

<b>Titre</b>	Instructions données et souhaits émis par l'adulte dans le champ d'application de la Convention Protection des adultes de 2000
<b>Document</b>	Doc. pré. No 6 d'octobre 2022 (version révisée)
<b>Auteur</b>	BP
<b>Point de l'ordre du jour</b>	À déterminer
<b>Mandat(s)</b>	C&R No 34 du CAGP de 2019 ; C&D No 31 du CAGP de 2020 ; C&D No 26 du CAGP de 2021
<b>Objectif</b>	Faciliter les discussions de la Commission spéciale de 2022 sur le fonctionnement de la Convention concernant l'inclusion des instructions données ou des souhaits émis par l'adulte, par exemple des directives anticipées, dans le champ d'application de la Convention Protection des adultes de 2000.
<b>Mesures à prendre</b>	Pour décision <input type="checkbox"/> Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour discussion <input checked="" type="checkbox"/> Pour action / achèvement <input type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/>
<b>Annexes</b>	<p><b>Annexe I</b> : Doc. trav. No 4 (proposition soumise par l'Expert du Royaume-Uni : Un équivalent fonctionnel de la « responsabilité parentale » (en anglais)).</p> <p><b>Annexe II</b> : Doc. trav. No 41F (document soumis par la délégation du Canada pour information).</p> <p><b>Annexe III</b> : Rapport de recherche sur les débats relatifs aux directives anticipées intervenus lors de l'élaboration du projet initial de la Convention Protection des adultes de 2000 et des négociations qui ont suivi.</p> <p><b>Annexe IV</b> : Extraits de l'étude réalisée à la demande du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées (en anglais).</p> <p><b>Annexe V</b> : Extraits de doctrine sur la question de l'inclusion des directives anticipées dans le champ d'application de la Convention de 2000 (en anglais).</p>
<b>Documents connexes</b>	Doc. pré. No 4 de février 2022 – Projet de Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000

## Table des matières

I.	Introduction .....	1
II.	Définitions.....	2
	A. Pouvoir de représentation .....	2
	B. Procuration .....	2
	C. Procuration permanente .....	2
	D. Directives anticipées.....	2
	E. Instructions données et souhaits émis par l'adulte .....	3
III.	Interprétation des Conventions de la HCCH.....	3
IV.	L'élaboration de la Convention de 2000.....	4
	A. Le Groupe de travail d'avril 1997 et son Groupe de rédaction de juin 1997.....	4
	B. La Commission spéciale du 3 au 12 septembre 1997.....	6
	C. La Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999 .....	6
	D. Version finale des articles 15 et 16.....	7
V.	Recommandation 2009 du Conseil de l'Europe concernant les procurations permanentes et les directives anticipées .....	8
VI.	Étude de juin 2021 réalisée à la demande du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées .....	8
VII.	Les instructions données ou les souhaits émis par l'adulte entrent-ils dans le champ d'application de la Convention ?.....	9
	A. Champ d'application général et coopération .....	9
	B. Questions de santé .....	9
	C. Instructions données et souhaits émis par un adulte .....	10
VIII.	Enregistrement des instructions et des souhaits .....	11
IX.	Remarques finales .....	11
X.	Conclusions et Recommandations proposées par le Bureau Permanent.....	12
	Annexe I.....	14
	Annexe II.....	16
	Annexe III.....	18
	Annexe IV.....	26
	Annexe V.....	27

# Instructions données et souhaits émis par l'adulte dans le champ d'application de la Convention Protection des adultes de 2000

## I. Introduction

- 1 Lors de la rédaction 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 chargé de son élaboration se sont interrogés sur la clarté du langage de la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (« Convention Protection des adultes de 2000 » ou « Convention de 2000 ») concernant l'inclusion des directives anticipées dans son champ d'application. Il était entendu que les Parties contractantes peuvent avoir des vues différentes sur la question de savoir si les directives anticipées entrent dans le champ d'application de la Convention de 2000 et, en particulier, de ses articles 15 et 16.
- 2 Au cours de ses discussions, le Groupe de travail a convenu que la portabilité et l'applicabilité transfrontière des directives anticipées sont généralement souhaitables, mais il n'était pas certain que l'article 15 de la Convention de 2000 puisse s'appliquer à tous les types de directives anticipées. C'est la raison pour laquelle il a suggéré d'effectuer des recherches complémentaires sur l'historique des négociations, notamment sur l'intention des négociateurs, afin de déterminer si, et dans quelle mesure, les directives anticipées relèvent des articles 15 et 16 de la Convention de 2000, et en particulier de ses 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 (Doc. pré.) sur ce sujet avec l'assistance du Groupe de travail.
- 3 La question examinée dans ce Doc. pré. était difficile, si bien que ce document a fait l'objet de nombreuses révisions. En prévision d'une altération future de ses facultés personnelles, l'adulte peut émettre un acte de volonté anticipée qui adresse ses instructions et ses souhaits à un représentant précis ou à tous. Ces actes de volonté anticipée peuvent revêtir différentes formes, telles que les directives anticipées ou les procurations permanentes. S'il peut être souhaitable que les articles 15 et 16 s'appliquent à tous les actes de volonté anticipée, il peut être difficile de qualifier certains d'entre eux de « pouvoirs de représentation » lorsqu'ils ne contiennent que des instructions et des souhaits qui ne sont pas adressés à un représentant particulier.
- 4 Ce document vise à faciliter les discussions relatives à l'inclusion des instructions données et des souhaits émis par un adulte dans la Convention de 2000 lors de la réunion de la Commission spéciale de 2022 sur le fonctionnement pratique de la Convention. À cet effet, il mettra en lumière tous les documents pertinents du Groupe de travail d'avril 1997<sup>1</sup> et de son Groupe de rédaction de juin 1997, de la Commission spéciale de septembre 1997 (y compris son Comité de rédaction) et de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999, ainsi que le Rapport explicatif,<sup>2</sup> le texte de la Convention de 2000 et les commentaires de doctrine sur le sujet susceptibles d'éclairer les débats. Ce document invite en outre la Commission spéciale à promouvoir une interprétation du terme « pouvoir de représentation » qui recouvre tous les actes de volonté anticipée et qui souligne la notion de « pouvoir » donné par un adulte, à travers ses instructions et ses souhaits, à un individu précis ou à tous.

---

<sup>1</sup> Les comptes rendus des discussions du Groupe de travail d'avril 1997 ne sont pas consultables sur le site web de la HCCH, mais ils peuvent être communiqués sur demande.

<sup>2</sup> 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 »).

## II. Définitions

### A. Pouvoir de représentation

- 5 Le terme « pouvoir de représentation » est une notion autonome élaborée par le Groupe de rédaction de juin 1997 aux fins des articles 15 et 16 de la Convention de 2000. L'article 15 dispose que « les pouvoirs de représentation [sont] 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 »<sup>3</sup>. Ces pouvoirs de représentation permettent 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<sup>4</sup>.

### B. Procuration

- 6 Pouvoir ou autorité conféré par une personne (mandant, donateur, principal) à une autre (mandataire, donataire ou agent) autorisant cette dernière à agir pour le compte du mandant<sup>5</sup>.

### C. Procuration permanente

- 7 « Mandat conféré par un majeur capable dont l'objet est de rester ou d'entrer en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant »<sup>6</sup>.

### D. Directives anticipées

- 8 Les directives anticipées sont « les instructions données ou les souhaits émis par un majeur capable sur des questions que peut soulever son incapacité future »<sup>7</sup>. Une directive anticipée est un acte de volonté anticipée qui concerne le plus souvent 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 résidence<sup>8</sup>. 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 assistant<sup>9</sup>. Les directives anticipées sont des actes unilatéraux qui peuvent être adressés à une personne physique ou à un groupe de personnes physiques en particulier qui prendront des décisions pour le compte de l'adulte ou qui affecteront celui-ci<sup>10</sup>. Cette personne ou ce groupe de personnes peut inclure des proches de l'adulte (par ex. un parent, un partenaire ou un ami), un mandataire agissant en vertu d'une procuration (permanente), des médecins qui pourraient être amenés à soigner ou à assister l'adulte, des travailleurs sociaux ou toute autre personne susceptible d'assister l'adulte ou de prendre des mesures affectant celui-ci. La personne ou le groupe de personnes pourraient également être désignés par une mesure de protection conformément à la loi applicable<sup>11</sup>. Les directives anticipées peuvent être également

---

<sup>3</sup> Il faut souligner que l'art. 15 ne détermine pas si la désignation d'une personne ou d'un groupe de personnes précis pour représenter ou assister l'adulte doit être effectuée avant la prise d'effet du pouvoir de représentation ou si elle peut intervenir ultérieurement, de sorte que la question est laissée au droit interne applicable.

<sup>4</sup> *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000* (ci-après, le « Manuel pratique sur la Convention de 2000 »), Glossaire.

<sup>5</sup> Eric 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. 17 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. Notons qu'Eric Clive était le Président de la *Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes*. Voir aussi le Manuel pratique sur la Convention de 2000, Glossaire.

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

<sup>7</sup> *Ibid.*, voir l'Annexe à la Recommandation, Partie I, principe 2(3).

<sup>8</sup> *Ibid.*, voir l'Exposé des motifs, para. 65 et 176.

<sup>9</sup> *Ibid.*, voir l'Annexe à la Recommandation, Partie III, principe 14.

<sup>10</sup> *Ibid.*, voir l'Exposé des motifs, para. 177.

<sup>11</sup> *Ibid.*, voir l'Exposé des motifs, para. 64.

adressées à tous et donner des instructions et exprimer des souhaits sans désigner nommément une personne physique ou un groupe de personnes physiques pour les exécuter.

- 9 Le droit interne de nombreux États contient des dispositions relatives aux directives anticipées, 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 contenir des instructions juridiquement contraignantes, tandis que d'autres peuvent exprimer des souhaits qu'il faut prendre en compte<sup>12</sup>. Bien que les directives anticipées ne soient pas *stricto sensu* des testaments, le terme « testament de vie » est couramment employé dans certains droits internes pour décrire aussi bien les instructions à caractère contraignant que les souhaits à prendre en compte en matière de santé. 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 et, dans certains États, elles peuvent être également enregistrées dans une police d'assurance maladie. Le droit interne peut obliger les praticiens de santé qui soignent l'adulte à consulter, si nécessaire, ces registres publics ou polices d'assurance maladie<sup>13</sup>.
- 10 Les procurations permanentes et les directives anticipées constituent deux « méthodes d'autodétermination des majeurs capables lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de prendre des décisions »<sup>14</sup>. Alors que les procurations permanentes prennent généralement la forme d'un accord, les directives anticipées sont des actes unilatéraux<sup>15</sup>. Elles peuvent être soumises ou non à des exigences de forme telles qu'une signature devant témoin, l'enregistrement ou l'authentification ou la certification.

### E. Instructions données et souhaits émis par l'adulte

- 11 Les instructions et les souhaits exprimés par un adulte en anticipation d'une altération future de ses facultés personnelles se rencontrent dans de nombreux types d'actes de volonté anticipée<sup>16</sup> tels que les directives anticipées, les dispositions anticipées, les décisions anticipées dans le domaine médical ou les procurations (permanentes). Le terme « acte de volonté anticipée » doit être entendu comme un terme générique qui pourrait englober tous les termes précités.

## III. Interprétation des Conventions de la HCCH

- 12 L'interprétation et l'application des Conventions de la HCCH obéissent 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* (ci-après la « Convention de Vienne »). Plus précisément, l'article 26 de la Convention de Vienne dispose qu'un traité doit être exécuté de bonne foi, tandis que son article 31 dispose qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, voir l'Exposé des motifs, para. 32.

<sup>13</sup> En Suisse par ex., l'auteur d'une directive anticipée doit veiller à ce que ses destinataires en soient informés. Il peut, par ex., remettre à son médecin traitant une copie de la directive anticipée, en garder une copie sur lui, la confier à son représentant désigné ou à une personne de confiance. L'adulte peut faire inscrire la constitution et le lieu du dépôt des directives sur sa carte d'assuré (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 si celui-ci a rédigé une directive anticipée, le médecin s'informe de leur existence en consultant la carte d'assuré du patient, hors cas d'urgence (art. 372, para. 1 du Code civil suisse). Le médecin doit respecter la directive anticipée du patient, sauf si elle viole des dispositions légales ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elle n'est pas l'expression de sa libre volonté ou qu'elle ne correspond pas à sa volonté présumée (art. 372, para. 2 du Code civil suisse).

<sup>14</sup> Conseil de l'Europe, *op. cit.*, note 6, voir l'Exposé des motifs, para. 14. Soulignons que les « décisions » peuvent concerner des questions juridiques ou médicales.

<sup>15</sup> Conseil de l'Europe, [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#), voir Exposé des motifs, para. 177.

<sup>16</sup> Un acte de volonté anticipée est le résultat d'un choix conscient et de la volonté autonome d'une personne physique capable qui souhaite s'assurer qu'il sera donné effet à ce choix conscient et à cette volonté autonome en cas d'altération future de ses capacités.

aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Outre le contexte, d'autres éléments doivent être pris en compte, notamment toute pratique subséquente dans l'application du traité qui établit l'accord des parties concernant son interprétation et toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. De plus, l'article 32 de la Convention de Vienne dispose qu'il peut être également fait appel à d'autres moyens d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

- 13 Dans le contexte de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (« Convention Enlèvement d'enfants de 1980 »), les Parties contractantes à la Convention ont conclu et recommandé d'interpréter la Convention en tenant compte de sa nature autonome et à la lumière de ses objectifs<sup>17</sup>. En outre, la *Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille* (« Convention Recouvrement des aliments de 2007 ») dispose que « pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application »<sup>18</sup>. L'interprétation de la Convention de 2000 est guidée par le Rapport explicatif, qui résume les discussions relatives aux différentes dispositions et donne des indications sur leur interprétation. En cas de doute, des transcriptions des débats intervenus lors de la Session diplomatique<sup>19</sup> au cours de laquelle la Convention a été adoptée sont également accessibles au public, de même que les rapports des réunions de la Commission spéciale<sup>20</sup> et, dans une certaine mesure, les rapports des groupes de travail<sup>21</sup> chargés d'élaborer un avant-projet de Convention aux fins de la Session diplomatique. Ces moyens d'interprétation complémentaires font partie des Travaux préparatoires<sup>22</sup>.

## IV. L'élaboration de la Convention de 2000

### A. Le Groupe de travail d'avril 1997 et son Groupe de rédaction de juin 1997

- 14 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 du domaine afin de présenter le contexte nécessaire aux discussions. Ces documents font partie des Travaux préparatoires. L'un de ces documents était un rapport rédigé par le Dr. Eric Clive sur les majeurs incapables et les autres adultes vulnérables, établi dans le cadre des travaux d'un groupe de spécialistes sur les majeurs incapables et autres adultes vulnérables qui ont abouti à l'adoption de la Recommandation No R(99) 4 du Conseil de l'Europe<sup>23</sup>. 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

---

<sup>17</sup> 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](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants », puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention ».

<sup>18</sup> Art. 53 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

<sup>19</sup> Voir [Actes et documents](#) de la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la Protection des adultes, qui s'est déroulée du 20 septembre au 2 octobre 1999.

<sup>20</sup> La Commission spéciale sur la protection des adultes s'est réunie du 3 au 12 septembre 1997. Les rapports et autres documents pertinents figurent dans les [Actes et documents](#).

<sup>21</sup> Le Groupe de travail sur la protection des adultes s'est réuni du 14 au 17 avril 1997 afin de préparer la Commission spéciale de 1997 sur la protection des adultes. Ses discussions sont résumées dans les [Actes et documents](#).

<sup>22</sup> Art. 32 de la Convention de Vienne.

<sup>23</sup> *Op. cit.* note 5.



domaine<sup>24</sup>. 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 »<sup>25</sup> devraient être prises en compte<sup>26</sup>. Il soulignait également que le respect des souhaits et des sentiments de la personne concernée devait être un autre principe fondamental d'un tel projet d'instrument.

- 15 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 »<sup>27</sup>. [Traduction du Bureau Permanent] Tout en reconnaissant que la régulation juridique des « dispositions anticipées » peut considérablement varier, il soulignait qu'au vu « de la grande attention [qui] a été portée aux procurations permanentes [...] il pourrait être utile d'en dire davantage à leur sujet [...] »<sup>28</sup>. [Traduction du Bureau Permanent]
- 16 Dans son Rapport, M. Clive énumérait plusieurs types de « pouvoirs », tels que les procurations, les procurations permanentes, les dispositions anticipées, 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 aidants<sup>29</sup>. 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 »<sup>30</sup>. [Gras ajouté] Les membres du Groupe de travail ont souscrit à la suggestion de M. Beaton.
- 17 Dans les premières étapes de la rédaction de la Convention de 2000 en 1997, le Groupe de rédaction de juin 1997 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 d'autres instruments<sup>31</sup>. Il semble qu'en introduisant ce terme, l'intention du Groupe de travail de 1997 ait également pu être de garantir l'interprétation la plus large possible qui résisterait au passage du temps eu égard à l'évolution rapide de la législation dans ce domaine.

---

24 Le Rapport Clive, *op. cit.* note 5, a été établi dans le cadre des travaux d'un groupe de spécialistes sur les majeurs incapables et autres adultes vulnérables, constitué par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe. Ce groupe de spécialistes a été chargé « d'étudier et de préparer des projets de principes sur les aspects juridiques des actes accomplis par des majeurs incapables ; d'étudier et de préparer des projets de principes sur le rôle et les devoirs d'assistance et de protection de leurs représentants, du personnel soignant et des autorités administratives et judiciaires ; et de formuler des propositions au CDCJ en vue d'élaborer un instrument international (convention ou recommandation) sur ces questions. » Ses travaux ont abouti à l'adoption de la Recommandation No R(99)4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 23 février 1999. Soulignons que le Rapport Clive et les suggestions qu'il contient montrent que l'élaboration d'un instrument facilitant et soutenant l'autodétermination des adultes vulnérables ainsi que la « reconnaissance » (le fait de donner effet) des dispositions anticipées suscitait de l'intérêt à l'échelle internationale (voir para. 3.16 du Rapport).

25 *Ibid.*, p. 21 des [Actes et documents](#).

26 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. »

27 Rapport Clive, *op. cit.* note 5, p. 17 des [Actes et documents](#), para. 3.16.

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*, p. 17-18 des [Actes et documents](#).

30 Voir l'annexe I pour le texte intégral de la proposition présentée par l'Expert du Royaume-Uni.

31 Des termes tels que « procurations (permanentes) » et « directives anticipées » sont bien définis par le Conseil de l'Europe (voir [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#)). De nombreux États adoptent ces définitions dans leur cadre juridique interne, tout comme le Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000.

## B. La Commission spéciale du 3 au 12 septembre 1997

- 18 Au cours de la Commission spéciale de 1997, la délégation du Canada a soumis et présenté les Documents de travail No 41E et 41F afin d'éclairer les débats<sup>32</sup>. Ces Documents de travail décrivaient certaines sections du Code civil du Québec et des lois de la Colombie-Britannique ayant trait respectivement au mandat en prévision de l'inaptituded'incapacité et aux « *powers of attorney* ». Selon ces documents, une personne jouissant de la pleine capacité peut conférer 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. Le Document de travail No 41F (détaillant certaines sections du Code civil du Québec)<sup>33</sup> explique qu'un mandat en prévision de l'inaptituded'incapacité (maintenant nommé mandat de protection) dans la province du Québec peut comprendre entre autres, le consentement, qui porte sur les soins à la personne de l'adulte, entraîne le pouvoir de consentir à des soins de santé physique ou mentale. Il mentionne en outre que le mandat peut donc également contenir des instructions concernant les soins en fin de vie (c.-à-d. un testament de vie ou une directive anticipée).
- 19 L'article 3 de l'avant-projet de Convention, qui donne des exemples des types de mesures qui entrent dans le champ d'application de la Convention, comprenait une disposition concernant « la supervision par les autorités publiques des soins dispensés à l'adulte par toute personne ayant la charge de cet adulte »<sup>34</sup>. Cette disposition du texte de la Convention de 1996 avait été retenue par excès de précaution, car aucun exemple concret et convaincant de son utilité pour les adultes n'a pu être donné. Au cours de la Commission spéciale de 1997, un expert s'est déclaré préoccupé par le risque que cette disposition puisse aboutir à un conflit avec les souhaits exprimés par l'adulte de ne pas poursuivre le traitement en cas de maladie en phase terminale<sup>35</sup>. De ce fait, la disposition ne figure pas dans la version définitive du texte de la Convention.
- 20 Concernant les matières à exclure du champ d'application de la Convention, le professeur Paul Lagarde a souligné dans son rapport sur la Commission spéciale de 1997 que « [...] ces exclusions doivent de manière générale être interprétées restrictivement, en ce que l'article 14 exclut seulement les mesures requises directement par la réglementation applicable aux matières exclues, mais non [...] les mesures de protection de caractère général qui doivent être prises, mêmes lorsqu'elles interviennent dans les matières exclues. »<sup>36</sup>.

## C. La Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999

- 21 Le rapport rédigé par M. Clive a donné aux délégués de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999 une idée générale de l'ampleur des divergences possibles entre les actes de volonté anticipée.
- 22 Au cours 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 médicale<sup>37</sup>. De nombreux délégués ont déclaré que les directives de fin de vie (euthanasie par ex.) entraînent

<sup>32</sup> Rapport de la réunion No 16 (12 septembre 1997, matin ), p. 1.

<sup>33</sup> Doc. trav. 41F. Voir l'annexe II. Les Documents de travail de la réunion de septembre 1997 de la Commission spéciale ne sont pas consultables sur le site web de la HCCH, mais ils sont disponibles sur demande.

<sup>34</sup> Art. 3(f) de l'Avant-projet de Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de protection des adultes adopté par la Commission spéciale le 12 septembre 1997, p. 77 des Actes et documents.

<sup>35</sup> Actes et documents, Rapport Lagarde sur l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 12 septembre 1997, para. 27.

<sup>36</sup> *Ibid.*, para. 31.

<sup>37</sup> Voir annexe III, para. 1 à 5.



dans le champ d'application de la Convention si la loi applicable autorisait leur exécution<sup>38</sup>. 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 pourrait être en conflit avec une disposition du droit interne dont l'application s'impose (art. 20)<sup>39</sup>. Les délégués se sont accordés à penser que les articles 20 et 21 de la Convention répondent suffisamment à toute préoccupation concernant l'effet et l'applicabilité transfrontière des directives de fin de vie<sup>40</sup>.

#### D. Version finale des articles 15 et 16

- 23 Les dispositions qui régissent la loi applicable aux pouvoirs de représentation ont été rédigées en plusieurs étapes. Le libellé actuel des articles 15 et 16 résulte des contributions de plusieurs délégations<sup>41</sup>. Brièvement, 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 est 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 même<sup>42</sup>.
- 24 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 représentation<sup>43</sup> conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pouvoir à ses intérêts du fait d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles. Les pouvoirs de représentation contiennent souvent les instructions et les souhaits de 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'autres<sup>44</sup>. Afin d'éviter tout conflit de lois dans ces matières, l'article 15 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 mentionnées à l'article 15(2) ait été désignée expressément par écrit<sup>45</sup>.
- 25 Les règles relatives à la loi applicable énoncées à l'article 15 gouvernent l'effet transfrontière à donner à ces pouvoirs de représentation<sup>46</sup>. L'article 15(1) couvre, notamment, l'« étendue » des pouvoirs de représentation, terme renvoyant au périmètre des pouvoirs du représentant de l'adulte et aux limites éventuellement posées à ces pouvoirs. L'article 15(2) dresse la liste exhaustive des lois autres que celle de la résidence habituelle qui peuvent être désignées par écrit par l'adulte<sup>47</sup>. L'article 15(3) couvre les modalités d'exercice des pouvoirs de représentation établis par un

---

<sup>38</sup> Voir l'annexe III, para. 41 à 51. Ces directives de fin de vie (par ex. l'euthanasie) peuvent être considérées comme des directives anticipées « autonomes » (c.-à-d. des directives anticipées qui ne sont ni accompagnées par une procuration ni incluses dans une procuration).

<sup>39</sup> Voir l'annexe III, para. 45 à 49.

<sup>40</sup> Voir l'annexe III, para. 50 et 51.

<sup>41</sup> Les délégations de la Suisse et du Canada ont proposé le texte des anciens art. 13 (Doc. trav. 24E + F), 13A et 14 (Doc. trav. No 25E), texte que la délégation des États-Unis a complété (Doc. trav. No 18).

<sup>42</sup> Voir l'annexe III, para. 6 à 13.

<sup>43</sup> Voir « Boîte à outils sur la loi applicable à l'existence, à l'étendue, à la modification, au retrait et à l'extinction des pouvoirs de représentation », Doc. pré. No 10 de septembre 2022, pour des indications complémentaires sur l'interprétation du terme « pouvoirs de représentation ».

<sup>44</sup> Rapport explicatif, *op. cit.* note 2, para. 96.

<sup>45</sup> *Ibid.*, para. 98.

<sup>46</sup> L'effet juridique des pouvoirs de représentation en situation transfrontière est conféré par le biais des règles relatives à la loi applicable. Les pouvoirs de représentation ne sont pas soumis aux règles concernant la reconnaissance et l'exécution du chapitre IV de la Convention, qui sont limitées aux mesures prises par les autorités compétentes.

<sup>47</sup> Rapport explicatif, *op. cit.* note 2, 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. »

adulte, qui sont soumises à la loi de l'État où ils doivent être exercés<sup>48</sup>. L'article 16 permet aux autorités compétentes en vertu de la Convention de retirer ou de modifier<sup>49</sup> les pouvoirs de représentation établis par l'adulte en vertu de l'article 15<sup>50</sup> lorsque ceux-ci ne sont « pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte ».

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

26 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 » est libellé comme suit :

« 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) ; [...] »<sup>51</sup>.

27 Compte tenu de son Préambule, la Recommandation de 2009, qui porte à la fois sur les procurations permanentes et sur les directives anticipées, doit être lue et mise en œuvre dans le contexte de la Convention de 2000 et de la *Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées* (CNUDPH).

28 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 Recommandation<sup>52</sup>.

29 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 l'exercice de ses droits fondamentaux, en donnant effet aux principes généraux a)<sup>53</sup>, b)<sup>54</sup> et c)<sup>55</sup> ainsi qu'aux articles 5<sup>56</sup> et 12<sup>57</sup> de la CNUDPH<sup>58</sup>.

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

30 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 CNUDPH<sup>59</sup>. 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

---

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

49 Rapport explicatif, *op. cit.* note 2, para. 108.

50 La modification pourrait consister par ex. à ordonner la supervision de la personne agissant pour le compte de l'adulte en vertu des pouvoirs de représentation.

51 Conseil de l'Europe, [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#), p. 7.

52 *Ibid.* ; le para. 20 de l'Exposé des motifs indique ce qui suit : « Les articles 15, 16 et 38 de la convention qui portent sur des questions de droit international privé, telles que celle des procurations permanentes, sont particulièrement intéressants. Puisque la nouvelle recommandation n'aborde pas ces questions, ces articles sont d'une pertinence supplémentaire. ».

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

54 Non-discrimination.

55 Participation et intégration pleines et effectives à la société.

56 Égalité et non-discrimination.

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

58 Il semble que le Comité des Ministres, au moment de l'adoption de sa Recommandation de 2009, ait estimé que la Convention de 2000 est pertinente pour les procurations permanentes et pour les directives anticipées.

59 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 IV.

dans le champ d'application de la Convention de 2000<sup>60</sup>. Afin de résoudre ce problème, l'étude recommande, entre autres, que la HCCH établisse un protocole à la Convention de 2000 sur la question<sup>61</sup>. 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 évolution<sup>62</sup>.

## VII. Les instructions données ou les souhaits émis par l'adulte entrent-ils dans le champ d'application de la Convention ?

31 Si la doctrine en matière de protection internationale des adultes est divisée sur l'inclusion des directives anticipées dans le champ d'application de la Convention de 2000, il semble qu'un message commun sous-tende les vues de tous les spécialistes dans ce domaine : garantir la dignité, l'autonomie et l'autodétermination de l'adulte<sup>63</sup>. C'est un des objectifs fondamentaux de la Convention. Étant donné ces divergences de vues, il serait très utile que la Commission spéciale débattenne de cette question.

### A. Champ d'application général et coopération

32 Il est proposé que les instructions données et les souhaits émis par un adulte entrent dans le champ d'application général de la Convention en vertu de l'article premier et qu'ils soient soumis aux dispositions relatives à la coopération du chapitre V de la Convention<sup>64</sup>.

### B. Questions de santé

33 Les instructions données et les souhaits émis par un adulte concernent très souvent le domaine de la santé et des soins médicaux. Bien que le Rapport explicatif ne précise pas clairement si les instructions données et les souhaits émis par l'adulte entrent dans le champ d'application de la Convention de 2000, il souligne que « [t]oute mesure tendant à la protection de la personne ou des biens d'un adulte et qui n'est pas exclue par l'article 4 entre dans le champ d'application de la Convention. »<sup>65</sup>. Bien que « les mesures publiques de caractère général en matière de santé » soient exclues du champ d'application de la Convention de 2000 (art. 4(1)(f)), il est clair que les questions de santé concernant une personne en particulier sont couvertes par la Convention<sup>66</sup>.

34 Les questions relatives aux pouvoirs conférés par un adulte concernant des questions de santé relèvent bien du champ d'application de la Convention et sont, à ce titre, soumises à ses règles. La Commission spéciale a convenu que les dispositions de l'article 20, sur les lois de police, et de l'article 21, sur l'ordre public, remédient suffisamment aux préoccupations des États qui étaient

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 7 et 8. Voir les extraits pertinents à l'annexe IV.

<sup>61</sup> *Ibid.*, voir point d) de l'annexe : *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 IV.

<sup>62</sup> *Ibid.* p. 13. Voir les extraits pertinents à l'annexe IV.

<sup>63</sup> Voir les extraits pertinents à l'annexe V. Notons que certaines des informations présentées plus haut, quoique publiques (communiquées sur demande), ne sont pas disponibles sur le site web de la HCCH. Voir, *supra*, notes 1 et 33.

<sup>64</sup> Voir Doc. pré. No 5 de mars 2022 – Application de la Convention Protection des adultes de 2000 à la représentation *ex lege*.

<sup>65</sup> Rapport explicatif, *op. cit.* note 2, para. 29.

<sup>66</sup> *Ibid.*, para. 26, 29 et 40 à 42. Le para. 42 indique ce qui suit : « [La Commission spéciale] a écarté toutes les propositions tendant soit à exclure, complètement ou partiellement, les questions médicales et de santé, soit à les soumettre à un régime spécial de compétence. Elle a considéré que si les actes médicaux en eux-mêmes, qui relèvent de la science médicale et sont l'œuvre des médecins qui ne sont pas des autorités au sens de la Convention, sont hors du champ de celle-ci, sans qu'il soit besoin de le préciser dans le texte, au contraire les questions juridiques de représentation de l'adulte liées à ces actes médicaux (autorisations, voire désignation du représentant légal ou *ad hoc*) sont incluses dans la Convention et doivent être soumises aux règles générales de celle-ci, sans faire l'objet de règles dérogatoires. » L'art. 4(2) maintient toutes les questions relatives à la représentation légale de l'adulte dans le champ d'application de la Convention, même lorsque ces questions ont trait aux domaines exclus par l'art. 4(1).

opposés à l'inclusion de certaines questions médicales dans le champ d'application de la Convention<sup>67</sup>.

### C. Instructions données et souhaits émis par un adulte

- 35 Les actes de volonté anticipée contenant les instructions et les souhaits d'un adulte ont tous le même objectif : faciliter l'autonomie et l'autodétermination de l'adulte. Partant, il est proposé que peu importe qu'ils soient adressés à une personne précise<sup>68</sup> ou non, les instructions données et les souhaits émis par un adulte habilite une personne précise ou tous à les exécuter. À ce titre, il pourrait être souhaitable que tous les actes de volonté anticipée de ce type entrent dans le champ des articles 15 et 16.
- 36 Si le champ d'application des articles 15 et 16 devait être limité aux actes de volonté anticipée en vertu desquels agit un représentant précis, les instructions données et les souhaits émis par l'adulte qui doivent être exécutés directement par certaines personnes physiques (par ex. les médecins et les autres professionnels de santé) seraient exclus. Une interprétation plus large des articles 15 et 16 pourrait être envisagée pour ne pas limiter ainsi le champ d'application des articles 15 et 16.
- 37 En son sens ordinaire, la « représentation » consiste à agir pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers, sur la base de la volonté, des préférences, des instructions et des souhaits de cette personne. C'est la notion au cœur de l'article 15, une personne physique agissant pour le compte et dans l'intérêt d'un adulte, sur la base de la volonté et des dispositions anticipées de celui-ci. Si le texte de la Convention de 2000 doit être interprété de manière autonome, en tant qu'élément de droit international, il peut être utile de garder cette notion centrale à l'esprit lorsqu'on considère le champ d'application des articles 15 et 16, pour ne pas être restreint par des conceptions internes du sens de « pouvoir de représentation ». Ces conceptions pourraient être bien trop spécifiques car elles sont censées répondre aux besoins d'une réalité juridictionnelle précise. Pris en son sens ordinaire, le « pouvoir » est l'aptitude ou la capacité à faire quelque chose ou à agir d'une certaine façon. En établissant un acte de volonté anticipée, quel que soit le type de cet acte, un adulte déclare clairement « si je ne peux plus m'exprimer ou agir par moi-même, voici ce que je veux ». Que cette déclaration prenne la forme d'instructions ou de souhaits communiqués à une personne précise dans un accord signé, à une personne précise dans un acte unilatéral ou dans un acte unilatéral adressé à tous, elle reste essentiellement la même : en transmettant ses instructions et ses souhaits, l'adulte communique expressément ses préférences quant à la manière dont il souhaite être représenté, indépendamment de la personne qui doit être considérée comme représentant ou qui doit être habilitée dans la situation précise envisagée par l'acte de volonté anticipée.
- 38 Les instructions et les souhaits qui sont communiqués directement par l'adulte, au moyen d'une directive anticipée par exemple, ont une importance égale à celle des instructions et des souhaits qui doivent être exécutés par un représentant précis mandaté, par exemple, par une procuration (permanente). Dans l'esprit de l'autodétermination et de l'autonomie de l'adulte, les Parties contractantes peuvent choisir de rendre les règles des articles 15 et 16 applicables à tous les actes de volonté anticipée.
- 39 Il peut arriver que des actes contenant les instructions et les souhaits exprimés par un adulte ne comprennent pas de disposition de choix de loi car ils ont été initialement établis dans un contexte purement national. Dans ce cas, l'application d'une autre loi que celle de la résidence habituelle de l'adulte au moment où il a rédigé l'acte peut produire des résultats indésirables ou

---

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Un acte de volonté anticipée contenant les instructions et les souhaits d'un adulte qui accompagne, par ex., une procuration permanente sera sans doute le document le plus simple à gérer pour une autorité (compétente) étrangère.

incohérents<sup>69</sup>. Ainsi, par exemple, lorsqu'un adulte établit un acte contenant des instructions et des souhaits de fin de vie conformément à la loi de sa résidence habituelle et déménage ensuite dans un autre État, ces instructions et ces souhaits ne pourront peut-être être exécutés que partiellement, voire pas du tout, s'il n'a pas été possible d'invoquer la règle relative à la loi applicable prévue à l'article 15 et si ces instructions et ces souhaits sont totalement inconnus dans un autre État.

## VIII. Enregistrement des instructions et des souhaits

- 40 Il peut arriver que des instructions et des souhaits consignés dans un registre public ou figurant dans une police d'assurance maladie doivent être exécutés 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 dans les situations non urgentes.
- 41 Dans certains États, les instructions et les souhaits émis par l'adulte en anticipation d'une altération de ses facultés personnelles peuvent être consignés dans le même registre que les pouvoirs de représentation, tandis que d'autres États peuvent prévoir un enregistrement séparé.
- 42 Certains États peuvent prévoir que seuls les instructions et les souhaits qui concernent le choix du représentant ou de l'assistant doivent être enregistrés. D'autres États peuvent ne prévoir que l'enregistrement des instructions et des souhaits concernant des questions médicales ou la fin de vie.

## IX. Remarques finales

- 43 Les actes de volonté anticipée promeuvent l'autodétermination et l'autonomie des adultes car ils leur permettent de communiquer efficacement les décisions qu'ils ont prises concernant leur vie en prévision d'une période pendant laquelle ils pourraient être incapables de le faire. Ils constituent par conséquent un aspect extrêmement important de l'autonomie et de la protection des adultes. Le but fondamental de la Convention de 2000 est de promouvoir cette autonomie et cette protection par des règles de droit international privé.
- 44 S'ils sont tenus à jour, les instructions et les souhaits émis par un adulte reflètent fidèlement sa volonté et ses préférences. Des vues divergentes quant à leur inclusion dans la Convention de 2000 pourraient produire des incohérences et des dissonances dans la mise en œuvre de la Convention<sup>70</sup>, ce qui pourrait engendrer une insécurité juridique et un manque de prévisibilité dans les situations transfrontières. Cette situation pourrait nuire aux intérêts de l'adulte et à son droit à l'autodétermination et déjouerait alors l'objet et le but de la Convention de 2000.
- 45 Sachant que la réglementation et l'applicabilité des divers types d'actes de volonté anticipée peuvent différer d'un système juridique à l'autre, il peut être opportun de soumettre tous les actes de volonté anticipée à la règle de conflit de l'article 15 ou tout au moins aux dispositions relatives à la coopération du chapitre V de la Convention. En entrant dans le champ d'application de la Convention de 2000, les instructions données et les souhaits émis par un adulte bénéficieront très probablement d'un degré plus élevé de sécurité juridique et de prévisibilité en situation transfrontière.
- 46 Dans tous les cas, les lois internes dont l'application s'impose prévaudront sur certains actes de volonté anticipée en vertu de l'article 20 de la Convention. D'autre part, les instructions données

---

<sup>69</sup> Art. 32 de la Convention de Vienne. Voir aussi, *supra*, note 6.

<sup>70</sup> Art. 53 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

et les souhaits émis portant sur une matière contraire à l'ordre public des systèmes juridiques dans lesquels ils doivent être exécutés relèveront de l'exception d'ordre public au titre de l'article 21 de la Convention.

## **X. Conclusions et Recommandations proposées par le Bureau Permanent, avec le concours du Groupe de travail**

- 1 La Commission spéciale note que 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, la Commission spéciale souligne qu'il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.
- 3 La Commission spéciale observe que les instructions données et les souhaits émis par un adulte en anticipation d'une altération future de ses facultés personnelles entrent dans le champ d'application général de la Convention de 2000 en vertu de l'article 1 et sont soumis aux dispositions du chapitre V relatives à la coopération.
- 4 La Commission spéciale relève également que les instructions données et les souhaits émis par un adulte peuvent figurer dans différents types d'actes de volonté anticipée tels que des directives anticipées, des dispositions anticipées, des décisions anticipées en matière médicale ou des procurations (permanentes). Elle convient que les actes unilatéraux contenant des instructions et des souhaits sans nécessairement désigner une personne physique pour les exécuter sont d'importants outils pour garantir l'exercice de l'autonomie de l'adulte. À cet égard, elle invite les Parties contractantes à faire une interprétation large du terme « pouvoir de représentation » à l'article 15, afin que tous les actes de volonté anticipée entrent dans son champ d'application.
- 5 La Commission spéciale note en outre que le Profil d'État sera extrêmement utile pour attirer l'attention des autorités compétentes et d'autres parties intéressées sur les différents types ou formes d'acte de volonté anticipée contenant les instructions et les souhaits de l'adulte dans les différents systèmes juridiques.



## **ANNEXES**

## Annexe I

### HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

WORK. DOC. No. 4

#### Working Group

#### Meeting with a view to preparing the Special Commission on the protection of adults

(14 – 17 April 1997)  
April 1997

Distribution: 15

#### Proposal submitted by the Expert of the United Kingdom A FUNCTIONAL EQUIVALENT TO "PARENTAL RESPONSIBILITY"

It is respectfully suggested that the new draft Convention should not be confined to "measures" taken by authorities. Many countries are now attempting to find informal ways of protecting incapable adults without the need for such measures.

It would be useful for the Convention to deal with choice of law problems in relation to such techniques. Otherwise no answer will be provided to obvious questions such as "Which law determines whether the parent of an incapable 20 year old has power by operation of law to give consent to certain medical treatments?" or "Which law determines whether a person can validly appoint someone to represent him or her after the onset of incapacity?" The Convention on Children deals with such questions in relation to parental responsibility. What is needed in the Convention on adults is a functional equivalent of the concept of "parental responsibility".

One of the difficulties in this area is that terminology varies greatly from country to country and, indeed, from time to time within countries. Terms like "tutary", "curatory" or "guardianship" may not be appropriate for all systems or all times. A descriptive term would be more widely applicable, and more immune to Inure changes in terminology in national systems, than any technical legal term. What we are concerned with is any continuing power of representation or protection which is conferred by operation of law or by a juridical act, such as a mandate or continuing power of attorney. It is necessary to say "continuing" because *ad hoc* powers, such as the power of a doctor to carry out some minor treatment (especially if there is an emergency) might be governed by the law of the place where the adult was present rather than by the law of the adult's habitual residence. A power of "representation" is intended to cover any power to take decisions for or on behalf of the incapable adult.

It is suggested that consideration might be given to using an expression like "a continuing power of representation or protection" in place of "parental responsibility". If this were done article 1 (1)(c) might read

"to determine the law applicable to any continuing power of representation or protection which may be exercised by those other than authorities".

Articles 16 to 18 could be applied to adults with the substitution of "a continuing power of representation or protection" for "parental responsibility". In article 19, "power of representation" could simply be substituted for "parental responsibility".

## Annexe II

### 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 III

### 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 médical<sup>1</sup>.
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 médicale<sup>2</sup>.
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 médicaux<sup>3</sup>.
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'État 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 État dont l'adulte a la nationalité ou celle de l'État de la situation des biens concernés.*

##### 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.*

---

<sup>1</sup>

<sup>2</sup> Actes et documents, Rapport de séance No 12 (Réunion du 28 septembre 1999 (matin)), p. 306.

<sup>3</sup> Actes et documents, Rapport de séance No 7 (Réunion du 23 septembre 1999 (matin)), p. 266.



8. Un avant-projet adopté par la Commission spéciale sur la protection des adultes le 12 septembre 1997<sup>4</sup> 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'État de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral, à moins qu'une des lois mentionnées au paragraphe 2 ait été désignée expressément par écrit.*
2. *Les États dont la loi peut être désignée sont les suivants:*
  - a) *un État dont l'adulte possède la nationalité;*
  - b) *l'État d'une résidence habituelle précédente de l'adulte;*
  - c) *un État dans lequel sont situés des biens de l'adulte.*

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'État 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'État de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral, à moins qu'une des lois mentionnées au paragraphe 2 ait été désignée expressément par écrit.*
2. *Les États dont la loi peut être désignée sont les suivants:*
  - a) *un État dont l'adulte possède la nationalité;*
  - b) *l'État d'une résidence habituelle précédente de l'adulte;*
  - c) *un État dans lequel sont situés des biens de l'adulte.*
3. *Les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'État 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 représentation, la loi déterminée à l'article 15 doit être prise en considération dans la mesure du possible.*

10. 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.

---

<sup>4</sup> Document préliminaire No 2 de juin 1998, in Actes et documents, p. 78.

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 »<sup>5</sup>.
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.)

#### **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)**

15. 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 trusts<sup>6</sup>.

« 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 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'État de la nouvelle résidence. »<sup>7</sup>

16. 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

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 68 et 70.

considérés dans des limites raisonnables comme nécessaires à cette fin, soient pris. » (traduction du Bureau Permanent)

17. 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.

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

18. 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. »<sup>8</sup>
19. 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 »<sup>9</sup>, 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.
20. 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. »<sup>10</sup>
21. 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 »<sup>11</sup>.
22. 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'État du lieu où la protection de l'adulte doit être assurée, en particulier dans le domaine médical. »
23. Comme expliqué dans le Rapport Lagarde faisant référence à cette proposition, « La réserve des lois de police spécialement dans le domaine médical, de l'État 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. »<sup>12</sup>
24. 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 loi<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Version française du Rapport de réunion No 4 (4 septembre 1997, après-midi), p. 2.

<sup>9</sup> Version anglaise du Rapport de réunion No 4 (4 septembre 1997, après-midi), p. 2.

<sup>10</sup> Version française du Rapport de réunion No 5 (5 septembre 1997, matin), p. 2.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 3.

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

<sup>13</sup> Version anglaise du Rapport de réunion No 10 (9 septembre 1997, matin), p. 2.

25. 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.
26. 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. »
27. 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 abstentions<sup>14</sup>.
28. À titre d'information seulement<sup>15</sup>, 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.
29. 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, 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).
30. 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)**

31. Concernant l'alinéa g) de l'article 3 (énumération des mesures de protection)<sup>16</sup>
- « [...] supervision par une autorité publique des soins dispensés à la personne à protéger par toute personne en ayant la charge; »
32. 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.
33. Cet alinéa ne figure pas dans la version finale de la Convention de 2000.
34. 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

<sup>14</sup> Version anglaise du Rapport de réunion No 11 (9 septembre 1997, après-midi), p. 3.

<sup>15</sup> Rapport de réunion No 16 (12 septembre 1997, matin), p. 1.

<sup>16</sup> Actes et documents, Rapport Lagarde sur l'avant-projet de la Convention adopté par la Commission spéciale le 12 septembre 1997, para. 27.

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 États, et notamment en Amérique du Nord, est inconnu dans de nombreux États 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. »<sup>17</sup>

35. 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.
36. 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 inmanquablement 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<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au 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 où 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. »<sup>18</sup>

### Rapports de séance de la Commission spéciale à caractère diplomatique

37. Lors de la réunion du 22 septembre 1999 (matin)<sup>19</sup>, 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'incapacité, 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. »<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Actes et documents, para. 90 - 91.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para. 99

<sup>19</sup> Actes et documents, Rapport de séance No 5, pp. 257 - 258.

<sup>20</sup> Actes et documents, Rapport de séance No 5, p. 258.

38. L'importance d'une directive anticipée régie par un droit étranger est donc clairement envisagée dans l'exemple pris par M. Bucher.
39. 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).
40. 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 l'application de lois particulièrement libérales, ne paraît donc pas suffisant, selon Mme van Iterson, pour refuser une autonomie complète de volonté. »<sup>21</sup>
41. 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. »
42. 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.
43. 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. »<sup>22</sup>
44. 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'État 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. »<sup>23</sup>
45. 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. »<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Actes et documents, Rapport de séance No 6 (Réunion du 22 septembre 1999 (après-midi)), p. 260.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Actes et documents, Rapport de séance No 6 (Réunion du 22 septembre 1999 (après-midi)), p. 264.



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

46. 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).”<sup>25</sup>

47. En réponse, Mme De Hart (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.

---

<sup>25</sup> Actes et documents, Rapport de séance No 7 (Réunion du 23 septembre 1999 (matin)), p. 269.

## Annexe IV

### **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.”

## Annexe V

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.<sup>1</sup> 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 treatment<sup>2</sup> are not addressed expressly within Hague 35. It is suggested that they cannot fall within the definition of a Protective Measure.<sup>3</sup> 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).<sup>4</sup> 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;<sup>5</sup> 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,<sup>6</sup> 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,<sup>7</sup> and it could therefore be seen to fall within the broad definition of a power of representation.
- 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

---

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Hague 35, Article 15(1).

<sup>6</sup> Paragraph 96.

<sup>7</sup> 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.

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.<sup>8</sup>

- 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,<sup>9</sup> and Advance Decisions.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> By s.26(2), a person will incur liability<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>
- 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.<sup>14</sup> 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

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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> MCA 2005, sections 9 – 11.

<sup>10</sup> MCA 2005, sections 24 – 26.

<sup>11</sup> MCA 2005, section 26(1).

<sup>12</sup> Which can be both criminal and civil (ie arising out of the operation of the law of tort).

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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).

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,<sup>17</sup> the Explanatory Report to the Convention,<sup>18</sup> academic literature,<sup>19</sup> as well as an analogous reference to the HCPC 1996.<sup>20</sup> 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);
- Decisions made by medical practitioners;<sup>21</sup> 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[ving] 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.”

**Relevant extracts from Eric Clive, *The New Hague Convention on the Protection of Adults*, Yearbook of Private International Law, 2000, p. 15**

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

## I. Introduction

### B. Background in Domestic Laws

Another common theme has been the recognition that adults while capable may wish to make their own arrangements for their representation should incapacity ensue at a later stage in their lives. Many legal systems have accordingly made new provisions for enduring powers of attorney<sup>22</sup> or mandates with a view to incapacity. The powers of representation given by such techniques are generally subject to some control or supervision.

## II. Outline of the Convention

### A. General

The Convention obliges Contracting States to introduce uniform rules on jurisdiction for matters within its scope, **to adopt uniform rules on the law applicable to the taking and implementation of measures of protection and to mandates with a view to incapacity**, to recognise and enforce measures from other Contracting States and to set up mechanisms for co-operation

## III. The Difficult Areas

### E. Mandates with a View to Incapacity

Mandates with a view to incapacity, or **enduring powers of attorney**, have proved to be popular in those countries which have legislated on them. They give the adult some control over what will happen in the event of supervening incapacity. They can save money on costly procedures. Provided there is adequate public control they need involve no more danger than the appointment of a representative by a judicial or administrative authority. **The delegations from the United States of America and Canada were anxious to ensure that the benefits of enduring powers of attorney could be enjoyed across international borders.**<sup>23</sup> They therefore argued for a liberal choice of law regime, with maximum autonomy for the adult and maximum respect for the law governing the powers conferred.

Some delegations from countries whose legislation does not, or does not yet, provide for mandates with a view to incapacity had reservations about the possibility of a liberal choice of law regime. There were several fears. One was that if adults could opt too easily for the application of a country's laws, that country might in practice be forced to apply or even introduce protective laws even if it had no real connection with the adult.<sup>24</sup> Another was that, if modification or extinction of the representative's powers were governed by the law of, say, a former habitual residence, the authorities of the current habitual residence might experience difficulties in taking necessary measures of protection. Another was that the powers conferred might enable the representative to take decisions of a kind which would be unacceptable in the country obliged to give effect to them.<sup>25</sup>

There was a certain underlying tension between these two points of view, both reasonable in themselves, at various points in the debates but the difficulties were eventually resolved. The solution contained several ingredients. First, the adult's freedom to choose a governing law was confined to the law of a State with which he or she had a strong connection.<sup>26</sup> Secondly, it was recognised that the authorities of the current habitual residence could take measures of protection, and apply their own laws in doing so, even if there was a representative operating under a mandate

<sup>22</sup> Terminology in English-speaking countries varies — 'enduring powers of attorney', 'continuing powers of attorney', 'durable powers of attorney' are all found. Sometimes a distinction is drawn between a continuing power, which was exercisable before incapacity and continues to be exercisable after incapacity and a 'springing power' which springs into existence only when incapacity occurs.

<sup>23</sup> The delegations provided very full and helpful information about the content of their laws on enduring powers of attorney and similar devices. The Quebec legislation, framed in civil law terminology, proved particularly interesting.

<sup>24</sup> This fear was expressed by the Finnish delegate, Mr M. HEIN, with particular reference to an early draft which gave too wide a choice of law to the adult.

<sup>25</sup> Decisions relating to the giving or refusal of certain types of medical treatment might be particularly controversial, as was pointed out forcefully by the Swiss delegate, Professor A. BUCHER.

<sup>26</sup> Basically, habitual residence, preceding habitual residence, nationality and, in relation to that particular property, the situation of property. See Article 15.



governed by a foreign law,<sup>27</sup> provided that they would withdraw or modify the powers of the privately appointed representative only where those powers were not exercised in a manner sufficient to guarantee the protection of the adult and that they would take into account the law governing those powers to the extent possible.<sup>28</sup> Thirdly, it was provided that the normally applicable law would not prevent the application of provisions of a mandatory nature in the State where the adult was to be protected.<sup>29</sup> And finally it was made clear that the application of the normally applicable law could be refused if this application would be manifestly contrary to public policy, a provision which, although now almost routine, is particularly well calculated to deal with the most controversial types of decision in the medical field.

#### IV. Conclusion

There is a need for a new Convention in this area. This Convention is a good one. Its core provisions – based on the importance of the habitual residence of the adult as a connecting factor and on the desirability of co-operation between Contracting States – proved entirely uncontroversial. Its more technical provisions draw on experience gained in the drafting of many previous Hague Conventions and, in particular, the Children Convention of 1996. **The difficulties which did arise, all reflecting genuine and reasonable concerns held by delegates on both sides of the arguments, were resolved in ways which seem entirely satisfactory.** It is to be hoped that the Convention will be widely ratified. [emphasis added]

Andreas Bucher, *La Convention de la Haye sur la Protection Internationale des Adultes*, 10 *Swiss Rev Int'l & Eur L* 37, 2000 [translation by the Permanent Bureau].  
Pages 53 - 54

**The material scope of Article 15, which deals with powers of representation in case of incapacity, must be understood in a broad and autonomous sense.** The question is important for Switzerland, since Swiss law does not have any rules on mandates in case of incapacity [...] However, this institution includes the so-called "représentant thérapeutique", who is responsible for making the necessary medical decisions in case the patient becomes incapable of discernment [...] Article 15 of the Convention could thus provide Swiss private international law with a precise rule of conflict which is currently missing [...] **One question that needs to be addressed is the scope and exercise of the powers of the health care proxy.** In the absence of legal rules, the situation is unclear in Swiss law. Admittedly, the therapeutic representative can only act within the framework of the protection of the patient's interests, and this according to the patient's **instructions and wishes.** [emphasis added]

Relevant extracts from Katja Karjalainen, *Strengthening the Right to Personal Autonomy and Protection of Vulnerable Adults: from Human Rights to Domestic and European legislation on Voluntary Measures*, K. Karjalainen et al. (eds.), *International Actors and the Formation of Laws*, 2022

Voluntary measures offer an essential means of supporting capacity in the area of law concerning the protection of adults whose decision-making capacity has diminished as they contribute to protecting individuals' personal autonomy and right to self-determination: in other words, a person's ability to govern his or her life choices. **Depending on the jurisdiction involved, these voluntary measures are referred to as, inter alia, private mandates, continuing powers of attorney (in Finnish *edunvalvontavaltuutus*, and in Swedish *framtidensfullmakt*), springing powers of attorney and advance directives.**<sup>30</sup>

<sup>27</sup> The problem here is not essentially different from that which might arise where the appointment of a representative by a judicial or administrative authority of a former habitual residence falls to be recognised.

<sup>28</sup> Article 16.

<sup>29</sup> Article 20.

<sup>30</sup> Voluntary measures are determined as follows in the review of CM/Rec(2009)11: powers of attorney, advance directives, representation agreements, supported decision-making arrangements, co-decision-making arrangements, advocacy arrangements where the advocate is chosen by the person represented and all other measures established by people to be supported by such measures themselves, as contrasted with involuntary measures imposed by a court, tribunal, authority or other mechanisms, including by operation of law, rather than by the people subject to such measures themselves. See Ward (2017), p. 12

The Convention also addresses many of the thorniest cross-border problems relating to voluntary measures. Article 15 covers the choice of applicable law that determines 'the existence, extent, modification and extinction of powers of representation granted by an adult, either under an agreement or by a unilateral act, to be exercised when such adult is not in a position to protect his or her interests'. The article recognizes an adult's right to have his or her own previously expressed wishes respected in cross-border situations [...]

**Relevant extracts from Tito Ballarino, *Is a Conflict Rule for Living Wills and Euthanasia Needed?*, *Yearbook of Private International Law*, Volume 8 (2006), pp. 5-26**

It is certainly possible under the Convention to petition a Court to enforce the advance directive, but it is unclear whether an administrative institution, like a health care organisation or a private physician, will perform *de plano* the advance directive.

During the *travaux préparatoires*, the question of medical treatment was discussed and some delegates pointed out that allowing excessive freedom of choice to grant the power of representation may lead to a shameful 'euthanasia shopping.' But, this risk hardly seems actual in light of the real meaning of euthanasia in the conflict of laws and the need to regulate it through the subject's decisive law.

The core of the Convention is the control of the power of representation, in view of an adult's protection. The advance directive meets these requirements insofar as the incapacitated patient, who has laid down the directive in an appropriate and careful manner, becomes certain that the person who is going to make decisions for him will have the power to protect him. But, an advance directive does not necessarily imply a power of representation given to a decision-maker.

**Relevant extracts from European Law Institute, *European Commission's Public Consultation on the Initiative on the Cross-Border Protection of Vulnerable Adults*, 2022**

Page 16

It is open to debate whether Article 15 of the Convention refers to continuing powers of attorney only. One could argue that Article 15 of the Hague Convention could be interpreted to include advance directives. **Indeed, it could be argued that, despite the wording of Article 15, which refers to 'powers of representation granted by agreement or unilateral act', the provision was intended to apply to all private measures taken by the adult in advance in the event that he or she loses mental capacity.** Such an interpretation would have to be derived from the Hague Convention itself, as its interpretation is to be made autonomously. If the interpretation of the Hague Convention was to lead to the conclusion that Article 15 applies to all private measures, the Hague Convention would be considered to (already) provide for a choice-of-law rule with regard to advance directives. This conflict-of-laws rule could become a unified European choice-of-law rule if the EU were to authorise its Member States to ratify the Hague Convention on the basis of Article 216 TFEU (above, Part 1H).