

| | |
|---------------------------------|--|
| Titre | Application de la Convention Protection des adultes de 2000 à la représentation ex lege |
| Document | Doc. pré. No 5 d'octobre 2022 (version révisée) |
| Auteur | BP avec l'assistance du Groupe de travail chargé de l'élaboration d'un projet de Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000 |
| Point de l'ordre du jour | Point IV |
| Mandat(s) | C&R No 34 du CAGP de 2019 ; C&D No 31 du CAGP de 2020 ; C&D No 26 du CAGP de 2021. |
| Objectif | Donner des informations basées sur le texte de la Convention Protection des adultes de 2000, son Rapport explicatif et l'historique des négociations relatives à l'application de la Convention et à la représentation <i>ex lege</i> , et présenter les conclusions du Groupe de travail chargé de l'élaboration du Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de 2000 à cet égard. |
| Mesures à prendre | Pour décision <input type="checkbox"/> Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour discussion <input checked="" type="checkbox"/> Pour action / achèvement <input type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/> |
| Annexes | Annexe I – Éléments issus du Groupe de travail de 1997 Annexe II – Éléments issus de la Commission spéciale de septembre 1997 Annexe III – Éléments issus de la Commission spéciale de septembre-octobre 1999 à caractère diplomatique |
| Documents connexes | s.o. |

Table des matières

| | | |
|------|---|----|
| I. | Introduction | 1 |
| II. | Interprétation des Conventions de la HCCH..... | 2 |
| III. | Dispositions de la Convention de 2000 concernant la représentation <i>ex lege</i> et explications tirées du Rapport explicatif..... | 3 |
| | A. Article premier- objets de la Convention | 3 |
| | B. Article 4 – matières exclues du domaine de la Convention..... | 4 |
| | C. Article 15 – pouvoirs de représentation..... | 5 |
| | D. Article 20 – lois de police | 6 |
| IV. | Dispositions de la Convention de 2000 concernant la représentation <i>ex lege</i> et explications tirées du Rapport explicatif..... | 6 |
| | Annexe I..... | 9 |
| | Annexe II..... | 11 |
| | Annexe III..... | 13 |

Application de la Convention Protection des adultes de 2000 à la représentation ex lege

I. Introduction

1. Lors de l'élaboration du Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000, le Groupe de travail a reconnu qu'il était important d'apporter toute la clarté possible sur la notion de représentation *ex lege* dans l'application de la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (la « Convention Protection des adultes de 2000 » ou la « Convention de 2000 »). À cet effet, il est essentiel de prendre en compte les discussions intervenues sur cette question au cours des négociations ayant abouti à la Convention de 2000¹ ainsi que des explications données par Paul Lagarde dans le Rapport explicatif sur la Convention.
2. Au cours des négociations de la Convention Protection des adultes de 2000, la question de savoir si la représentation *ex lege* entre dans le champ d'application de la Convention a souvent été soulevée lors des discussions sur l'exclusion possible des effets du mariage en vertu de l'article 4. Il faut souligner que bien qu'elles aient été débattues ensemble, la question de la représentation *ex lege* et celle des effets du mariage sont distinctes. Un débat est intervenu entre les délégués sur l'exclusion des effets du mariage en vertu de l'article 4 de la Convention ; toutefois, « la Commission [spéciale] a rejeté toutes les propositions tendant à les exclure »².
3. La Commission spéciale a pris cette décision à la lumière d'exemples de règles internes gouvernant la représentation *ex lege* découlant du mariage, orientées vers la protection du conjoint malade. Ces exemples ont amené les délégués les plus réticents à accepter qu'il y avait lieu d'inclure la représentation *ex lege* liée aux effets du mariage dans la Convention de 2000, dans la mesure où elle est destinée à protéger le conjoint malade. La Commission spéciale a également rejeté une proposition tendant à insérer, dans la Convention, une règle déterminant la loi applicable à la représentation *ex lege*. En conséquence, Paul Lagarde, dans le Rapport explicatif, précise que bien que la Convention de 2000 ne contienne pas de disposition spécifique relative à la représentation *ex lege*, elle s'applique en principe à cette représentation lorsqu'elle vise à protéger l'adulte, en particulier lorsqu'elle est une conséquence du mariage³.

« [T]oute restriction à la capacité d'un adulte ou même à la libre disposition de ses droits ne peut résulter que d'une mesure de protection. On ne trouvera donc pas dans la Convention de disposition équivalente à celles qui, dans la Convention de 1996⁴, déterminent la loi applicable à l'attribution ou à l'extinction de plein droit de la responsabilité parentale. La Commission a rejeté une proposition des délégations de la Finlande et de la Suède soumettant la représentation *ex lege* de l'adulte à la loi de l'État de sa résidence habituelle. L'hypothèse pratique était celle de la représentation de plein droit d'un époux par l'autre pour prendre les décisions médicales après un accident ayant plongé le premier dans le coma. Cette question n'est donc pas réglée par la Convention, bien qu'elle entre dans son champ d'application en tant qu'effet du mariage [...]. »⁵

¹ Les négociations de la Convention Protection des adultes de 2000 se sont déroulées d'avril 1997 à octobre 1999. Elles ont débuté par la réunion d'un groupe de travail sur la protection des adultes, du 14 au 17 avril 1997 (voir à l'annexe I les éléments issus des travaux du Groupe de travail concernant la représentation *ex lege*). Elles se sont poursuivies par la réunion de la Commission spéciale sur la protection des adultes du 3 au 12 septembre 1997 (voir à l'annexe II les éléments issus des travaux de la Commission spéciale concernant la représentation *ex lege*). Le texte de la Convention de 2000 a été conclu lors de la réunion de la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes, qui s'est déroulée du 20 septembre au 2 octobre 1999 (voir à l'annexe III les éléments issus des travaux de la Commission spéciale à caractère diplomatique concernant la représentation *ex lege*). Voir HCCH, *Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique – du 20 septembre -au 2 octobre 1999, Protection des adultes*, La Haye, SDU, 2003 (ci-après, « CS à caractère diplomatique »).

² P. Lagarde, *Rapport explicatif relatif à la Convention Protection des adultes – Édition revue et corrigée*, La Haye 2017, p. 50, para. 35.

³ *Ibid.*, p. 70, para. 90.

⁴ *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (ci-après, « Convention Protection des enfants de 1996 » ou « Convention de 1996 »).

⁵ *Ibid.*

4. La représentation *ex lege* désigne « [...] des pouvoirs analogues à ceux qui pourraient autrement découler d'une [procurator permanente] ou d'une ordonnance de tutelle, [qui] 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 »⁶. Cette représentation existe dans de nombreux États. Elle peut découler d'un mariage ou de relations analogues mais elle peut aussi, dans certains systèmes juridiques, découler d'autres contextes.
5. Cela étant, durant les négociations de la Convention de 2000 et au cours des travaux du Groupe de travail sur le Manuel pratique, la question de la représentation *ex lege* a été essentiellement débattue en tant qu'effet du mariage. Dans ce contexte, la représentation *ex lege* résulte du seul droit interne⁷. Il faut souligner que la représentation *ex lege* de l'époux peut être annulée ou complétée par une mesure de protection prise sur décision d'une autorité compétente, et que cette représentation de l'époux à titre de mesure de protection relève ainsi de l'article 3 de la Convention⁸. Il est possible également qu'une représentation *ex lege* soit annulée ou complétée par un pouvoir de représentation conformément à des dispositions expresses (par ex. un contrat de mariage) et que ce pouvoir de représentation relève ainsi de l'article 15 de la Convention de 2000⁹.
6. La représentation *ex lege* peut aussi découler de relations familiales. Ainsi, par exemple, l'article 378 du code civil suisse dispose que dans le domaine médical, pour autant qu'il n'existe pas de directives anticipées de l'adulte, certains proches parmi lesquels notamment les père et mère et les frères et sœurs sont habilités à représenter l'adulte incapable, et fixe l'ordre dans lequel ceux-ci entrent en ligne de compte. Le code pénal portugais¹⁰ dispose qu'en cas d'avortement, la personne vulnérable peut être représentée par le représentant légal, un ascendant ou un descendant ou, en leur absence, par tout collatéral. La loi lettone sur les droits des patients dispose également que le parent le plus proche de l'adulte peut prendre des décisions médicales pour le compte de celui-ci dans l'ordre suivant : ses enfants, ses parents, ses frères et sœurs, ses grands-parents ou ses petits-enfants¹¹.
7. Bien qu'elle ne contienne aucune disposition expresse à cet effet, rien dans la Convention de 2000 ne fait obstacle à ce qu'il soit donné effet dans un État à une représentation *ex lege* existant dans un autre État. La représentation *ex lege* peut aussi faire partie du droit interne applicable dont l'application s'impose.

II. Interprétation des Conventions de la HCCH

8. L'interprétation des Conventions de la HCCH ~~est obéissant soumise~~ aux règles ~~d'interprétation~~ du droit international public, notamment celles qui sont énoncées dans la *Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (ci-après la « Convention de Vienne »)*. Plus précisément, l'article 26 de la Convention de Vienne dispose qu'un traité doit être exécuté de bonne foi, tandis que son article 31 dispose qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Outre le contexte, d'autres éléments doivent être pris en compte, notamment toute pratique subséquente dans l'application du traité qui établit l'accord des parties concernant son interprétation et toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. De plus, l'article 32 de la Convention de Vienne dispose qu'il peut être également fait appel à d'autres moyens d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

⁶ A. Ward, *Permettre aux citoyens de s'organiser en cas d'incapacité – Examen des suites données par les États 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*, 2018, Conseil de l'Europe, p. 12.

⁷ Voir art. 374 du code civil suisse.

⁸ Voir art. 376 du code civil suisse et art. 219 du code civil français.

⁹ Voir, *infra*, section C. Article 15 – Pouvoirs de représentation.

¹⁰ Voir art. 142 du code pénal portugais.

¹¹ Voir art. 7(1) de la loi lettone sur les droits des patients.

9. ~~les articles 26 et 31 de la Convention de Vienne disposent que tout traité doit être exécuté et interprété de bonne foi à la lumière de son objet et de son but. Il est communément admis que toute Convention de la HCCH. Dans le contexte de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (« Convention Enlèvement d'enfants de 1980 »), les Parties contractantes à la Convention ont conclu et recommandé d'interpréter la Convention~~ doit être « interprétée eu égard à sa nature autonome et à la lumière de ses objectifs »¹². En outre, la ~~Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille (« Convention Recouvrement des aliments de 2007 »)~~ dispose que « [p]our l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application »¹³. L'interprétation de la Convention de 2000 est ~~guidée étayée~~ par le Rapport explicatif¹⁴, qui résume les ~~discussions relatives aux différentes dispositions et donne des indications sur débats autour de chacune de ses dispositions et apporte une aide à~~ leur interprétation. En cas de doute, ~~des~~ transcriptions des débats intervenus lors de la Session diplomatique¹⁵ au cours de laquelle la Convention a été adoptée sont ~~également aussi publiquement~~ accessibles ~~au public, de même que comme le sont tous~~ les rapports des réunions de la Commission spéciale¹⁶ et, dans une certaine mesure, les rapports des groupes de travail¹⁷ chargés de ~~l'élaboration l'élaborer d'~~un avant-projet de Convention ~~aux fins dans la perspective~~ de la Session diplomatique. ~~Ces moyens d'interprétation complémentaires font partie des Travaux préparatoires.~~¹⁸

III. Dispositions de la Convention de 2000 concernant la représentation ex lege et explications tirées du Rapport explicatif

10. Une revue des dispositions de la Convention de 2000 relatives à la représentation ex lege et des explications tirées du Rapport explicatif donnera des indications complémentaires¹⁹.

A. Article premier – objets de la Convention

« (1) La présente Convention s'applique, dans les situations à caractère international, à la protection des adultes qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts^[20].

(2) Elle a pour objet :[...]

c) de déterminer la loi applicable à la représentation^[21] de l'adulte ;[...]

¹² Voir « Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (22-28 mars 2001) », établies par le Bureau Permanent, C&R No 4.1, disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants », puis « Réunions des Commissions spéciales ».

¹³ Art. 53 de la Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille.

¹⁴ Voir P. Lagarde (op. cit. note 2).

¹⁵ Voir Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la Protection des adultes, qui s'est déroulée du 20 septembre au 2 octobre 1999. Voir CS à caractère diplomatique (op. cit. note 1).

¹⁶ ~~#bid#~~ La Commission spéciale sur la protection des adultes s'est réunie du 3 au 12 septembre 1997. Les rapports et autres documents pertinents figurent dans les Actes et documents.

¹⁷ Voir « Groupe de travail sur la protection des adultes », supra, note 1.

¹⁸ Art. 32 de la Convention de Vienne.

¹⁹ Des renvois seront faits, le cas échéant, aux travaux du Groupe de travail de 1997 (annexe I), ainsi qu'à ceux de la réunion de la Commission spéciale de 1997 (annexe II) et de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999 (annexe III).

²⁰ Lors de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999, Paul Lagarde a expliqué que les effets du mariage qui n'ont pas trait à la protection du conjoint seront écartés par le seul effet de la limitation générale énoncée à l'art. 1, para. 1 (voir annexe III, para. 9).

²¹ Au moment où la nécessité d'une Convention sur la protection des adultes a été examinée, l'idée était de s'inspirer de la Convention Protection des enfants de 1996 (du point de vue de sa structure et des mécanismes juridiques qu'elle prévoit) et de s'en servir de base pour élaborer un instrument orienté vers la protection des adultes. À l'issue d'une discussion dirigée par Peter Beaton au sein du Groupe de travail d'avril 1997, il a été décidé que sur le plan technique, il était nécessaire de se doter, pour la Convention de 2000, d'un équivalent fonctionnel de la responsabilité parentale de la Convention Protection des enfants de 1996. C'est la raison pour laquelle la Convention contient des dispositions relatives à la représentation de l'adulte (voir annexe I, para. 4).

e) [...] »

11. Le paragraphe premier « indique d'emblée que l'objet de la Convention est la *protection* de certains adultes. Cette idée de protection sert de guide et de critère pour définir le champ d'application de la Convention. Cela veut dire, comme on le verra à propos de l'article 4, qu'une mesure prise par l'autorité d'un État entre ou n'entre pas dans le champ de la Convention suivant qu'elle est ou n'est pas orientée vers la protection de ces adultes. »²²
12. L'alinéa c) annonce « les dispositions du chapitre III sur la loi applicable. En mentionnant dès l'article premier la détermination de la loi applicable à la représentation de l'adulte, la Convention indique que la règle y relative (art. [15 et 16]) sera une règle de conflit de lois et non une simple règle de reconnaissance. »²³

B. Article 4 – matières exclues du domaine de la Convention

« 1. Sont exclus du domaine de la Convention : [...]

b) la formation, l'annulation et la dissolution du mariage ou d'une relation analogue ainsi que la séparation de corps ;

c) les régimes matrimoniaux et les régimes de même nature applicables aux relations analogues au mariage ;[...] »

13. « Cet article énumère certaines matières ou questions qui sont exclues du domaine de la Convention. À la différence de celle de l'article 3, qui comporte l'adverbe « notamment », cette énumération est limitative. Toute mesure tendant à la protection de la personne ou des biens d'un adulte et qui n'est pas exclue par l'article 4 entre dans le champ d'application de la Convention. »²⁴
14. « Les exclusions retenues par l'article 4 ont des justifications différentes les unes des autres. Certaines tiennent à ce que la matière exclue est déjà régie par d'autres conventions ou à ce que les règles de la Convention, notamment la non-dissociation de principe du *forum* et du *jus*, ne conviendraient pas. Pour d'autres exclusions, qui touchent au droit public, il n'a pas paru possible d'imposer aux États contractants, dans des matières qui touchent à des intérêts essentiels (droit pénal, immigration), une limitation conventionnelle de leur compétence. »²⁵
15. « L'exclusion du mariage se justifie par le souci d'éviter une contradiction avec la *Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*^[26]. L'article 11, chiffre 4, de cette Convention permet à un État contractant de ne pas reconnaître la validité d'un mariage si, selon son droit, l'un des époux n'était pas mentalement capable de donner son consentement. L'inclusion du mariage dans la nouvelle Convention obligerait ledit État à reconnaître la validité d'un tel mariage s'il avait été conclu à la suite d'une mesure de protection conforme à celle-ci, ce qui contredirait la Convention de 1978. »²⁷
16. « Au mariage, la Convention assimile, pour les exclure de son champ, les « relations analogues ». Sans les nommer, elle a entendu viser par cette expression les formes d'unions, hétéro- ou homosexuelles, donnant lieu à une constatation officielle, telles que le partenariat enregistré des législations d'États scandinaves ou des Pays-Bas ou le pacte civil de solidarité (« pacs ») introduit depuis lors en droit français »²⁸.
17. « L'exclusion porte sur la formation de l'union, son annulation ou sa dissolution ainsi que, s'agissant seulement du mariage, la séparation de corps. La Convention ne s'appliquera donc pas à la question de savoir si un handicapé mental peut ou non contracter mariage, et pas davantage à celle de savoir si la survenance ou la révélation tardive d'un handicap frappant un des conjoints peut être cause d'annulation ou de dissolution du mariage. »²⁹

²² Voir P. Lagarde (*op. cit.* note 2), p. 44, para. 8.

²³ *Ibid.*, p. 45, para. 13.

²⁴ Voir P. Lagarde (*op. cit.* note 2) **Error! Bookmark not defined.**, p. 49, para. 29.

²⁵ *Ibid.*, para. 31.

²⁶ Voir annexe I, para.7.

²⁷ Voir P. Lagarde (*op. cit.* note 2) p. 50, para. 33.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, p. 50, para. 34.

18. « En revanche la Convention s'applique aux effets du mariage et de la relation analogue. La Commission a rejeté toutes les propositions tendant à les exclure^[30]. Il est apparu en effet que l'ensemble des règles gouvernant les relations entre époux et notamment la représentation entre époux indépendamment du régime matrimonial applicable, devaient être incluses dans la Convention *dans la mesure où elles sont orientées vers la protection du conjoint malade*^[31]. Dans le cas contraire, l'exclusion résulte de l'article premier, paragraphe premier. Ainsi l'habilitation qu'un époux peut demander en justice pour représenter son conjoint hors d'état de manifester sa volonté (art. 219 C. civ. français) est une mesure de protection au sens de la Convention, car elle est orientée vers le conjoint malade. En revanche l'autorisation que l'époux valide demande au tribunal aux fins de passer seul un acte pour lequel le concours de son conjoint malade serait nécessaire (art. 217 C. civ. français) sert les intérêts de l'époux valide ou ceux de la famille, mais non ceux du conjoint malade. Il est donc hors du champ d'application de la Convention tel que défini par l'article premier, paragraphe premier. De même les règles sur l'attribution du logement familial n'ont pas pour objet la protection du conjoint handicapé et sont donc en principe exclues du domaine de la Convention. Mais la décision par laquelle un juge utiliserait ces règles pour les faire servir, dans un cas particulier, à la protection de ce conjoint devrait être considérée comme une mesure de protection au sens de la Convention. »^{32 33}
19. « L'exclusion des régimes matrimoniaux a paru naturelle du fait de l'existence de la *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*. Par souci de cohérence, elle est étendue aux « régimes de même nature applicables aux relations analogues au mariage ».

L'inclusion dans la Convention des effets du mariage et l'exclusion des régimes matrimoniaux fera naître un problème de qualification bien connu des droits qui soumettent ces deux catégories à des rattachements différents. Ce problème de qualification paraît toutefois ici très limité, car les règles de représentation entre époux relevant du régime matrimonial sont orientées, par hypothèse, vers le fonctionnement du régime, tandis que l'on peut présumer que celles qui tendent à la protection du conjoint malade relèvent des effets du mariage. »³⁴

C. Article 15 – pouvoirs de représentation

- « 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'État 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^[35].
2. Les États dont la loi peut être désignée sont les suivants :
- a) un État dont l'adulte possède la nationalité ;
 - b) l'État d'une résidence habituelle précédente de l'adulte ;
 - c) un État 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'État où ils sont exercés. »

³⁰ La Commission spéciale a rejeté toutes les propositions tendant à les exclure (voir annexe III, para. 3) mais aussi toutes les propositions tendant à les inclure expressément (voir annexe II, para. 1).

³¹ Voir annexe III, para. 14.

³² Ce passage du Rapport explicatif sur la Convention Protection des adultes est le résultat des débats intervenus lors de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999 (voir Annexe III, para. 6 et s.).

³³ Voir P. Lagarde (*op. cit.* note 2), p. 50-51, para. 35.

³⁴ *Ibid.*, p. 51, para. 36.

³⁵ Au cours de la réunion de la Commission spéciale de 1997, la délégation de la Finlande a proposé d'inclure les pouvoirs de représentation de plein droit à l'art. 15 (voir annexe II, para. 1). Bien que le vote final se soit prononcé contre cette inclusion expresse, ce passage démontre que la question de la représentation *ex lege* a été soulevée plusieurs fois au cours des négociations et que les délégués étaient hésitants sur ce point. En outre, cette question a également été abordée lors de la réunion de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999 (voir annexe III, para. 10).

D. Article 20 – lois de police

20. Le texte de l'article 20 de la Convention de 2000 est le suivant :
- « Le présent chapitre ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi de l'État dans lequel la protection de l'adulte doit être assurée, dont l'application s'impose quelle que soit la loi qui serait autrement applicable. »
21. La disposition figurant à l'article 20 a été insérée dans la Convention en songeant particulièrement au domaine médical. L'article 20 prévoit la possibilité d'appliquer les lois de police de l'État dans lequel l'adulte doit être protégé. Il autorise les États à appliquer des lois de police sur leur propre territoire, même si la protection de l'adulte a été organisée conformément à la loi d'un autre État³⁶.
22. Le Rapport explicatif commente l'un des exemples les plus courants de ces lois de police, à savoir la représentation de l'adulte en matière médicale :
- « La réserve des lois de police de l'État dans lequel la protection de l'adulte doit être assurée a été introduite en songeant particulièrement au domaine médical. Elle faisait notamment contrepois à la faculté donnée à l'adulte de choisir la loi applicable aux pouvoirs de représentation. La délégation des Pays-Bas a donné l'exemple d'une loi néerlandaise, qu'elle considère comme une loi de police, qui prévoit des formes spécifiques de représentation de l'adulte en matière médicale, dérogeant aux règles de droit commun de la tutelle et de la curatelle. Ainsi, c'est le conjoint qui représente le patient pour une admission dans un hôpital psychiatrique ou une clinique gériatrique^[37] même si ce patient a un tuteur ou un curateur. Cette même loi impose une autorisation au représentant avant tout internement. En réservant les lois de police, la Commission a voulu permettre aux États ayant édicté de telles règles de les appliquer sur leur territoire, même si la protection de l'adulte a été organisée selon une autre loi. Bien que la Commission ait supprimé à la fin de sa session la référence au domaine médical, conformément à la décision générale déjà indiquée (*supra*, No 42), l'article 20 trouvera fréquemment à s'appliquer en matière médicale et il devrait permettre de régler la plupart des problèmes rencontrés dans ce domaine au cours de la négociation. »³⁸

IV. ~~Dispositions de la Convention de 2000 concernant la représentation ex lege et explications tirées du Rapport explicatif~~ Conclusions et Recommandations proposées par le Bureau Permanent, avec le concours du Groupe de travail

23. À la lumière des dispositions de la Convention de 2000, des *Actes et documents* de la HCCH sur la protection des adultes et des explications du Rapporteur sur ces travaux, le Groupe de travail chargé de la rédaction d'un Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de 2000 a résumé ainsi l'application de la Convention de 2000 à la représentation *ex lege* :
- « 3.56 La représentation *ex lege* n'est pas, en elle-même, une mesure de protection ~~en vertu au sens~~ de l'article 3 parce qu'elle n'est pas mise en place par une autorité compétente ; ce n'est pas non plus un pouvoir de représentation en vertu de l'article 15 parce qu'elle n'est pas conférée par l'adulte. La représentation *ex lege* est une représentation de plein droit, pour laquelle la Convention de 2000 ne prévoit pas de règle de conflit spécifique³⁹. Bien que la Convention ne contienne aucune disposition ~~portant sur traitant de~~ la représentation *ex lege* en tant que telle, cette représentation, ~~qu'elle résulte ou non d'un mariage~~, entre dans le champ d'application de la

³⁶ Voir P. Lagarde (*op. cit.* note 2), p. 78-79, para. 113. L'article 1358 du code civil allemand (en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2023) en est un exemple.

³⁷ Conformément à la pratique, c'est un exemple type d'une représentation *ex lege*.

³⁸ Voir P. Lagarde (*op. cit.* note 2), p. 78-79, para. 113.

³⁹ Il faut souligner qu'un représentant *ex lege* peut être également le représentant de l'adulte, soit en vertu de l'art. 3 lorsqu'il est désigné représentant par une autorité compétente, soit en vertu de l'art. 15 lorsqu'il est nommé représentant par l'adulte en vertu d'un pouvoir de représentation.

Convention en vertu de l'article premier lorsqu'elle vise à protéger des adultes qui, du fait d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en mesure de pourvoir à leurs intérêts (art. 1(1)). En outre, la représentation ex lege peut, par analogie et lorsque c'est opportun, être soumise à la loi applicable à la représentation de l'adulte (art. 1(2)(c))⁴⁰ ou à la coopération entre les autorités des Parties contractantes (art. 1(2)(e))⁴¹. Les autorités compétentes lui donneront effet conformément à leur droit interne, en gardant à l'esprit qu'en droit international privé, les États parties à un traité sont censés l'exécuter et l'interpréter de bonne foi et qu'ils doivent en conséquence s'abstenir d'actes qui iraient à l'encontre de l'objet et du but du traité⁴². ~~Il faut néanmoins souligner~~ Notons toutefois que le droit interne de ~~nombreux plusieurs~~ États comprend des lois de police qui exigent l'autorisation de l'époux ~~ou de l'épouse~~ (c.-à-d. d'un époux ou une épouse couverte par la représentation maritale ex lege) ou celle d'un parent proche pour l'administration de certains traitements médicaux à l'adulte ou pour son placement dans un établissement de soins. Ces lois de police, qui relèvent de l'article 20 de la Convention, peuvent couvrir les questions de représentation ex lege. »⁴³

24. Il est espéré que la Première réunion de la Commission spéciale pour examiner le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000 souscrira à ce résumé.

⁴⁰ Plus généralement, aucune disposition de la Convention n'exclut l'application de l'art. 15, par ex., par analogie avec les pouvoirs de représentation ex lege, comme c'est déjà le cas dans certains États.

⁴¹ Voir P. Lagarde (*op. cit.* note 2), p. 50, para. 35 et p. 70, para. 90.

⁴² Plus généralement, aucune disposition de la Convention n'exclut l'application de l'art. 15, par ex., par analogie avec les pouvoirs de représentation ex lege, comme c'est déjà le cas dans certains États. Voir, supra, note 116.

⁴³ Projet révisé de Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000, para 3.56.

ANNEXES

Annexe I

Réunion du Groupe de travail aux fins de la préparation de la Commission spéciale sur la protection des adultes (14-17 avril 1997)

1. Au moment où la nécessité d'une Convention sur la protection des adultes a été examinée, l'idée était de s'inspirer sur le plan technique de la Convention Protection des enfants de 1996 et de s'en servir de base pour élaborer un instrument orienté vers la protection des adultes. Il faut toutefois souligner que bien que le point de départ d'un futur instrument sur la protection des adultes ait été basé sur le droit de l'enfant, il convient de bien distinguer ces deux domaines très différents. Partant de cette idée, le Gouvernement suisse a soumis au Bureau Permanent un projet de texte sur la protection des adultes dont la structure et les mécanismes juridiques s'inspiraient de la Convention de 1996.
2. En avril 1997, le Groupe de travail a procédé à un examen article par article de la Convention de 1996 et du projet suisse¹.
3. Concernant les articles 16 à 18 de la Convention de 1996 :

« Articles 16 à 18 – responsabilité parentale de plein droit

Ces articles ont été omis du projet suisse. Toutefois, si les décisions médicales sont incluses dans le champ d'application de la Convention, sera-t-il nécessaire de tenir compte des dispositions qui confèrent aux époux, à certains parents et aux médecins le pouvoir de prendre une décision sur le champ lorsque la personne en question est incapable de la prendre ? » [emphase ajoutée]
4. Le 15 avril 1997, l'Expert du Royaume-Uni a soumis une proposition suggérant de trouver un équivalent fonctionnel de la « responsabilité parentale » de la Convention de 1996 (Doc. trav. No 4).

« Il est respectueusement suggéré que le nouveau projet de Convention se limite aux « mesures » prises par les autorités. De nombreux pays s'efforcent aujourd'hui de trouver des moyens informels pour protéger des adultes incapables sans recourir à ces mesures.

Il serait opportun que la Convention règle les problèmes de choix de loi liés à ces techniques. À défaut, aucune réponse ne sera apportée à des questions évidentes telles que « Quelle loi détermine si le parent d'un jeune de 20 ans incapable est habilité de plein droit à donner son consentement à certains traitements médicaux ? » ou « Quelle loi détermine si une personne peut valablement nommer quelqu'un pour la représenter après la survenue de l'incapacité ? ». La Convention sur les enfants règle ces questions par rapport à la responsabilité parentale. Ce qui est nécessaire dans la Convention sur les adultes, c'est un équivalent fonctionnel de la notion de « responsabilité parentale ».

[...] Il est suggéré d'envisager l'emploi d'une expression comme « pouvoir de représentation ou de protection continu » au lieu de la « responsabilité parentale ». [emphase ajoutée] [traduction du Bureau Permanent]
5. Le Groupe de travail a également reçu une copie du Rapport du Dr. Eric Clive, préparé à la demande du Conseil de l'Europe, qui examinait l'opportunité d'élaborer un instrument européen pour protéger les adultes incapables². Le Rapport a été établi dans le cadre des travaux du Groupe de spécialistes sur les majeurs incapables et les autres adultes vulnérables, qui a été constitué en 1995 par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ). Dans son rapport, le Dr Clive

¹ Projet de liste récapitulative pour la réunion du Groupe de travail du 14 au 17 avril 1997 au Bureau Permanent.

² Dr E. Clive, *Report on incapable and other vulnerable adults*, prepared at the request of the Council of Europe, (Document de janvier 1997), in CS à caractère diplomatique (*op. cit.* note 1 du Doc. pré-l.), p. 10. Ce rapport a servi de référence tout au long des travaux de la HCCH sur la protection des adultes, de la réunion d'avril 1997 du Groupe de travail à la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999. Notons que le Dr Eric Clive était le Président de la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes.

soulignait que le contrôle des pouvoirs conférés de plein droit était un important principe en matière de protection juridique des adultes incapables.

« Partie V – Principes relatifs au rôle des représentants, des membres de la famille et du personnel soignant

Principe 15 - Contrôle des pouvoirs conférés au titre de la loi

1. Il y aurait lieu de réfléchir à la nécessité de limiter ou de contrôler les pouvoirs conférés de plein droit à une personne, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, pour agir ou prendre des décisions pour le compte d'un adulte incapable ou d'un autre adulte vulnérable.

2. L'octroi de ces pouvoirs ne doit pas priver le majeur incapable ou un autre adulte vulnérable de sa capacité juridique.

3. Il conviendrait de prévoir un système adéquat par lequel l'exercice de ces pouvoirs peut faire l'objet d'une enquête et d'une supervision en cas d'abus suspecté.

4. Ces pouvoirs doivent pouvoir être limités ou annulés à tout moment par une mesure de protection prise par une autorité judiciaire ou administrative.

5. Les principes 11 à 14 s'appliquent à l'exercice de ces pouvoirs comme ils s'appliquent à la mise en œuvre de mesures de protection. »³ [traduction du Bureau Permanent]

6. Dès le début des discussions en avril 1997, alors qu'il rédigeait la liste des matières exclues de la Convention figurant à l'article 4, le Groupe de travail a réfléchi à la nécessité d'inclure les pouvoirs conférés de plein droit, et donc la représentation *ex lege*, dans le champ d'application de la Convention.

7. Comme l'explique le Rapport de synthèse de la réunion du Groupe de travail :

« Le troisième grand domaine discuté dans le cadre de l'article 4 concerne les régimes matrimoniaux. Certaines lois internes prévoient des dispositions concernant la représentation entre époux. Un tel pouvoir de représentation peut résulter d'une décision d'une autorité, ce qui est le cas du « régime primaire » du droit français, ou directement de la loi.

Ici encore on rencontre un risque de chevauchement avec la Convention de La Haye de 1978 sur les régimes matrimoniaux. Cette Convention, dans son article 1, paragraphe 3, exclut de son domaine la capacité. Et il est établi que le « régime primaire » du droit français ne relève pas non plus de cette Convention.

Un accord semble exister pour exclure de façon expresse dans l'article 4 les régimes matrimoniaux de la Convention. Une hésitation subsiste néanmoins sur une éventuelle disposition à l'article 16. Il est envisagé de préciser éventuellement dans l'article 16 que la Convention respecte les solutions résultant de la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Cette précision vise les lois internes qui prévoient des règles de représentation entre époux sans l'intervention d'une autorité. »⁴ [emphase ajoutée]

³ Dr E. Clive (*op. cit.* note 2 de cette annexe), p. 27.

⁴ Rapport de synthèse des travaux de la réunion du Groupe de travail aux fins de la préparation de la Commission spéciale sur la protection des adultes (14-17 avril 1997), p. 3.

Annexe II

Procès-verbal de la Commission spéciale sur la protection des adultes (3 au 12 septembre 1997)

1. L'Expert de la Finlande a présenté le Document de travail No 26 (Doc. trav. No 26).

« **Proposition de la délégation de la Finlande**

Article 13 : Remplacer le paragraphe premier par :

1 L'existence, le contenu et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés de plein droit sont régis par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte.

2 L'existence, le contenu et l'extinction des pouvoirs de représentation en vertu d'un accord spécifique ou d'un acte unilatéral, qui concernent un adulte qui n'est pas en mesure de veiller à ses intérêts sont régis par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte à la date de l'accord ou de l'acte unilatéral, à moins qu'une autre loi applicable ait été choisie conformément au paragraphe suivant. »

« Il note que sa proposition comprend une référence à la loi applicable [aux] pouvoirs de représentation conférés de plein droit [emphase ajoutée] En outre, dans une tentative de simplification, il introduit également une distinction entre l'existence, le contenu et l'extinction des pouvoirs de représentation. C'est pourquoi le mot « contenu » remplace l'« exercice » des pouvoirs. Plusieurs experts expriment leur soutien à cette dernière modification.

Un bref débat s'ensuit sur la question de savoir si les pouvoirs de représentation de plein droit peuvent être effectivement conférés indépendamment d'une décision prise sur le statut de l'adulte. Il est noté que des situations de ce type pourraient se produire, par exemple, lorsqu'un adulte est dans le coma et que les membres de sa famille peuvent alors agir pour son compte. Toutefois, il est décidé de laisser cette question de côté en attendant des informations complémentaires quant à la situation précise au sein des États membres. [...]

Le paragraphe 1 du Document de travail No 26 (Finlande) est alors mis au vote pour déterminer s'il doit y avoir une mesure prévoyant des pouvoirs de représentation *ex lege*.

7 voix se prononcent pour, 15 contre, avec 5 absentions. »¹ [*traduction du Bureau Permanent*]

2. Comme l'explique le Rapport Lagarde sur l'avant-projet de Convention, « l'exclusion des effets du mariage à l'article 4 b a rendu cette disposition inutile »².

Rapport Lagarde sur l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale sur la protection des adultes (12 septembre 1997)

3. À propos de l'article 4, alinéa c (régimes matrimoniaux)³ :

« 34 L'exclusion des régimes matrimoniaux a paru naturelle du fait de l'existence de la *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*. Elle est aussi en cohérence avec l'exclusion des effets du mariage et permet d'éviter des problèmes de qualification entre ce qui relèverait des effets du mariage et ce qui relèverait des régimes matrimoniaux.

Un expert a toutefois fait remarquer que cette exclusion pourrait provoquer un conflit entre la protection de droit commun, couverte par la Convention, et les règles de gestion dérivant du régime matrimonial (ou du régime primaire), qui seraient exclues. Si deux époux sont séparés

¹ Procès-verbal de la réunion du mardi 9 septembre 1997, après-midi (No 11), p. 2-3.

² Voir CS à caractère diplomatique (*op. cit.* note 1 du Doc. pré.), p. 114, para. 83.

³ *Ibid.*, p. 98, para. 34.

de fait et vivent dans deux États contractants différents, que le mari veuille passer un acte pour lequel le consentement de sa femme est nécessaire, mais que celle-ci soit hors d'état de manifester sa volonté, un conflit apparaîtra entre les règles du régime matrimonial, qui pourront permettre au mari de se faire autoriser en justice à passer l'acte seul, et celles du droit commun, qui pourraient conduire au placement de la femme sous un régime de protection. » [emphase ajoutée]

Annexe III

Procès-verbal de la réunion de la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes (septembre – octobre 1999)

1. Lors de la réunion du 20 septembre 1999 (après-midi)¹, la délégation de la Suisse a soumis une proposition (Doc. trav. No 9²) relative à l'article 4 de l'avant-projet de Convention adopté le 12 septembre 1997 par la Commission spéciale sur la protection des adultes.
2. Il était proposé de compléter l'alinéa c) « régimes matrimoniaux » par « et les autres droits et obligations découlant du mariage ou d'institutions analogues, comme les partenariats ».
3. Au cours de la réunion, M. Bucher (délégué de la Suisse) a ajouté que la proposition devait étendre l'exclusion des régimes matrimoniaux aux autres effets du mariage.

« Mme Jänterä-Jareborg (Suède) [...] hésite à soutenir l'ajout proposé par la Suisse car le risque existe que des situations soient exclues lorsqu'un époux possède du fait du mariage un droit *ex lege* d'agir pour le compte de l'époux devenu incapable. [traduction du Bureau Permanent]

Mme Baur (France) s'associe à l'intention émise par la déléguée de la Suède de ne pas viser les autres effets du mariage parmi les questions exclues du champ d'application de la Convention, puisque certains de ces effets peuvent concerner la représentation d'un conjoint déclaré incapable. Il serait donc préférable de les maintenir sous l'emprise de la Convention. » [emphase ajoutée]
4. M. Lagarde (Rapporteur) a expliqué :

« Ainsi, le mot « mariage » a été choisi par elle comme visant non seulement la célébration de l'union elle-même, mais aussi « l'état de mariage », y compris l'ensemble de ses effets, tel le régime primaire. L'article 4, alinéa b), devrait dès lors être modifié afin de préciser que seule la célébration du mariage est exclue, ses effets restant expressément compris dans le champ d'application de la Convention. » [emphase ajoutée]
5. Dans la version finale de l'article 4, l'alinéa b) est formulé comme suit : « b) la formation, l'annulation et la dissolution du mariage ou d'une relation analogue ainsi que la séparation de corps » comme le recommandait M. Lagarde ci-dessus.
6. Toutefois, selon M. Bucher :

« [L]a représentation du conjoint ne constituant pas une « mesure » au sens de la Convention, sa mise à l'écart du domaine de la Convention serait judicieuse. Il rappelle que, selon la conception initiale, le terme « mariage » devait effectivement permettre une exclusion beaucoup plus large que la simple célébration de l'union ou le seul régime primaire. Il suggère donc que la formulation de l'alinéa c) soit parfaitement explicite quant à l'exclusion de tous les effets du mariage. »

« Le Président note que la question tourne autour du terme « mariage » à l'alinéa b) et de savoir s'il couvre seulement la formation du mariage mais aussi ses effets. Il déclare que certains des effets du mariage sont traités à l'alinéa c) et qu'on peut défendre l'idée que l'alinéa b) devrait seulement couvrir la formation. Il se demande si un vote indicatif serait utile. » [traduction du Bureau Permanent]

« M. Bucher (Suisse) fait observer qu'il lui semble regrettable de procéder immédiatement au vote concernant la substance de l'article 4, alinéa b), alors que la discussion portant sur la

¹ Voir Procès-verbal No 2, in CS à caractère diplomatique (op. cit. note 1 du Doc. pré-l.), p. 227-229.

² *Ibid.*, p. 155.

disposition figurant à l'alinéa c) pourrait éventuellement éclairer le contenu de la disposition précédente.

Au préalable, il faut établir clairement si certains effets du mariage peuvent être appréhendés par la Convention, en particulier la représentation entre époux. Sur ce dernier point, M. Bucher estime qu'il n'y a pas là une mesure de protection au sens de la Convention. Il souligne en outre que les règles de compétence juridictionnelles ne sont pas adaptées à cette question. En effet, le critère de compétence principal retenu est la résidence habituelle de « l'adulte », sans autre précision. Se pose dès lors la question de savoir de quel adulte il s'agit au sein du couple marié. Cette difficulté tient au fait que les dispositions conventionnelles n'ont pas été rédigées en vue de régir de telles situations. Par conséquent, un accord doit d'abord être trouvé sur la finalité substantielle de la Convention, avant d'en déduire l'exclusion ou l'inclusion expresse des effets du mariage par le biais de la disposition figurant à l'alinéa b) ou dans un autre cadre, tel l'alinéa c). » [emphase ajoutée]

7. M. Lagarde est alors revenu sur le problème précédemment soulevé par M. Bucher, qui s'interrogeait, en cas de représentation d'un adulte par son conjoint, sur la finalité de protection d'une telle institution, au sens de la Convention. La question était de savoir si cette représentation sert réellement et nécessairement les intérêts du conjoint malade.
8. Selon M. Lagarde, en réalité, la réponse devait sans doute être nuancée. Pour illustrer ce propos, M. Lagarde a pris deux exemples tirés du droit français montrant que la représentation entre époux assure parfois, mais pas toujours, la protection du conjoint malade. À son avis, cette variation selon les cas interdisait de placer systématiquement une telle question hors du champ d'application de la Convention³.
9. En conséquence, plusieurs avis ont été exprimés :

« M. Danielsen (Danemark) est favorable à la proposition de ne pas appliquer l'avant-projet de Convention au statut marital et à ses effets ». [traduction du Bureau Permanent]

« M. Helin (Finlande) explique qu'il existe des systèmes juridiques dans lesquels il est possible pour un époux ou un parent proche de représenter une personne de plein droit. La loi a été récemment modifiée pour inclure la représentation *ex lege* à la suite de la Convention sur la bioéthique du Conseil de l'Europe. Ainsi, si un patient n'est pas capable de donner un consentement éclairé, le consentement d'un autre est nécessaire. Il pense qu'il serait important de tenir compte de ces situations lorsqu'on forme la loi applicable sous réserve que cette représentation *ex lege* soit couverte par cet avant-projet de Convention.

Le Président déclare que des réponses doivent être trouvées à deux questions. Premièrement, si les effets juridiques du mariage doivent être exclus du champ d'application de la Convention. Deuxièmement, si les références au mariage doivent être étendues aux relations analogues au mariage. » [traduction du Bureau Permanent]

« M. Bucher (Suisse) manifeste en premier lieu une certaine inquiétude quant à l'insécurité engendrée par le défaut d'exclusion des effets du mariage. Il propose de reporter un peu la décision à ce sujet, pour y revenir lors de la discussion d'autres dispositions, même si ce retour en arrière peut paraître délicat, car il craint que certaines délégations ne perçoivent pas clairement la portée pratique de l'inclusion qu'elles souhaitent. Il rappelle que les règles du projet de Convention n'ont pas été conçues en ce sens, ce qui risque concrètement d'engendrer des difficultés, notamment quant à la représentation entre époux. Il lui paraît donc plus prudent de laisser cette question en suspens pour l'instant. [...] [emphase ajoutée]

M. Lagarde (Rapporteur) estime qu'il ne faut exclure expressément du domaine de la Convention que la célébration du mariage, et non l'ensemble de ses effets. Par le simple jeu de

³ CS à caractère diplomatique (*op. cit.* note 1 du Doc. pré.).

la limitation générale énoncée à l'article premier, paragraphe 1, ceux des effets du mariage qui sont inadaptés resteront de côté, mais à l'inverse les effets du mariage d'une nature spécifique qui correspondent bien à l'objet de la présente Convention resteront sous son emprise dans la mesure où ils peuvent être pertinents pour la protection des adultes. » [emphase ajoutée]

10. Le 21 septembre 1999, les délégations de la Finlande et de la Suède ont soumis une proposition (Doc. trav. No 29⁴) relative à l'article 13 de l'avant-projet de Convention adopté le 12 septembre 1997 par la Commission spéciale sur la protection des adultes.

11. Il était proposé d'ajouter un nouveau paragraphe : « 1. L'existence, l'étendue et l'extinction des pouvoirs de représentation de plein droit sont régies par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte ».

12. Selon le délégué de la Finlande,

« [...] le but de cette proposition est de porter à l'attention de la Commission le fait que dans certains États en matière de santé il existe des pouvoirs de représentation de plein droit. » [traduction du Bureau Permanent]

« M. Lagarde (Rapporteur) observe que la proposition finlandaise avait déjà été discutée lors de la Commission spéciale et qu'elle avait été rejetée parce qu'il avait été relevé que les pouvoirs de représentation de plein droit au profit du conjoint capable ressortissaient des effets du mariage, domaine alors exclu de la Convention. M. Lagarde souligne que si les effets du mariage, autres que le régime matrimonial, sont désormais inclus dans le champ de la Convention, le texte actuel contient sans doute une lacune.

M. Lagarde estime donc que l'élaboration d'une règle est sans doute nécessaire mais s'interroge sur le bien-fondé de celle-ci. Il se demande si un médecin exerçant dans un pays dont la législation contient une règle de représentation légale peut légitimement se voir astreint de demander l'autorisation d'agir auprès des autorités du pays de la résidence habituelle de l'adulte, sous prétexte qu'une telle règle de représentation n'existe pas dans le droit de ce dernier pays.

M. Bucher (Suisse) indique que la question de savoir si les effets du mariage sont inclus ou exclus du domaine de la Convention n'a pas été tranchée mais doit être reprise dans le cadre de la discussion du chapitre III. Selon lui, si les effets du mariage devaient être inclus dans le domaine de la Convention, l'élaboration d'une règle serait envisageable, à condition de la compléter de dispositions relatives au conflit mobile comme c'est le cas dans la Convention de 1996 pour l'article 16, assorti des paragraphes 3 et 4. » [emphase ajoutée]

13. Au cours de la réunion du 22 septembre 1999 (après-midi), la proposition a été mise au vote et rejetée, par 3 voix pour, 10 voix contre et 9 abstentions⁵.

14. Lors de la réunion du 23 septembre 1999 (après-midi)⁶, les discussions se sont à nouveau portées sur le Doc. trav. No 9 soumis par la délégation de la Suisse (voir *supra*).

« M. Bucher (Suisse) [...] propose toujours d'exclure les effets du mariage, sauf dans un cas, celui de la représentation par un époux de son conjoint à protéger, que cette représentation soit ex lege ou bien que l'époux soit déclaré prioritaire comme curateur ou tuteur. L'illustration donnée lors de la précédente discussion, quand un époux n'est plus en état de pourvoir à ses besoins, est raisonnablement soumise à la Convention, selon M. Bucher, même si cette exception ne figure pas dans le Document de travail No 5 car elle n'avait pas été aperçue lors de sa rédaction. En revanche, les autres effets du mariage ne relèveraient pas de la Convention. Ainsi, en reprenant le même exemple, il estime que s'il s'agit de décider de l'attribution du

⁴ *Ibid.*, p. 160.

⁵ *Ibid.*, p. 263-264.

⁶ *Ibid.*, p. 274-282.

logement, suite à désignation du conjoint comme représentant, la Convention ne s'applique pas, mais que la loi compétente sera celle de l'État sur le territoire duquel l'immeuble est situé.

M. Lagarde (Rapporteur) rappelle qu'une autre voie que celle proposée par M. Bucher est possible pour la situation, fréquente en pratique, de la représentation d'un malade entre conjoints. Il l'avait déjà énoncée lors de la précédente discussion à ce sujet. Cette voie consiste à maintenir les effets du mariage dans le champ de la Convention, mais à ne laisser sous son emprise que les quelques mesures véritablement orientées vers l'incapable lui-même, par le jeu de l'article premier, paragraphe 1. Ainsi, dans l'exemple pris ci-dessus, le sort du logement familial n'est pas une vraie mesure de protection de l'incapable au sens de la Convention. Le Rapporteur reconnaît que cela suppose une interprétation au cas par cas, mais une approche casuistique est de toute façon requise car la situation d'un adulte malade est toujours spécifique. » [emphase ajoutée]

15. Le délégué de l'Allemagne a « souscrit à l'idée suggérée par le Rapporteur selon laquelle la représentation *ex lege* normale d'un conjoint ne relève pas du champ d'application de la Convention. »⁷ [traduction du Bureau Permanent]

« M. Bucher (Suisse) [...] accepte donc l'interprétation proposée par le Rapporteur et par le Délégué allemand selon laquelle, si la mesure litigieuse n'est pas dirigée vers le conjoint malade, elle est alors exclue du champ de la Convention sur le fondement de l'article premier, paragraphe 1. Il craint malgré tout que la liste d'exclusions figurant à l'article 4 soit dès lors trompeuse, puisqu'elle vise notamment le « mariage », « la séparation de corps » et « le divorce ». Or, si quelqu'un lit uniquement ce texte, et non le Rapport détaillé sur l'interprétation de l'article premier, paragraphe 1, il risque d'inclure de manière simpliste tous les effets du mariage dans le champ de la Convention, et non seulement la question visée de la représentation entre époux. Il estime qu'il est a fortiori inutile de le mentionner explicitement dans la liste de l'article 4 si la matière est déjà exclue par un autre biais. Il s'en contente [...] [et] confirme le retrait de la proposition faite par la délégation suisse. » [emphase ajoutée]

⁷ Ibid., p. 276.