

Titre	Directives anticipées dans le cadre de la Convention Protection des adultes de 2000
Document	Doc. préél. No 6 d'avril 2022
Auteur	BP avec l'assistance du Groupe de travail chargé de l'élaboration d'un projet de Manuel pratique sur la Convention de 2000
Point de l'ordre du jour	À déterminer
Mandats	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 relatives à l'inclusion des directives anticipées dans le champ d'application de la Convention de 2000 sur la base du texte de la Convention Protection des adultes de 2000, de l'historique des négociations et des travaux concernant l'élaboration d'un projet de Manuel pratique sur la Convention de 2000. Les Membres sont invités à adresser leur commentaires par écrit avant le 10 juin 2022 à secretariat@hcch.net en indiquant « Commentaires [de nom de l'État] sur le DP No 6 » en objet. Les commentaires reçus après le 10 juin 2022 ne seront pas pris en compte.
Mesures à prendre	Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour décision <input type="checkbox"/> Pour action <input checked="" type="checkbox"/> Pour Information <input type="checkbox"/>
Annexes	<ul style="list-style-type: none"> - Annexe I : Extraits de doctrine sur la question de l'inclusion des directives anticipées dans le champ d'application de la Convention de 2000 (en anglais) - Annexe II : Extraits de l'étude réalisée à la demande du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées (en anglais) - Annexe III : Doc. trav. No 41 F (document soumis par la délégation du Canada pour information) - Annexe IV : Rapport de recherche sur les discussions relatives aux directives anticipées intervenues lors de l'élaboration du projet initial de la Convention Protection des adultes de 2000 et des négociations qui ont suivi - Annexe V : Doc. trav. No 4 (proposition soumise par l'Expert du Royaume-Uni : Un équivalent fonctionnel à la « responsabilité parentale » (en anglais))
Documents connexes	Doc. préél. No 4 de février 2022 – Projet de Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000

Résumé

Ce document préliminaire est le fruit des travaux du Groupe de travail chargé de l'élaboration du Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000 (« Manuel pratique sur la Convention de 2000 »). Dans ce cadre, le Groupe de travail s'est demandé s'il était clair que les directives anticipées relèvent du champ d'application de la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (« Convention Protection des adultes de 2000 » ou « Convention de 2000 ») et dans l'affirmative, si et dans quelle mesure les directives anticipées peuvent être considérées comme des pouvoirs de représentation aux fins des articles 15 et 16. Pour répondre à ces questions, il a convenu d'aider le Bureau Permanent (BP) de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) à préparer ce document préliminaire en vue de faciliter les débats sur ce point lors de la réunion de 2022 de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000.

Avant tout, il faut souligner que l'un des principaux objectifs de la Convention de 2000 est de promouvoir l'autonomie et la protection des adultes relevant de son champ d'application par des règles de droit international privé et des mécanismes de coopération. Comme toutes les déclinaisons des pouvoirs de représentation, les directives anticipées sont le reflet direct et fidèle des souhaits, de la volonté et de la préférence de l'adulte. Elles constituent donc un aspect important de l'autodétermination et de la protection des adultes.

La réglementation relative aux directives anticipées et leur traitement étant très diversifiés d'un système juridique à l'autre, il serait utile de donner à la Convention de 2000 en général, et à ses articles 15 et 16 en particulier, l'interprétation la plus large et la plus libérale possible afin de couvrir toutes les formes de directives anticipées. Cette interprétation libérale est particulièrement souhaitable lorsqu'il s'agit du type et de la forme des documents établis par un adulte pour communiquer ses instructions, ses souhaits et ses préférences en prévision d'un moment auquel ses facultés personnelles seront insuffisantes ou altérées. Des divergences de vues entre les systèmes juridiques sur la question de savoir si les directives anticipées relèvent des articles 15 et 16 de la Convention de 2000 pourraient aboutir à une application non uniforme de cet instrument et engendrer ainsi une insécurité juridique et un manque de prévisibilité dans les situations transfrontières, lesquels pourraient nuire aux intérêts de l'adulte et à son droit à l'autodétermination, ce qui serait contraire à l'objet et au but de la Convention de 2000.

Comme l'explique ce document préliminaire, dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité en situation transfrontière, rien ne semble justifier une approche restrictive de l'inclusion des directives anticipées dans le champ d'application de la Convention de 2000. Le langage ouvert de la Convention suggère qu'une interprétation large et libérale pourrait inclure les directives anticipées. En outre, le libellé flexible et ouvert des articles 15 et 16 se prête à une interprétation universelle du terme « pouvoirs de représentation », qui pourrait couvrir les directives anticipées.

À la lumière de ce qui précède, du texte du Rapport explicatif ainsi que du Manuel pratique de 2000 et de l'historique des négociations de la Convention de 2000, le BP soumet l'avant-projet de conclusions et recommandations suivant à la Commission spéciale pour discussion :

1. La Convention de 2000 doit être interprétée en tenant compte de son caractère autonome et à la lumière de ses objectifs.
2. Dans l'interprétation de la Convention de 2000, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.
3. En règle générale, si elles sont conformes à l'article 3 et non exclues par l'article 4, les directives anticipées et les procurations (permanentes) entrent dans le champ d'application de la Convention de 2000.

4. Une directive anticipée qui a été confirmée peut faire l'objet d'un certificat en vertu de l'article 38 à délivrer à la personne à laquelle est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte.
5. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité et afin de promouvoir une application uniforme de la Convention de 2000 dans tous les systèmes juridiques, les directives anticipées sont couvertes par les articles 15 et 16 car, d'une manière ou d'une autre, il y est ou peut y être donné suite conformément à la loi applicable¹.
6. En cas de doute ou de litige juridique, les autorités compétentes devraient apprécier au cas par cas s'il y a lieu d'inclure un type ou une forme particulière de directive anticipée dans le champ d'application des articles 15 et 16.
7. Un profil d'État serait extrêmement utile pour attirer l'attention des parties intéressées sur les divers types ou formes de directives anticipées dans les différents systèmes juridiques et, si nécessaire, sur les mesures de publicité qui peuvent aider des acteurs étrangers à en être informés.

¹ Voir, *infra*, para. 40 et 41.

I. Introduction

1. Au début des travaux d'élaboration du Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000 (« Manuel pratique sur la Convention de 2000 »), des membres du Groupe de travail se sont demandé s'il était clair que les directives anticipées relèvent du champ d'application de la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (« Convention Protection des adultes de 2000 » ou « Convention de 2000 ») et dans l'affirmative, si et dans quelle mesure les directives anticipées peuvent être considérées comme des pouvoirs de représentation aux fins des articles 15 et 16. Alors que certaines Parties contractantes peuvent estimer que les directives anticipées entrent dans le champ d'application de la Convention de 2000, d'autres peuvent avoir un autre point de vue, ce qui aboutit à une application non uniforme de la Convention et engendre une insécurité juridique et de l'imprévisibilité¹. Pour réaliser au mieux l'objet de la Convention de 2000, laquelle s'applique aux 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 et dont la dignité et l'autonomie doivent être des considérations primordiales, il serait souhaitable d'inclure les instructions et les souhaits d'un adulte (c.-à-d. les directives anticipées) dans son champ d'application.
2. Au cours de ses discussions, le Groupe de travail a convenu que la circulation transfrontière des directives anticipées est souhaitable, mais il n'était pas sûr que l'article 15 puisse être applicable à tous les types de directives anticipées. C'est pourquoi il a suggéré d'effectuer des recherches complémentaires sur l'historique des négociations, notamment sur l'intention des négociateurs, afin de déterminer si les directives anticipées relèvent des articles 15 et 16. À cet égard, il a été décidé que le Bureau Permanent (BP) de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) établirait un document préliminaire sur ce sujet avec l'assistance du Groupe de travail.
3. Ce document présente brièvement le champ d'application de la Convention de 2000 avant d'aborder des considérations juridiques et pratiques sur l'inclusion des directives anticipées dans son champ d'application. Il présente ensuite le contexte des négociations de la Convention de 2000, puis donne une brève description de l'évolution des articles 15 et 16. L'objectif est ainsi de faciliter les discussions lors de la Commission spéciale de 2022 sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000 concernant l'inclusion des directives anticipées dans son champ d'application.

II. Définitions

A. « Pouvoir de représentation »

4. Le terme « pouvoir de représentation » est une notion autonome élaborée par le Comité de rédaction de 1997 aux fins des articles 15 et 16 de la Convention de 2000. Un « pouvoir de représentation » doit s'entendre d'un document (acte unilatéral ou accord) qui permet à l'adulte d'organiser à l'avance la manière dont il veut être aidé dans l'exercice de sa capacité juridique et de son autonomie lorsqu'il ne pourra pas pourvoir à ses intérêts. Le Rapport explicatif suggère que l'adulte peut exercer son autodétermination notamment « [...] en conférant à une personne de son choix, par un acte de volonté qui peut être un accord conclu avec cette personne ou un acte unilatéral, des pouvoirs de représentation ». Il faut souligner que bien qu'un représentant ou un assistant soit souvent nommément désigné, cette désignation n'est nullement imposée dans le texte de la Convention lui-même².

¹ Cette affirmation se fonde sur la doctrine existante. Voir, *infra*, para. 34.

² P. Lagarde, [Rapport explicatif relatif à la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Édition revue et corrigée](#), 2017, (ci-après, le « Rapport explicatif »), para. 95. Voir, *infra*, para. 30 et 38.

B. « Procuration »

5. M. Eric Clive, dans son rapport sur les majeurs incapables et autres adultes vulnérables³ établi à la demande du Conseil de l'Europe⁴, définit une « procuration » de la façon suivante :
- « Une procuration est un mandat ou un pouvoir accordé par une personne (concedant ou donneur ou mandant ou commettant) à une autre (le fondé de pouvoir ou mandataire ou agent) autorisant le mandataire à agir au nom du mandant. La portée du mandat ou du pouvoir dépend des termes de l'acte de procuration ou du mandat qui les constitue »⁵.

C. « Procuration permanente »

6. Une procuration permanente est « un mandat conféré par un majeur capable dont l'objet est de rester ou d'entrer en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant »⁶.

D. « Directives anticipées »

7. Les « directives anticipées » sont « les instructions données ou les souhaits émis par un majeur capable sur des questions que peut soulever son incapacité future »⁷. Une directive anticipée est un acte d'anticipation qui, le plus souvent, concerne des questions relatives à la santé, au bien-être et aux autres questions personnelles relatives à la personne de l'adulte telles que le lieu des soins ou le lieu de résidence⁸. Les directives anticipées peuvent aussi s'appliquer aux questions économiques et financières relatives à l'adulte ou à ses biens, comme le choix d'un tuteur, d'un codécisionnaire ou d'un assistant⁹. Elles peuvent ou non désigner précisément une personne ou un groupe de personnes qui pourront être appelées à assister l'adulte¹⁰. Lorsqu'une directive anticipée désigne une personne ou un groupe de personnes en particulier, ce peut être un représentant désigné par une mesure de protection, un mandataire agissant en vertu d'une procuration permanente, d'autres personnes, conformément à la loi applicable, telles que des médecins qui pourraient être amenés à soigner ou assister l'adulte, des travailleurs sociaux ou toute autre personne susceptible de prendre des mesures affectant l'adulte ou d'assister celui-ci¹¹.
8. De nombreux États prévoient des dispositions relatives aux directives anticipées dans leur droit interne, par exemple dans la législation concernant la protection des adultes incapables, les procurations (permanentes) ou les questions de santé. En fonction de la loi applicable, certaines directives anticipées peuvent être juridiquement contraignantes, tandis que d'autres peuvent exprimer des souhaits qu'il faut dûment prendre en compte et respecter¹². Bien que les directives anticipées ne soient pas, *stricto sensu*, des testaments, le terme « testament de vie » est couramment utilisé dans certains droits internes pour

³ Dr. E. Clive, *Report on incapable and other vulnerable adults*, établi à la demande du Conseil de l'Europe (document de janvier 1997), ci-après, le « Rapport Clive », p. 10 des [Actes et documents](#). Il a été fait référence au Rapport Clive tout au long des travaux de la HCCH sur la protection des adultes, de la réunion du Groupe de travail d'avril 1997 à la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999. Il faut souligner qu'Eric Clive était le Président de la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes.

⁴ À la lumière de la législation récente ou envisagée dans ce domaine à cette époque, l'objet du rapport était « d'étudier et de faire des propositions qui pourraient être acceptées au niveau européen sur [...] la notion d'adultes incapables et le périmètre de l'incapacité ; [...] un ensemble juridique de principes applicables à la protection des adultes incapables (assistance comprise) dans la sphère personnelle et économique et dans le domaine des interventions médicales ; [...] [la] représentation des adultes incapables : le rôle des parents proches, des représentants légaux et des aidants. » [*traduction du Bureau Permanent*] Voir, *infra*, note 25.

⁵ Rapport Clive, page 17 des [Actes et documents](#).

⁶ Conseil de l'Europe, [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 - Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#), voir Annexe à la Recommandation, Partie I, principe 2(1).

⁷ *Ibid.*, voir Annexe à la Recommandation, Partie I, principe 2(3).

⁸ *Ibid.*, voir Exposé des motifs, para. 65 et 176.

⁹ *Ibid.*, voir Annexe à la Recommandation, Partie III, principe 14.

¹⁰ *Ibid.*, voir Exposé des motifs, para. 177.

¹¹ Conseil de l'Europe, [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 - Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#), voir Exposé des motifs, para. 64.

¹² *Ibid.*, voir Exposé des motifs, para. 32.

décrire aussi bien les instructions à caractère contraignant que les souhaits à prendre en compte en matière de santé. En général, les directives anticipées peuvent accompagner une procuration (permanente), mais elles peuvent aussi constituer un document autonome. Les directives anticipées peuvent être consignées dans un registre public aux fins de la publicité. Dans certains États, les directives anticipées peuvent être également enregistrées dans une police d'assurance maladie. De manière générale, la loi de ces États peut obliger les praticiens de santé qui soignent l'adulte à consulter, si nécessaire, ces registres publics ou polices d'assurance maladie¹³.

9. Les procurations permanentes et les directives anticipées constituent deux méthodes d'autodétermination des majeurs capables lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de prendre des décisions¹⁴. Comme les procurations permanentes, les directives anticipées peuvent revêtir différentes formes. Elles peuvent revêtir la forme d'un accord ou d'un acte unilatéral, et peuvent être ou non signées devant témoin ou reçues par notaire.

III. Interprétation des Conventions de la HCCH

10. L'interprétation et l'application des Conventions de la HCCH est soumise aux règles du droit international public, notamment celles qui sont énoncées dans la *Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités*. Plus précisément, l'article 26 de la Convention de Vienne dispose qu'un traité doit être exécuté de bonne foi. L'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. D'autres éléments doivent être pris en compte, en même temps que le contexte, notamment toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité et toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. L'article 32 dispose qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires 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.
11. Dans le cadre de la Convention enlèvement d'enfants de 1980, les Parties contractantes à la Convention ont conclu que celle-ci devrait être interprétée eu égard à sa nature autonome et à la lumière de ses objectifs¹⁵. D'autre part, la Convention Recouvrement des aliments de 2007 dispose que « [p]our l'interprétation de cette Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application »¹⁶. La Première réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la

¹³ En Suisse, par ex., l'adulte qui émet une directive anticipée doit veiller à ce que les destinataires en soient informés. Il peut, par ex., remettre une copie de la directive anticipée à son médecin traitant, en conserver une copie sur lui ou confier la directive anticipée à son représentant désigné ou à une personne de confiance. L'adulte peut faire enregistrer la constitution et le lieu du dépôt des directives sur sa carte d'assuré social (art. 371, para. 2, du Code civil suisse). Lorsque les facultés personnelles de l'adulte sont insuffisantes ou altérées et que le médecin qui le soignera ignore s'il a rédigé des directives anticipées, il doit s'informer de leur existence en consultant la carte d'assuré du patient, à moins que l'adulte ne requière des soins urgents (art. 372, para. 1, du Code civil suisse). Le médecin doit respecter les directives anticipées sauf si elles violent des dispositions légales ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de sa libre volonté ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée (art. 372, para. 2, du Code civil suisse).

¹⁴ Conseil de l'Europe, [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 - Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#), voir Exposé des motifs, para. 14. Il est important de souligner que les « décisions » peuvent aussi bien concerner des questions juridiques que des questions de santé.

¹⁵ 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), C&R No. 4.1, disponibles 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 ».

¹⁶ 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*.

Convention de 2000 pourrait recommander les mêmes principes d'interprétation pour cette Convention dans ses Conclusions et Recommandations.

12. L'interprétation de la Convention de 2000 est étayée par un Rapport explicatif¹⁷ qui résume les débats autour de chaque disposition et apporte une aide à son interprétation. En cas de doute, les transcriptions des débats intervenus lors de la Session diplomatique¹⁸ au cours de laquelle la Convention a été adoptée sont également accessibles au public, tout comme les rapports des réunions de la Commission spéciale¹⁹ et, dans une certaine mesure, les rapports des Groupes de travail chargés de l'élaboration d'un avant-projet du texte de Convention aux fins de la Session diplomatique²⁰. Ces moyens d'interprétation complémentaires font partie des Travaux préparatoires²¹.

IV. Les directives anticipées entrent-elles dans le champ d'application de la Convention de 2000 ?

A. Documents pris en compte lors de l'élaboration de la Convention de 2000

13. Au cours des travaux préliminaires de la HCCH sur la protection des adultes en 1997, le Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Convention a reçu plusieurs documents préliminaires rédigés par des experts de ce domaine afin de présenter le contexte nécessaire aux discussions. L'un de ces documents préliminaires était un rapport rédigé par le Dr. Eric Clive sur les majeurs incapables et les autres adultes vulnérables²². Dans ce rapport, M. Clive soulignait que la primauté des intérêts et du bien-être de la personne concernée est un principe fondamental qui doit sous-tendre un projet d'instrument dans ce domaine²³. Il notait que le principe de primauté s'étend aussi aux interventions dans le domaine de la santé (domaine dans lequel les directives anticipées sont les plus fréquentes). À cet égard, il rappelait la Convention du Conseil de l'Europe sur la bioéthique, déclarant qu'aux fins de la mise en œuvre d'un projet d'instrument dans ce domaine, toutes « directives anticipées »²⁴ devaient être prises en compte, conformément à l'article 9 de cette Convention²⁵. Il soulignait également que le respect des souhaits et des sentiments de la personne concernée est un autre principe fondamental. Comme il est indiqué plus haut, les directives anticipées sont définies comme les instructions données ou les souhaits exprimés par un adulte concernant la manière dont il préfère être assisté en cas d'altération de ses facultés personnelles.
14. En outre, dans le contenu possible d'un projet de texte qu'il suggérait, M. Clive reconnaissait « [...] les avantages de conférer une reconnaissance juridique [c.-à-d. un effet juridique] aux dispositions prises par avance par la personne elle-même alors qu'elle est en pleine possession de ses facultés »²⁶. Tout en reconnaissant que les « dispositions avancées » requièrent des niveaux variables de régulation juridique, il soulignait qu'au vu « de la grande

¹⁷ P. Lagarde, [Rapport explicatif relatif à la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Édition revue et corrigée](#), 2017, (ci-après, le « Rapport explicatif »).

¹⁸ Voir « Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes », *supra*, note 3.

¹⁹ Voir « Commission spéciale sur la protection des adultes », *supra*, note 3.

²⁰ Le Groupe de travail sur la protection des adultes s'est réuni du 14 au 17 avril 1997.

²¹ Art. 32 de la Convention de Vienne.

²² Voir, *supra*, note 3.

²³ Le Rapport Clive a été rédigé dans le cadre des travaux d'un Groupe de spécialistes sur les majeurs incapables et les autres adultes vulnérables créé par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe. Ce groupe de spécialistes a été notamment chargé de faire des propositions au CDCJ « en vue d'élaborer un instrument international (convention ou recommandation) [...] ». S'il n'est pas certain que ce projet d'instrument devait inclure des dispositions de droit international privé, ce qu'il importe de relever à propos du Rapport Clive et des suggestions qu'il contient, c'est que l'élaboration d'un instrument facilitant et soutenant l'autodétermination des adultes vulnérables suscitait un intérêt à l'échelle internationale.

²⁴ Rapport Clive, p. 21 des [Actes et documents](#).

²⁵ L'art. 9 de la [Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine](#) dispose : « Les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté seront pris en compte ».

²⁶ Rapport Clive, page 17 des [Actes et documents](#), para. 3.16.

attention [qui] a été portée aux procurations permanentes [...] il pourrait être utile d'en dire davantage à leur sujet [...] »²⁷. [Traduction du Bureau Permanent]

B. Compréhension des Actes et documents

15. En 1999, lors de la Commission spéciale à caractère diplomatique, il semble, au vu des discussions intervenues et des exemples donnés, qu'il ait été acquis que les directives anticipées relèvent du champ d'application de la Convention de 2000. Puisque cette question ne suscitait pas de controverse pour les délégations à l'époque, aucune décision expresse n'a été prise à cet effet. Il est certain qu'aucune décision n'a été prise pour les exclure. Un document de travail établi par la délégation du Canada²⁸ explique qu'un « mandat d'incapacité » dans la province du Québec peut parfois inclure des « directives anticipées »²⁹. La Convention de 2000 a été rédigée en prenant notamment en compte ce document, dont il ressort qu'une directive anticipée qui accompagne un document établissant une procuration (permanente) relève du champ d'application de la Convention de 2000³⁰.
16. Au cours des négociations, de nombreux délégués ont déclaré que les directives de fin de vie (euthanasie par ex.) étaient incluses dans le champ d'application de la Convention si la loi applicable autorisait leur exécution³¹. Les délégués ont également évoqué les situations dans lesquelles donner effet à une directive de fin de vie dans un État particulier pourrait être manifestement contraire à l'ordre public de cet État (art. 21) ou serait en conflit avec une disposition du droit interne dont l'application s'impose (art. 20)³². Les délégués se sont accordés à penser que cette disposition de la Convention répond suffisamment à toute préoccupation concernant l'effet transfrontière des directives de fin de vie. Des extraits de ces interventions figurent à l'annexe IV de ce document³³.

C. Analyse des articles 3 et 4 quant aux matières incluses et exclues du champ d'application de la Convention de 2000

17. L'article 4 de la Convention de 2000 énumère certaines matières ou questions qui sont exclues de son domaine. À la différence de celle de l'article 3, qui comporte l'adverbe « notamment », l'énumération de l'article 4 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 Convention³⁴.
18. Plusieurs des mesures énumérées à l'article 3 de la Convention de 2000 pourraient impliquer des décisions relatives aux soins de santé à dispenser à l'adulte³⁵, et l'article 4 exclut seulement « les mesures publiques de caractère général en matière d'éducation et de

²⁷ *Ibid.* Voir, *infra*, para. 31 à 38 pour un complément d'analyse du Rapport Clive et des directives anticipées entrant dans le champ d'application de la Convention de 2000.

²⁸ Doc. trav. 41 F. Voir l'annexe III pour les versions en français et en anglais.

²⁹ Voir l'annexe IV, para. 31 à 33.

³⁰ À cet égard, il faut souligner l'incohérence et l'imprévisibilité qui résulteraient de l'inclusion d'un type de directive anticipée et de l'exclusion d'un autre ou de l'inclusion des directives anticipées par certaines Parties contractantes et de leur exclusion par d'autres.

³¹ Voir l'annexe IV, para. 41 à 51. Ces directives de fin de vie (euthanasie par ex.) peuvent être considérées comme des directives anticipées « autonomes » (c.-à-d. des directives anticipées qui ne sont pas accompagnées d'une procuration ni incluses dans une procuration) qui relèveraient du champ d'application de la Convention.

³² *Ibid.*, para. 45 à 49.

³³ Voir l'annexe IV, para. 50 et 51.

³⁴ Rapport explicatif, para. 29. Il faut souligner que le seul type d'accord juridique qui pourrait inclure des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'adulte qui est exclu du champ d'application de la Convention de 2000 est celui qui concerne les « trusts » (art. 4(1)(d)). En conséquence, les directives anticipées qui se présenteraient sous la forme d'un accord et comprendraient des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'adulte relèveraient du champ d'application de la Convention de 2000. Il faut souligner en outre que le seul type d'acte juridique unilatéral qui pourrait comprendre des mesures tendant à la protection des biens de l'adulte après son décès qui est exclu du champ d'application de la Convention de 2000 est celui qui concerne les « successions » (art. 4(1)(d)). En conséquence, les directives anticipées qui se présenteraient sous la forme d'un acte unilatéral et comprendraient des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'adulte entreraient dans le champ d'application de la Convention de 2000.

³⁵ Art. 3(a), (d), (e) et (g).

santé »³⁶, sans mentionner les accords ou actes unilatéraux de l'adulte concernant ses préférences individuelles en matière médicale ou de santé. Par comparaison, il est intéressant de noter que lors de la Septième Commission spéciale sur les Conventions de 1980 et de 1996 en 2017, il a été décidé que « les accords privés conclus entre les parents en matière de responsabilité parentale », qui ne sont pas prévus par le droit interne de toutes les Parties contractantes, relèvent du champ d'application de la Convention de 1996 au moyen de la mise en œuvre des règles relatives à la loi applicable, à condition qu'ils soient conformes à l'article 3 et ne relèvent pas des exclusions de l'article 4 »³⁷.

19. En outre, lors de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999, la plupart des délégués se sont accordés à penser que la protection envisagée de tout adulte qui relève du champ d'application de la Convention doit nécessairement inclure les décisions en matière médicale³⁸. Au vu de ce qui précède, on peut raisonnablement penser que toute instruction donnée ou souhait exprimé par l'adulte concernant ses préférences pour un traitement médical ou son refus de certains traitements médicaux devrait relever du champ d'application de la Convention de 2000.
20. L'article 3(d) dispose que la Convention s'applique aux mesures concernant « la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'adulte, de le représenter ou de l'assister ». Le langage est ouvert quant à la personne qui peut être considérée comme un représentant ou un assistant de l'adulte et quant à l'étendue de cette représentation ou de cette assistance. Ainsi, un adulte peut émettre une directive anticipée (autonome ou accompagnant une procuration (permanente)) dans laquelle il ne nomme personne précisément. Cependant, un proche de l'adulte (par ex. un parent ou un ami) souhaiterait s'assurer que les instructions et les souhaits exprimés dans la directive anticipée émise par l'adulte sont suivis précisément. Si le droit matériel interne le prévoit et si aucune autre personne n'a déjà été identifiée à cette fin, une autorité compétente pourrait nommer ce proche, conformément à l'article 3(d), pour représenter ou assister l'adulte conformément à la directive anticipée³⁹.

D. Recommandation 2009 du Conseil de l'Europe concernant les procurations permanentes et les directives anticipées

21. Le préambule de la Recommandation de 2009 du Conseil de l'Europe intitulée « Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité »⁴⁰ est libellé comme suit [soulignement] :

« Eu égard à la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes (2000) et à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (2006) ; [...]»⁴¹ »
22. L'inclusion d'une référence à la Convention de 2000 dans le préambule peut être interprétée comme une indication que le Comité des Ministres, au moment de l'adoption de sa

³⁶ Art. 4(1)(f).

³⁷ La Conclusion et Recommandation No 32 de la Septième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996, en 2017, dispose ce qui suit : « La Commission spéciale insiste de nouveau sur le fait que les accords privés conclus entre les parents en matière de responsabilité parentale relèvent du champ d'application de la Convention, au moyen de la mise en œuvre des règles relatives à la loi applicable, à condition qu'ils soient conformes à l'article 3 et ne relèvent pas des exclusions de l'article 4. Les règles concernant la reconnaissance et l'exécution ne peuvent s'appliquer à ces accords, à moins qu'ils n'aient été confirmés ou approuvés par une autorité compétente ou qu'ils n'aient fait l'objet d'un acte similaire d'une telle autorité en vue de leur donner force de loi [...] ».

³⁸ Voir Annexe IV, para. 1 et 5.

³⁹ Si les directives anticipées étaient couvertes par les articles 15 et 16, cela apporterait une sécurité et une prévisibilité quant à la loi qui serait applicable à leur existence, à leur étendue, à leur modification et à leur extinction.

⁴⁰ Conseil de l'Europe, [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 – Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#) .

⁴¹ *Ibid.*, page 7.

Recommandation de 2009, estimait que la Convention de 2000 est pertinente pour les procurations permanentes et les directives anticipées.

23. En outre, l'Exposé des motifs de la Recommandation de 2009 souligne que les articles 15, 16 et 38 de la Convention de 2000 sont complémentaires à l'interprétation et à la mise en œuvre de la Recommandation⁴².
24. La Recommandation traite les procurations permanentes et les directives anticipées comme des instruments similaires en ce qu'elles permettent toutes deux l'autodétermination de l'adulte et lui permettent d'exercer ses droits fondamentaux, en donnant effet aux principes généraux a)⁴³, b)⁴⁴ et c)⁴⁵ ainsi qu'aux articles 5⁴⁶ et 12⁴⁷ de la *Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées* (CNUDPH).

E. Étude de juin 2021 réalisée à la demande du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées

25. Une étude réalisée à la demande du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées publiée en juin 2021 analysait les interactions de la Convention de 2000 avec la CNUDPH⁴⁸. Cette étude indique que les directives anticipées unilatérales (par ex. des déclarations indiquant le choix de l'adulte de refuser certains traitements médicaux) n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention de 2000⁴⁹. Afin de résoudre ce problème, l'étude recommande, entre autres, que la HCCH établisse un protocole à la Convention de 2000 sur la question⁵⁰. Cela dit, comme le déclare l'étude elle-même, la Convention de 2000 offre de grandes opportunités de croissance organique dans le contexte d'un paysage juridique en pleine évolution⁵¹.

V. Articles 15 et 16 de la Convention de 2000

26. La question qui s'ensuit est de savoir si les directives anticipées sont couvertes par le terme « pouvoirs de représentation » et entrent ainsi dans le champ d'application des articles 15 et 16.
27. Les articles 15 et 16 concernent la question de la loi applicable à l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation⁵² conférés par un adulte, soit par un accord, soit par un acte unilatéral, à exercer lorsque cet adulte est hors d'état de pourvoir à ses intérêts du fait d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles. Il est fréquent que les pouvoirs de représentation contiennent les instructions données et les souhaits exprimés par l'adulte, autorisant à refuser tout acharnement thérapeutique en cas de maladie incurable. Ce mandat est fréquent dans certains systèmes juridiques, mais il peut être inconnu dans d'autres⁵³. Afin d'éviter tout conflit de lois dans ces matières, l'article 15

⁴² *Ibid.*, voir Exposé des motifs, para. 20.

⁴³ Respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix et de l'indépendance des personnes.

⁴⁴ Non-discrimination.

⁴⁵ Participation et intégration pleines et effectives à la société.

⁴⁶ Art. 5(1) CNUDPH : « Les États Parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit sans discrimination à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi. »

⁴⁷ Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité.

⁴⁸ S. Rolland et A. Ruck Keene : [Interpreting the 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults Consistently with the 2007 UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities](#), 3 juin 2021. Voir les extraits pertinents à l'annexe 2. On notera avec intérêt que A. Rick Keen est aussi l'un des auteurs de l'ouvrage intitulé *The International Protection of Adults*, *infra*, note 68, dans lequel il déclarait que les directives anticipées n'entrent pas dans le champ d'application des pouvoirs de représentation en vertu des art. 15 et 16.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 7 et 8. Voir les extraits pertinents à l'annexe II.

⁵⁰ *Ibid.*, voir point d) *Appendix : Action items for securing consistency between the 2000 Convention, the CRPD, and other potential future relevant human rights instruments*, p. 24. Voir les extraits pertinents à l'annexe II.

⁵¹ *Ibid.*, p. 13. Voir les extraits pertinents à l'annexe II.

⁵² [Voir le Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000, Annexe I, pour plus d'indications sur l'interprétation du terme « pouvoirs de représentation ».]

⁵³ Rapport explicatif, para. 96.

dispose que les pouvoirs de représentation sont généralement régis par la loi de l'État de résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral qui les a conférés, à moins qu'une des lois énumérées à l'article 15(2) ait été expressément désignée par écrit⁵⁴.

28. Les règles relatives à la loi applicable énoncées à l'article 15 gouvernent l'effet transfrontière à donner à ces pouvoirs de représentation⁵⁵. L'article 15(1) couvre, notamment, l'« étendue » des pouvoirs de représentation, terme qui renvoie au périmètre des pouvoirs du représentant de l'adulte et aux limites éventuellement posées à ces pouvoirs. L'article 15(2) fournit une liste exhaustive des lois qui peuvent être désignées par l'adulte⁵⁶. L'article 15(3) couvre les modalités d'exercice des pouvoirs de représentation conférés par un adulte, qui sont soumises à la loi de l'État où ils sont exercés⁵⁷. L'article 16 permet aux autorités compétentes en vertu de la Convention de retirer ou de modifier⁵⁸ les pouvoirs de représentation conférés par l'adulte en vertu de l'article 15⁵⁹ lorsqu'ils ne sont « pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte ».
29. Dans certains systèmes juridiques, pour que des pouvoirs de représentation en vertu de l'article 15 prennent effet, l'intervention d'une autorité compétente peut être requise pour évaluer la capacité de l'adulte⁶⁰.
30. Il faut souligner que l'article 15 ne dit rien de la désignation d'un représentant. Cette flexibilité donne à l'adulte la possibilité de nommer un ou plusieurs représentants ou de laisser la représentation à toute personne qui sera chargée de prendre soin de lui et de l'assister conformément à la loi applicable⁶¹.

A. Historique de la Convention de 2000 : évolution des articles 15 et 16

1. Travaux préliminaires sur la protection des adultes et négociations

31. Le Rapport rédigé par M. Eric Clive sur les majeurs incapables et autres adultes vulnérables, qui a été présenté aux experts chargés d'élaborer un avant-projet de Convention aux fins de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999, leur a donné une idée générale des divergences qui peuvent exister entre les formes d'accords ou d'actes unilatéraux pour la protection des adultes. Ce Rapport énumérait plusieurs types de « pouvoirs », tels que les procurations, les procurations permanentes, les directives anticipées dans le domaine de la santé, les « *springings powers of attorney* » (qui entrent en vigueur uniquement lorsque le mandant est atteint d'incapacité) ainsi que les pouvoirs des membres de la famille et des aidants⁶². Se référant à cette liste de pouvoirs, l'expert de la délégation du Royaume-Uni, M. Peter Beaton, a soumis une proposition lors de la réunion d'avril 1997 du Groupe de travail suggérant que « [...] le nouveau projet de Convention ne se confine pas aux « mesures » prises par les autorités ». Il déclarait que les pouvoirs de représentation sont « [...] conçus pour couvrir tout pouvoir de prendre des décisions pour ou pour le compte de l'adulte incapable »⁶³. Les délégations ont accepté la suggestion de M. Beaton.

⁵⁴ Rapport explicatif, para. 98.

⁵⁵ Les pouvoirs de représentation sont des documents auxquels il est conféré un effet juridique en situation transfrontière par le biais des règles relatives à la loi applicable. Ils ne sont pas soumis aux règles concernant la reconnaissance et l'exécution, qui sont limitées aux décisions prises par les autorités compétentes ou, dans le contexte de la Convention de 2000, aux mesures prises par les autorités compétentes.

⁵⁶ Rapport explicatif, para. 102. « Les lois pouvant être choisies sont la loi d'un État dont l'adulte possède la nationalité, celle de l'État d'une résidence habituelle précédente de l'adulte et celle de l'État dans lequel sont situés des biens de l'adulte, mais seulement pour ce qui concerne ces biens ».

⁵⁷ Art. 15(3). Voir aussi le Rapport explicatif, para. 99 et 106.

⁵⁸ La modification pourrait consister par ex. à instaurer une surveillance de la personne à laquelle les pouvoirs de représentation ont été conférés.

⁵⁹ Rapport explicatif, para. 108.

⁶⁰ Rapport explicatif, para. 96.

⁶¹ Voir, *supra*, note 41.

⁶² Rapport Clive, p. 17-18 des [Actes et documents](#).

⁶³ Voir l'annexe V pour l'intégralité de la proposition de l'Expert du Royaume-Uni.

2. Étape de la rédaction et négociations

32. Dans les premières étapes de la rédaction de la Convention de 2000 en 1997, le Comité de rédaction a trouvé un nouveau terme neutre, « pouvoirs de représentation », très probablement dans le but de couvrir tous les pouvoirs possibles et d'éviter toute référence à des notions déjà définies dans les différents droits nationaux⁶⁴. Il semble que l'intention ait pu être d'inclure toutes les notions voisines sous le terme générique unique de « pouvoirs de représentation » comme l'avait suggéré M. Peter Beaton lors des discussions de la réunion de 1997 du Groupe de travail⁶⁵, afin de garantir une couverture la plus large possible, qui résisterait au passage du temps en ce qui concerne l'évolution de la législation dans ce domaine.

3. Résultat final : articles 15 et 16

33. Les dispositions qui régissent la loi applicable aux pouvoirs de représentation ont été rédigées en plusieurs étapes. Après des contributions de plusieurs délégations, le libellé actuel des articles 15 et 16 a été arrêté⁶⁶. En résumé, le texte relatif aux « modalités d'exercice » des pouvoirs de représentation (ancien art. 14) a été fusionné avec le texte régissant la loi applicable à l'existence, l'étendue et l'extinction des pouvoirs de représentation (ancien art. 13) pour devenir ce qui aujourd'hui l'article 15. L'article 16 dans sa forme actuelle est une version plus élaborée des règles entourant le retrait ou la modification des pouvoirs de représentation (ancien art. 15), mais la disposition est restée essentiellement la même⁶⁷.

B. Les articles 15 et 16 couvrent-ils les directives anticipées ?

34. Les avis semblent différer au sein de la doctrine. Dans une publication, un auteur estime que les directives anticipées n'entrent pas dans le champ des pouvoirs de représentation aux fins des articles 15 et 16⁶⁸. L'auteur d'une autre publication affirme que les directives anticipées entrent dans le champ d'application des pouvoirs de représentation aux fins des articles 15 et 16 lorsqu'elles sont combinées à une procuration (permanente) ou en font partie⁶⁹. Cependant, l'auteur ne semble pas indiquer si elles sont exclues de ces articles lorsqu'elles ne sont pas combinées à une procuration (permanente) ou n'en font pas partie (c.-à-d. si elles sont autonomes). Un autre auteur pense que les directives anticipées entrent dans le champ des pouvoirs de représentation aux fins des articles 15 et 16 quelles que soient les circonstances⁷⁰.
35. À l'issue des discussions approfondies menées au cours des travaux sur le projet de Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000, il apparaît que les directives anticipées peuvent entrer dans le champ du terme « pouvoirs de représentation » aux fins des articles 15 et 16 lorsque, d'une manière ou d'une autre, il est

⁶⁴ Des termes tels que « procurations (permanentes) » et « directives anticipées » sont bien définis par le Conseil de l'Europe (voir [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 – Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#)). De nombreux systèmes juridiques souscrivent à ces notions dans leur cadre juridique interne. Le Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000 adopte lui aussi ces définitions.

⁶⁵ Voir, *supra*, para. 13.

⁶⁶ Les délégations de la Suisse et du Canada ont proposé le texte des anciens art. 13 (Doc. trav. No 24 E + F), 13A et 14 (Doc. trav. No 25 E), texte que la délégation des États-Unis a complété (Doc. trav. No 18).

⁶⁷ Voir l'annexe IV, para. 6 à 13.

⁶⁸ Voir R. Frimston et A. Ruck Keene in R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk et A. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, 2015, p. 72 et 165 à 168, Partie I, chapitre 6, para. 6.52, et Partie II, chapitre 9, para. 9.39 à 9.42. Voir les extraits pertinents à l'annexe I.

⁶⁹ Voir I. Curry-Sumner, « Adultes vulnérables en Europe. Valeur ajoutée européenne d'un instrument juridique de l'Union relatif à la protection des adultes vulnérables – Annexe I » in Parlement européen, [Protection des adultes vulnérables – Évaluation de la valeur ajoutée européenne accompagnant le rapport d'initiative législative du Parlement](#), Bruxelles, Union européenne 2017, p. 58. Voir les extraits pertinents à l'annexe I.

⁷⁰ G. Rocha Ribeiro, « A Convenção de Haia de 2000 relativa à protecção dos Incapazes Adultos », *Revista do Ministério Público* 125, Janeiro, Março 2011, p. 13 à 87. Voir les extraits pertinents à l'annexe I.

donné ou il peut être donné suite aux instructions données et aux souhaits exprimés par l'adulte conformément à la loi applicable.

36. L'article 15(1) peut être applicable aux directives anticipées car celles-ci pourraient déterminer l'étendue de l'assistance qui pourrait être apportée à l'adulte ou l'étendue des pouvoirs qui pourraient être exercés pour l'adulte à la lumière de ses instructions et de ses souhaits. Les dispositions relatives à la modification ou au retrait peuvent être nécessaires lorsque les directives anticipées ne sont pas respectées par la personne désignée ou que les instructions données et les souhaits exprimés par l'adulte ne sont plus dans son intérêt.
37. L'article 15 ne traite pas de la validité de forme et de fond de l'accord ou de l'acte unilatéral. Par conséquent, les directives anticipées, indépendamment de leur forme (par ex. qu'elles aient été signées devant témoin ou non, qu'elles aient été reçues par un notaire ou non) peuvent entrer dans le champ d'application de la Convention de 2000 et être couvertes par les articles 15 et 16.
38. Une autorité compétente peut être saisie afin de prendre une décision sur certains aspects de la directive anticipée (par ex. la personne qui peut agir ou ses modalités d'exercice). Il peut être important qu'une autorité compétente appelée à intervenir à cet égard détermine, conformément à l'article 15, la loi applicable à l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction de la directive anticipée, c'est-à-dire la loi de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'acte ou la loi applicable que l'adulte a désignée expressément par écrit⁷¹. Il faut souligner que même si une autorité compétente peut prendre une décision sur un certain aspect de la directive anticipée (par ex. la désignation d'une personne habilitée à agir conformément à l'art. 3(d)), cela ne signifie pas que la directive anticipée deviendra une mesure et qu'elle relèvera de l'article 3. Dans ces cas, la directive anticipée resterait un pouvoir de représentation auquel s'appliquent les articles 15 et 16⁷².

C. Résumé

39. Comme il est dit plus haut⁷³, les articles 15 et 16 ne font pas référence à la notion de « représentant »⁷⁴. Leur langage ouvert se prête à une interprétation universelle du terme « pouvoir de représentation », qui peut être adressé à une ou plusieurs personnes physiques qui y sont nommément désignées ou n'être adressé à personne en particulier. Rien dans les rapports du Comité de rédaction, les documents de travail soumis par les délégations, les travaux préparatoires ou les Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique ne peut amener à conclure autrement.

VI. Implications pratiques concernant l'inclusion ou l'exclusion des directives anticipées du champ d'application des articles 15 et 16 de la Convention de 2000

40. Les directives anticipées, comme tous les types de pouvoirs de représentation, sont un moyen pour l'adulte d'exercer son autonomie et de garantir le respect de sa dignité. Si elles sont tenues à jour, elles reflètent fidèlement les instructions, les souhaits, la volonté et les préférences de l'adulte. S'il devait y avoir des vues différentes d'un État à l'autre sur la question de savoir si les directives anticipées relèvent des articles 15 et 16 de la Convention, il en résulterait une insécurité juridique et un manque de prévisibilité en situation transfrontière. Une telle situation pourrait à son tour nuire aux intérêts de l'adulte et à son droit à l'autodétermination, ce qui va à l'encontre de l'objet et du but de la Convention de 2000. Cette section donne quelques exemples pratiques pour montrer qu'à l'inverse, l'inclusion des directives anticipées dans le champ des articles 15 et 16 de la Convention serait porteuse de sécurité juridique et de prévisibilité.

⁷¹ Art. 15(3). Voir aussi le Rapport explicatif, para. 99 et 106.

⁷² À ne pas confondre avec la saisine d'une autorité compétente pour confirmer une directive anticipée aux fins de l'art. 38. En fonction de l'État concerné, la confirmation du pouvoir de représentation peut être ou ne pas être une mesure relevant de l'art. 3.

⁷³ Voir *supra*, para. 30.

⁷⁴ Voir, *supra*, para 20. Voir aussi, para. 9.10 du Manuel pratique sur la Convention de 2000.

41. Sur le plan pratique, une directive anticipée qui accompagne un document établissant une procuration (permanente) serait la plus simple à traiter, car elle relève directement du champ d'application des articles 15 et 16 de la Convention de 2000. Cependant, face à une directive anticipée autonome qui, unilatéralement ou par un accord exprès, identifie une ou plusieurs personnes, les autorités compétentes peuvent avoir besoin de vérifier si l'acte confère des pouvoirs qui relèvent des articles 15 et 16.
42. Un document donnant une procuration (permanente) à un représentant désigné peut être accompagné d'une directive anticipée qui ne désigne personne en particulier. En cas de décès du représentant désigné dans le document donnant une procuration (permanente), les pouvoirs conférés au représentant désormais décédé s'éteindront. Les directives anticipées deviendront autonomes mais elles peuvent rester pertinentes pour la protection des intérêts de l'adulte. Les instructions générales données ou les souhaits exprimés par l'adulte ne doivent pas être ignorés au seul motif que la procuration (permanente) s'est éteinte. Si la loi applicable permet que la directive anticipée reste valable après l'extinction de la procuration (permanente) relevant de la Convention qui l'accompagne, il pourrait être souhaitable que la Convention continue de s'appliquer à cette directive anticipée désormais autonome.
43. Si une directive anticipée autonome ne désignant personne en particulier a été, d'une manière ou d'une autre, rendue accessible à ceux qui ont besoin de connaître les instructions et les souhaits de l'adulte, la question peut se poser (peut-être devant une autorité compétente) de la personne qui doit agir sur la base de cette directive, conformément à la loi applicable⁷⁵. La ou les personnes concernées peuvent être envisagées et nommées soit comme le(s) représentant(s) de l'adulte, soit comme la ou les personnes qui peuvent assister l'adulte, ou bien une autorité compétente pourrait nommer une autre personne à cet égard, conformément à la loi applicable⁷⁶.
44. Il peut arriver qu'une directive anticipée consignée dans un registre public ou figurant dans une police d'assurance maladie doive être exercée dans un système juridique où il n'existe pas de loi de police obligeant les professionnels de santé à consulter le registre ou la police d'assurance avant d'administrer un traitement. À cet égard, un Profil d'État serait extrêmement utile pour expliquer aux professionnels de santé étrangers comment accéder à ces registres.
45. En outre, si les directives anticipées étaient exclues d'emblée du champ d'application de la Convention, mais que par la suite, une directive anticipée particulière fasse l'objet d'une décision prise par une autorité compétente (l'amenant ainsi dans le champ d'application de l'art. 3), le résultat serait assez incohérent et pourrait aboutir à l'imprévisibilité.
46. Il faut garder à l'esprit que les directives anticipées concernant des matières contraires à l'ordre public des systèmes juridiques dans lesquels elles doivent être exercées (par ex. euthanasie) relèveront de l'exception d'ordre public au titre de l'article 21 de la Convention.

VII. Conclusions et Recommandations

A. Observations finales

47. Les directives anticipées promeuvent l'autodétermination et l'autonomie des adultes qui relèvent du champ d'application de la Convention de 2000. Elles permettent à des adultes capables de prendre des décisions concernant leur vie et de les communiquer efficacement en prévision d'une période pendant laquelle ils pourraient être incapables de le faire. Comme toutes les déclinaisons des pouvoirs de représentation, ces documents (s'ils sont tenus à jour) sont le reflet direct et fidèle de la volonté et des préférences de l'adulte. Les directives anticipées sont donc un aspect extrêmement important de l'autonomie et de la protection

⁷⁵ Voir, *supra*, note 41.

⁷⁶ Voir, *supra*, note 41.

des adultes. Le but central de la Convention de 2000 est de promouvoir cette autonomie et cette protection par des règles de droit international privé.

48. Bien que la réglementation relative aux directives anticipées et leur traitement diffère d'un système juridique à l'autre, une exclusion universelle des directives anticipées du champ d'application de la Convention pourrait engendrer de la discrimination, de l'insécurité et de l'imprévisibilité. Elle pourrait faire obstacle à une approche plus nuancée, examinant attentivement chaque directive anticipée sur le fond avant de conclure qu'un type de directive anticipée est ou non opérationnel aux fins de la Convention.
49. Dans ce document, le PB s'est efforcé de mettre en lumière le fait que les directives anticipées, d'une manière ou d'une autre, relèvent du champ d'application de la Convention de 2000.
- Si elles accompagnent des documents établissant une procuration (permanente), elles relèvent des articles 15 et 16 et, si elles sont confirmées, elles pourraient être mentionnées dans un certificat en vertu de l'article 38. Notons que dans ce cas, c'est la procuration (permanente) qui confère les pouvoirs, et non la directive anticipée qui l'accompagne.
 - Si elles sont autonomes et désignent nommément une ou plusieurs personnes, elles relèvent des articles 15 et 16, même si leur forme diffère de celle de la procuration (permanente) et si elles ne confèrent pas nécessairement un mandat juridique pour les décisions à prendre pour le compte de l'adulte mais donnent des instructions concernant l'assistance à lui apporter. Elles pourraient aussi faire l'objet d'un certificat en vertu de l'article 38 sous réserve qu'une autorité compétente les ait confirmées en même temps que l'habilitation d'une personne qui y est désignée.
 - Si elles ne nomment personne en particulier, elles peuvent également relever des articles 15 et 16 parce que, d'une manière ou d'une autre, il est ou peut être donné suite aux instructions et aux souhaits de l'adulte, conformément à la loi applicable.
 - Si elles sont inscrites dans un registre public ou sont incluses dans la police d'assurance maladie de l'adulte, des personnes à l'étranger susceptibles d'agir sur la base de ces directives anticipées seraient alertées de l'existence de ce dispositif en consultant le Profil de l'État de résidence habituelle de l'adulte ou de l'État dans lequel l'adulte est assuré. Il peut être très difficile d'accéder aux directives anticipées à moins que l'adulte n'en ait une copie sur lui.
50. Au vu des informations et de l'analyse qui précèdent et afin de donner la plus grande ampleur possible à l'interprétation de la Convention de 2000 dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité en situation transfrontière, rien ne semble justifier une approche restrictive de l'inclusion des directives anticipées dans le champ d'application de la Convention de 2000. Compte tenu de l'historique des négociations, on peut dire que l'intention du Comité de rédaction était que le texte de la Convention, qui vise en dernier ressort à faciliter, par des règles de droit international privé, l'autonomie des adultes dont les facultés personnelles ont été altérées, soit interprété de manière aussi large et libérale que possible. Le langage ouvert de la Convention suggère que cette interprétation pourrait inclure les directives anticipées.
51. Ainsi qu'il ressort des Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique⁷⁷, l'intention du Comité de rédaction de la Convention de 2000, en introduisant le terme « pouvoirs de représentation », était de s'assurer que tous les actes unilatéraux et accords permettant à l'adulte d'organiser, par avance, la manière dont il veut être aidé ou assisté en cas d'altération ou d'insuffisance de ses facultés personnelles (par ex. procurations (permanentes), mandats privés et, comme on l'a vu dans ce document, directives anticipées) relèvent des articles 15 et 16 de la Convention. Afin de respecter cette intention du Comité de rédaction de la Convention de 2000, il est important que le terme « pouvoirs de représentation » soit interprété le plus largement possible. Étant donné le langage flexible des articles 15 et 16, l'inclusion de chaque type d'acte d'anticipation dans

⁷⁷ Voir, *infra*, Annexes III et IV.

leur champ d'application serait bien plus pratique et efficace que des appréciations à cet effet réalisées au cas par cas⁷⁸.

52. La Convention de 2000 doit être interprétée de la manière la plus large et la plus libérale possible en ce qui concerne le type et la forme des documents établis par un adulte pour communiquer ses instructions, ses souhaits et ses préférences en prévision d'un moment auquel ses facultés personnelles seront insuffisantes ou altérées.
53. Réalisant que les différents systèmes juridiques auront des points de vue divergents sur l'inclusion des différents types et formes de directives anticipées aux fins des articles 15 et 16 de la Convention, la Commission spéciale est invitée, afin d'accroître la sécurité juridique et la prévisibilité, à réfléchir attentivement à l'opportunité de déclarer clairement, dans ses Conclusions et Recommandations, que toutes les directives anticipées relèvent des articles 15 et 16 de la Convention. À cet égard, aux fins de l'interprétation de la Convention de 2000, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.
54. Il est espéré que ce document permettra un débat fructueux lors de la Commission spéciale de 2022 sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000.

B. Avant-projet de conclusions et de recommandations

55. Au vu de ce qui précède, du texte du Rapport explicatif ainsi que du Manuel pratique et de l'historique des négociations de la Convention de 2000, le BP soumet l'avant-projet de recommandations suivant à la Commission spéciale pour discussion :
 1. La Convention de 2000 doit être interprétée en tenant compte de son caractère autonome et à la lumière de ses objectifs.
 2. Dans l'interprétation de la Convention de 2000, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.
 3. En règle générale, si elles sont conformes à l'article 3 et non exclues par l'article 4, les directives anticipées et les procurations (permanentes) entrent dans le champ d'application de la Convention de 2000.
 4. Une directive anticipée qui a été confirmée peut faire l'objet d'un certificat en vertu de l'article 38 à délivrer à la personne à laquelle est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte.
 5. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité et afin de promouvoir une application uniforme de la Convention de 2000 dans tous les systèmes juridiques, les directives anticipées sont couvertes par les articles 15 et 16 car, d'une manière ou d'une autre, il y est ou peut y être donné suite conformément à la loi applicable⁷⁹.
 6. En cas de doute ou de litige juridique, les autorités compétentes devraient apprécier au cas par cas s'il y a lieu d'inclure un type ou une forme particulière de directive anticipée dans le champ d'application des articles 15 et 16.
 7. Un profil d'État serait extrêmement utile pour attirer l'attention des parties intéressées sur les divers types ou formes de directives anticipées dans les différents systèmes juridiques et, si nécessaire, sur les mesures de publicité qui peuvent aider des acteurs étrangers à en être informés.

⁷⁸ Voir, *supra*, para. 44.

⁷⁹ Voir, *supra*, para. 40 et 41.

ANNEXES

Annex I

Relevant extracts from Richard Frimston, Alex Ruck Keene, Claire Van Overdijk and Adrian Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, 2015

Richard Frimston, Part I, Chapter 6: The Cross-border Protection of Adults: Hague 35, Non-Contracting Parties, page 72, para 6.52

“Advance directives are least likely to be effective across borders or subject to issues of Private International Law. Medical decisions are usually taken locally, and are generally subject only to the local law; any criminal sanctions will be local ones and therefore medical practitioners are mainly concerned with the local law.⁸¹ It is therefore usual to consider separate Advance Directives for each relevant state. Even in extreme cases, when an adult may be taken abroad for particular treatment, issues of public policy in State B are likely to limit any effectiveness of an Advance Directive from State A.”

Alex Ruck Keene, Part II, Chapter 9: Hague 35: Private Mandates and Other Anticipatory Measures, pages 165 – 168, paras 9.39 – 9.42

“I. Other Anticipatory Measures

(1) Advance Decisions to refuse medical treatment

Advance Decisions to refuse medical treatment⁸² are not addressed expressly within Hague 35. It is suggested that they cannot fall within the definition of a Protective Measure.⁸³ Some commentators appear to proceed on the basis that such decisions are covered by the term “power of representation” (in the sense of a Private Mandate).⁸⁴ It is suggested, however, that this [is] incorrect, at least as a blanket statement:

- Article 15 is specifically concerned with the grant of a power of representation by an agreement or a unilateral act;⁸⁵ it is suggested that this of necessity implies that the power is granted to be exercised by another person (whether identified by name or by status).
- In some jurisdictions, as the Lagarde Report notes,⁸⁶ a Private Mandate can carry within it an instruction given to the person mandated to refuse certain types of treatment under certain circumstances. Whilst conceptually such an instruction could be classified as an Advance Decision, it will not be effective save where the representative acts upon it in any dealing with medical professionals,⁸⁷ and it could therefore be seen to fall within the broad definition of a power of representation.

⁸¹ As in the matter of *Re SB* [2013] EWCOP 1417 when the court did not appear to consider issues of PIL or whether it had jurisdiction

⁸² The term ‘Advance Directive’ is also regularly used; the term ‘Advance Decision’ is used here as it that which is used within the MCA 2005 (in sections 24 – 26).

⁸³ A decision (where such can be taken according to the particular legal system) by a competent court as to the medical treatment that an incapacitated adult is or not to receive is an entirely different matter as it is a decision which, by definition, is taken because the adult is not able to make their own decision.

⁸⁴ See, for instance, David Hill, ‘Legislative Comment’ at 474-5 and Aimeé Fagan, ‘An Analysis of the Convention on the international Protection of Adults’ *Elder Law Journal* 10, no 2 (2002); 329-59.

⁸⁵ Hague 35, Article 15(1).

⁸⁶ Paragraph 96.

⁸⁷ If a representative does not so act, then there would be an interesting argument as to whether this failure to comply with an express instruction would constitute conduct falling within the scope of Article 16 (i.e. a failure to exercise the power in a manner sufficient to guarantee the protection of the person). It is suggested that, given the important placed upon the autonomy of adults with capacity to determine their own fate, a clear failure of the representative in this regard would constitute such conduct.

- However, in other jurisdictions, a rather clearer distinction is drawn between: (1) a Private Mandate which carries with it a power to refuse medical treatment on behalf of the adult when the adult no longer has capacity to take such decisions; and (2) an Advance Decision which stands as an anticipatory refusal of medical treatment and, as such, capable without more of being binding and effective upon any medical professional aware of it.⁸⁸
- A clear example of the distinction set out above is to be found in the law of England and Wales. This is discussed further at chapter 11, but in broad outline, the MCA 2005 makes separate provision for the creation of lasting powers of attorney with authority for the person(s) chosen as grantee(s) to take healthcare decisions,⁸⁹ and Advance Decisions.⁹⁰ A valid and applicable Advance Decision has effect as if the person has made it and had had capacity to make it, at the time when the question arises whether the treatment should be carried out or not.⁹¹ By s.26(2), a person will incur liability⁹² for carrying out or continuing treatment if, at the material time, they are satisfied that an Advance Decision exists which is valid and applicable to the treatment. In other words, the effectiveness of an Advance Decision depends upon its *existence* (and of the knowledge of the medical professionals as to its existence), not upon the *actions* of any representative; indeed, an Advance Decision will be invalidated by the creation of a lasting power of attorney granting authority to give or refuse consent to the same treatment.⁹³
- In the circumstances where an adult purports to make an Advance Decisions under a system of law which affords them a status distinct to a Private Mandate, it is suggested that such an Advance Decision does not, in fact, constitute a power of representation falling within the scope of Article 15 of Hague 35.

It is suggested therefore that a 'pure' Advance Decision, therefore, is neither a Private Mandate nor a protective measure and is therefore, on a proper analysis, not catered for within the scope of Hague 35. If this is correct, then whether a 'pure' Advance Decision has any cross-border effect (and / or whether the courts of the country where treatment is proposed are required to consider the terms of the document in question) are questions that lie to be resolved by the national laws of the different Contracting States.⁹⁴ In such a case (and by contrast with the position that would prevail in the case of a Private Mandate), it is suggested that the courts of any Contracting State would be under no obligation imposed by Hague 35 to apply any law other than its own.

(2) Advance Statements and statements of wishes and feelings

⁸⁸ See, for a comparative review of the status of Advance Directives in the European context, predicated upon a distinction between these two categories: Roberto Andorno, Nikola Biller-Andorno and Susanne Brauer, 'Advance Health Directives Towards a Coordinated European Policy?' *European Journal of Health Law* 16, no 3 (2009); 207-27. In Scotland, a practice was developed of granting both a Private Mandate and an Advance Directive, cross-referring to each other, thus impliedly recognising the distinction between the two.

⁸⁹ MCA 2005, sections 9 – 11.

⁹⁰ MCA 2005, sections 24 – 26.

⁹¹ MCA 2005, section 26(1).

⁹² Which can be both criminal and civil (ie arising out of the operation of the law of tort).

⁹³ MCA 2005, section 25(2)(b) provides that an Advance Decision will be invalidated if the adult subsequently grants a lasting power of attorney which confers authority upon a grantee to give or refuse consent, treatment to the treatment to which the Advance Decision relates. See, also in this regard *Re E*[2014] EWCOP 27.

⁹⁴ MCA 2005, section 25(4), for instance, provides that for the purposes of the law of England and Wales the Court of Protection may make a declaration as to whether an Advance Decision exists, is valid and / or is applicable to a treatment. Equivalent provisions do not exist within the AWI 2000.

Alongside Advance Decisions to refuse medical treatment, certain jurisdictions give statutory force to statements made in advance as to the medical treatment that that adult would wish at a point when they do not have capacity to take the material decisions.⁹⁵ Certain jurisdictions also require that in the taking of decisions (of any nature) for or on behalf of an adult without capacity, particular weight must be given to any written expression of wishes and feelings made by that adult prior to their loss of capacity.⁹⁶

By parity of reasoning with the analysis set out above in relation to Advance Decisions, it is suggested that neither Advance Statements nor statements of wishes and feelings fall within the scope of Hague 35; again, whether they would have any cross-border effect would depend upon the national laws of the State in which they were being relied upon.”

Relevant extracts from Ian Curry-Sumner, “Vulnerable Adults in Europe: European added value of an EU legal instrument on the protection of vulnerable adults – Annex I” in European Parliament *The European added value of EU legislative action on the protection of vulnerable adults*, Brussels: European Union 2017.

At page 58, section 3.2.3.4: “Matters excluded from the scope of HAPC 2000”

“Before dealing further the technicalities posed by the power of representation in the form of advance directions, it is first necessary to determine whether such measures even fall within the scope of the HAPC 2000, as this is certainly not self-evident at present. It has been suggested that private mandates do not constitute protective measures in the sense of the HAPC 2000 and therefore fall outside the substantive scope of the Convention. This statement can be supported with reference to the text of the Convention itself,⁹⁷ the Explanatory Report to the Convention,⁹⁸ academic literature,⁹⁹ as well as an analogous reference to the HCPC 1996.¹⁰⁰ That being said, private mandates do appear in the Convention in the context of Article 15, which will be discussed later when dealing with applicable law.

It has furthermore been suggested in academic literature that the following aspects would also be deemed not be covered by the HAPC 2000, namely:

- Advance decisions to refuse medical treatment;
- Advance statements as to a particular form of medical treatment;
- Statements of wishes and feelings;
- Joint accounts;
- Pure factual measures (e.g. wearing a bicycle helmet);

⁹⁵ A good example being the provisions of the Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act 2003, section 276, relating to Advance Statements in the psychiatric setting.

⁹⁶ For instance, in England and Wales, the provisions of the MCA 2005, section 4(6)(a), which require that in determining for the purposes of the Act, any person (and the Court of Protection, where relevant) must consider so far as it is reasonably ascertainable the person’s past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he has capacity).

⁹⁷ Article 38, dealing with the certificates that can be drafted, refers to situations “where a measure of protection has been taken or a power of representation confirmed.” In the situation outlined with Oscar, the private mandate was never confirmed. This is furthermore supported with reference to the temporal scope provided for in Article 50(2), which notes a different scope applicable to those private mandates that fall within the scope of Article 15 HAPC 2000.

⁹⁸ See P. Lagarde, Explanatory Report for the Convention on the International Protection of Adults, The Hague: HcCH, 2000, §§ 93, 94, 96, 106, 109, 124, 134 and 146.

⁹⁹ E. Clive, “The New Hague Convention on the Protection of Adults”, Yearbook of Private International Law, 2000, p. 15 and R. Frimston et al, International protection of adults, 2015, p.156.

¹⁰⁰ See N. Lowe and M. Nicholls, The 1996 Hague Convention on the Protection of Children, Bristol: Jordans, 2012, §2.6-2.7 and E. Clive, The New Hague Convention on Children”, Juridical Review, 1998, p. 171.

- Decisions made by medical practitioners;¹⁰¹ and
- Instruments executed by adults whose faculties are impaired but how are not the subject of a protective measure [.]”

Relevant extracts from Geraldo Rocha Ribeiro, *A Convenção de Haia de 2000 relativa à protecção dos Incapazes Adultos*, Revista do Ministério Público 125, Janeiro, Março 2011, pp. 13-87 [translation by the Permanent Bureau].

At page 56, footnote 97:

“[Powers of representation under Article 15 include] li[v]ing wills and the attribution of powers of attorney for medical acts. Examples are the American ‘durable power of attorney for health care’, the English ‘advance directives’, the Spanish ‘instrucciones previas’ [...] In general, the framework [...] of Article 15 includes advance directives (including the aforementioned living wills), lasting powers of attorney, as well as the [...] appointment of a trustee, or the designation of a legal representative.”

¹⁰¹ Bucher refers, for example, to the fact that a medical practitioner is not an authority in the sense of the HAPC 2000. It has also been suggested that acts sanctioned by judicial and administrative authorities on purely ethical grounds would also fall outside the substantive scope of the Convention. A. Bucher, “La Convnetion de la Haye sur la protection internationale des adultes”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, p. 44.

Annex II

Relevant extracts from Sonia E. Rolland and Alex Ruck Keene, *Study: Interpreting the 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults Consistently with the 2007 UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 3 June 2021

Section 1, sub-section b, at pages 7 – 8:

“b. What the 2000 Convention does not do

It is perhaps important to make express, for the sake of clarity, what the 2000 Convention does not do:

- Not being based upon concepts either of mental incapacity or best interests as found in the laws of Contracting States, it does not seek to make such concepts the foundation either for the taking or recognition of protective measures.
- Whilst it mentions guardianship in Article 3 as an example of a protective measure, it does not say that this is the sole type of protective measure that it covers. Nor, in line with the fact that it does not seek to develop substantive international law norms, does it suggest that guardianship (or equivalent measures) should either be adopted or rejected in individual Contracting States: it is entirely neutral on the matter.
- The Convention expressly excludes a range of measures from its scope, including such personal matters as the formation, annulment of marriage or any similar relationship, issues relating to succession, public measures of a general nature in matters of health (for instance vaccination), criminal measures taken against the person, immigration and measures directed solely to public safety.
- As noted above, the 2000 Convention excludes – whether by accident or design, it is not entirely clear – the making by a person of a unilateral statement as to what they would wish or not wish (for instance an advance decision to refuse medical treatment). We return to this below, because this appears to us an omission which the Special Rapporteur may wish to take up.”

Appendix: Action items for securing consistency between the 2000 Convention, the CRPD, and other potential future relevant human rights instruments, at page 24

Item (d)

“Whether at the Special Commission in 2022 or separately, take steps towards proposing a protocol to the 2000 Convention specifically to address statements by individuals to enable them (to use the language of General Comment 1 to the CRPD) to “state their will and preferences which should be followed at a time when they may not be in a position to communicate their wishes to others.” Whilst it would ultimately be for the Hague Conference to determine the precise scope and mechanism to apply to such statements, the most logical approach would be to start with the equivalent framework to those applied in the 2000 Convention to private mandates in Articles 15 and 16. An article within the protocol equivalent to Article 15 would set out which law would govern the existence, extent, modification and extinction of such a statement. An article within the protocol equivalent to Article 16 would then set out (in effect) ‘override’ provisions, potentially also including a provision that such statements would not have to be given effect where to do so would be to conflict with a mandatory provision of the law of the receiving State.”

Annex III

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

DOC. TRAV. No. 41F

Commission spéciale
sur la protection des adultes
(3-12 septembre 1997)

Distribution: 11 septembre 1997

Document soumis par la délégation du Canada pour information**A POUVOIRS DONNÉS DANS UN MANDAT EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE
CONFORMÉMENT AU CODE CIVIL DU QUÉBEC**

Le Code civil du Québec prévoit que toute personne majeure peut, alors qu'elle est pleinement capable d'exercer ses droits civils, donner en prévision de son inaptitude mandat à une autre personne de prendre charge de sa personne et de l'administration de ses biens.

Contrairement au mandat qui, en principe, prend fin à la survenance de l'incapacité, le mandat en prévision de l'inaptitude prend effet à ce moment et sera éventuellement révoqué au retour du mandant à l'aptitude.

Le pouvoir de prendre soin de la personne comprend, entre autres, celui de consentir aux soins de santé physique ou mentale; le mandat peut donc contenir des directives à cet égard, particulièrement pour les soins à l'approche de la mort (testament de vie).

Le pouvoir de gérer les biens peut être général ou limité à certains biens et il peut être qualifié de pleine ou de simple administration; la pleine administration comporte le pouvoir d'aliéner les biens, la simple administration nécessite, à cet égard, l'autorisation du tribunal. Les pouvoirs relatifs aux placements comportent certaines limites, compte tenu qu'il s'agit d'administration du bien d'autrui.

La prise d'effet du mandat requiert l'intervention de l'autorité judiciaire qui a charge de vérifier sa validité et l'inaptitude du mandant.

Si le mandat ne porte que sur la protection de la personne ou sur les biens ou une partie de ceux-ci, un régime de protection peut-être institué et le tuteur assume alors la charge résiduaire. En cas d'imprécision ou d'obscurité d'une disposition du mandat, les règles relatives au régime général intermédiaire de protection, la tutelle, servent à interpréter le mandat.

Le mandat continue d'avoir effet malgré l'instauration d'un régime de protection complémentaire et la personne responsable de l'administration des biens de l'adulte

protégé, qu'il soit le tuteur ou le mandataire, doit faire un rapport annuel de sa gestion à celui qui assume la protection de la personne. Si le mandat est suffisant et que son exécution est irréprochable, il exclut la possibilité d'ouvrir un régime de protection.

La révocation du mandat sera prononcée par l'autorité judiciaire sur demande du mandant et sur preuve de son retour à l'aptitude ou sur demande d'un intéressé, y compris le curateur public, au cas de négligence du mandataire à accomplir correctement ses tâches.

B RÔLE DU CURATEUR PUBLIC AU QUÉBEC

Le curateur public est nommé par le Gouvernement, il assume la responsabilité des régimes de protection des personnes majeures mises sous régime de tutelle (incapacité partielle) et de curatelle (incapacité totale) dans tous les cas où il est impossible de trouver un parent ou un proche qui accepte et qui soit en mesure d'assumer la charge. La loi lui impose le devoir de tenter de découvrir une telle personne.

Le curateur public exerce par ailleurs la surveillance de l'ensemble des tutelles et curatelles privées par le biais d'inventaire des biens et au moyen des rapports annuels fournis par les tuteurs et curateurs, et il doit également s'assurer que ces derniers maintiennent une sûreté suffisante pour garantir leur administration.

De plus, il agit à titre d'administrateur provisoire des biens abandonnés et à titre également de liquidateur de personnes morales.

Le curateur public possède un pouvoir d'enquête qu'il peut exercer d'office ou sur demande relativement à la situation de toute personne sous régime de protection ou qui a conféré à un tiers un mandat en prévision de l'inaptitude.

Enfin, l'autorité judiciaire peut désigner le curateur public pour agir provisoirement comme tuteur ou curateur d'une personne qui se trouve au Québec sans y avoir sa résidence habituelle et le curateur public assume alors cette tâche jusqu'à ce que la personne soit prise en charge conformément aux lois de sa résidence habituelle.

La délégation canadienne demeure à la disposition des délégations qui souhaiteraient obtenir des informations additionnelles.

Annexe IV

Rapport de recherche sur les discussions relatives aux directives anticipées intervenues lors de l'élaboration du projet initial de la Convention Protection des adultes de 2000 et des négociations qui ont suivi.

Questions d'ordre médical abordées dans la Convention de 2000

1. Lors de l'élaboration de la Convention de 2000, une grande incertitude régnait quant à l'inclusion des questions d'ordre médical dans le champ d'application de la Convention.
2. Pour certains délégués, comme Mme Pérez Vera (Espagne), un adulte est vulnérable généralement en raison d'un problème de santé physique ou psychiatrique ou en raison de l'âge. Ainsi, la protection des adultes vulnérables doit nécessairement inclure les questions d'ordre médical¹⁰².
3. D'autres délégués, notamment M. Bucher (Suisse), ont fait valoir que l'inclusion des questions d'ordre médical conduirait à l'application de toutes les dispositions de la Convention, y compris l'obligation d'exécuter et de reconnaître les décisions prises dans une autre Partie contractante ; cependant, une telle obligation semble, selon lui, inacceptable en matière médicale¹⁰³.
4. Compte tenu de la difficulté de négocier sur cette question sensible, le Président a proposé de créer un petit groupe de travail chargé de traiter la question des traitements médicaux¹⁰⁴.
5. Enfin, aucune des dispositions de la Convention de 2000 ne limite son application à la seule protection des biens. Les dispositions visent à protéger tant les biens que la personne du majeur (art. 3), y compris en matière de santé.

Directives anticipées et articles 15 et 16

Le cheminement des articles 15 et 16 de la Convention de 2000

6. Au cours des premières étapes de la rédaction de la Convention, la loi applicable aux pouvoirs de représentation était régie par deux articles, les anciens articles 13 et 14, puis par trois articles, les anciens articles 13, 14 et 15.
7. Le texte original préparé par le Groupe de rédaction (réunion des 13 et 14 juin 1997) se lisait comme suit:

Article 13

1. *L'existence ou l'extinction de pouvoirs de représentation d'un adulte incapable découlant d'un mandat ou acte unilatéral consenti par l'adulte lorsqu'il était capable est régie par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'adulte à la date à laquelle le mandat, ou l'acte unilatéral a été fait, à moins qu'une autre loi ait été désignée conformément au paragraphe suivant.*
2. *La loi choisie par l'adulte est applicable si cette loi est, à la date à laquelle le mandat ou l'acte unilatéral a été fait, celle d'un Etat dont l'adulte a la nationalité ou celle de l'Etat de la situation des biens concernés.*

¹⁰² [Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique \(1999\)](#) (ci-après, « Actes et documents »), Rapport de séance No 11 (Réunion du 27 septembre 1999 (après-midi)), p. 299.

¹⁰³ Actes et documents, Rapport de séance No 12 (Réunion du 28 septembre 1999 (matin)), p. 306.

¹⁰⁴ Actes et documents, Rapport de séance No 7 (Réunion du 23 septembre 1999 (matin)), p. 266.

Article 14

Le pouvoir de représentation prévu à l'article 13 peut être retiré ou modifié par des mesures prises en application de la Convention.

8. Un avant-projet adopté par la Commission spéciale sur la protection des adultes le 12 septembre 1997¹⁰⁵ se lit comme suit :

Article 13

1. *L'existence, l'étendue 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 régis 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.*

Article 14

Quelle que soit la loi applicable aux pouvoirs de représentation [conférés conformément à l'article 13], on aura égard, en ce qui concerne leurs modalités d'exercice, à la loi de l'Etat où ils sont exercés.

Article 15

Les pouvoirs de représentation conférés conformément à l'article 13 peuvent être retirés ou modifiés par des mesures prises en application de la Convention.

9. La version finale des dispositions régissant la loi applicable aux pouvoirs de représentation était la suivante :

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

Article 16

Les pouvoirs de représentation prévus à l'article 15, lorsqu'ils ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte, peuvent être retirés ou modifiés par des mesures prises par une autorité ayant compétence selon la Convention. Pour retirer ou modifier ces pouvoirs de

¹⁰⁵ Document préliminaire No 2 de juin 1998, in Actes et documents, p. 78.

représentation, la loi déterminée à l'article 15 doit être prise en considération dans la mesure du possible.

10. L'intention du Groupe de rédaction était d'assurer l'autonomie la plus large possible de la volonté de l'adulte. Cette autonomie permet à l'adulte de désigner la loi applicable à ses pouvoirs de représentation. D'une juridiction à l'autre, il existe une grande diversité dans la réglementation des pouvoirs de représentation. Certaines juridictions autorisent une portée plus large des pouvoirs de représentation, notamment dans le domaine médical, avec les directives anticipées.
11. Comme le définit la Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées en cas d'incapacité, « les "directives anticipées" sont des instructions données ou des souhaits exprimés par un adulte capable concernant les questions qui peuvent se poser dans le cas de son incapacité »¹⁰⁶.
12. Plus de vingt ans après la rédaction de la Convention, la question qui se pose aujourd'hui est de savoir si les directives anticipées étaient comprises comme étant incluses dans les « pouvoirs de représentation accordés par un adulte ».
13. Il est donc nécessaire de retrouver les extraits pertinents de la procédure.

Mention des directives anticipées dans les travaux préparatoires à l'élaboration de la Convention 2000

Réunion du Groupe de travail en vue de préparer la Commission spéciale sur la protection des adultes (14- 17 avril 1997)

14. 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). Ce document donnait l'objet d'un pouvoir de représentation : « ... »

« A power of "representation" is intended to cover any power to take decisions for or on behalf of the incapable adult. » (traduction du Bureau Permanent: Un pouvoir de « représentation » est destiné à couvrir tout pouvoir de prendre des décisions pour ou au nom de l'adulte incapable.)
15. En comparant la définition des directives anticipées (voir ci-dessus) et la définition du pouvoir de représentation, les pouvoirs de représentation pourraient, dans certains cas, être considérés comme un moyen de réaliser les directives anticipées.

Résumé des discussions du Groupe de travail réuni en vue de préparer la Commission spéciale sur la protection des adultes (14 au 17 avril 1997)

16. Les discussions liminaires ont soulevé une question : Faut-il inclure les mesures « privées » qui prennent des dispositions anticipées sur l'état d'incapacité futur de l'adulte ? Par exemple, ces mesures pourraient être des mandats à durée indéterminée (ou « *post incapacitatem* ») ou des trusts¹⁰⁷.

« Les participants ont exprimé très largement le besoin d'une définition des actes qui sont concernés ici puisque dans les législations internes, une grande diversité de contrats existe. Il convient principalement de distinguer ceux par lesquels le mandant organise la gestion de ses biens, mais qui prennent fin avec l'institution d'un régime de protection du

¹⁰⁶ Conseil de l'Europe, [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 - Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées avant trait à l'incapacité](#), voir annexe à la Recommandation, Partie I, Principe 2(1).

¹⁰⁷ Actes et documents, Réunion du Groupe de travail en vue de préparer la Commission spéciale sur la protection des adultes (14-17 avril 1997), Résumé des discussions du Groupe de travail du 14 au 17 avril 1997, p. 65.

mandant, et ceux qui ne déploient leurs effets qu'à partir d'une incapacité du mandant. L'unanimité s'est manifestée en faveur d'une approche large à l'égard de ces mesures et en faveur de leur prise en considération en totalité. [...]

Il a été formulé le besoin d'une disposition qui assure la validité d'une procuration donnée dans la perspective d'une éventuelle incapacité future, lorsque l'adulte change de résidence habituelle et l'incapacité survient dans l'Etat de la nouvelle résidence. »¹⁰⁸

17. Ainsi, la volonté était de reconnaître le plus grand nombre possible de mesures même si elles sont régies par une loi étrangère, il semble donc évident que les directives anticipées seraient incluses dans cette démarche.
18. Au cours de la réunion du Groupe de travail, une copie du modèle néerlandais de procuration médicale a été distribuée aux participants. Ce document est particulièrement intéressant car il comprend des mandats spécifiques détaillés qui s'apparentent à des directives anticipées : « Si je ne suis plus conscient, mais qu'il y a une attente fondée que je puisse reprendre conscience, je déclare par la présente que c'est mon souhait exprès que tous les actes médicaux, qui sont considérés dans des limites raisonnables comme nécessaires à cette fin, soient pris. » (traduction du Bureau Permanent)
19. Cette disposition n'est pas directement destinée à un représentant. Elle exprime uniquement la volonté de l'adulte capable en cas d'incapacité de celui-ci.
20. Le Groupe de travail a donc consulté un document contenant des modèles de directives anticipées et ne les a pas explicitement exclues du champ d'application de la Convention. Ainsi, cela peut être considéré comme une intention implicite de les inclure.

Commission spéciale sur la protection des adultes (3 au 12 septembre 1997)

21. Concernant l'article 4, « [...] les délégations se sont interrogées sur l'éventuelle exclusion du champ d'application de la Convention d'un certain nombre des questions spécifiques. Un expert s'est posé la question de savoir si les dispositions qu'un adulte peut prendre à l'avance, notamment pour s'opposer à tout acharnement thérapeutique, seraient couvertes par le champ d'application de la présente Convention. »¹⁰⁹
22. Le rapport ne mentionne pas de réponse à cette question. Toutefois, on peut observer que le sujet des directives anticipées, notamment les « testaments de vie »¹¹⁰, a été mis sur la table dès le début et n'a pourtant pas soulevé de controverse justifiant une décision explicite à cet égard, à l'époque..
23. À propos du chapitre III sur la loi applicable, « [...] M Lagarde considère que le texte de l'article gagnerait à préciser que sont visés uniquement les pouvoirs de représentation donnés par un adulte en prévision de son incapacité. Il semble que soient exclus les autres mandats, antérieurs à une incapacité non envisagée, pour lesquels la question se pose néanmoins de savoir si leur éventuelle extinction du fait de la survenance de l'incapacité est soumise au champ d'application de la future Convention. En ce qui concerne les autres articles (14 à 18), M Lagarde précise qu'ils sont copiés sur la Convention de 1996 sur la protection des mineurs. »¹¹¹
24. M. Lagarde fait la distinction entre les procurations et les pouvoirs de représentation, qui peuvent inclure des directives anticipées.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 68 et 70.

¹⁰⁹ Version française du Rapport de réunion No 4 (4 septembre 1997, après-midi), p. 2.

¹¹⁰ Version anglaise du Rapport de réunion No 4 (4 septembre 1997, après-midi), p. 2.

¹¹¹ Version française du Rapport de réunion No 5 (5 septembre 1997, matin), p. 2.

25. Concernant l'ancien article 13, paragraphe 1, la version anglaise du rapport utilise l'expression « power of attorney » alors que la version française utilise l'expression « acte relatif à sa représentation ». L'expression française est plus large et inclut donc les directives anticipées¹¹².
26. En ce qui concerne l'article 13, paragraphe 2, la délégation suisse a fait la proposition suivante (Doc. trav. No 24) :
- « 2 Sont réservées les règles d'ordre public de l'Etat du lieu où la protection de l'adulte doit être assurée, en particulier dans le domaine médical. »
27. Comme expliqué dans le Rapport Lagarde faisant référence à cette proposition, « La réserve des lois de police spécialement dans le domaine médical, de l'Etat dans lequel la protection de l'adulte doit être assurée, avait d'abord été proposée comme contrepoids à la possibilité donnée à l'adulte de choisir la loi applicable aux pouvoirs de représentation. »¹¹³
28. Lors de la réunion du mardi 9 septembre 1997 (matin), concernant cette proposition de la délégation suisse, l'assemblée a discuté de la nécessité d'une disposition spéciale sur l'ordre public. Certains experts étaient totalement opposés à l'utilisation d'une telle disposition n'importe où dans la Convention, tandis que d'autres préféreraient avoir une disposition séparée portant spécifiquement sur cette question, comme on le trouve dans les Conventions sur Trust et Contrats d'intermédiaires. Un expert a noté qu'une disposition spéciale est nécessaire car la clause générale d'ordre public de l'article 18 ne permet pas de refuser l'application des pouvoirs de représentation, mais seulement le refus de l'application de la loi¹¹⁴.
29. Malgré cette préoccupation, l'idée a été acceptée par la Commission spéciale sur la protection des adultes et a été élargie à toutes les situations impliquant la protection de l'adulte.
30. En outre, la délégation néerlandaise a présenté la proposition suivante dans le Document de travail No 29 (Doc. trav. No 29), inspirée de l'article 9 de la Convention Contrats d'intermédiaires :
- « Article 13 a
Quelle que soit la loi applicable aux pouvoirs de représentation, on aura égard en ce qui concerne les modalités d'exécution à la loi du lieu d'exécution. »
31. Dans cette optique, il convient de prendre en compte la loi du lieu d'exécution, quelle que soit la loi applicable aux pouvoirs de représentation. Il est procédé à un vote sur ce Document de travail, 17 voix pour, 4 contre et 9 abstentions¹¹⁵.
32. À titre d'information seulement¹¹⁶, la délégation du Canada a présenté et introduit le Document de travail Nos 41 E et 41 F, contenant des descriptions d'une partie du Code civil du Québec et du Code de la Colombie-Britannique.
33. Selon ces textes, une personne jouissant de sa pleine capacité peut donner des pouvoirs à une autre personne pour agir en son nom dans l'administration de ses intérêts personnels et patrimoniaux, en cas d'altération de ses facultés personnelles. Comme l'explique le Doc. trav. No 41 F (détaillant une partie du Code civil du Québec), le pouvoir peut inclure, entre autres,

¹¹² *Ibid.*, p. 3.

¹¹³ Actes et documents, Rapport Lagarde sur l'avant-projet de la Convention adopté par la Commission spéciale le 12 septembre 1997, para. 108.

¹¹⁴ Version anglaise du Rapport de réunion No 10 (9 septembre 1997, matin), p. 2.

¹¹⁵ Version anglaise du Rapport de réunion No 11 (9 septembre 1997, après-midi), p. 3.

¹¹⁶ Rapport de réunion No 16 (12 septembre 1997, matin), p. 1.

le consentement aux soins de santé physique ou mentale. Le mandat peut également contenir des instructions concernant les soins au moment de la mort (testament de vie).

34. De telles instructions peuvent être considérées comme des directives anticipées.

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

35. Concernant l'alinéa g) de l'article 3 (énumération des mesures de protection)¹¹⁷

« [...] supervision par une autorité publique des soins dispensés à la personne à protéger par toute personne en ayant la charge; »

36. Un expert a exprimé son inquiétude quant au conflit possible avec cet alinéa et la volonté exprimée par l'adulte de ne pas poursuivre la thérapie en cas de maladie incurable, arrivée à un stade terminal. Le « souhait exprimé par l'adulte » pourrait être compris comme une directive anticipée.

37. Cet alinéa ne figure pas dans la version finale de la Convention de 2000.

38. En ce qui concerne l'article 13, paragraphe 1, les Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique prévoient ce qui suit :

« Cet article envisage la situation dans laquelle l'adulte lui-même organise par avance sa protection pour le moment où il ne pourra plus pourvoir à ses intérêts. Il le fait en conférant à une personne de son choix, par un acte de volonté qui peut être un accord conclu avec cette personne ou un acte unilatéral, des pouvoirs de représentation. [...]

La situation ici envisagée se caractérise par le fait que les pouvoirs de représentation ne pourront commencer à s'exercer qu'après le moment où l'adulte qui les a conférés ne pourra plus pourvoir à ses intérêts et leur prise d'effet requiert normalement, en tout cas au Québec l'intervention de l'autorité judiciaire pour constater l'incapacité. Les pouvoirs ainsi conférés peuvent être des plus variés. Ils portent aussi bien sur la gestion des biens de l'adulte que sur les soins à apporter à sa personne. On y trouve souvent l'instruction donnée au mandataire de refuser tout acharnement thérapeutique en cas de maladie incurable. Ce type de mandat, qui paraît assez courant dans certains Etats, et notamment en Amérique du Nord, est inconnu dans de nombreux Etats européens, dont la France, où le mandat prend fin nécessairement en cas de survenance d'incapacité, d'où l'intérêt d'avoir en la matière une règle de conflit de lois. »¹¹⁸

39. Se référant au Doc. trav. No 41 F présenté par la délégation du Canada lors de la Commission spéciale sur la protection des adultes (3-12 septembre 1997), ce paragraphe précise que la règle de conflit de lois est également conçue pour l'importation d'une directive anticipée régie par une loi étrangère dans un autre État où les instructions données ou les souhaits exprimés sont inconnus.

40. Sur l'article 13, paragraphe 2, les Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique prévoient ce qui suit:

« La faculté donnée à l'adulte de choisir la loi applicable au mandat d'incapacité pose immanquablement la question du sort de ce mandat dans le cas où la loi choisie ne connaît pas (ou prohibe) ce type de mandat. Cette question a été longuement débattue par la Commission spéciale. Une première solution avait été suggérée, qui s'inspirait de l'article 5 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au

¹¹⁷ Actes et documents, Rapport Lagarde sur l'avant-projet de la Convention adopté par la Commission spéciale le 12 septembre 1997, para. 27.

¹¹⁸ Actes et documents, para. 90 - 91.

trust et à sa reconnaissance. La délégation canadienne avait proposé, dans cette ligne, de déclarer le paragraphe 2 de l' article 13 non applicable lorsque la loi désignée ne connaît pas ce type de mandat (Doc. trav. No 25), mais cette proposition a été rejetée par 17 voix contre 2 et 6 abstentions. Une seconde proposition de la même délégation, reprenant en substance la précédente et y ajoutant la possibilité de donner néanmoins effet aux pouvoirs de représentation dans la mesure ou la protection de l'adulte le requiert (Doc. trav. No 38) a également été rejetée par 15 voix contre 4 et 6 abstentions. L'autre solution, que la Commission spéciale n'a pas consacrée formellement mais qui paraît bien découler du rejet des propositions précitées, consiste à tenir les pouvoirs conférés par l'adulte pour inexistantes et à susciter de l'autorité compétente une mesure de protection. »¹¹⁹

Rapports de séance de la Commission spéciale à caractère diplomatique

41. Lors de la réunion du 22 septembre 1999 (matin)¹²⁰, la proposition faite par les Pays-Bas dans le Doc. trav. No 35 a été examinée. Comme l'a résumé la délégation espagnole et comme l'a confirmé la délégation néerlandaise, l'idée de cette proposition est de permettre à l'adulte de choisir sans limite la loi applicable à sa protection, même si la loi choisie n'a aucun lien avec la situation. Le délégué de la Suisse (M. Bucher) a fait part de ses préoccupations concernant cette proposition :

« **Mr. Bucher (Suisse)** souligne que la délégation suisse est particulièrement sensible au sort des actes médicaux et qu'elle n'admettra pas des possibilités de représentation aussi larges en cette matière. Il expose que le droit interne suisse ne connaît pas le mandat d'inaptitude, mais qu'une évolution est en cours. Néanmoins, il comprend l'approche de la délégation des Pays-Bas, pays le plus progressiste quant à l'autonomie de la volonté à l'égard des actes médicaux, incluant même l'euthanasie active ou passive, qu'un représentant pourrait exécuter sur la demande d'un adulte. Il craint qu'un ressortissant suisse choisisse la loi hollandaise pour avoir accès à ce droit. La délégation suisse émet donc la plus grande réserve à ce sujet car le droit suisse ne s'est pas encore prononcé sur l'acceptation et la portée de ce type de mandats. Il faudrait éviter que la Suisse ne puisse envisager la ratification de la présente Convention à cause de cela. »¹²¹

42. L'importance d'une directive anticipée régie par un droit étranger est donc clairement envisagée dans l'exemple pris par M. Bucher.
43. En réponse, M. Lagarde se réfère au Document de travail No 41 remis aux délégués lors de la Commission spéciale sur la protection des adultes (3-12 septembre 1997).
44. Au cours de la réunion de l'après-midi (Rapport de séance No 6), la délégation néerlandaise a répondu aux observations de la délégation suisse.

« En réponse à M. Bucher (Suisse), Mme van Iterson déclare que, de son point de vue, les mandats d'inaptitude peuvent couvrir des questions médicales si la loi applicable aux mandats le permet, ce qui est par exemple le cas des lois du Canada et des Etats-Unis. Mme van Iterson explique qu'aux Pays-Bas la législation prévoit que le médecin respecte les pouvoirs de représentation des représentants de l'incapable, mais dans le respect des codes de déontologie médicale, lequel demeure de toute façon applicable en vertu de l'article 19 de la présente Convention. L'argument avancé par la délégation suisse, selon lequel une possibilité de libre choix de la loi applicable risquerait de conduire à

¹¹⁹ *Ibid.*, para. 99

¹²⁰ Actes et documents, Rapport de séance No 5, pp. 257 – 258.

¹²¹ Actes et documents, Rapport de séance No 5, p. 258.

l'application de lois particulièrement libérales, ne paraît donc pas suffisant, selon Mme van Iterson, pour refuser une autonomie complète de volonté. »¹²²

45. Dans son intervention, Mme van Iterson s'est référée à l'article 19 du projet de texte (actuel art. 20 de la Convention) : « Les articles précédents ne font pas obstacle à l'application des dispositions de la loi de l'État dans lequel l'adulte doit être protégé, notamment en matière médicale, lorsque l'application de ces dispositions est obligatoire quelle que soit la loi qui serait autrement applicable. »
46. En tant qu'exception aux règles de la loi applicable de la Convention de 2000, cet article permet aux États d'appliquer des lois impératives sur leur propre territoire, même si la protection de l'adulte a été organisée conformément à la loi d'un autre État.
47. Comprenant les préoccupations de M. Bucher concernant l'euthanasie, M. Lagarde a ajouté :
« [...] le risque de l'application d'une loi admettant l'euthanasie n'est pas lié à l'autonomie complète de la volonté. En effet qu'une loi choisie parmi des lois présélectionnées pourrait également conduire à ce résultat, la solution résidant alors dans un recours à l'ordre public. »¹²³
48. Le recours à l'ordre public a également été suggéré par M. Marques dos Santos (Portugal) :
« Si la pratique de l'euthanasie apparaît cependant trop choquante pour l'Etat requis, [...] le recours [est] toujours possible à l'ordre public, tant au niveau de la loi applicable qu'à celui de la reconnaissance des décisions, ainsi qu'à des lois pénales. »¹²⁴
49. La mise en œuvre du mécanisme d'ordre public était prévue à l'article 20 du projet de texte (actuel art. 21 de la Convention).
« M. Bucher concède que le respect de la loi locale peut toujours être assuré par le biais des articles 19 et 20 mais ces clauses d'exception sont parfois difficiles d'interprétation et d'application. Or, dans le domaine médical, une règle claire et précise est, selon lui, nécessaire. »¹²⁵

Réunion du 23 septembre 1999 (matin) – Rapport de séance No 7 (p. 266).

50. Lors de la discussion sur la rédaction de l'article 15 (actuel art. 16 de la Convention), M. Bucher a exprimé une fois de plus son inquiétude quant à l'application d'une loi choisie par l'adulte qui serait contraire au droit local :
« [...] il est légitime d'essayer de respecter le plus possible la volonté de l'adulte, mais seulement dans certaines limites (ainsi il n'admettrait pas que les autorités suisses soient obligées d'appliquer contrairement à leur loi d'application immédiate une loi choisie qui, telle la loi néerlandaise, permet l'euthanasie active). »¹²⁶
51. En réponse, Mme DeHart (États-Unis d'Amérique) s'étonne que la question de l'euthanasie soit à nouveau soulevée dans le présent débat, car elle considère que l'article 19 l'emporte sur toute disposition interférant avec les questions médicales.
52. Ainsi, les travaux préparatoires ne mentionnent jamais une opposition claire à l'application de la Convention aux directives anticipées.

¹²² Actes et documents, Rapport de séance No 6 (Réunion du 22 septembre 1999 (après-midi)), p. 260.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Actes et documents, Rapport de séance No 6 (Réunion du 22 septembre 1999 (après-midi)), p. 264.

¹²⁶ Actes et documents, Rapport de séance No 7 (Réunion du 23 septembre 1999 (matin)), p. 269.

53. En fait, les effets d'une directive anticipée régie par un droit étranger ont été envisagés à plusieurs reprises au cours des négociations. L'inclusion des directives anticipées dans la formulation des actuels articles 15 et 16 n'a jamais été rejetée par les délégués, qui ont même proposé une solution par le biais des articles 19 et 20 afin d'apaiser les craintes éventuelles.
54. En conclusion, on peut dire que le Groupe de rédaction n'avait pas l'intention d'exclure les directives anticipées du champ d'application des pouvoirs de représentation dans les articles 15 et 16. Ce point de vue est renforcé par le contenu du Rapport explicatif de Paul Lagarde qui fait état de la grande variété des pouvoirs de représentation que l'adulte peut conférer dans le cadre de la prise de dispositions anticipées concernant la manière dont il préfère que ses intérêts personnels et patrimoniaux soient soutenus, sans exclure aucune itération de ces pouvoirs¹²⁷.

¹²⁷ P. Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, 2017, para. 96.