour assurer la conformité avec l'article 12.4 de la CDPHNU ?
- 19.2. Quelle est l'expérience générale de mise en œuvre de directives anticipées, et quels sont (le cas échéant) les problèmes particuliers qui se sont posés ?

## **La Recommandation – généralités**

*Les questions ci-après sont facultatives. Elles s'appliquent à toutes les mesures autonomes couvertes par la Recommandation, c'est-à-dire aux procurations permanentes et aux directives anticipées. Elles s'appliquent également aux instruments équivalents quelle qu'en soit la dénomination. En cas de réponses différentes pour des catégories différentes de mesures autonomes, veuillez le préciser. On peut inclure des réponses pour des types de mesures autonomes autres que ceux visés par la Recommandation.*

### **20. Statistiques**

- 20.1. Quelles sont les statistiques disponibles sur l'adoption et l'utilisation de mesures autonomes au cours des décennies passées ? Si des statistiques sont disponibles, veuillez les fournir (si possible) sur une base annuelle, en précisant la date de clôture de chaque année concernée.
- 20.2. Afin de permettre des comparaisons pertinentes, veuillez spécifier l'/les événement(s) au(x)quel(s) les statistiques se rapportent. Par exemple, si des chiffres sont fournis pour les enregistrements de procurations permanentes, ces chiffres concernent-ils l'enregistrement lors de l'émission ou l'enregistrement lors de l'entrée en vigueur ou les deux ?

### **21. Problèmes transfrontières**

- 21.1. Votre État/ressort a-t-il constaté des problèmes transfrontières importants :
  - 21.1.1. entre des États contractants dans le contexte de La Haye 35 ;
  - 21.1.2. entre un État contractant, d'une part, et un État non contractant, d'autre part ;
  - 21.1.3. entre des États non contractants ?
- 21.2. Votre État/ressort a-t-il ratifié La Haye 35 ? Dans la négative, quand votre État/ressort prévoit-il de ratifier La Haye 35 ?
- 21.3. Serait-il utile pour les citoyens de votre État/ressort que les articles 22 et 23 de La Haye 35 (ou des dispositions équivalentes à celles des articles 22 et 23 de La Haye 35) s'appliquent aux procurations permanentes, et, dans l'affirmative, s'appliquent à l'échelle européenne indépendamment de la ratification de La Haye 35 ?
- 21.4. Serait-il utile pour les citoyens de votre État/ressort que des certificats types à l'échelle européenne équivalents à ceux prévus à l'article 38 de La Haye 35 produisent des effets explicitement en relation avec les procurations permanentes à l'échelle européenne ?

### **22. Relations avec les autres mesures**

- 22.1. Quelle est l'expérience dans votre État/ressort en termes de relations entre a) les mesures autonomes régies par la Recommandation et b) l'éventail des autres mesures de protection des majeurs incapables ?



22.2. En particulier :

- 22.2.1. Existe-t-il des mesures qui, d'une certaine façon, poursuivent un objectif équivalent à celui des procurations permanentes, telles que la désignation d'une « personne de confiance » ou (conformément au Principe 14 ou autrement) le choix d'un tuteur (ou d'une personne équivalente) si un tuteur s'avérait nécessaire ?
- 22.2.2. Existe-t-il des pouvoirs automatiques de représentation *ex lege* qui s'appliquent en cas de diminution de capacité, et, dans l'affirmative, comment ces dispositions s'articulent-elles avec les procurations permanentes, avec les directives anticipées ou avec les autres mesures autonomes le cas échéant ?

**23. Apprentissage par l'expérience**

- 23.1. Le cas échéant, de quelles manières votre État/ressort pense-t-il que ses dispositions sur les procurations permanentes et/ou les directives anticipées pourraient être améliorées ? Le cas échéant, veuillez donner des précisions.
- 23.2. Votre État/ressort a-t-il a) des dispositions juridiques, procédures et directives ou une expérience pratique susceptibles d'être utiles à d'autres États/ressorts ; et a-t-il b) des connaissances ou une expérience de problèmes ou dangers qui mériteraient d'être portés à l'attention d'autres États/ressorts ? Pour chacun de ces cas, veuillez donner des précisions.
- 23.3. La Recommandation a-t-elle été utile pour développer les procurations permanentes et les directives anticipées, et pour encourager leur usage approprié ?
- 23.4. Le fait de répondre à ce questionnaire a-t-il aidé à faire ressortir la nécessité de prendre de nouvelles mesures dans votre État/ressort (y compris sans s'y limiter des mesures législatives ou réglementaires) pour encourager les citoyens à donner des procurations permanentes et (s'il y a lieu) des directives anticipées ?

## ANNEXE II : VERSION COMPLÈTE DU QUESTIONNAIRE

### 1. Informations préliminaires

- 1.1. Nom de l'Etat/du ressort pour lequel ce questionnaire est rempli.
- 1.2. Nom et coordonnées du membre du CDCJ responsable de ce questionnaire rempli.
- 1.3. Nom et coordonnées de toute autre personne à laquelle les questions doivent être adressées.

### *Principe 1 – Encouragement à l'autodétermination*

### 2. Encouragement à l'autodétermination

- 2.1. La Recommandation a-t-elle été traduite dans une/des langue(s) nationale(s) ? Dans l'affirmative, veuillez donner les précisions utiles, et (si possible) fournir une copie de la traduction (ou de chaque traduction).
- 2.2. Quelles sont les dispositions prises pour rendre accessible la Recommandation (y compris toute traduction) dans votre Etat/ressort ?
- 2.3. La législation de votre Etat/ressort permet-elle aux mandants de donner une procuration permanente couvrant les questions économiques et financières ? OUI/NON.
- 2.4. La législation de votre Etat/ressort permet-elle aux mandants de donner une procuration permanente couvrant les questions relatives à la santé et au bien-être et autres questions personnelles (ou un de ces domaines) ? OUI/NON.
- 2.5. La législation de votre Etat/ressort permet-elle l'émission de directives anticipées ? OUI/NON.
- 2.6. Si la réponse à l'une des questions 2.3, 2.4 ou 2.5 est NON, existe-t-il des propositions (ou des textes législatifs en suspens) visant à introduire les procurations permanentes et les directives anticipées, et le cas échéant à quel horizon ? OUI/NON/QUAND ?
- 2.7. Si la réponse à l'une des questions 2.3, 2.4 ou 2.5 est OUI, ces mesures autonomes sont-elles, suivant les principes d'autodétermination et de subsidiarité, considérées comme prioritaires par rapport à toutes les autres mesures ?
- 2.8. Le cas échéant, quelles sont les mesures prises dans votre Etat/ressort pour encourager l'autodétermination par des procurations permanentes et des directives anticipées, notamment a) les mesures législatives (sauf celles visées ci-dessus) ou réglementaires, les directives officielles et les mesures équivalentes, et b) les mesures de publicité ou de promotion ? Si possible, veuillez fournir une copie d'une sélection représentative des matériels pertinents.
- 2.9. L'efficacité des mesures prises qui relèvent de la question 2.8 a-t-elle été évaluée ? Le cas échéant, veuillez fournir des précisions sur la méthode et les résultats.

## **Partie II – Procurations permanentes**

### **Principe 3 – Contenu**

#### **3. Contenu des procurations permanentes – questions économiques et financières**

- 3.1. Si la réponse à la question 2.3 est OUI :
- 3.1.1. Quand les dispositions actuelles sont-elles entrées en vigueur ?
  - 3.1.2. Existe-t-il des domaines spécifiquement exclus du champ des procurations permanentes ? Veuillez donner des précisions.
  - 3.1.3. Existe-t-il des propositions (ou des textes législatifs en suspens) visant à modifier le champ des questions sur lesquelles peuvent porter les procurations permanentes ?
  - 3.1.4. Le cas échéant, dans quelle mesure les procurations générales ont-elles automatiquement un caractère permanent ?
- 3.2. Si la réponse à la question 2.3 est NON, existe-t-il des propositions (ou des textes législatifs en suspens) visant à inclure les questions économiques et financières dans le champ des procurations permanentes ? Le cas échéant, veuillez donner des précisions.

#### **4. Contenu des procurations permanentes – questions relatives à la santé ou au bien-être et autres questions personnelles**

- 4.1. Si la réponse à la question 2.4 est OUI :
- 4.1.1. Quand les dispositions actuelles sont-elles entrées en vigueur ?
  - 4.1.2. Existe-t-il des domaines spécifiquement exclus du champ des procurations permanentes ? Veuillez donner des précisions.
  - 4.1.3. Existe-t-il des propositions (ou des textes législatifs en suspens) visant à modifier le champ des questions sur lesquelles peuvent porter les procurations permanentes ?
- 4.2. Si la réponse à la question 2.4 est NON, existe-t-il des propositions (ou des textes législatifs en suspens) visant à inclure les questions relatives à la santé ou au bien-être et autres questions personnelles (ou un de ces domaines) dans le champ des procurations permanentes ? Le cas échéant, veuillez donner des précisions.
- 4.3. Le cas échéant, quel rôle votre État/ressort habilite-t-il les mandataires à jouer en relation avec l'autorisation de privation de liberté prévue à l'article 5 de la CEDH ; et dans quelles conditions ?

#### **5. Problèmes**

- 5.1. Des problèmes se sont-ils posés dans votre État/ressort (y compris sans s'y limiter des litiges) concernant la portée et les effets des pouvoirs conférés par les procurations permanentes ?

#### ***Principe 4 – Désignation d'un mandataire***

##### **6. Personnes désignées dans le cadre d'une procuration permanente**

- 6.1. Un mandant peut-il désigner en tant que mandataire, dans le cadre d'une procuration permanente, toute personne physique qu'il juge indiquée ?
- 6.2. Un mandant peut-il désigner en tant que mandataire, dans le cadre d'une procuration permanente, toute entité autre qu'une personne physique qu'il juge appropriée ?
- 6.3. Veuillez préciser les éventuelles restrictions à l'éventail des personnes ou entités susceptibles d'être désignées en tant que mandataire.
- 6.4. Veuillez indiquer s'il est possible de désigner plusieurs mandataires à la fois, et, dans l'affirmative, de décider que ces derniers interviennent conjointement, concomitamment, séparément ou à titre de suppléants.
- 6.5. Veuillez indiquer les éventuels problèmes ou difficultés causés généralement par l'existence de plusieurs mandataires ; les mécanismes disponibles pour résoudre ces problèmes ; et le degré d'efficacité de ces mécanismes à ce jour.
- 6.6. Est-il obligatoire, ou permis, de désigner un mandataire superviseur (ou équivalent) ?
- 6.7. Veuillez fournir des précisions sur les restrictions que votre État/ressort a jugées nécessaires et ainsi imposées, pour la protection du mandant (au sens du Principe 4.3).
- 6.8. Des problèmes ou difficultés se sont-ils éventuellement posés du fait de l'existence d'un mandataire unique (et de l'absence d'un mandataire superviseur, qui serait indiqué), lesquels ne se posent pas ou se posent dans une bien moindre mesure lorsque plusieurs mandataires sont désignés ?

#### ***Principe 5 – Forme***

##### **7. Forme du document**

- 7.1. Toutes les procurations permanentes doivent-elles revêtir une forme écrite ? OUI/NON
- 7.2. Est-il permis d'établir et/ou d'enregistrer une procuration permanente sur un support électronique ? OUI/NON. Si OUI, veuillez donner des précisions.
- 7.3. Existe-t-il une règle selon laquelle toutes les procurations peuvent entrer en vigueur, ou doivent rester en vigueur, en cas d'éventuelle incapacité du mandant (autrement dit, existe-t-il une règle selon laquelle toutes les procurations sont des procurations permanentes telles que définies dans la Recommandation) ? OUI/NON
- 7.4. Si la réponse à la question 7.3 est NON, est-il obligatoire d'énoncer explicitement dans le document respectif de toutes les procurations permanentes que la procuration reste ou entre en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant ?
- 7.5. Il est obligatoire qu'une désignation en tant que mandataire soit acceptée par écrit par le mandataire, et qu'un contrat de mandat (ou contrat équivalent) soit ainsi établi, avant que le mandataire soit habilité à agir ?
- 7.6. Dans quelle mesure la forme et le contenu des procurations permanentes sont-ils spécifiés par la loi, et dans quelle mesure chaque mandant est-il libre de déterminer la forme et le contenu de sa procuration permanente ? Dans votre réponse, veuillez justifier le régime adopté, et indiquer les forces ou faiblesses perçues de ce régime.

- 7.7. Les documents de procuration peuvent-ils être présentés et signés sous une forme adaptée aux personnes handicapées, par exemple sous une forme aisément lisible ?

## **8. Garantie de la validité**

- 8.1. Quels sont les dispositions et les mécanismes prévus (autre ceux spécifiés dans la section 7 ci-dessus) pour garantir la validité du document de procuration permanente ?
- 8.2. La validité de la procuration permanente est-elle vérifiée au moment où cette procuration est donnée, en rapport avec a) la capacité du mandant ? OUI/NON, b) l'absence d'influence induite ? OUI/NON, c) d'autres facteurs ? OUI/NON, d) Comment ces points sont-ils évalués ? e) Veuillez donner des précisions et faire part de vos observations.
- 8.3. En matière de procurations permanentes, votre Etat/ressort assure-t-il dans l'ensemble, à travers des dispositions et mécanismes pertinents, la totalité des garanties requises par l'article 12.4 de la CDPHNU ? Veuillez donner des précisions à l'appui de votre réponse.

### ***Principe 6 – Révocation***

## **9. Révocation – forme et garanties**

- 9.1. Un mandant capable à cet effet peut-il révoquer la procuration permanente à tout moment ? OUI/NON
- 9.2. Toutes les exigences décrites dans vos réponses aux questions 7 et 8 (sauf aux questions 7.5 et 7.6) s'appliquent-elles à la révocation d'une procuration permanente ? OUI/NON. Si votre réponse est NON, veuillez donner des précisions.
- 9.3. Comment les points énumérés à la question 8.2 sont-ils évalués pour les révocations ?
- 9.4. Veuillez spécifier les éventuelles dispositions et mécanismes supplémentaires ou différents ayant trait à la révocation.
- 9.5. Une procuration permanente peut-elle être révoquée par un tribunal ou par une autre personne ou entité ? OUI/NON. Si OUI, veuillez donner des précisions.
- 9.6. Veuillez faire état d'une éventuelle expérience notable en matière de révocation et des exigences liées à la révocation.

### ***Principe 7 – Entrée en vigueur***

## **10. Entrée en vigueur**

- 10.1. Veuillez indiquer les dispositions existantes qui réglementent les modalités d'entrée en vigueur des procurations permanentes en cas d'incapacité du mandant.
- 10.2. Quelles sont les dispositions existantes sur la manière dont l'incapacité est déterminée et sur les moyens de preuve requis à cette fin ?
- 10.3. Veuillez indiquer dans quelle mesure (le cas échéant) il est permis aux mandants de déterminer les domaines couverts dans les questions 10.1 et 10.2.

- 10.4. Le mandant doit-il être consulté ou impliqué dans la décision relative à l'entrée en vigueur de la procuration permanente ? OUI/NON. Si OUI, veuillez donner des précisions, notamment sur la façon dont l'observation de ces exigences est attestée et enregistrée.
- 10.5. Les procurations permanentes sont-elles considérées comme une sorte de contrat de mandat (ou contrat équivalent), établi (et établi seulement) lorsque le mandataire accepte sa désignation, cette acceptation étant une condition préalable à l'entrée en vigueur de la procuration permanente ? Dans l'affirmative, veuillez confirmer la catégorisation précise de ce contrat dans le droit de votre Etat/ressort. Dans la négative, veuillez indiquer la catégorisation précise des procurations permanentes dans le droit.

### ***Principe 8 – Certification, enregistrement, notification et effectivité***

#### **11. Certification**

- 11.1. Veuillez spécifier les éventuelles exigences légales de certification des procurations permanentes, y compris le(s) point(s) de la séquence procédurale où elles s'appliquent, ainsi que les questions que le certificat doit couvrir.
- 11.2. Qui est habilité à procéder à une certification, et quelles sont les exigences procédurales pour une certification ?
- 11.3. Veuillez fournir des informations analogues sur les exigences relatives à la certification d'une révocation.

#### **12. Enregistrement**

- 12.1. Veuillez spécifier les exigences d'enregistrement des procurations permanentes et des certificats y afférents, y compris le point de la séquence procédurale où l'enregistrement est requis.
- 12.2. Où/auprès de qui l'enregistrement produit-il ses effets ?
- 12.3. Quel est le contenu obligatoire du registre ?
- 12.4. Dans quelle mesure le contenu du registre est-il accessible au public, ou autrement accessible sous réserve de restrictions (à spécifier) ?
- 12.5. Veuillez fournir des informations analogues sur l'enregistrement des révocations.

#### **13. Notification**

- 13.1. Quelles sont les exigences de notification, y compris les points de la séquence procédurale ou les événements auxquels elles s'appliquent, le destinataire et l'émetteur ?

#### **14. Généralités**

- 14.1. Dans la mesure où ils ne seraient pas couverts ci-dessus, veuillez spécifier les exigences et les systèmes de certification, d'enregistrement et/ou de notification au moment de l'établissement d'une procuration permanente, de sa révocation, de son entrée en vigueur ou de son arrivée à terme.

**15. Effectivité**

- 15.1. Comment l'acceptation de la procuration permanente par les tiers et l'effectivité de la procuration permanente dans le contexte des transactions du mandataire avec les tiers sont-elles garanties ?

***Principe 9 – Préservation de la capacité*****16. Incidence sur la capacité**

- 16.1. La législation de votre État/ressort dispose-t-elle explicitement que l'entrée en vigueur d'une procuration permanente ne doit pas avoir d'incidence sur la capacité juridique du mandant ?
- 16.2. Dans quelle mesure (le cas échéant) le mandataire peut-il agir dans des domaines où le mandant a la capacité ?
- 16.3. Dans quelle mesure (le cas échéant) le mandant peut-il continuer à agir, ou à l'inverse ne peut-il pas agir, après l'entrée en vigueur des pouvoirs portant sur les questions couvertes par la procuration permanente ?
- 16.4. Comment la législation de votre État/ressort résout-elle les actes et/ou décisions (ou prétendus actes et/ou décisions) contradictoires du mandant et du mandataire ?

***Principe 10 – Rôle du mandataire*****17. Rôle du mandataire**

- 17.1. Le mandataire est-il tenu d'agir conformément à la procuration permanente et dans l'intérêt du mandant ? OUI/NON. Si OUI, veuillez indiquer les principes ou les normes auxquels le mandataire doit satisfaire.
- 17.2. S'agissant de l'information et de la consultation permanentes du mandant, à quelles exigences (le cas échéant) le mandataire est-il soumis ?
- 17.3. Dans quelle mesure (le cas échéant) le mandataire est-il tenu de s'assurer des souhaits et des sentiments passés et présents du mandant et de les prendre en considération ?
- 17.4. Dans quelle mesure (le cas échéant) le mandataire est-il explicitement tenu de prendre dûment en considération les souhaits et les sentiments passés et présents du mandant, et de respecter les droits, la volonté et les préférences du mandant (au sens de l'article 12 de la CDPHNU) ? Et quels sont (le cas échéant) les règles ou principes de droit qui s'appliquent en cas de conflit entre a) l'opinion du mandataire sur ce qui correspond à l'intérêt du mandant et b) les souhaits et les sentiments passés et présents du mandant, la volonté et les préférences du mandant ou (en l'absence de preuves directes de la volonté et des préférences du mandant) la meilleure interprétation de la volonté et des préférences du mandant ?
- 17.5. Un mandataire intervenant en rapport avec les affaires économiques et financières du mandant est-il tenu de séparer, autant que faire se peut, la gestion de ces affaires et celle de ses propres affaires ?
- 17.6. Le mandataire est-il tenu de conserver les éléments de preuve utiles pour justifier de l'exercice correct de son mandat ?
- 17.7. Le mandataire peut-il se voir rembourser les diverses dépenses encourues dans l'exercice de sa fonction ? OUI/NON

- 17.8. Le mandataire peut-il être rémunéré au titre de sa fonction ? OUI/NON. Si OUI, dans quelles circonstances et à quelles conditions le mandataire peut-il être rémunéré ?

### ***Principe 11 – Conflit d'intérêts***

#### **18. Conflit d'intérêts**

- 18.1. Veuillez spécifier les dispositions qui existent (le cas échéant) pour régler les conflits d'intérêts entre le mandant et le mandataire.

### ***Principe 12 – Contrôle***

#### **19. Contrôle**

- 19.1. La législation de votre État/ressort permet-elle au mandant de désigner un tiers pour contrôler le mandataire ?
- 19.2. Existe-t-il un système de contrôle par lequel une autorité compétente pourrait être habilitée à enquêter ? Dans l'affirmative :
- 19.2.1. L'autorité compétente a-t-elle le pouvoir d'intervenir lorsqu'un mandataire n'agit pas conformément à la procuration permanente, ou n'agit pas dans l'intérêt du mandant ?
- 19.2.2. Ce pouvoir inclut-il la faculté de mettre fin en partie ou en totalité à la procuration permanente ?
- 19.2.3. L'autorité compétente peut-elle intervenir à la demande d'une personne ?
- 19.2.4. L'autorité compétente peut-elle intervenir de sa propre initiative ?
- 19.2.5. Quelle est l'autorité compétente ou, s'il en existe plusieurs, quelles sont-elles et quel est leur rôle respectif ?
- 19.2.6. a) A partir de quel point l'autorité compétente est-elle habilitée à s'immiscer dans un acte ou une décision du mandataire ? Par exemple, doit-il être manifeste que le mandataire a agi irrégulièrement, ou l'autorité compétente peut-elle intervenir tout simplement en cas de désaccord ? b) En cas d'intervention de l'autorité compétente, doit-elle se conformer aux principes ou normes applicables dans la question 17.1 ?

### ***Principe 13 – Extinction***

#### **20. Extinction**

- 20.1. Quelles sont les circonstances dans lesquelles une procuration permanente cesse de produire ses effets au regard de la loi ?
- 20.2. L'autorité compétente est-elle tenue d'envisager les mesures de protection à prendre, lorsqu'une procuration permanente cesse de produire ses effets en tout ou partie ?
- 20.3. À ces fins, l'autorité compétente est-elle la même, ou les autorités compétentes sont-elles les mêmes, que pour la question 19.2.5 ? OUI/NON. Si NON, veuillez donner des précisions.



**Principes 3 à 13 : Généralités**

**21. Procurations – généralités**

- 21.1. Des services juridiques et autres adéquats sont-ils disponibles pour conseiller et aider les mandants ? Ces services sont-ils disponibles au titre de l'aide juridique s'il y a lieu ?
- 21.2. Des services juridiques et autres sont-ils disponibles pour conseiller et aider les mandataires ? Ces services sont-ils disponibles au titre de l'aide juridique s'il y a lieu ?
- 21.3. Quelle est l'expérience pratique d'application des Principes 3 à 13, et quels ont été (le cas échéant) les problèmes particuliers identifiés ?

**Partie III – Directives anticipées**

**Principe 14 – Contenu**

**22. Contenu des directives anticipées**

- 22.1. Si votre réponse à la question 2.5 a été OUI, les directives anticipées peuvent-elles s'appliquer :
  - 22.1.1. aux questions relatives à la santé ou au bien-être et autres questions personnelles (si c'est le cas pour seulement certaines de ces questions, veuillez spécifier lesquelles) ?
  - 22.1.2. aux questions économiques et financières ?
  - 22.1.3. au choix d'un tuteur ou d'une personne équivalente ? Cette désignation est-elle obligatoire ?
  - 22.1.4. à d'autres questions ?

**Principe 15 – Effet**

**23. Effet des directives anticipées**

- 23.1. Dans quelle mesure (le cas échéant) les directives anticipées ont-elles un caractère contraignant ?
- 23.2. Lorsque les directives anticipées n'ont pas de caractère contraignant, doivent-elles être considérées comme l'expression de souhaits et être dûment prises en compte à ce titre ?
- 23.3. Quelles sont les dispositions qui s'appliquent aux situations survenant en cas de changement substantiel de circonstances après l'émission d'une directive anticipée ?

**Principe 16 – Forme**

**24. Forme des directives anticipées**

- 24.1. Dans quelle mesure les directives anticipées, ou certaines catégories d'entre elles, doivent, pour avoir un caractère contraignant, être établies ou enregistrées sous forme écrite ? OUI/NON. Si OUI, mais seulement pour certaines catégories, veuillez préciser ces catégories.

- 24.2. Quelles sont les autres dispositions et mécanismes imposés afin d'assurer la validité et l'efficacité des directives anticipées à un caractère contraignant ?
- 24.3. Existe-t-il différentes formes de directives anticipées (ou d'instruments équivalents) à des fins différentes, par exemple à des fins de santé mentale et à d'autres fins ?

### ***Principe 17 – Révocation***

#### **25. Révocation des directives anticipées**

- 25.1. Une directive anticipée est-elle révocable à tout moment et sans formalité ?

### ***Principes 14 à 17 – Généralités***

#### **26. Directives anticipées – généralités**

- 26.1. Quelle est l'expérience générale de mise en œuvre de directives anticipées, et quels sont (le cas échéant) les problèmes particuliers qui se sont posés ?
- 26.2. S'il n'a pas déjà été répondu à cette question ci-dessus, quelles sont les garanties qui existent en rapport avec les directives anticipées pour assurer la conformité avec l'article 12.4 de la CDPHNU ?

## **La Recommandation – Généralités**

*Les questions ci-après s'appliquent à toutes les mesures autonomes couvertes par la Recommandation, c'est-à-dire aux procurations permanentes et aux directives anticipées, ainsi qu'aux instruments équivalents quelle qu'en soit la dénomination. En cas de réponses différentes pour des catégories différentes de mesures autonomes, veuillez le préciser. Facultativement, on peut inclure des réponses pour des catégories de mesures autonomes autres que celles visées par la Recommandation.*

### **27. Statistiques**

- 27.1. Quelles sont les statistiques disponibles sur l'adoption et l'utilisation de mesures autonomes au cours des décennies passées ? Si des statistiques sont disponibles, veuillez les fournir (si possible) sur une base annuelle, en précisant la date de clôture de chaque année concernée.
- 27.2. Afin de permettre des comparaisons pertinentes, veuillez spécifier l'/les événement(s) au(x)quel(s) les statistiques se rapportent. Par exemple, si des chiffres sont fournis pour les enregistrements de procurations permanentes, ces chiffres concernent-ils l'enregistrement lors de l'émission ou l'enregistrement lors de l'entrée en vigueur ou les deux ?

### **28. Problèmes transfrontières**

- 28.1. Votre État/ressort a-t-il constaté des problèmes transfrontières importants :
- 28.1.1. entre des États contractants dans le contexte de La Haye 35 ;
  - 28.1.2. entre un État contractant, d'une part, et un État non contractant, d'autre part ;
  - 28.1.3. entre des États non contractants ?
- 28.2. Votre État/ressort a-t-il ratifié La Haye 35 ? Dans la négative, quand votre État/ressort prévoit-il de ratifier La Haye 35 ?
- 28.3. Serait-il utile pour les citoyens de votre État/ressort que les articles 22 et 23 de La Haye 35 (ou des dispositions équivalentes à celles des articles 22 et 23 de La Haye 35) s'appliquent aux procurations permanentes, et, dans l'affirmative, s'appliquent à l'échelle européenne indépendamment de la ratification de La Haye 35 ?
- 28.4. Serait-il utile pour les citoyens de votre État/ressort que des certificats types à l'échelle européenne équivalents à ceux prévus à l'article 38 de La Haye 35 produisent des effets explicitement en relation avec les procurations permanentes à l'échelle européenne ?

### **29. Relations avec les autres mesures**

- 29.1. Quelle est l'expérience dans votre État/ressort en termes de relations entre a) les mesures autonomes régies par la Recommandation et b) l'éventail des autres mesures de protection des majeurs incapables ?

29.2. En particulier :

29.2.1. Existe-t-il des mesures qui, d'une certaine façon, poursuivent un objectif équivalent à celui des procurations permanentes, telles que la désignation d'une « personne de confiance » ou (conformément au Principe 14 ou autrement) le choix d'un tuteur (ou d'une personne équivalente) si un tuteur s'avérait nécessaire ?

29.2.2. Existe-t-il des pouvoirs automatiques de représentation *ex lege* qui s'appliquent en cas de diminution de capacité, et, dans l'affirmative, comment ces dispositions s'articulent-elles avec les procurations permanentes, avec les directives anticipées ou avec les autres mesures autonomes le cas échéant ?

**30. Apprentissage par l'expérience**

30.1. Le cas échéant, de quelles manières votre État/ressort pense-t-il que ses dispositions sur les procurations permanentes et/ou les directives anticipées pourraient être améliorées ? Le cas échéant, veuillez donner des précisions.

30.2. Votre État/ressort a-t-il a) des dispositions juridiques, procédures et directives ou une expérience pratique susceptibles d'être utiles à d'autres États/ressorts ; et a-t-il b) des connaissances ou une expérience de problèmes ou dangers qui mériteraient d'être portés à l'attention d'autres États/ressorts ? Pour chacun de ces cas, veuillez donner des précisions.

30.3. La Recommandation a-t-elle été utile pour développer les procurations permanentes et les directives anticipées, et pour encourager leur usage approprié ?

30.4. Le fait de répondre à ce questionnaire a-t-il aidé à faire ressortir la nécessité de prendre de nouvelles mesures dans votre État/ressort (y compris sans s'y limiter des mesures législatives ou réglementaires) pour encourager les citoyens à donner des procurations permanentes et (s'il y a lieu) des directives anticipées ?

## **ANNEXE III: EXTRAITS D'INSTRUMENTS INTERNATIONAUX**

### ***Article 5 de la CEDH***

#### **Article 5 – Droit à la liberté et à la sûreté**

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :
  - a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;
  - b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;
  - c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;
  - d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;
  - e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;
  - f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.
2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.
3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.
4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.
5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

### ***Article 12 de la CDPHNU***

#### **Article 12 – Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité**

1. Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
2. Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.

3. Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
4. Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.
5. Sous réserve des dispositions du présent article, les États Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

### **Articles 15, 22, 23 et 38 de La Haye 35**

#### **Article 15**

(1) 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.

(2) Les Etats dont la loi peut être désignée sont les suivants :

- a) un Etat dont l'adulte possède la nationalité ;
- b) l'Etat d'une résidence habituelle précédente de l'adulte ;
- c) un Etat dans lequel sont situés des biens de l'adulte, pour ce qui concerne ces biens.

(3) Les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'Etat où ils sont exercés.

#### **Article 22**

(1) Les mesures prises par les autorités d'un État contractant sont reconnues de plein droit dans les autres États contractants.

(2) Toutefois, la reconnaissance peut être refusée :

- a) si la mesure a été prise par une autorité dont la compétence n'était pas fondée sur un chef de compétence prévu ou conforme aux dispositions du chapitre II;
- b) si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'adulte la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis;
- c) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis ou est contraire à une disposition de la loi de cet État dont l'application s'impose quelle que soit la loi qui serait autrement applicable;

- d) si la mesure est incompatible avec une mesure prise postérieurement dans un État non contractant qui aurait été compétent en vertu des articles 5 à 9, lorsque cette dernière mesure réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis;
- e) si la procédure prévue à l'article 33 n'a pas été respectée.

**Article 23**

Sans préjudice de l'article 22, paragraphe premier, toute personne intéressée peut demander aux autorités compétentes d'un État contractant qu'il soit statué sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre État contractant. La procédure est régie par la loi de l'État requis.

**Article 38**

- (1) Les autorités de l'État contractant dans lequel une mesure de protection a été prise ou un pouvoir de représentation 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.
- (2) La qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, à la date du certificat, sauf preuve contraire.
- (3) Chaque État contractant désigne les autorités habilitées à établir le certificat.

## ANNEXE IV : TABLEAUX

## TABLEAU A

## - Réponses reçues et classement principal

**Colonne 1** : Nom du pays : \* indique une réponse reçue en français, traduite en anglais

**Colonne 2** : VC = version complète du questionnaire; VS = version succincte du questionnaire; FA = formulaire abrégé; O = observations fournies, questionnaire non rempli; C = information par courriel seulement

**Colonne 3** : PP disponibles pour les questions économiques et financières ? : O = oui; O(I) = oui, utilisable uniquement en cas d'incapacité; L1 = loi adoptée, non encore en vigueur; L2 = projet déposé devant l'organe législatif; L3 = proposition non encore déposée devant l'organe législatif; N = non

**Colonne 4** : Procurations Permanentes disponibles pour les questions relatives à la santé et au bien-être et aux autres questions personnelles ?; O = oui; O(S) – oui, questions relatives à la santé uniquement; O(S/A) = questions relatives à la santé uniquement, un aidant peut être désigné pour les autres questions relatives au bien-être; O(P) = oui, soins personnels uniquement, sans les soins de santé; L1 = loi adoptée, non encore en vigueur; L1(S) = loi adoptée, questions relatives à la santé uniquement, non encore en vigueur; L2 = projet déposé devant l'organe législatif; L3 = proposition non encore déposée devant l'organe législatif; N = non; N1 = probablement non, mais possible dans des circonstances très limitées

**Colonne 5** : Directives anticipées ? O = oui; L1 = loi adoptée, non encore en vigueur; L2 = projet déposé devant l'organe législatif; L3 = proposition non encore déposée devant l'organe législatif; DP = déclarations préalables non contraignantes uniquement; N = non

Pays	Complet/ succinct/abr égé/observat ions/courriel	PP – questions économique s, etc?	PP – bien-être, etc?	Directives anticipées?	Notes
Andorre *	VS	L3	L3	L3	
Arménie	VS	O	O	N	
Autriche	VC	O	O	O	
Belgique *	VS	O	N	O	
Bulgarie	VC	N	N	N	
Croatie	VC	L3	L3	O	Peut choisir un tuteur
Chypre	VS	O	O	N	
République tchèque	VC	O	O	O	
Danemark	VC	L	L	DP	Loi entrée en vigueur le 1 <sup>er</sup> septembre 2017
Finlande	VS	O	O	N	
France *	VC	O	O	O	Fiducie également disponible
Allemagne	VS	O	O	O	
Hongrie	O	N	N	N	Une déclaration juridique préalable sur la curatelle peut être faite
Irlande	VC	O	O(P) L1(S)	L1	Les DA sont actuellement reconnues par les tribunaux



Pays	Complet/ succinct/abrégé/observations/courriel	PP – questions économiques, etc?	PP – bien-être, etc?	Directives anticipées?	Notes
Italie	C	N	O(S)	N	Législation adoptée suite à son passage parlementaire le 14 décembre 2017
Lettonie	VC	O	O	N	
Lituanie	VC	N	N	O	
République de Moldova	VC	O	O	O	Loi entrée en vigueur le 2 juin 2017
Monténégro	VS	N	N	N	
Pays-Bas	VS	O	O	N	
Norvège	VS	O	O	N	
Roumanie *	VC & VS	O	N1	O	DA pour le choix d'un tuteur uniquement. D'une façon générale, voir le paragraphe 32 du rapport
Slovénie	VS	N	O(S)	O	
Espagne	FA	O	O	O	Aussi, séparément, dans la communauté autonome de Catalogne
Suède	VS	L	O(P)	N	Loi entrée en vigueur le 1 <sup>er</sup> juillet 2017
Suisse *	VS	O	O(S/A)	O	
Turquie	VS	O	O	O	Les PP ne sont pas réglementées
Ukraine	VC	N	N	N	
Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles)	VC	O	O	O	
Royaume-Uni (Écosse)	VC	O	O	O	

## TABLEAU B

### - Langues dans lesquelles la Recommandation est disponible

#### **Langues officielles :**

anglais  
français

#### **Traductions non officielles :**

bulgare  
tchèque  
allemand  
turc (diffusion limitée pour permettre la communication des réponses au questionnaire)  
ukrainien

**TABLEAU C****- Statistiques**

*Note: La Belgique a fait observer qu'il ne lui avait pas été possible d'obtenir les statistiques correspondantes dans le délai imparti et que la loi pertinente était entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2014. Pour plusieurs États membres, la loi pertinente est récente, et le tableau 2 indique les États dans lesquels la loi en question a été adoptée mais n'est pas encore entrée en vigueur, le projet de loi a été déposé devant l'organe législatif ou la proposition de loi n'a pas encore été déposée. Il pourrait être utile de solliciter des statistiques similaires au bout de cinq ans, par exemple.*

**PP – enregistrement faisant suite à l'octroi****Autriche**

Date	Enregistrements cumulatifs
31 octobre 2008	5 155
30 novembre 2015	62 674
31 août 2016	78 638

**République tchèque**

Année	Total	Total
2014	64	64
2015	67	131

Par ailleurs, la République tchèque a fourni les statistiques ci-après sur les décisions judiciaires rendues par les tribunaux des tutelles au sujet des PP :

PP	2014	2015	2016 (janv.- août)	Total
<b>Réalisation de la condition de la PP</b>				
- Elle a été réalisée	25	2	3	30
- Elle n'a pas été réalisée	0	0	0	0
- Autre résultat	1	1	0	2
<b>Modification ou abolition de la PP</b>				
- Elle a été modifiée	1	0	0	1
- Elle a été abolie	2	0	0	2
- Autre résultat	3	0	0	3

**Finlande**

Dispositions entrées en vigueur en novembre 2007. « Progression régulière » depuis : nombre passé de 5 à plus de 4 000.

**France**

Année	Acte notarié	Acte sous seing privé	Total	Proportion d'actes notariés (en %)
<b>2009-2017</b>	<b>5 257</b>	<b>681</b>	<b>5 938</b>	<b>88,5</b>
2009	114	26	140	81,4
2010	226	58	284	79,6
2011	333	61	394	84,5
2012	465	71	536	86,8
2013	595	85	680	87,5
2014	655	92	747	87,7
2015	822	87	909	90,4
2016	993	91	1084	91,6
2017	1054	110	1164	90,5

**Allemagne**

Année	Nouveaux enregistrements	Total
2011	290 789	1 520 848
2012	335 746	1 856 594
2013	421 962	2 278 556
Année	Nouveaux enregistrements	Total
2014	370 375	2 648 931
2015	382 292	3 031 223

Par ailleurs, l'Allemagne a fourni les chiffres annuels ci-après pour les rejets de demande de désignation d'un *Betreuer* (tuteur) parce qu'il avait été établi qu'une PP était déjà en vigueur :

Année	Chiffre annuel
2012	12 140
2013	11 831
2014	11 427
2015	12 177

**Lettonie**

Année	Chiffre annuel
2014	9
2015	6
2016	18
2017	16

**Royaume-Uni (Écosse)**

Enregistrements annuels (année terminée le 31 mars)

Année	Questions financières	Bien-être	Les deux	Total
2011/2012	1 622	960	37 933	40 515
2012/2013	1 460	998	40 070	42 528
2013/2014	1 349	888	43 339	45 576
2014/2015	1 123	736	53 668	55 527
2015/2016	785	631	53 591	55 007

**PP enregistrées lors de l'entrée en vigueur*****Irlande***

<b>Année</b>	<b>Chiffre annuel</b>
2012	489
2013	542
2014	620
2015	661

**Directives anticipées*****Croatie***

Des statistiques relatives aux directives anticipées (liées au droit de la famille) sont disponibles pour 2014 et 2015 (Ministère de la politique sociale et de la jeunesse, rapports statistiques annuels) :

2014 : Nombre de désignations de tuteurs spéciaux : 4 458, dont 47 sur la base de directives anticipées.

Nombre de désignations de tuteurs : 6 294, dont 194 sur la base de directives anticipées.

2015 : Nombre de désignations de tuteurs spéciaux : 3 972, dont 13 sur la base de directives anticipées.

Nombre de désignations de tuteurs : 6 495, dont 6 sur la base de directives anticipées.

Des statistiques relatives aux directives anticipées et déclarations contraignantes (liées à l'APPMD) sont disponibles pour 2015 – à ce jour, une seule déclaration contraignante a été déposée auprès de la Chambre du notariat croate (information communiquée par la Chambre du notariat croate).

Ces données, recueillies auprès des centres de protection sociale, sont arrêtées au 31 décembre des années 2014 et 2015. Comme indiqué précédemment, le notaire est tenu de notifier à ces centres les directives anticipées désignant un tuteur (au moment de l'enregistrement).

***Lituanie***

Les directives anticipées sont portées au Registre depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016. Quatre directives anticipées ont été enregistrées depuis cette date.

**TABLEAU D****- Dates d'entrée en vigueur des dispositions**

<b>Pays</b>	<b>Questions économiques et financières</b>	<b>et Questions relatives à la santé et au bien-être et autres questions personnelles</b>
Autriche	1 <sup>er</sup> juillet 2007	1 <sup>er</sup> juillet 2007
République tchèque	1 <sup>er</sup> janvier 2014	1 <sup>er</sup> janvier 2015
Danemark	1 <sup>er</sup> septembre 2017	1 <sup>er</sup> septembre 2017
France	1 <sup>er</sup> janvier 2009	1 <sup>er</sup> janvier 2009

<b>Pays</b>	<b>Questions économiques et financières</b>	<b>Questions relatives à la santé et au bien-être et autres questions personnelles</b>
Irlande	1 <sup>er</sup> août 1996 (pour les PP relevant de la loi de 1996)	1996 <sup>129</sup> , 2015 <sup>130</sup>
Lettonie	1 <sup>er</sup> juillet 2013	1 <sup>er</sup> juillet 2013
République de Moldova	2 juin 2017 <sup>131</sup>	2 juin 2017 <sup>128</sup>
Suède	1 <sup>er</sup> juillet 2017	1 <sup>er</sup> juillet 2017
Royaume-Uni (Angleterre & Pays de Galles)	1 <sup>er</sup> octobre 2007	1 <sup>er</sup> octobre 2007
Royaume-Uni (Écosse)	2 avril 2001	2 avril 2001

---

<sup>129</sup> Les décisions relatives aux soins personnels sont entrées en vigueur en 1996.

<sup>130</sup> Les décisions relatives au bien-être personnel sont prévues par la loi de 2015.

<sup>131</sup> Loi n° 171-180, article 297.

## ANNEXE V : MESURES VOLONTAIRES

L'exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec(2009)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité explique ce qui suit :

*« 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 cette incapacité, 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. »<sup>132</sup>*

Au moment de la rédaction de l'exposé des motifs, cette terminologie était bien établie, de même que la catégorie des « mesures prises à la demande d'un tiers », pour désigner les arrangements tels que les fiducies mises en place par des tiers pour couvrir l'apparition effective ou éventuelle d'incapacités chez un bénéficiaire<sup>133</sup>. Or, dans ce domaine du droit qui évolue rapidement, la vision des choses évolue également, ce qui amène à réexaminer la terminologie. Cela s'applique à l'expression « mesures anticipées », pour deux raisons. Premièrement, l'exposé des motifs a fait observer que certaines

*« [...] personnes ayant un certain degré d'incapacité, y compris celles souffrant d'incapacité à vie, [peuvent avoir la possibilité] de donner une procuration permanente valide pour désigner une personne de leur choix afin de traiter d'affaires qu'elles trouveraient personnellement très difficiles, voire au-delà de leur capacité. »<sup>134</sup>*

C'est déjà aller au-delà de la notion, énoncée dans le Principe 2 de la Recommandation, d'actes accomplis « par un majeur capable » anticipant « [son] incapacité future ». Deuxièmement, cela impliquerait un retour à des notions encore plus périmées spécifiques d'un monde sans nuance de pleine capacité ou d'incapacité totale. La réalité témoigne plutôt d'une variabilité infinie pour ce qui est de la nature et du degré des incapacités apparues.

Le terme de « mesure autonome » a paru plus adéquat pour désigner les mesures mises en place par les personnes concernées elles-mêmes pour tenir compte de leurs incapacités déjà apparues ou pouvant apparaître à l'avenir. C'est ainsi que les « mesures autonomes » ont été définies et utilisées dans les questionnaires reproduits en annexes I et II. Toutefois, certains experts internationaux que l'auteur a consultés à titre officieux ont critiqué ce terme comme étant potentiellement ambigu. En effet, il pourrait être interprété comme s'appliquant à des mesures qui entrent automatiquement en vigueur en cas d'incapacité. En ce sens, la catégorie décrite dans le présent rapport comme « représentation de plein droit » pourrait être considéré comme « autonome ». Ce terme ne peut s'appliquer à l'exercice de l'autodétermination par les personnes auxquelles de telles mesures s'appliquent.

En conséquence, le terme « mesures volontaires » a été adopté dans le présent rapport, qui lui a donné le sens expliqué dans la partie « Définitions et abréviations » en page 11 ces mesures désignant, entre autres, les PP et les directives anticipées. La proposition tendant à utiliser ce terme a été approuvée par les experts dont il a été question au paragraphe précédent. À une époque où le Comité des droits des personnes handicapées préconise d'abolir toutes les « mesures involontaires » et où les instruments internationaux privilégient tous l'exercice des droits à l'autonomie et à l'autodétermination en créant des PP, des directives anticipées et d'autres mesures pouvant raisonnablement être décrites comme des « mesures volontaires », le terme de « mesures

<sup>132</sup> Paragraphe 12 de l'exposé des motifs.

<sup>133</sup> Pour une explication antérieure de chacune de ces trois catégories, voir 1-25, 1-26 et 1-27 de *Ward Adult Incapacity*, W Green (2003).

<sup>134</sup> Paragraphe 15 de l'exposé des motifs ; voir également le format facile à lire de document de PP présenté in *Ward op sit*, paragraphes 6 à 19; et les paragraphes 182 et 209 du présent rapport.

volontaires » dénote non seulement une catégorie, mais aussi une orientation claire qui ne peut que susciter un soutien international unanime<sup>135</sup>.

La qualification inverse de certaines mesures comme « mesures involontaires » peut encore moins être considérée en termes absolus. Les éléments de ces mesures qui relèvent d'une approche volontaire sont mentionnée au paragraphe 13 (« Mesures volontaires »). Toutefois, ce sont là toutes des mesures imposées par un tribunal ou par une autre autorité, ou par l'effet de la loi (représentation de plein droit), et non mises en place de façon volontaire par les intéressés eux-mêmes<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Les catégories « mesures préventives et volontaires » et « mesures curatives et judiciaires » ont été employées dans le cadre d'un exposé intitulé « Procurations et incapacité juridique en France et en Écosse » présenté par une équipe d'étudiants en maîtrise en droit notarial (Master 2 droit notarial, immobilier patrimonial) de la Faculté de droit de Nancy, Université de Lorraine, devant l'Association des juristes franco-britanniques/Franco-British Lawyers Society à la Faculté de droit d'Édimbourg le 15 mars 2017. L'emploi du terme « mesures volontaires » dans le présent rapport a été inspiré par cet exposé. L'équipe d'étudiants a ultérieurement confirmé que le terme de « mesures volontaires » avait été conçu par elle, et non tiré d'une autre source.

<sup>136</sup> La classification en « mesures volontaires » et « mesures involontaires » a été présentée [par l'auteur du présent rapport] à une séance plénière de la Conférence de la Société Internationale de droit de la famille qui s'est tenue à Amsterdam le 28 juillet 2017. Les participants étaient invités à exprimer leurs divergences ou à faire des observations à ce sujet. Il n'y en a eu aucune. Cette terminologie a en fait été adoptée par des intervenants qui se sont exprimés lors de séances ultérieures de cette Conférence.