

Faculté de droit et de criminologie

Handicap et capacité juridique : pour une mise en œuvre de la loi du 17 mars 2013 respectant au mieux l'esprit de la Convention relative aux Droits des Personnes Handicapées

Pistes de propositions issues d'une analyse comparative des systèmes (para)juridiques québécois et anglais

Auteur : Céline Vandermeulen
Promoteur : Geoffrey Willems
En collaboration avec le Service Handicap d'UNIA
Année académique 2020-2021
Master en droit à finalité Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je tiens à remercier chaleureusement les diverses personnes qui ont rendu possible l'élaboration de ce travail de longue haleine :

*Mon promoteur, **Monsieur Geoffrey Willems**, pour sa disponibilité, ses conseils avisés et la confiance qu'il m'a accordée en me proposant de rejoindre le séminaire « Personnes vulnérables »,*

***Mesdames Véronique Ghesquière et Marie Horlin**, membres du Service Handicap d'UNIA, avec qui la collaboration a été très fructueuse grâce à leur investissement et à la confiance qu'elles m'ont également accordée,*

***Monsieur le juge François-Joseph Warlet**, pour sa relecture attentive et les échanges très intéressants que nous avons eus,*

***Maîtres François Dupin et Rachel Sullivan**, pour tous les éclaircissements et l'expérience pratique qu'ils m'auront précieusement partagés afin de prendre connaissance de la réalité du terrain au Québec et en Angleterre,*

***Maîtres Vincent Denoncin, Laura Faucq et Patrick Leclerc**, pour les discussions enrichissantes que nous avons eues à propos de la pratique des administrateurs de biens et de la personne en Belgique,*

***Mes amis**, particulièrement ceux qui m'ont aidée pour les retranscriptions d'interviews,*

*Et enfin, **ma famille et mon compagnon** qui ont été d'un soutien infaillible tout au long de mon parcours universitaire. Je remercie plus particulièrement **ma Maman** pour sa fervente détermination pour la défense des personnes en situation de handicap qu'elle m'a transmise, **ma Mamie** pour sa relecture attentive, ainsi que **mon frère Stephane** en l'honneur de qui ce mémoire a vu le jour. En espérant que les pistes proposées au travers de ce travail puissent être mises en place afin de lui garantir, à lui et à toutes les autres personnes en situation de handicap, le meilleur avenir possible.*

Liste des abréviations

C.A. / QCCA	Cour d'appel du Québec
C. civ.	Code civil belge
C.c.Q.	Code civil québécois
C.c.Q. (PL)	Code civil québécois lors de l'entrée en vigueur de la réforme de 2020
CDPH	Convention relative aux Droits des Personnes Handicapées
C. jud.	Code judiciaire belge
Comité DPH	Comité des Droits des Personnes Handicapées
<i>CoP</i>	<i>Code of Practice</i>
C.p.c.	Code de procédure civile québécois
CSJ	Conseil supérieur de la Justice
C.S. / QCCS	Cour supérieure du Québec
C.S.S.	Cour suprême du Canada
<i>EPA</i>	<i>Enduring Power of Attorney</i>
EWCA	<i>England and Wales Court of Appeal</i>
EW COP	<i>England and Wales Court of Protection</i>
EW HC	<i>England and Wales High Court</i>
<i>IMCA</i>	<i>Independent Mental Capacity Advocates</i>
L.c.p.	Loi sur le curateur public
<i>MCA</i>	<i>Mental Capacity Act</i>
<i>LPA</i>	<i>Lasting Power of Attorney</i>
<i>OPG</i>	<i>Office of the Public Guardian</i>

Table des matières

Introduction générale	13
Introduction	13
Méthode, terminologie et plan	14
Chapitre 1. Présentation des ordres juridiques et de leur législation en matière de handicap et de capacité juridique.....	16
Section 1. La Belgique.....	16
A. Cadre général et réception de la CDPH au sein du système juridique belge.....	16
B. Capacité des personnes majeures appréhendée par le Code civil belge	16
1. Champ d'application <i>ratione personae</i>	17
2. Principes directeurs régissant la mise sous protection	17
2.1. Principe de nécessité.....	17
2.2. Principe de subsidiarité.....	17
2.3. Principe de proportionnalité	17
2.4. Principe de capacité	18
2.5. Principe d'assistance	18
Section 2. Le Canada (Québec)	18
A. Cadre général et réception de la CDPH au sein du système juridique canadien.....	18
B. Capacité des personnes majeures appréhendée par le Code civil québécois.....	19
1. Champ d'application <i>ratione personae</i>	19
2. Principes directeurs régissant la mise sous protection	19
2.1. Principe de nécessité.....	19
2.2. Principe de subsidiarité et de mise en œuvre d'une présomption de solidarité familiale « élargie »	19
2.3. Principe de proportionnalité	20
2.4. Principe de précarité	20
2.5. Principe d'unicité.....	20
2.6. Vers une reconnaissance du principe d'individualisation	20
C. Récente adoption du projet de loi n°18	21
1. <i>Ratio legis</i>	21
2. Codification de l'obligation de la prise en compte des volontés et préférences de la personne.....	21
Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).....	22
A. Cadre général et réception de la CDPH au sein du système juridique britannique.....	22
B. Capacité des personnes majeures appréhendée par The Mental Capacity Act	22
1. Loi complétée par le <i>Code of Practice</i>	22
2. Champ d'application <i>ratione personae</i> (section 2(1) et 2(2) MCA et art. 4.1 à 4.65 CoP).....	23
3. Cinq principes statutaires (<i>the five statutory principles</i> , section 1 MCA)	24
3.1. Présomption de capacité (section 1(2) MCA et art. 2.3 à 2.5 CoP).....	24
3.2. « All practicable steps to help decision-making » (section 1(3) MCA et art. 2.6 à 2.9 CoP).....	24
3.3. Distinction entre l'incapacité de prise de décision et la prise de décision déraisonnable (« unwise decisions », section 1(4) MCA et art. 2.10 et 2.11 CoP).....	24
3.4. L'acte pris dans le chef de la personne handicapée doit se faire dans son intérêt : la notion de « best interests standard » (section 1(5) MCA et art. 2.12, 2.13, et 5.1 à 5.69 CoP).....	25
3.5. Choix de la mesure la moins restrictive des droits de la personne et de sa liberté d'action (section 1(6) MCA et art. 2.14 à 2.16 CoP)	26
Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques.....	26
A. Les instruments législatifs et leur contenu général.....	26
B. Le champ d'application <i>ratione personae</i> des législations : une approche médicale.....	26
C. L'appréciation de l'intérêt de la personne versus ses volontés et préférences	28

Chapitre 2. Les différents régimes de protection judiciaire	29
Section 1. La Belgique.....	29
A. Les règles transversales à tout régime de protection	29
B. Le régime de l'assistance	29
C. Le régime de la représentation.....	30
Section 2. Le Canada (Québec)	31
A. En vertu de la législation actuellement en vigueur	31
1. Les règles transversales à tout régime de représentation	31
2. Le régime de curatelle (art. 281 à 284 C.c.Q.)	31
2.1. Les décisions relatives aux biens : un régime de pleine administration	32
2.2. Les décisions relatives à la personne.....	32
3. Le régime de tutelle (art. 285 à 290 C.c.Q.)	32
3.1. Les décisions relatives aux biens : un régime flexibilisé de simple administration....	33
3.2. Les décisions relatives à la personne.....	33
4. Le régime de conseiller au majeur (art. 291 à 294 C.c.Q.).....	33
5. Le mandat de protection judiciaire / en prévision de l'incapacité (art. 2166 et suiv. C.c.Q.)	34
B. Lors de l'entrée en vigueur de la réforme opérée en juin 2020	34
1. La tutelle personnalisée comme unique régime de représentation	34
2. La mesure de la représentation temporaire (art. 297.1 à 297.8 C.c.Q. (PL))	34
Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).....	35
A. Les règles transversales au MCA.....	35
B. The deputyship (section 16 à 21 MCA)	35
1. Le principe	35
2. <i>A financial affairs and property deputyship</i> (section 18 MCA et art. 8.35 et suiv. CoP) ...	36
3. <i>A personal welfare deputyship</i> (section 17 MCA et art. 8.38 et suiv. CoP)	37
C. Specific declarations/decisions by the Court of Protection (section 15 et suiv. MCA)	38
Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques.....	38
A. Des régimes de représentation modulés en fonction de la situation de la personne	38
B. Les autorisations du tribunal.....	39
C. Les régimes de protection couvrant les actes relatifs à la personne.....	40
Chapitre 3. La procédure de mise sous protection judiciaire	40
Section 1. La Belgique.....	40
A. Compétence de la justice de paix.....	40
B. Introduction de la demande de mise sous protection judiciaire : une requête unilatérale et un certificat médical circonstancié (art. 1238 à 1242 C. jud.)	41
C. Déroulement de la procédure (art. 1243 à 1249/2 C. jud.).....	41
1. Convocations et recueil de tous les renseignements utiles	41
2. Audition individuelle de la personne à protéger en Chambre du Conseil (art. 1245 C. jud.)	42
D. Abandon de l'obligation de réévaluation « automatique ».....	42
Section 2. Le Canada (Québec)	43
A. Compétence de la Cour supérieure (juges et greffiers) et du notaire.....	43
B. Introduction de la demande de mise sous protection judiciaire : les évaluations médicale et psychosociale (art. 276 C.c.Q.).....	43
1. Principe	43
1.1. Évaluation médicale	43
1.2. Évaluation psychosociale	44
2. En pratique	45
C. Traitement de la demande	45
1. Deux types de procédure.....	45
1.1. Procédure devant le tribunal : compétence du juge ou du greffier spécial de la Cour supérieure.....	45
1.2. Procédure non contentieuse devant le notaire (art. 312 et suiv. C.p.c.).....	45

2. Interrogatoire du majeur (art. 276 C.c.Q. et art. 391 C.p.c.)	46
3. Tenue de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis du majeur (art. 226 C.c.Q.)	46
4. Prononcé de la décision par le tribunal	47
D. Réévaluation périodique du jugement prononçant la mise sous protection	47
Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).....	47
A. Compétence de la Court of Protection	47
B. Introduction de la demande de mise sous protection judiciaire : les formulaires et « the assessment of capacity »	48
C. Traitement de la demande	49
1. Affaires non contentieuses	49
2. <i>The personal welfare pathway</i>	49
3. <i>The property and affairs pathway</i>	49
4. Participation de la personne à la procédure	50
Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques.....	50
A. La compétence des tribunaux : vers une instance décisionnelle spécialisée en matière d'incapacité ?	50
B. Des procédures variées : implication du juge, du greffier ou du notaire.....	51
C. Le recours à l'évaluation psychosociale pour une approche plus sociale du handicap	52
D. La réévaluation de la mise sous protection : une pratique québécoise seulement	52
Chapitre 4. Les acteurs gravitant autour de la personne en situation de handicap.....	53
Section 1. La Belgique.....	53
A. Les administrateurs	53
1. Le choix de l'administrateur des biens et/ou de la personne	53
2. Les deux types de personnes exerçant la fonction d'administrateur	53
2.1. Les administrateurs professionnels	53
2.2. Les administrateurs familiaux/non-professionnels.....	54
3. La création d'une Commission fédérale de l'administration ?	55
B. La personne de confiance (art. 501 à 501/3 C. civ.).....	56
C. Le juge de paix et les greffiers	57
Section 2. Le Canada (Québec)	57
A. Le Curateur public et ses curateurs délégués	57
1. Présentation de l'institution du Curateur public et de ses membres	57
2. Ses missions.....	58
2.1. La tenue des registres (art. 54 L.c.p.).....	58
2.2. Intervention possible lors de l'instance (art. 13 L.c.p.).....	58
2.3. Un rôle de surveillance des tuteurs et curateurs privés (art. 20 et suiv. L.c.p.)	59
2.4. Un pouvoir d'enquête et d'inspection (art. 27 et suiv. L.c.p.).....	59
2.5. En charge de tutelles ou de curatelles lorsque la mission lui est confiée par le tribunal (art. 12 2° et 3° L.c.p. et art. 261 et suiv. C.c.Q.).....	59
a) La mission des curateurs délégués.....	59
b) Les différences avec les régimes de protection privés.....	60
B. Les représentants légaux privés (intervenants familiaux)	60
1. Des personnes en théorie privilégiées.....	60
2. L'instauration de mesures de surveillance.....	61
C. Le conseil de tutelle ou de curatelle (art. 222 et suiv. C.c.Q.).....	61
D. Les agents d'aide à la représentation privée.....	62
E. Le tribunal.....	62
Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).....	62
A. The Office of the Public Guardian (section 57 et suiv. MCA)	62
1. La tenue des registres	63
2. Un rôle de surveillance et de supervision	63
3. Un pouvoir d'enquête et d'inspection.....	63
B. The deputies.....	64
1. <i>The professional deputies</i>	64

2. <i>The public authority deputies</i>	64
3. <i>The lay proxies/deputies</i> (représentants non professionnels)	64
C. The Court of Protection	65
D. The Court of Protection visitors (section 61 MCA)	66
1. Un rôle d'évaluation de la capacité et de surveillance	66
2. Un rôle d'investigation	66
3. Un rôle de support (art. 14.11 CoP).....	66
E. Independent Mental Capacity Advocates (sections 35 à 41 MCA et chapitre 10 CoP).....	67
1. Leur fonction	67
2. En pratique	68
F. Les personnes posant des actes « in relation with care or treatment » (section 5 MCA).....	68
Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques.....	69
A. La centralisation de la surveillance et des enquêtes : les institutions du Curateur public et de l'Office of the Public Guardian	69
B. Les professionnels en charge de l'administration : des profils divergents.....	70
C. Les administrateurs non professionnels : leur privilège et leur accompagnement.....	70
D. Les personnes à qui l'on accorde juridiquement sa confiance.....	71
E. La figure des IMCA : une bonne pratique propre à l'Angleterre	71
Chapitre 5. Les mesures d'accompagnement et de protection extrajudiciaire valorisant l'autodétermination de la personne.....	72
Section 1. La Belgique : le mandat de protection extrajudiciaire	72
A. Principe.....	72
B. Aspects procéduraux.....	72
C. Critiques doctrinales actuelles.....	73
Section 2. Le Canada (Québec)	74
A. Mandat de protection judiciaire / en prévision de l'incapacité (art. 2166 et suiv. C.c.Q.).....	74
1. En vertu de la législation actuellement en vigueur	74
1.1. Principe.....	74
1.2. Aspects procéduraux	74
1.3. Critiques doctrinales actuelles	75
2. Lors de l'entrée en vigueur de la réforme opérée en juin 2020	75
B. Future mesure d'assistant au majeur (art. 297.10 et suiv. C.c.Q. (PL))	76
1. Principe	76
2. Traitement de la demande (art. 297.19 et suiv. C.c.Q. (PL))	77
3. Contrôle de la mesure durant son exercice	77
4. Émission de certaines craintes	77
Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).....	78
A. Lasting Power of Attorney (section 9 et suiv. MCA et art. 7.1 à 7.79 CoP)	78
1. Principe	78
2. Deux types de LPA's	79
2.1. Property and affairs LPA's for financial decisions (art. 7.32 à 7.42 CoP)	79
2.2. Personal welfare LPA's for health and care decisions (art. 7.21 à 7.32 CoP)	79
3. Aspects procéduraux (art. 7.7 et 7.14 à 7.17 CoP)	80
4. Contrôle	80
B. Circles of support.....	80
C. Fascicules « easy-to-read »	81
Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques.....	82
A. L'assistance : vers une déjudiciarisation ?	82
B. Le mandat de protection (extra)judiciaire : des mises en œuvre divergentes	83
C. Les circles of support et les fascicules easy-to-read : des pratiques à développer	84
Conclusion générale	85
Bibliographie.....	88
Section 1. Législation	88

A. Législation internationale	88
B. Législation belge.....	88
C. Législation canadienne.....	88
D. Législation anglaise	89
Section 2. Jurisprudence	89
A. Jurisprudence belge	89
B. Jurisprudence canadienne	89
C. Jurisprudence anglaise	90
Section 3. Doctrine	91
Section 4. Varia	95
<i>ANNEXE 1. Tableau comparatif.....</i>	<i>100</i>
<i>ANNEXE 2. Interview avec François Dupin, ancien avocat au Curateur public du Québec (30 juin 2021).....</i>	<i>106</i>
<i>ANNEXE 3. Interview avec Rachel Sullivan, avocate au barreau de Londres (11 juillet 2021).....</i>	<i>117</i>

Introduction générale

Introduction

Toute question qui a trait à la capacité juridique, attribut fondamental pour l'exercice de tous les autres droits humains, est à la fois sensible et complexe dès qu'elle se pose dans le chef des personnes en situation de handicap. Elle a en effet toujours fait l'objet d'un compromis se traduisant en la mise en balance de la volonté d'assurer la protection de la personne de toute forme d'exploitation d'une part, et de la préservation de l'autodétermination et de l'exercice de ses droits les plus fondamentaux d'autre part. En somme, un équilibre entre « le "trop" ou l'ingérence excessive qui peut engendrer l'autoritarisme et le "pas assez" ou la non-ingérence qui peut engendrer l'indifférence »¹. Tributaire de systèmes de valeurs et de visions sociétales parfois difficilement conciliables, la préservation de la capacité juridique et de l'autonomie des personnes en situation de handicap est souvent sacrifiée à cause de la difficulté de cerner le pourtour de leur aptitude factuelle, mais aussi en raison de la vision paternaliste et stéréotypée que la société a développée à leur égard, vision remise en cause par des mouvements activistes depuis plusieurs dizaines d'années².

À l'échelle internationale, il peut être constaté que la très grande majorité des États a privilégié l'usage de mécanismes juridiques de représentation, permettant ainsi qu'une tierce personne prenne des décisions au nom et dans l'intérêt supérieur de la personne considérée comme « incapable ». Cette façon d'appréhender la prise de décisions, profondément ancrée dans les traditions juridiques et culturelles de ces États, a cependant été remise en cause depuis l'adoption de la Convention relative aux Droits des Personnes Handicapées (ci-après CDPH)³, et plus particulièrement de son article 12 qui a trait à la reconnaissance de la capacité juridique dans des conditions d'égalité. Le quatrième paragraphe de cet article porte plus spécifiquement sur la question des régimes de protection des personnes majeures ; outre le fait qu'il impose le respect des principes de dignité, de subsidiarité, de nécessité et de proportionnalité lors de la mise en place de toute mesure relative à la capacité juridique d'une personne, il affirme également le principe selon lequel la volonté et les préférences de cette dernière doivent être respectées⁴. Dans l'ensemble, l'article 12 de la CDPH – tel qu'il a été interprété par le Comité des Droits des Personnes Handicapées (ci-après Comité DPH) au sein de sa première observation générale⁵ – appellerait à un double changement de paradigme dans le chef des États⁶. Il leur serait demandé, d'une part, de mettre à néant tout système de protection basé sur un modèle de prise de décision substitutive afin de recourir uniquement à des mesures permettant un soutien à la prise de décision assistée⁷, plus connu au niveau

¹ G. GRATTON, « Réflexion éthique sur la protection malgré soi », *Être protégé malgré soi*, S.F.P.B.Q. (dir.), vol. 165, Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 55.

² F. MÉGRET, « Handicap, droits humains et Canada : quel horizon après la ratification de la Convention des Nations Unies ? », *Race, Femme, Enfant, Handicap: Les Conventions Internationales et le Droit Interne à la Lumière des Enjeux Pratiques du Droit à l'égalité*, 2010, p. 7, <https://ssrn.com/abstract=1592555>.

³ Convention des Nations-Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, signée à New-York le 30 mars 2007, approuvée notamment par la loi du 13 mai 2009, *M.B.*, 22 juillet 2009.

⁴ Plus précisément, le Comité des Droits des Personnes Handicapées plaide pour un remplacement du paradigme de « l'intérêt supérieur » par le paradigme des « volontés et préférences ». Et lorsqu'il « n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, l'interprétation optimale de la volonté et des préférences » doit remplacer la notion d'« intérêt supérieur ». (Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1, Article 12 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/CG/1, 19 mai 2014, pt. 21).

⁵ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée.

⁶ G. WILLEMS, « Le droit à la personnalité et à la capacité d'exercice », *Les grands arrêts en matière de handicap*, I. Hachez et J. Vrielink (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 384.

⁷ « L'obligation incombant aux États parties de remplacer les régimes de prise de décisions substitutive par des régimes de prise de décisions assistée nécessite à la fois la suppression des premiers et la mise en place des seconds. Élaborer des régimes de prise

international sous le vocable de « *supported decision-making* »⁸. D'autre part, « la fourniture d'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique ne devrait pas dépendre d'une évaluation de la capacité mentale »⁹, cette dernière devant être abolie au profit de l'usage de nouveaux indicateurs non discriminatoires. Sans étonnement, cette interprétation de l'article 12 opérée par le Comité DPH a fait couler beaucoup d'encre et divisé la doctrine du monde entier¹⁰.

A l'échelle nationale ensuite, après quelques années d'effectivité, force est de constater que de nombreux problèmes pratiques sont survenus dans l'application de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité¹¹ (ci-après la loi de 2013) qui se voulait pourtant pionnière en matière d'autodétermination de la personne : prononcé systématique par les juges – d'ailleurs non spécialement formés au handicap – d'un statut d'incapacité globale par principe de précaution, mise en pratique du régime de l'assistance semblant inconcevable aux yeux de certains professionnels, manque d'encadrement des administrateurs familiaux, désignation majoritaire d'administrateurs professionnels chargés d'un nombre considérable de dossiers et n'entretenant pas un lien de proximité avec leur administré, certificats médicaux non circonstanciés, honoraires des administrateurs ne semblant toujours pas avoir été fixés par arrêté royal, etc.¹². Quelles perspectives pourraient-elles donc être envisagées afin de pallier tous ces problèmes et ces lacunes ? Et comment la Belgique pourrait-elle encore davantage se conformer à l'esprit de la CDPH ?

Méthode, terminologie et plan

L'objet de cet exposé n'a pas vocation à se présenter sous la forme d'une analyse en profondeur de la loi de 2013, de ses lois modificatrices et de l'ensemble de leurs problèmes d'application pratique, travail qui a d'ailleurs déjà été réalisé par nos prédécesseurs. Ces difficultés pratiques constitueront plutôt le point de départ d'une réflexion autour de pistes de solutions à explorer afin de s'assurer que les personnes en situation de handicap puissent acquérir et conserver au maximum leur autonomie dans l'exercice de leur capacité juridique au moyen, notamment, d'un soutien personnalisé et librement consenti.

D'un point de vue méthodologique, les thématiques de l'accompagnement de la personne dans ses prises de décision et de la protection (extra)judiciaire seront abordées par une approche comparative, permettant ainsi d'exposer des formules innovantes et plus respectueuses de l'esprit de la CDPH qui sont d'application

de décisions assistée tout en maintenant en parallèle des régimes de prise de décisions substitutive n'est pas suffisant pour se conformer à l'article 12 de la Convention » (Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 28).

⁸ Signifiant que « the system begins with the assumption that all individuals have a decision-making ability and then determines what support each individual needs in augmenting that ability and expressing her preferences » (A. ARSTEIN-KERSLAKE et E. FLYNN, « The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy ? », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 32, n°1, 2014, p. 131).

⁹ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 29, i).

¹⁰ Certains estiment en effet qu'il y aurait une incohérence entre cette interprétation et le respect d'autres droits : une personne dans un état de délire qui ne peut donner son consentement à se faire administrer un traitement efficace bénéficie-t-elle du meilleur état de santé possible comme le prescrit l'article 25 de la CDPH ? (M.C. FREEMAN *et al.*, « Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *Lancet Psychiatry*, 2015, vol. 2, n°9, p. 846). Pour prendre connaissance de l'ensemble des controverses à propos de cet article, voy. B. EYRAUD, J. MINOC et C. HANON, *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Montrouge, John Libbey Eurotext, 2018.

¹¹ Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, *M.B.*, 14 juin 2013.

¹² Ces différents problèmes ont été relevés par l'association UNIA, mais également au sein de plusieurs ouvrages (voy. notamment N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures d'incapacité », *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, N. Dandoy (dir.), CUP, vol. 165, Bruxelles, Larcier, 2016 ; E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire des incapables majeurs, une analyse pratique après un an d'application », *Actualités en droit de la famille*, N. Baugniet (dir.), Bruxelles, Larcier, 2015).

dans d'autres pays en la matière. C'est pourquoi les différentes parties relatives à l'analyse des pratiques (para)juridiques étrangères, *a fortiori* bien moins connues de nos lecteurs, seront volontairement beaucoup plus détaillées que celles relatives à la Belgique.

Une approche plus pratique semblait également incontournable afin de prendre connaissance de la réalité du terrain des deux pays étrangers étudiés, à savoir le Canada (le Québec) et le Royaume-Uni (l'Angleterre et le Pays de Galles). Des échanges très riches se sont donc déroulés avec Maître F. DUPIN, qui a plaidé comme avocat pour le Curateur public du Québec durant de très nombreuses années, ainsi qu'avec Maître R. SULLIVAN, avocate (*barrister*) exerçant au barreau de Londres.

D'un point de vue terminologique, nous entendrons par personne en situation de handicap toute personne qui présente « des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société »¹³. Seront donc visées tant les personnes en situation de handicap mental, les personnes âgées présentant des déficiences ou de la démence que les personnes souffrant de maladies mentales. Il est également important d'opérer une distinction entre la notion d'incapacité, celle-ci ayant un véritable caractère juridique puisqu'elle renvoie à l'impossibilité d'exercer ses droits civils et politiques, et celle de l'incapacité de fait (pour la Belgique), l'inaptitude (pour le Québec) ou l'incapacité mentale (pour l'Angleterre et le Pays de Galles) qui renvoie, quant à elle, « à la condition d'une personne qui [...] n'est pas en mesure d'exercer, *de facto*, son libre arbitre et de prendre des décisions de façon libre et éclairée quant à sa personne et à ses biens »¹⁴.

Dans un souci de clarté, eu égard à la refonte législative récemment opérée par le Québec mais qui n'est pas encore entrée en vigueur, nous souhaiterions spécifier le fait que, sauf indication contraire, toute référence ou explication législative portera bel et bien sur le droit québécois actuellement en vigueur¹⁵.

En commençant par une présentation générale des ordres juridiques belge, canadien et anglais ainsi que de leur législation en matière de handicap et de capacité juridique (Chapitre 1), nous poursuivrons par l'analyse des différents régimes et mesures de protection judiciaire de chaque pays et région (Chapitre 2) ainsi que des différentes étapes procédurales menant à cette mise sous protection (Chapitre 3). Nous analyserons ensuite l'importance du rôle des différentes personnes physiques ou morales qui gravitent autour de la personne en situation de handicap (Chapitre 4). Enfin, le curseur devant être placé sur le respect de sa volonté et de son autonomie, le dernier chapitre sera dédié à l'exposé des différentes mesures d'accompagnement et de protection extrajudiciaire (Chapitre 5). Chaque chapitre sera subdivisé en quatre sections, les trois premières portant respectivement sur la description des régimes belge, québécois et anglais, tandis que la dernière exposera l'analyse comparative des trois ordres juridiques et mettra également en valeur les bonnes pratiques respectant l'esprit de la CDPH dont la Belgique devrait s'inspirer.

¹³ CDPH, art. 1^{er}.

¹⁴ P. DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 359, Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 73.

¹⁵ Les futures dispositions québécoises se différencieront par l'apposition d'un « PL ».

Chapitre 1. Présentation des ordres juridiques et de leur législation en matière de handicap et de capacité juridique

Section 1. La Belgique

A. Cadre général et réception de la CDPH au sein du système juridique belge

Bien que la compétence du handicap soit fort éclatée entre les Régions et les Communautés belges, toute la question relative à la capacité juridique des personnes relève de la compétence exclusive du Fédéral. La Belgique a ratifié la CDPH le 2 juillet 2009, et ce, sans émettre une quelconque réserve à son article 12¹⁶. Alors qu'elle venait d'adopter sa réforme d'envergure en matière d'incapacité, le Comité DPH rendit en 2014 ses observations finales concernant le rapport de la Belgique, félicitant cette dernière pour cette initiative¹⁷. Toutefois, le Comité DPH y a fait part de certaines préoccupations, telles que « la mise en œuvre de la réglementation [qui] reflète souvent un modèle médical du handicap »¹⁸ ou encore que la nouvelle loi « continue d'adhérer à un régime de substitution de la prise de décision »¹⁹. Jusqu'il y a peu, aucune disposition constitutionnelle ne faisait spécifiquement référence aux personnes en situation de handicap. Désormais, un nouvel article 22ter²⁰ a récemment vu le jour, cristallisant symboliquement un « ancrage constitutionnel des droits à l'inclusion et aux aménagements raisonnables qui vient rappeler avec force les obligations de la CDPH et de la législation antidiscrimination »²¹.

B. Capacité des personnes majeures appréhendée par le Code civil belge

Il convient de se tourner vers le Code civil (ci-après C. civ.) afin de prendre connaissance de toutes les règles de fond en matière de capacité juridique. Celle-ci aura fait l'objet d'une vaste réforme par le biais de la loi de 2013²², entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014. Ses deux objectifs principaux furent, d'une part, que la Belgique se conforme aux dispositions internationales²³ en renforçant l'autodétermination et la participation de la personne handicapée – en proposant, comme le laisse transparaître le nom de la loi, « un statut juridique conforme à la dignité humaine » – et, d'autre part, en élargissant l'ancien régime de l'administration provisoire à la protection de la personne et non plus seulement à celle des biens²⁴. En fin de compte, ne sera gardé qu'un seul régime harmonisé et simplifié²⁵ de protection des personnes dites « vulnérables » qui devra être personnalisé en fonction de leurs troubles et de leurs facultés²⁶.

¹⁶ UNIA, *L'application en Belgique de la Convention ONU relative aux droits des personnes handicapées*, <https://www.unia.be/fr/criteres-de-discrimination/handicap/convention-onu-relative-aux-droits-des-personnes-handicapees>.

¹⁷ Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique*, CRPD/C/BEL/CO/1, 28 octobre 2014, pt. 4.

¹⁸ Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique*, précitées, pt. 7.

¹⁹ Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique*, précitées, pt. 23.

²⁰ Art. 22ter Const. : « Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables ».

²¹ UNIA, *Le droit à l'inclusion des personnes en situation de handicap désormais dans la Constitution*, 2021, <https://www.unia.be/fr/articles/le-droit-a-linclusion-des-personnes-en-situation-de-handicap-desormais-dans>.

²² Loi du 17 mars 2013, précitée.

²³ Notamment la CDPH et la Recommandation R(99)4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes juridiques concernant la protection des majeurs incapables, adoptée le 23 février 1999.

²⁴ Y.-H. LELEU, « Les innovations de la réforme de la protection des personnes vulnérables », *La protection des personnes vulnérables*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 8. ; N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures : analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 16.

²⁵ Remplaçant les quatre statuts antérieurs qu'étaient l'administration provisoire, le conseil judiciaire, l'interdiction judiciaire et la minorité prolongée.

²⁶ N. GALLUS, « La protection judiciaire de la personne – Assistance ou représentation », *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 72 et 73.

1. Champ d'application *ratione personae*

Trois catégories de personnes sont visées par le chapitre du Code civil intitulé « Des personnes protégées ». Premièrement, l'article 488/1, alinéa 1^{er} du Code civil. circonscrit le champ d'application de la mesure de protection au « majeur qui, en raison de son état de santé²⁷, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même [...] fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux »²⁸. Afin d'éviter un vide temporel, l'alinéa 2 de ce même article vise, quant à lui, le mineur âgé de 17 ans « s'il est établi qu'à sa majorité, il sera dans l'état visé à l'alinéa 1^{er} »²⁹, retardant ainsi l'entrée en vigueur de la protection au jour de sa majorité. Enfin, un régime de protection peut être prononcé à l'égard de personnes en état de prodigalité (art. 488/2 C.civ.)³⁰.

2. Principes directeurs régissant la mise sous protection

2.1. Principe de nécessité

L'incapacité de la personne devant rester l'exception, un régime de protection ne sera prononcé que s'il s'avère nécessaire³¹, en se limitant aux actes pour lesquels la protection semble indispensable³².

2.2. Principe de subsidiarité

L'ouverture d'un régime de protection ne peut être demandée « que dans la seule mesure où une autre solution davantage respectueuse de l'autonomie de la personne n'a pu ou ne peut être envisagée »³³. Tant des mesures de protection informelles que légales³⁴ doivent dès lors être privilégiées dans un premier temps. Ce principe promeut également l'invitation à donner priorité à la mise en œuvre d'un mandat de protection extrajudiciaire, pour autant que celui-ci soit adapté aux besoins de la personne³⁵.

2.3. Principe de proportionnalité

Une fois que le choix du meilleur type de protection a été opéré, il convient de déterminer quel est le régime le plus approprié aux besoins et à l'autonomie de la personne : l'assistance ou la représentation pour la protection judiciaire, un mandat simple ou général pour la protection extrajudiciaire³⁶. Dans cette optique, le juge de paix sera non seulement amené à se prononcer « en tout cas » sur la capacité de la personne à poser ou non les actes spécifiquement énumérés à l'article 492/1 du Code civil, qui restera capable de les poser à défaut d'indication contraire, mais devra également privilégier le régime de l'assistance³⁷.

²⁷ Le législateur n'a pas défini ce que l'on entendait par « en raison de son état de santé » car cette notion doit s'entendre de manière évolutive, en fonction des progrès de la médecine (F. DEGUEL, « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine : vers une simplification ? », *R.G.D.C.*, 2013, n°6, p. 292).

²⁸ Art. 488/1, al. 1^{er} C.civ. Cette définition peut donc englober certaines personnes âgées, avec un handicap mental ou ayant une maladie mentale, seulement si leur état de santé a une influence sur la gestion de leurs intérêts (non)patrimoniaux.

²⁹ Art. 488/1, al. 2 C. civ.

³⁰ Seul le régime d'assistance relatif aux biens de la personne pourra être prononcé à leur égard (N. GALLUS, « La protection judiciaire de la personne... », *op cit.*, p. 69).

³¹ La mesure pourrait ne pas se justifier, par exemple, « en raison d'une organisation de vie qui écarte les risques appréhendés » (T. DELAHAYE et F. HACHEZ, « La procédure dans la loi du 17 mars 2013 », *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 52). Voy. également J.P. Forest, 28 septembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 391.

³² Art. 488/1 et 492 C. civ. ; N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection...*, *op cit.*, p. 18.

³³ J.-L. RENCHON, « Vulnérabilité et aptitude. Rapport de droit belge », *Journées québécoises de l'association Henri Capitant*, 2018, p. 3, <http://henricapitant.org/evenements/journees-internationales>.

³⁴ Pensons à l'art. 220 C. civ. permettant à un époux (mais non à un cohabitant légal) d'exercer les pouvoirs dont est investi son conjoint pour poser des actes relatifs à ses/leurs biens si ce dernier n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté.

³⁵ Y.-H. LELEU, « Les innovations de la réforme... », *op cit.*, p. 11 ; N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection...*, *op cit.*, p. 19.

³⁶ Y.-H. LELEU, « Les innovations de la réforme... », *ibidem*, p. 11.

³⁷ F. REUSENS, « Petit aperçu de la grande réforme du droit belge des incapacités », *Ann. dr. Louvain*, 2014, n°1, p. 11. Voy. *infra*, pt 2.5.

2.4. Principe de capacité

Inspiré du principe de nécessité, ce principe valorise la capacité résiduelle de la personne en faisant de la capacité la règle et de l'incapacité l'exception, celle-ci ne frappant que les actes spécifiquement mentionnés dans l'ordonnance de mise sous protection indiquant qu'elle ne peut les poser seule³⁸.

2.5. Principe d'assistance

Enfin, en complément du principe de proportionnalité, ce principe se concrétise par le fait que le régime de représentation ne peut être mis en place que dans le cas où le régime d'assistance – plus respectueux de l'autonomie et de l'indépendance de la personne – se révèle être insuffisant, ce dernier étant d'application par défaut pour les actes dont la personne a été déclarée incapable lorsqu'aucune indication contraire n'est mentionnée au sein de l'ordonnance (art. 492/2 C. civ.)³⁹.

Section 2. Le Canada (Québec)

A. Cadre général et réception de la CDPH au sein du système juridique canadien

Au sein de cet État fédéral, la question spécifique de la capacité juridique est du ressort exclusif des provinces. Les personnes en situation de handicap se voient, au niveau national, formellement consacrer un droit à l'égalité devant la loi en vertu de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés⁴⁰.

Bien que le Canada, qui a ratifié la CDPH le 11 mars 2010, ait été un des premiers pays à développer la notion de « *supported decision-making* »⁴¹, les régimes de prise de décisions pour autrui sont toujours présents au sein de la plupart des législations provinciales⁴². En effet, une réserve au quatrième paragraphe de l'article 12 de la CDPH a été émise lors de sa ratification dans une optique de préservation des régimes de représentation⁴³. De ce fait, le Comité DPH recommande au Canada de retirer sa réserve afin de « tenir compte, ce faisant, des critères énoncés dans l'observation générale n°1 du Comité »⁴⁴.

Toutefois, la rapporteuse spéciale des droits des personnes handicapées, C. DEVANDAS-AGUILAR, s'est rendue au Canada en avril 2019 et a souligné l'évolution notable de la législation canadienne qui se conforme, petit à petit, davantage à la philosophie de la CDPH⁴⁵. Elle encourage donc le pays à développer, d'une part, un plan d'action national qui permettrait une meilleure collaboration entre les différentes entités et, d'autre part, à mener une réforme législative globale afin d'harmoniser les cadres juridiques et politiques

³⁸ Y.-H. LELEU, « Les innovations de la réforme... », *op cit.*, p. 13.

³⁹ F. REUSENS, « Petit aperçu de la grande réforme ... », *op cit.*, p. 11. Voy. *infra*, ch. 2, sect. 1., pt. B.

⁴⁰ Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, c. 11, art. 15 : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques » (nous soulignons). Bien que cet article ne définisse pas explicitement le terme de « déficience », la Cour Suprême du Canada a considéré que celui-ci doit englober « une multitude d'affections tant physiques que mentales, superposées à une gamme de limitations fonctionnelles, réelles ou perçues, tout en reconnaissant la possibilité que la personne dite "déficiante" ne souffre d'aucune affection ni d'aucune limite en ce qui a trait à de nombreux aspects importants de sa vie » (*Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703 (C.S.C.), § 29).

⁴¹ A. BZDERA, « La mise en œuvre au Canada de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Bulletin de veille*, vol. 6, n°1, 2017, p. 3.

⁴² Rien qu'en Ontario et au Québec, plus ou moins 54,800 personnes sont soumises à des régimes de représentation (Human Right Council, *Visit to Canada : Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*, 43^{ème} session, A/HRC/43/41/Add.2, 2019, p. 14, <https://undocs.org/en/A/HRC/43/41/Add.2>).

⁴³ « Dans la mesure où l'article 12 peut être interprété comme imposant l'élimination de toutes mesures de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique, le Canada se réserve le droit de continuer l'utilisation de telles mesures dans des circonstances appropriées et sujet à ce qu'elles soient assorties de garanties appropriées et effectives. Concernant le paragraphe 4 de l'article 12, le Canada se réserve le droit de ne pas soumettre toutes ces mesures à un contrôle périodique effectué par un organe indépendant, lorsque de telles mesures sont déjà assujetties à un contrôle ou un appel ».

⁴⁴ Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial du Canada*, CRPD/C/CAN/CO/1, 8 mai 2017, pt. 2. Voy. également Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n° 1*, précitée.

⁴⁵ Human Right Council (ONU), *Visit to Canada...*, *op cit.*, pt. 76.

existant actuellement au sein de certaines provinces afin de permettre que toute personne en situation de handicap puisse se prévaloir de ces mécanismes de prise de décision assistée⁴⁶.

B. Capacité des personnes majeures appréhendée par le Code civil québécois

La question de la capacité juridique étant une compétence provinciale, il a été décidé, dans le cadre de cet exposé, de se focaliser sur les mesures et les régimes en vigueur au sein de la province du Québec. La matière relative à la protection des personnes majeures avait fait l'objet d'une grande réforme – considérée comme avant-gardiste sur le plan international – en 1990⁴⁷ et, quatre ans plus tard, le nouveau Code civil du Québec (ci-après C.c.Q.)⁴⁸ a repris en son sein l'ensemble de ces dispositions légales.

1. Champ d'application *ratione personae*

Puisque toute personne majeure est présumée capable et « apte à exercer pleinement ses droits civils » (art. 4 C.c.Q.), seuls des dispositions législatives expresses ou un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection permettent de déroger à ce principe (art. 154 C.c.Q.)⁴⁹. Ce dernier peut viser un adulte « inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté⁵⁰. Il peut aussi être nommé un tuteur ou un conseiller au prodigue qui met en danger le bien-être de son époux ou conjoint uni civilement ou de ses enfants mineurs »⁵¹.

2. Principes directeurs régissant la mise sous protection

2.1. Principe de nécessité

L'opportunité d'ouvrir un régime de protection doit toujours s'apprécier, tout comme en Belgique, au regard du principe de nécessité et non en raison d'une simple question d'utilité ou de facilité. Ainsi, doivent être privilégiées certaines mesures qui seraient moins attentatoires à la liberté et à l'autonomie de la personne, telles que, par exemple, « l'apport en service de groupes communautaires ou d'organismes issus du réseau de la santé au quotidien de la personne évaluée »⁵².

2.2. Principe de subsidiarité et de mise en œuvre d'une présomption de solidarité familiale « élargie »

Ce principe promeut le fait qu'il y ait lieu d'analyser en priorité la possibilité de nommer en tant que conseiller au majeur, tuteur ou curateur, une personne faisant partie du cercle familial ou amical de la personne à protéger. En effet, selon l'article 261 du Code civil québécois et une jurisprudence constante, le Curateur public⁵³ ne peut être nommé par le tribunal que de manière subsidiaire, c'est-à-dire dans le cas où « la famille ne veut ou ne peut assurer la protection de la personne vulnérable »⁵⁴.

⁴⁶ Human Right Council (ONU), *Visit to Canada...*, *ibidem*, pt. 21 à 25.

⁴⁷ Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1989, c. 54.

⁴⁸ Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991 (ci-après C.c.Q.).

⁴⁹ M.-A. GRÉGOIRE et C. MORIN, « Vulnérabilité et aptitude : rapport québécois », *Journées québécoises de l'association Henri Capitant*, 2018, p. 1, <http://henricapitant.org/evenements/journees-internationales>.

⁵⁰ Quatre critères sont donc nécessaires pour conclure à l'incapacité : l'existence d'une déficience, d'un lien de causalité entre celle-ci et l'incapacité de la personne à gérer ses biens ou sa personne, d'un risque de préjudice et d'un besoin d'être représenté (P. DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux... », *op cit.*, pp. 82 et suiv.).

⁵¹ Art. 258 C.c.Q.

⁵² F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe d'individualisation d'une mesure de protection légale à l'égard d'un majeur vulnérable », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 409, Cowansville, Yvon Blais, 2016, p. 3.

⁵³ Il s'agira de l'institution représentant le majeur placé sous un régime de protection publique (voy. *infra*, ch. 4, sect. 2, pt. A).

⁵⁴ F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe... », *op cit.*, p. 4.

Ce principe s'illustre également dans la préférence pour la mise en œuvre du mandat de protection par rapport à l'ouverture d'un régime de protection judiciaire, ce dernier relevant plus du champ de l'aléatoire⁵⁵.

2.3. Principe de proportionnalité

Le Code civil prévoit que « toute décision relative à l'ouverture d'un régime de protection ou qui concerne le majeur protégé doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie »⁵⁶. Ainsi, la protection doit être adéquate par rapport au degré d'aptitude de la personne en situation de handicap et implique que l'on prenne pleinement en considération son autonomie résiduelle⁵⁷. Ce principe s'illustre actuellement dans la gradation des différents régimes de protection proposés⁵⁸.

2.4. Principe de précarité

En matière de protection des majeurs, les décisions sont caractérisées par une absence de chose jugée étant donné qu'elles doivent faire l'objet d'un réexamen périodique qui pourrait aboutir à une révision de la mesure, voire à sa mainlevée⁵⁹.

2.5. Principe d'unicité

Lorsque le tuteur ou le curateur en charge des décisions relatives aux biens est différent de celui en charge des décisions relatives à sa personne, seul ce dernier sera investi du pouvoir d'exercer les droits civils de la personne protégée devant le tribunal et ce, même si l'on est face à un litige portant exclusivement sur les biens de la personne⁶⁰.

2.6. Vers une reconnaissance du principe d'individualisation

F. DUPIN plaide pour la reconnaissance d'un principe d'individualisation prônant la prise en compte de la situation particulière et concrète de la personne à protéger⁶¹. Il se matérialise sous plusieurs aspects, notamment par le fait de devoir prendre en compte « le degré d'autonomie de la personne »⁶² lors de la demande d'ouverture d'un régime de protection afin de prononcer une protection adaptée, ou par le fait de tenir compte du choix exprimé par la personne – lors de l'interrogatoire notamment – quant à la désignation de son protecteur⁶³ ou quant à la mise en œuvre d'un mandat de protection⁶⁴. Ce principe prend également corps grâce à l'obligation de produire une évaluation psychosociale établie par un travailleur social qui permettra de relater le vécu et la parole de la personne⁶⁵.

Ce principe d'individualisation a également vocation à s'appliquer au cours de la mise en œuvre du régime étant donné que le protecteur a l'obligation, « dans la mesure du possible », d'obtenir l'avis de la personne

⁵⁵ F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe... », *ibidem*, p. 4.

⁵⁶ Art. 257 C.c.Q. Le Québec, en introduisant la notion de sauvegarde de l'autonomie de la personne protégée par le biais de la réforme de 1990, fut un État véritablement pionnier étant donné que cette réforme est intervenue bien avant l'adoption de la CDPH.

⁵⁷ F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe... », *op cit.*, p. 5. Voy. aussi le jugement A. c. C., EYB 2007-112937 (C.S.), § 30.

⁵⁸ A.-I. CLOUTIER, « La création d'une instance décisionnelle spécialisée au Québec : une voie à explorer pour une meilleure protection des personnes inaptes », 2019, p. 15, <https://www.bcli.org/ccel/gregory-k-steele-qc-student-prize>.

⁵⁹ F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe... », *op cit.*, p. 5.

⁶⁰ F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe... », *ibidem*, p. 5.

⁶¹ F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe... », *ibidem*, p. 6.

⁶² Art. 276 C.c.Q.

⁶³ L'article 256 du Code civil, introduisant le chapitre consacré aux régimes de protection du majeur, énonce d'entrée de jeu que ces régimes « sont établis dans son intérêt ». Voy. également D.J. c. De P, 2015 QCCS 3241, § 164 : « *The selection of the curator must, of course, be made in the best interest of the person but after taking into consideration his or her needs and to a certain degree, the environment in which that person was previously evolving* ».

⁶⁴ Le juge pourrait s'opposer à homologuer un mandat de protection lorsque l'on serait en présence de plusieurs mandataires ne s'entendant pas entre eux et où l'exécution conjointe du mandat nuirait à l'intérêt du mandant (voy. S.F. c. M.A., 2015 QCCS 1046).

⁶⁵ F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe... », *op cit.*, pp. 7 à 10. Voy. également *infra*, ch. 3, sect. 2., pt. B.2.2.

protégée et de la tenir systématiquement informée concernant toute décision relative à sa personne et à ses biens afin de respecter sa capacité résiduelle⁶⁶. Ainsi, au plus la personne est en mesure d'exprimer ses préférences, au plus le protecteur a le devoir de les prendre en considération lorsqu'il apprécie son intérêt. Et dans le cas où elle serait dans l'impossibilité de les exprimer, le protecteur « doit tout mettre en œuvre pour déterminer quelles seraient ces préférences si [elle] était en mesure de les formuler »⁶⁷.

C. Récente adoption du projet de loi n°18

1. Ratio legis

En avril 2019, le gouvernement québécois déposa un projet de loi visant à moderniser la législation en matière de protection des personnes majeures – celle-ci n'ayant plus fait l'objet d'une réforme d'envergure depuis 1990 – ainsi qu'à l'aligner sur les tendances internationales, la CDPH étant manifestement la toile de fond de ce projet⁶⁸. Cette réforme, établie en forte collaboration avec la société civile, poursuivait également d'autres objectifs : incorporer clairement et solidement les principes et la pratique des cours et tribunaux québécois au sein d'un corpus législatif, valoriser l'autonomie et les volontés de la personne protégée, accorder des pouvoirs supplémentaires au conseil de tutelle et renforcer le contrôle des représentants et des mandataires dans leur mission d'administration. La loi⁶⁹ fut adoptée à l'unanimité le 2 juin 2020 et son entrée en vigueur est actuellement prévue pour juin 2022⁷⁰.

2. Codification de l'obligation de la prise en compte des volontés et préférences de la personne

Afin de donner un ancrage plus solide au respect des volontés et préférences de la personne, qui constitue la pierre angulaire de l'article 12 de la CDPH, le Code civil québécois prévoira désormais que « toute décision relative à l'ouverture d'une tutelle au majeur ou qui concerne le majeur sous tutelle doit être prise dans son intérêt [...] en tenant compte de ses volontés et préférences »⁷¹, notion à donc distinguer de celle de l'intérêt supérieur⁷². Il disposera également que le tuteur doit dorénavant « maintenir une relation personnelle avec le majeur, le faire participer aux décisions prises à son sujet et l'en tenir informé »⁷³.

Ces deux ajouts viennent renforcer le principe d'individualisation et la participation active de la personne protégée dont on ne recueille plus simplement l'avis. Certains auteurs considèrent que le législateur aurait pu oser aller plus loin dans la rédaction de la disposition en détaillant de manière plus fine les différentes obligations du représentant⁷⁴ ou en prévoyant pour certaines décisions d'ordre plus fondamental et personnel, tel que le choix du lieu de vie⁷⁵, « une présomption simple de capacité de la personne à

⁶⁶ Voy. les art. 260, al. 2 et 257, al. 2 C.c.Q. (F. DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe... », *ibidem*, pp. 7 à 11).

⁶⁷ D. GOUBAU, « Analyse critique du projet de loi n°18 de 2019 portant réforme des régimes de protection », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 469, Cowansville, Yvon Blais, 2020, p. 12. Voy. également *Curateur public du Québec c. H.P.*, 2019 QCCA 795, § 25.

⁶⁸ D. GOUBAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *ibidem*, p. 3.

⁶⁹ Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes, L.Q. 2020, c. 11.

⁷⁰ D. GOUBAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *op cit.*, pp. 3 et 16.

⁷¹ Art. 257, al. 1^{er} C.c.Q. (PL).

⁷² M. GIROUX, « Des volontés et préférences agissantes par la bienveillance », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 469, Cowansville, Yvon Blais, 2020, p. 94.

⁷³ Art. 260, al. 2 C.c.Q. (PL).

⁷⁴ Voy. dans la province de la Nouvelle-Écosse *The Adult Guardianship and Trusteeship Act*, S.A. 2008, c. A-4.2, art. 2 : « (d) [...] consideration must be given to (i) any wishes known to have been expressed by the adult while the adult had capacity, and (ii) any values and beliefs known to have been held by the adult while the adult had capacity ».

⁷⁵ Pour prendre connaissance de toute la jurisprudence québécoise en matière de choix du lieu de résidence, voy. P. DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux... », *op cit.*, pp. 105 et suiv.

participer activement à la décision »⁷⁶, ceci étant d'ailleurs déjà prévu en matière de consentement aux soins⁷⁷.

Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)

A. Cadre général et réception de la CDPH au sein du système juridique britannique

Le Royaume-Uni est une monarchie constitutionnelle parlementaire composée de quatre nations constitutives. La question de la capacité juridique est abordée de manière assez fragmentaire, la législation en la matière différant entre les nations constitutives. On peut toutefois se réjouir du fait que ces différentes législations fournissent une « reconnaissance de base de l'autorité juridique pour la prise de décision assistée au Royaume-Uni »⁷⁸, comme nous le verrons dans la suite de cet exposé.

En 2014, des tables rondes ont été organisées par le Ministère de la Justice et des chercheurs de l'Université de l'Essex – qui a d'ailleurs lancé le « *Essex Autonomy Project* » – afin d'analyser la conformité de la législation britannique par rapport à la CDPH, ratifiée par le Royaume-Uni en 2009 sans qu'une réserve ne soit émise vis-à-vis de son article 12. Au sein de leur rapport final, bien qu'ils reconnaissent que le *Mental Capacity Act*⁷⁹ (ci-après *MCA*) n'est pas totalement conforme à la Convention, ils adoptent une position plus ou moins similaire à celle du Canada quant à l'implémentation effective de l'article 12 de la CDPH : ils soulignent qu'il n'y est pas explicitement fait état d'une obligation d'abolition complète des régimes de représentation ou de la notion d'intérêt supérieur de la personne et prennent dès lors une certaine distance par rapport à l'interprétation que le Comité DPH a faite de cet article⁸⁰.

B. Capacité des personnes majeures appréhendée par *The Mental Capacity Act*

Nous avons fait le choix, dans le cadre de cet exposé, de limiter notre analyse à la législation anglo-galloise. L'acte de principe posant un cadre légal pour toute personne confrontée à une capacité mentale réduite n'est autre que le *MCA* de 2005, entièrement entré en vigueur le 1^{er} octobre 2007⁸¹. Cette loi, qui a fait l'objet d'une procédure d'élaboration étendue sur 15 ans et qui s'est surtout fondée sur les travaux de la *Law of Commission*⁸², consolide tous les principes de *Common Law* relatifs à la situation des personnes dont la capacité mentale est réduite d'une part, et régit le statut de leurs représentants d'autre part⁸³.

1. Loi complétée par le *Code of Practice*

Le *MCA* se présentait comme étant une loi-cadre posant les grands principes et les bases du fonctionnement des mécanismes de prise de décisions. Il avait pour vocation d'être complété, en vertu de la section 42 du *MCA*, par un *Code of Practice*⁸⁴ (ci-après *CoP*) publié en avril 2007, reprenant en 300

⁷⁶ D. GOUBAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *op cit.*, p. 14.

⁷⁷ D. GOUBAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *ibidem*, p. 14.

⁷⁸ M. FURGALSKA, R. HARDING et E. TASCIOGLU, *Supported Will-Making: A Socio-Legal Study of Experiences, Values, and Potential in Supporting Testamentary Capacity*, Birmingham Law School, 2019, p. 13, www.legalcapacity.org.uk/research-findings/.

⁷⁹ *Mental Capacity Act* 2005, c. 9, London.

⁸⁰ A. BZEDRA, « Capacité juridique et droit international en Angleterre et au Pays de Galles », *Bulletin de veille*, vol. 5, n°1, 2016, p. 8.

⁸¹ B.C. DIMOND, *Legal Aspects of Mental Capacity: A Practical Guide for Health and Social Care Professionals*, 2^{ème} éd., Oxford, John Wiley & Sons, 2016, p. 13.

⁸² The Law of Commission, *Mental Incapacity*, rapport n°231, 28 février 1995, <http://www.bailii.org>.

⁸³ Direction générale des politiques internes (Parlement européen), *Étude comparative sur les régimes juridiques de protection des majeurs incapables*, Bruxelles, 2008, p. 36, <https://www.europarl.europa.eu/portal/en>.

⁸⁴ *Code of Practice of the Mental Capacity Act*, issued by the Lord Chancellor on 23 April 2007 in accordance with sections 42 and 43 of the Act, Department for Constitutional Affairs, London.

pages les bonnes pratiques et les *guidelines* à respecter à propos de la façon d'appliquer concrètement le MCA. Il reprend notamment en son sein certains scénarios permettant d'illustrer le sens à donner aux dispositions, sans pour autant vouloir promouvoir de solution modèle⁸⁵.

Sous ce *Code of Practice*, qui n'est pas « *a statute, [but] an interpretive aid to the statutory framework* »⁸⁶, certaines professions⁸⁷ détiennent une obligation légale de tenir compte (« *have regard to* »)⁸⁸ de ses dispositions en démontrant qu'elles sont familières avec son contenu et qu'elles l'ont correctement appliqué lors d'une prise de décision⁸⁹. Les autres personnes qui s'occupent ou prennent soin d'une personne ne disposant pas de sa pleine capacité mentale, comme certains aidants non-rémunérés ou les membres de la famille, ne sont pas légalement obligées d'en tenir compte, mais se doivent toutefois de le garder en mémoire et suivre les orientations qu'il contient dans la mesure où ils en ont connaissance⁹⁰.

2. Champ d'application *ratione personae* (section 2(1) et 2(2) MCA et art. 4.1 à 4.65 CoP)

S'appliquant aux personnes de plus de 16 ans⁹¹, la définition de l'incapacité est reprise aux sections 2(1) et (2) du MCA⁹². Elle doit être appréciée par le biais d'un test formé par deux composantes. Il y a premièrement lieu d'analyser ce que la doctrine dénomme le « *diagnostic threshold* » (seuil de diagnostic, art. 4.11 et 4.12 CoP) afin d'établir que l'éventuelle incapacité mentale a une origine médicale (« *an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain* »). En guise de deuxième étape, il conviendra d'analyser la « *person's decision-making ability* »⁹³. On pourra donc conclure à une absence de capacité mentale uniquement dans le cas où elle résulte d'un dysfonctionnement d'origine médicale⁹⁴. Un élément important qui ressort de cette définition est que l'appréciation de la capacité est fonction du temps (« *at the material time* ») et des différents types de décisions à prendre (« *in relation to the matter* »), signifiant qu'on ne procède pas à un « *general assessment of capacity* »⁹⁵. Avant même l'adoption du MCA, la jurisprudence anglaise a toujours abordé le concept de la capacité de manière fonctionnelle, en observant donc si la personne en situation de handicap comprend bien la nature et les conséquences de

⁸⁵ D. LUSH, « Guardianship in England and Wales », *Comparative perspectives on adult guardianship*, K. Dayton (dir.), Durham, Carolina Academic Press, 2014, p. 139.

⁸⁶ Re Lawson, Mottram and Hopton [2019] EWCOP 22, § 51.

⁸⁷ Par « *the people acting in relation to the incapacitated person in a professional capacity* », sont visés les médecins, les infirmiers, les travailleurs sociaux, les aides-soignants, les IMCA (chapitre 10 CoP), les avocats, les *advocacy workers*, les *deputies* (chapitre 8 CoP) ou les *donees* (chapitre 7 CoP) (A. ALONZI, « The Mental Capacity Act 2005 and the Code of Practice: An Introduction », *Nottingham Law Journal*, vol. 17, n°1, 2008, p. 44 ; O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005 (England and Wales) - A New Legal Framework for Decision-Making », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 56, n°2, 2005, p. 279).

⁸⁸ « The Act does not impose a legal duty on anyone to 'comply' with the Code – it should be viewed as guidance rather than instruction » (CoP, p. 1).

⁸⁹ Dans le cas où ces professionnels ne parviennent pas à se justifier correctement quant au non-respect de ces dispositions, cela pourrait jouer à leur défaveur lors d'une procédure civile ou pénale (section 42(5) MCA).

⁹⁰ G v E [2010] EWCOP 2512, § 56.

⁹¹ Section 2(5) MCA. Il existe néanmoins certaines exceptions, voy. par exemple la section 18(3) MCA.

⁹² « *A person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain. It does not matter whether the impairment or disturbance is permanent or temporary* ».

⁹³ La section 3(1) du MCA énonce plus précisément quels sont les critères à prendre en considération pour déterminer si la personne est capable ou non de prendre une décision : « *For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable (a) to understand the information relevant to the decision, (b) to retain that information, (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)* ». La section 3(2) du MCA précise qu'une personne ne peut être considérée comme incapable de comprendre une information si celle-ci doit lui être donnée sous une forme particulière et appropriée à sa condition (utilisation d'un langage simplifié, de pictogrammes, etc.). Par contre, selon la section 3(3) du MCA, le fait qu'une personne puisse retenir une information à court terme ne peut suffire à considérer que celle-ci est apte à prendre des décisions de manière autonome. Voy. aussi le chapitre 4 du CoP.

⁹⁴ Peuvent donc être visées par la loi les personnes handicapées mentales, les personnes démentes, les personnes qui ont des maladies psychiatriques et les personnes prodigues (A. BZEDRA, « Capacité juridique et droit international... », *op cit.*, p. 6 ; M. BURCH *et al.*, *Is the MCA of England and Wales compatible with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities? If not, what next ?*, 2014, pp. 2 à 4, <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2021/01/EAP-Position-Paper-FINAL.pdf>).

⁹⁵ O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 276.

sa décision⁹⁶. Ainsi, si la personne est atteinte d'une déficience intellectuelle mais que celle-ci n'affecte pas son aptitude à prendre une décision particulière ou lorsque son incapacité est fluctuante, le MCA ne pourra s'appliquer au cas d'espèce et la décision qui aura été personnellement prise ne pourra être contournée par une autre qui serait prise dans son intérêt⁹⁷.

Toutefois, pour des raisons pratiques, si une personne souffre d'une affection constante ou dégénérative, il n'est pas nécessaire que la famille ou les soignants procèdent à une évaluation de la capacité chaque matin pour savoir, par exemple, si la personne est capable de s'habiller. Celle-ci devra toutefois être constamment soutenue car il se peut qu'elle apprenne de nouvelles compétences, l'évaluation de sa capacité par rapport à cet acte particulier pouvant alors évoluer dans le temps⁹⁸.

3. Cinq principes statutaires (*the five statutory principles, section 1 MCA*)

3.1. Présomption de capacité (*section 1(2) MCA et art. 2.3 à 2.5 CoP*)

Cette présomption implique que c'est à la personne prétendant que P⁹⁹ ne dispose pas de la capacité requise pour prendre une décision spécifique qu'incombe la charge de la preuve de l'incapacité¹⁰⁰.

3.2. « *All practicable steps to help decision-making* » (*section 1(3) MCA et art. 2.6 à 2.9 CoP*)

Toutes les mesures concrètes d'aide à la prise de décision possibles doivent avoir été mises en œuvre – en utilisant des outils de communication spécifiques, en fournissant des informations sous une forme accessible, en retardant la prise de décision jusqu'au moment d'un traitement, etc.¹⁰¹ – avant de conclure à l'incapacité mentale de la personne¹⁰². Ce deuxième principe établit donc un fondement juridique à la prise de décision assistée en droit anglais. En pratique, les recherches démontrent qu'il est relativement bien appliqué en matière d'aide sociale pour toutes les prises de décisions quotidiennes, mais qu'il est plus compliqué à mettre en œuvre, par manque de connaissance ou de formation nécessaire du personnel, pour tout ce qui concerne les choix de vie de plus grande importance ou les décisions de nature juridique. De plus, il n'existe aucune définition précise de ce que sont ces « *practicable steps* », de sorte que les professionnels de la santé n'ont pas instauré de systèmes de prise de décision assistée plus complets que la mise en place de techniques de communication ou de fourniture d'informations¹⁰³.

3.3. Distinction entre l'incapacité de prise de décision et la prise de décision déraisonnable (« *unwise decisions* », *section 1(4) MCA et art. 2.10 et 2.11 CoP*)

Ce principe promeut le fait qu'une personne ne puisse être considérée comme incapable de prendre une décision sur base d'une évaluation uniquement fondée sur l'analyse des résultats de sa prise de décision ; certaines personnes, dont des personnes en situation de handicap, seront en effet enclines à prendre des

⁹⁶ *Masterman-Lister v. Brutton & Co* [2002] EWCA Civ. 1889, § 58 : « *The authorities are unanimous in support of two broad propositions. First, that the mental capacity required by the law is capacity in relation to the transaction which is to be effected. Second, that what is required is the capacity to understand the nature of that transaction when it is explained* ».

⁹⁷ D'où l'importance que le praticien évaluant la capacité consigne ses conclusions et enregistre son évaluation en cas de contestation (B.C. DIMOND, *Legal Aspects of Mental Capacity...*, op. cit., p. 33 ; A. ALONZI, « *The Mental Capacity Act...* », op. cit., p. 47).

⁹⁸ Office of the Public Guardian, *Making decisions...about your health, welfare or finances. Who decides when you can't ?*, 2009, p. 14, <https://www.gov.uk/government/publications/making-decisions-who-decides-when-you-cant>.

⁹⁹ "P" est la manière dont est désignée en droit anglais la personne visée par le MCA.

¹⁰⁰ Section 2(4) MCA : « *Any question whether a person lacks capacity within the meaning of this Act must be decided on the balance of probabilities* ».

¹⁰¹ Voy. les art. 3.1 à 3.17 CoP pour des exemples de mise en pratique plus détaillés.

¹⁰² P. LETTS, « *Mental Capacity Act 2005 : The Statutory Principles and Best Interests Test* », *Journal of Mental Health and Capacity Law*, n°13, 2005, p. 153.

¹⁰³ M. FURGALSKA, R. HARDING et E. TASCIOGLU, *Supported Will-Making...*, op. cit., p. 11.

décisions plus risquées et disposent, comme tout le monde, d'un droit de se tromper¹⁰⁴. Toutefois, certains auteurs estiment qu'il faut appliquer ce principe avec prudence et analyser si, en prenant une décision imprudente, la personne dispose au moins d'une compréhension globale de ses implications¹⁰⁵.

3.4. L'acte pris dans le chef de la personne handicapée doit se faire dans son intérêt : la notion de « best interests standard » (section 1(5) MCA et art. 2.12, 2.13, et 5.1 à 5.69 CoP)

La notion de « best interests » n'est pas définie en tant que telle au sein du MCA, mais sa section 4 établit une « checklist » de facteurs qui doivent systématiquement être pris en compte lors de l'appréciation de des *best interests* de la personne. Cette dernière doit se faire de manière objective car « *it is not a substitution of what others think is right for the person* »¹⁰⁶. Il faudra notamment tenir compte du fait que la personne ait perdu sa capacité de manière temporaire ou non, s'assurer qu'elle participe pleinement à toute prise de décision la concernant, tenir compte de ses croyances, ses valeurs, ses souhaits et ses sentiments présents et passés, et enfin, consulter les personnes désignées par la loi préalablement à la prise de décision¹⁰⁷.

Le chapitre 5 du *Code of Practice* explicite par ailleurs de façon détaillée la manière de prendre en compte ces *best interests*. Aucune hiérarchie n'est établie entre ces différents facteurs d'appréciation au sein des deux instruments de référence. La jurisprudence met toutefois en lumière que « *certain factors can become "magnetic" depending on the circumstances of the case, and so tilt the balance towards a certain resolution* »¹⁰⁸. Le comité *Essex Autonomy Project* met également en lumière le travail d'une juge de la *Court of Protection*, H. MARSHALL, qui a établi, au sein du *S and S case*¹⁰⁹, une grille d'analyse reprenant les diverses conditions auxquelles toute personne doit se référer afin d'analyser s'il doit être donné priorité aux préférences et aux souhaits exprimés par la personne¹¹⁰.

A l'inverse, au sein d'une autre affaire, le juge J. LEWISON a fait valoir que « *the decision maker must form a value judgment of his own giving effect to the paramount statutory instruction that any decision must be made in P's best interests* »¹¹¹. Selon lui, les sentiments et les croyances de la personne doivent être pris en considération, sans pour autant qu'ils ne constituent des facteurs décisifs influençant le choix final¹¹².

¹⁰⁴ Prenons par exemple le cas d'une personne qui souhaite continuer à fumer malgré l'avis du médecin.

¹⁰⁵ P. LETTS, « Mental Capacity Act 2005... », *op. cit.*, p. 154.

¹⁰⁶ O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op. cit.*, p. 277.

¹⁰⁷ Art. 5.49 CoP ; A. SZERLETICS, *Best interests decision-making under the Mental Capacity Act*, 2016, p. 16, <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2016/11/Best-Interests-Green-Paper-v3.0.pdf>.

¹⁰⁸ The Law of Commission, *Mental Capacity and Deprivation of Liberty*, rapport n° 372, 2017, p. 157, www.gov.uk/government/publications. Voy. *W v M* [2011] EWHC 2443 (Fam).

¹⁰⁹ *Re S and S (Protected Persons), C v V* [2008] EWHC B16 (Fam). Cette affaire a été rendue dans le cadre de l'exécution d'un *Enduring Power of Attorney* au sein duquel les parents avaient émis le souhait que si leurs deux filles ne parvenaient pas à agir de manière conjointe pour prendre certaines décisions, aucune des deux ne devrait agir seule. Puisqu'une des deux filles considérait que ses parents étaient encore capables de prendre des décisions et n'avaient donc pas besoin d'être administrés, un *district judge* a nommé l'autre fille comme *deputy*. La juge a réformé cette décision en nommant un *deputy* indépendant afin de respecter la volonté des parents (*Essex Autonomy Project, The Court of Protection. Briefing Document*, 2016, p. 12, <https://autonomy.essex.ac.uk>).

¹¹⁰ Ces conditions sont les suivantes : « Le souhait exprimé par la personne inapte pourrait également l'être par une personne apte ; Le souhait est matériellement réalisable ; Une personne apte ayant les mêmes ressources pourrait raisonnablement envisager de les utiliser pour réaliser le souhait ; Il n'y a pas d'impact potentiel suffisamment néfaste qui fournirait une justification convaincante pour passer outre la volonté de la personne inapte » (*Re S and S (Protected Persons), C v V* [2008] EWHC B16 (Fam), § 57 ; A. BZEDRA, « Capacité juridique et droit international... », *op. cit.*, p. 8). Pour aller plus loin, voy. M. BURCH *et al.*, *Is the Mental Capacity Act...*, *op. cit.*, pp. 48 et suiv.

¹¹¹ *Re P* [2009] EWHC 163, § 39.

¹¹² *Essex Autonomy Project, The Court of Protection...*, *op. cit.*, p. 12.

3.5. Choix de la mesure la moins restrictive des droits de la personne et de sa liberté d'action (section 1(6) MCA et art. 2.14 à 2.16 CoP)

Ce principe fait valoir qu'avant toute prise de décision, il y a lieu d'analyser « *whether it is possible to act or decide in a way that interferes less with the person's rights and freedom of action* »¹¹³. Un parallèle peut ainsi être fait avec le principe de nécessité tel que retrouvé dans les systèmes belge et québécois qui, quant à lui, s'applique spécifiquement à la question de l'ouverture d'un régime de protection judiciaire.

Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques

A. Les instruments législatifs et leur contenu général

De tradition civiliste, la Belgique et le Québec abordent tous deux la question de la protection judiciaire et extrajudiciaire au sein de leur Code civil. Ces dispositions se concentrent principalement sur les conditions à remplir pour procéder à l'ouverture d'un régime de protection, les principes à respecter en amont et en aval de celle-ci et toutes les règles propres à l'exercice de chaque régime.

L'Angleterre, quant à elle, a spécialement édicté une loi réglementant la manière dont la capacité mentale d'une personne doit être appréhendée. En parallèle, elle a complété sa législation de référence avec un *Code of Practice* extrêmement complet afin de donner corps à l'application effective du MCA. Contrairement aux deux autres ordres juridiques, ces deux instruments ne se concentrent pas uniquement sur la question de l'ouverture d'un régime de protection et sur les règles selon lesquelles ce régime devra être exercé. En effet, ils explicitent de façon très complète – par le biais de questions posées sous forme de *checklists* et de cas de figures fictifs – la manière dont il faut apprécier, par exemple, les *best interests* de la personne ou sa *decision-making ability*, même dans le cas où un régime de protection n'est pas mis en place. Le MCA n'a pas été édicté « *only to protect people who lack capacity, but also to maximise their ability to participate in decision-making* »¹¹⁴, philosophie qui se reflète d'ailleurs au travers de leurs *five statutory principles*. Pour rappel, ces derniers portent notamment sur l'obligation de recourir préalablement à toutes les mesures d'aide à la prise de décision, sur la distinction entre incapacité mentale et prise de décision déraisonnable ainsi que sur la manière d'appréhender les *best interests* de la personne ; ce sont des principes directeurs que l'on ne retrouve pas au travers de la législation belge ou québécoise.

B. Le champ d'application *ratione personae* des législations : une approche médicale

A la lecture des trois dispositions reprenant la définition de personnes considérées comme mentalement incapables pour l'Angleterre, inaptes pour le Québec et incapables de fait pour la Belgique, des différences et des similitudes peuvent être relevées. Le champ d'application *ratione personae* de ces définitions est similaire aux trois entités ; seront tant visées certaines personnes en situation de handicap mental, ayant une maladie mentale, présentant des déficiences du fait de leur grand âge, ainsi que celles dans un état de prodigalité¹¹⁵. Contrairement à la Belgique, qui a fait le choix d'une définition relativement large en optant pour qu'une personne majeure puisse être mise sous protection « en raison de son état de santé », le Québec privilégie, quant à lui, une définition énumérative mais non limitative (vu le terme « notamment »)

¹¹³ P. LETTS, « Mental Capacity Act 2005... », *op. cit.*, p. 155.

¹¹⁴ P. LETTS, « Mental Capacity Act 2005... », *ibidem*, p. 151.

¹¹⁵ Dans ce dernier cas, il s'agit d'une question qui est toutefois assez controversée en Angleterre (Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3)). De plus, la personne prodigue au Québec ne peut faire l'objet d'un régime de protection uniquement lorsqu'elle « met en danger le bien-être de son époux ou conjoint uni civilement ou de ses enfants mineurs », condition qui n'est pas requise en Belgique.

en mentionnant spécifiquement les différentes raisons qui ont mené à la situation d'incapacité, choix qui a également été opéré par l'Angleterre.

Par contre, le MCA se distingue par le fait qu'il faille apprécier la capacité mentale d'une personne non pas d'une manière générale, mais en fonction du temps (« *at the material time* ») et des différents types de décisions à prendre (« *in relation to the matter* »). Cette approche est assez contrastante avec la définition de la curatelle québécoise, régime qui, comme nous le verrons, peut être prononcé dans le chef d'un majeur en situation de handicap dont « l'incapacité [...] à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens est *totale et permanente* »¹¹⁶ (nous soulignons).

Dans les trois cas, nous sommes donc face à une approche fonctionnelle de la capacité juridique, signifiant que cette dernière sera déniée lorsque la capacité mentale¹¹⁷ de la personne sera jugée insuffisante¹¹⁸. Cette appréciation s'opère selon une approche médicale car l'altération de l'aptitude de la personne à prendre une décision doit, dans les trois ordres juridiques à nouveau, trouver son origine dans une cause médicale (« en raison de son état de santé » (art. 488/1 C. civ.), « *an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain* » (section 2(1) MCA) ou « par suite, notamment, d'une maladie [...] » (art. 258 C.c.Q.))¹¹⁹. Une approche fonctionnelle de la capacité - par laquelle la capacité mentale est évaluée en observant notamment si la personne comprend bien la nature et les conséquences de sa décision - devrait être écartée car « elle est appliquée de manière discriminatoire aux personnes handicapées et elle présume que l'on peut évaluer avec exactitude le fonctionnement de l'esprit humain »¹²⁰. En son lieu et place devraient prévaloir « de nouveaux indicateurs, non discriminatoires, du besoin d'accompagnement »¹²¹ dont la nature n'a toutefois pas été spécifiée par le Comité DPH. La vision de ce dernier va de pair avec la définition sociale du handicap qui prévaut au sein de l'article 1^{er} de la CDPH ; « le handicap est bien la conséquence d'une interaction entre la personne et les obstacles dressés par son environnement. La primauté est donnée au regard social et non plus médical »¹²².

Certains membres de l'*Essex Autonomy Project* se sont déjà penchés sur la question de la conformité de la définition de la section 2(1) du MCA avec la CDPH. Malgré l'observation n°1 du Comité DPH¹²³, ils considèrent que l'analyse de *a person's decision-making ability* peut être considérée comme étant conforme au prescrit de la CDPH puisqu'elle répond aux trois critères justifiant une différence de traitement (qui est légitime, objective et raisonnable). À l'inverse, l'analyse de l'origine médicale de cette incapacité

¹¹⁶ Art. 281 C.c.Q. Voy. *infra*, ch. 2, sect. 2, pt. A.2.

¹¹⁷ La capacité mentale « renvoie à la capacité d'une personne de prendre des décisions, qui varie naturellement d'une personne à l'autre et peut également varier dans le cas d'une même personne en fonction de nombreux facteurs, y compris des facteurs environnementaux et sociaux » (Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 13).

¹¹⁸ Or, le Comité DPH rappelle qu'il faille bien opérer une distinction entre la capacité juridique, qui est la capacité d'exercer les droits et obligations dont nous sommes titulaires, et la capacité mentale ; l'incapacité mentale, qui n'est pas un phénomène objectif ou scientifique, ne doit pas automatiquement justifier la restriction de la capacité juridique d'une personne (Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 13 et 14).

¹¹⁹ Or, selon le Comité DPH, l'existence d'un handicap - fondé sur une déficience physique, mentale, sensorielle ou psychosociale - ne doit jamais être un motif pour nier la capacité juridique d'une personne (G. SZMUKLER, « "Capacity", "best interests", "will and preferences" and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *World Psychiatry*, vol. 18, n°1, 2019, p. 34).

¹²⁰ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 15.

¹²¹ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 29, i).

¹²² Commission nationale consultative des droits de l'homme et Conseil français des personnes handicapées pour les questions européennes, *Guide pratique sur la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées*, 2018, p. 11, https://www.cncdh.fr/sites/default/files/guide_pratique_cidph_vdef_en_planches.pdf.

¹²³ Le Royaume-Uni, en ratifiant la CDPH, « *did not agree to be bound by the Committee's interpretation of the Convention* » (M. BURCH *et al.*, *Is the Mental Capacity Act...*, *op cit.*, p. 12).

mentale impacterait de manière disproportionnée les personnes en situation de handicap puisqu'elles sont traitées différemment sur base de leurs déficiences cognitives¹²⁴.

C. L'appréciation de l'intérêt de la personne versus ses volontés et préférences

Selon le Comité DPH, « le paradigme "de la volonté et des préférences" doit remplacer le paradigme de "l'intérêt supérieur" »¹²⁵, celui-ci étant considéré comme infantilisant voire paternaliste¹²⁶. Les trois ordres juridiques disposent chacun d'une approche différente en la matière.

Concernant la Belgique tout d'abord, bien que la loi ait renforcé l'association de la personne protégée à l'ensemble du processus décisionnel, l'essence de l'administration consiste à « défendre les intérêts de la personne protégée » (art. 497, al. 2 C. civ.). Dans le Code civil ou le Code judiciaire (ci-après C. jud.), il n'est donc nulle part fait mention de la défense ou de la prise en compte « des volontés et préférences » de la personne lorsqu'une décision doit être prise¹²⁷. Il semble donc que la défense de « l'intérêt supérieur de la personne » soit la notion privilégiée, cette dernière semblant être en porte à faux avec le prescrit de la CDPH.

Quant à l'Angleterre, lorsqu'elle procède à l'analyse des *best interests* de la personne, « *the wishes, feelings, beliefs and values [...] must be considered by the best-interests decision-maker, but the best-interests decision-maker is not bound by them* »¹²⁸. The Law of Commission avait suggéré que la section 4 du MCA, reprenant l'ensemble des facteurs qui doivent systématiquement être pris en compte lors de l'appréciation des *best interests* de la personne, soit amendée en précisant qu'il faille respecter de manière déterminante – et non seulement « tenir compte de » – les volontés et préférences de la personne afin que la législation soit en conformité avec l'article 12 de la CDPH¹²⁹. Cette opportunité n'a toutefois pas été saisie lors de l'adoption du *Mental Capacity Amendment Bill 2019*^{130, 131}.

Enfin, le Québec a voulu opérer une transition allant dans le sens de la CDPH lors de sa réforme en consacrant désormais que « toute décision relative à l'ouverture d'une tutelle au majeur ou qui concerne le majeur sous tutelle doit être prise dans son intérêt [...] *en tenant compte de ses volontés et préférences* »¹³² (nous soulignons). Coexisteront donc les trois notions, les volontés et les préférences ne devant cependant qu'être « prises en compte », laissant dès lors penser que l'intérêt supérieur de la personne prévaudra.

¹²⁴ M. BURCH *et al.*, *Is the Mental Capacity Act...*, *ibidem*, pp. 16 et suiv.

¹²⁵ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 21. Voy. également le point 29, b).

¹²⁶ Le Comité DPH n'a cependant donné aucune définition de la portée de ces termes qui sont chacun dotés de leur signification singulière. Alors que la préférence nous fait pencher pour une alternative plutôt qu'une autre au moment présent, la volonté nous renvoie plutôt à la « *manifestation of a person's deeply held, reasonably stable and coherent personal beliefs, values, commitments and conception of the good* » (G. SZMUKLER, « "Capacity"... », *op cit.*, p. 38). Pour aller plus loin, voy. M. BURCH *et al.*, *Is the Mental Capacity Act...*, *op cit.*, pp. 41 et suiv.

¹²⁷ La plupart des dispositions ne mentionnent le mot « volonté » que lorsque l'on fait référence à l'incapacité de la personne « à exprimer sa volonté » (voy. par exemple les art. 499/7 C. civ. ou 1243 C. jud.)

¹²⁸ M. BURCH *et al.*, *Is the Mental Capacity Act...*, *op cit.*, p. 39.

¹²⁹ The Law of Commission, *Mental Capacity and Deprivation of Liberty*, *op cit.*, p. 157.

¹³⁰ Mental Capacity (Amendment) Act 2019, c. 18, London.

¹³¹ M. FURGALSKA, R. HARDING et E. TASCIOGLU, *Supported Will-Making...*, *op cit.*, p. 11.

¹³² Art. 257, al. 1 C.c.Q (PL). Il peut être considéré que « l'expression d'une volonté est l'acte d'une personne dont les facultés psychologiques et intellectuelles lui permettent de jouir d'une certaine pensée rationnelle. L'expression d'une préférence peut provenir d'une personne dont les facultés psychologiques et intellectuelles sont altérées, possiblement d'une façon importante. Il se peut alors que la préférence exprimée ne provienne pas d'une réflexion méthodique ou rationnelle » (M. GIROUX, « Des volontés et préférences... », *op cit.*, p. 107).

Chapitre 2. Les différents régimes de protection judiciaire

Section 1. La Belgique

A. Les règles transversales à tout régime de protection

Le régime de protection unifié belge opère une distinction entre l'administration des actes relatifs aux biens et ceux relatifs à la personne. Il est d'ailleurs tout à fait envisageable que plusieurs administrateurs soient désignés¹³³ en privilégiant, par exemple, un professionnel pour la gestion des biens et un membre de la famille pour les décisions relatives à la personne¹³⁴.

De plus, contrairement aux deux autres régions étrangères, le Code civil belge impose au juge – dans le but de contraindre la personnalisation de la protection et de respecter le principe de capacité – de se prononcer expressément sur la capacité de la personne à poser 22 actes relatifs à la personne (art. 492/1, § 1^{er} C. civ.)¹³⁵ et 20 actes relatifs aux biens¹³⁶ (art. 492/1, § 2 C. civ.)¹³⁷. A cet égard, la pratique juridictionnelle laisse malheureusement transparaître, selon N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, une sorte d'automatisation par la prononciation d'une situation d'incapacité pour l'ensemble des actes prévus au sein de ces deux *checklists*¹³⁸. Selon le principe de capacité, la personne restera capable d'accomplir tous les actes à propos desquels le juge ne s'est pas prononcé.

Enfin, l'article 497/2 du Code civil recense les actes – essentiellement ceux relatifs à la personne – étant considérés comme à ce point personnels qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation, tels que le mariage, le divorce, l'euthanasie, la stérilisation ou les donations entre vifs¹³⁹.

B. Le régime de l'assistance

Eu égard au principe de l'assistance, ce régime est celui qui est d'application de plein droit si aucune précision contraire n'est écrite au sein de l'ordonnance (art. 492/2 C. civ.). Il permet à la personne, gardant son pouvoir d'initiative, d'accomplir « elle-même, mais pas de façon autonome, un acte déterminé »¹⁴⁰. En effet, le consentement de l'administrateur est requis¹⁴¹ afin que l'acte posé par la personne – en son propre nom – puisse être considéré comme valable, mais cet administrateur ne pourra jamais initier ou imposer l'accomplissement d'un acte à la personne protégée si cette dernière le refuse¹⁴².

¹³³ J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille (tome II)*, syllabus, Université Saint-Louis – Bruxelles, 2018-2019, p. 181.

¹³⁴ Il ne peut y avoir qu'un seul administrateur à la personne qui peut être désigné, sauf lorsque les deux parents du majeur souhaitent être les administrateurs à la personne (art. 496/4, § 1^{er} C. civ.).

¹³⁵ La loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 décembre 2018 (ci-après loi de 2018) a supprimé la possibilité pour le juge de paix de statuer sur la capacité de la personne à exercer les droits du patient contenus dans la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002. Conformément à cette loi, cette mission doit être exercée par un médecin et non un juge. Ce dernier aura désormais l'obligation d'uniquement déterminer si l'administrateur de la personne est compétent pour représenter au besoin la personne dans cette matière (F. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, p. 372).

¹³⁶ La loi de 2018 a notamment ajouté l'obligation pour le juge de se prononcer sur la capacité de la personne à utiliser une carte bancaire pour les actes de gestion journalière (F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *ibidem*, p. 373).

¹³⁷ J.-L. RENCHON, « Vulnérabilité et aptitude... », *op cit.*, p. 11 ; F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *ibidem*, p. 373.

¹³⁸ Entre autres dans un but d'éviter, d'une part, des lourdes demandes de révision des mesures et d'extension de la mission de l'administrateur en aval ou, d'autre part, parce que le juge – face à un manque d'informations et à des difficultés d'appréhension des capacités de la personne – préférera prononcer, par principe de précaution, une plus large mesure de protection (N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation... », *op cit.*, pp. 61, 64 et 67).

¹³⁹ Si le juge a déclaré la personne incapable de poser un de ces actes, afin de contrer une privation totale de son apposition par cette dernière, le Code civil prévoit la possibilité de demander une autorisation de son accomplissement au juge de paix. Voy. l'art. 1246 C. jud. (J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, *op cit.*, p. 179).

¹⁴⁰ Art. 491, f) C. civ.

¹⁴¹ S'il s'agit d'un acte relatif à la personne, le refus du consentement de l'administrateur ne sera justifié que si « l'acte envisagé porte manifestement préjudice aux intérêts de la personne protégée » (nous soulignons) (art. 498/2, al. 1^{er} C. civ.), contrairement aux actes relatifs aux biens pour lesquels le préjudice ne doit pas être manifeste (art. 498/2, al. 2 C. civ.) (J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime de la "protection judiciaire" des incapables majeurs : présentation générale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, n°2, p. 256 ; J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, *op cit.*, p. 184).

¹⁴² J.-L. RENCHON, « Vulnérabilité et aptitude... », *op cit.*, p. 11.

L'article 498/1 du Code civil incite le juge de paix à décrire les modalités d'exercice de l'assistance, évaluation qui peut lui sembler difficile avant l'ouverture du régime. En l'absence d'indication spécifique, les modalités applicables par défaut consistent en le consentement par écrit de l'administrateur préalablement à l'apposition de l'acte, ou même en sa co-signature pour les actes dont une autorisation spéciale du juge de paix est requise sous le régime de la représentation¹⁴³.

Sur le terrain, nonobstant sa préséance sur la représentation, l'assistance est plutôt le régime prononcé de manière subsidiaire pour des raisons pratico-pratiques. Il est en effet « difficilement praticable voire inapplicable pour les administrateurs professionnels parce que cela les obligerait à suivre au quotidien la personne concernée »¹⁴⁴. De plus, de nombreux organismes, tels que les banques et les assurances, « ne disposent pas d'un système permettant d'organiser le régime de l'assistance comme le législateur l'a imaginé »¹⁴⁵, ayant pour conséquence qu'ils considéreront par défaut la personne totalement incapable de poser l'acte. Certains auteurs estiment également que c'est parfois la personne vivant de manière plus autonome qui est la plus susceptible d'être « un oiseau pour le chat » par rapport à celle placée en institution, nécessitant ainsi la mise en place de garanties accrues¹⁴⁶.

C. Le régime de la représentation

Par respect du principe de proportionnalité, le régime de représentation ne pourra être mis en place que dans le cas où « l'assistance dans l'accomplissement de cet acte ne suffit pas »¹⁴⁷. Seul l'administrateur aura le pouvoir d'initier et d'accomplir valablement l'acte en question au nom et pour le compte de la personne. Il sera également tenu d'utiliser les revenus de la personne de façon à « assurer l'entretien de celle-ci, lui dispenser des soins et veiller à son bien-être » (art. 499/2 C. civ.).

Par application du principe de nécessité, le juge détient la possibilité de faire coexister le régime de représentation pour certains actes et le régime de l'assistance pour d'autres afin de préserver au mieux l'autonomie de la personne¹⁴⁸. Cette dernière devant être valorisée en tout temps, l'administrateur détient l'obligation de non seulement associer la personne protégée à toute prise de décision par le biais de la concertation et de la transmission d'informations, mais également de tenir compte des principes qu'elle aurait exprimés au sein d'une déclaration anticipée¹⁴⁹.

Vu les pouvoirs plus invasifs qui sont conférés au représentant, le Code civil recense les 17 actes relatifs aux biens et à la personne pour lesquels il se doit de demander une autorisation spéciale au juge de paix afin d'être en mesure de les accomplir¹⁵⁰. Les droits relatifs au logement de la personne et aux meubles le garnissant ainsi que les souvenirs et objets à caractère personnel sont également sujets à une protection accrue¹⁵¹.

¹⁴³ J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille*, op cit., p. 184. Voy. infra, pt. C.

¹⁴⁴ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation... », op. cit., p. 63. Voy. dans le même sens : E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », op cit., p. 14.

¹⁴⁵ E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *ibidem*, p. 14.

¹⁴⁶ A. TASIAUX, « La nouvelle loi incapacité : colosse aux pieds d'argile ? », X., *Réforme du paysage judiciaire. Le Pli juridique*, liv. 30, 2014, p. 20 ; E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *ibidem*, p. 11.

¹⁴⁷ Art. 492/2, al. 1^{er} C. civ.

¹⁴⁸ Voy. les art. 499/1, § 3 et 496, al. 2 C. civ. (J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, op cit., p. 177).

¹⁴⁹ J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime... », op cit., p. 256.

¹⁵⁰ Voy. l'art. 499/7 C. civ. Il s'agit, par exemple, de l'acceptation d'une donation, l'aliénation des biens ou le changement de résidence.

¹⁵¹ Les souvenirs et objets à caractère personnel restent à disposition de la personne, sauf nécessité absolue, et le logement ainsi que les meubles le garnissant doivent rester à sa disposition « autant que possible », une autorisation judiciaire étant requise dans le cas où il serait souhaité de disposer des droits y afférents (art. 499/9 C. civ.).

Section 2. Le Canada (Québec)

A. En vertu de la législation actuellement en vigueur

1. Les règles transversales à tout régime de représentation

Les régimes de représentation – excluant le mandat de protection¹⁵² – opèrent, tout comme en Belgique, une distinction entre l'administration de la personne et des biens. Pour les mêmes raisons que celles prévalant en Belgique, les charges peuvent cependant être endossées par deux personnes différentes¹⁵³. Afin de prendre connaissance de ces charges et des autres règles en la matière, il faudra se tourner du côté des « règles relatives à la tutelle au mineur [qui] s'appliquent à la tutelle et à la curatelle au majeur »¹⁵⁴, compte tenu des adaptations nécessaires et des règles particulières propres à chaque régime.

De plus, afin de prendre connaissance des droits éminemment personnels qui ne pourraient être accomplis par le biais d'un représentant, il faut se tourner du côté de la doctrine, le Code civil québécois étant muet à ce sujet. La reconnaissance d'enfants, le mariage¹⁵⁵ ou la procédure de divorce¹⁵⁶ sont notamment des actes pour lesquels la représentation est considérée comme inconcevable¹⁵⁷.

Enfin, il est important de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que, même si la personne est placée sous le régime de protection légal le plus restrictif, il ne peut en être déduit aucune présomption d'incapacité à consentir à des soins ou à les refuser ; un consentement substitué ne pourra être accepté que si l'incapacité factuelle de la personne a été effectivement constatée par le corps médical¹⁵⁸ (art. 11 et suiv. C.c.Q.)¹⁵⁹. Le Code civil québécois va assez loin dans le respect de la volonté de la personne en prévoyant même une nécessaire autorisation du tribunal dans le cas où elle « refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il ne s'agisse de soins d'hygiène ou d'un cas d'urgence »¹⁶⁰.

2. Le régime de curatelle (art. 281 à 284 C.c.Q.)

La curatelle, prononcée dans le chef d'un majeur en situation de handicap dont « l'incapacité [...] à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens est totale et permanente »¹⁶¹, est le régime de représentation le plus majoritairement prononcé¹⁶² alors qu'il est celui restreignant le plus la capacité juridique d'une

¹⁵² Pour prendre connaissance de la controverse doctrinale à propos de la nature du mandat de protection, voy. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'incapacité du mandant : une institution à parfaire », *C.P. du N.*, vol. 1, 2007, pp. 411 et suiv.

¹⁵³ Il ne pourra toutefois être désigné qu'un seul représentant à la personne (M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection du majeur inapte », *Répertoire de droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 26).

¹⁵⁴ Art. 266, al. 1^{er} C.c.Q. Les règles relatives à la tutelle au mineur s'étendent des art. 177 à 255 C.c.Q. (P. DESROCHERS, « Recours contre les acteurs d'un régime de protection », *Obligations et recours contre un curateur, tuteur ou mandataire défaillant*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 283, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 113).

¹⁵⁵ La doctrine majoritaire considère qu'une personne sous curatelle peut se marier de manière valide si la preuve de sa lucidité au moment de la célébration du mariage peut être rapportée (D. GOUBEAU, « Les actes qui exigent le consentement personnel du majeur protégé », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 378, Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 8).

¹⁵⁶ Le même raisonnement que pour le mariage prévaut, mais un arrêt de la Cour d'appel a toutefois reconnu que, si la personne avait clairement manifesté son intention de divorcer avant que son incapacité ne soit constatée, la demande en divorce peut être introduite par son représentant (*R.L. c. M.L.*, 2013 QCCA 316).

¹⁵⁷ D. GOUBEAU, « Les actes qui exigent le consentement... », *op cit.*, p. 5.

¹⁵⁸ La Cour d'appel demande d'opérer un test strict en cinq étapes (*Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*, 1994 QCCA 6105 : « La personne comprend-elle la nature de la maladie pour laquelle le traitement lui est proposé ? La personne comprend-elle la nature et le but du traitement ? La personne comprend-elle les risques et avantages du traitement qu'elle subit ? La personne comprend-elle les risques de ne pas subir le traitement ? La capacité de comprendre de la personne est-elle affectée par sa maladie ? » (D. GOUBEAU, « Les actes qui exigent le consentement... », *ibidem*, p. 4).

¹⁵⁹ D. GOUBEAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *op cit.*, p. 9.

¹⁶⁰ Art. 16 C.c.Q.

¹⁶¹ Art. 281 C.c.Q. Sont donc visées les personnes « qui ne peuvent agir en société en raison d'une déficience, d'une maladie ou d'un accident, et dont la guérison est improbable » (M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 4).

¹⁶² Au 31 mars 2021, étaient recensés 6 211 régimes de curatelle contre 2 872 régimes de tutelle pour les régimes de protection privés, et 5 795 régimes de curatelle contre 7 133 régimes de tutelle pour les régimes de protection publics (Curateur public du Québec, *Statistiques*, 2021, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/statistiques.html>).

personne. Son curateur devra en effet la représenter pour toutes les décisions relatives à sa personne et/ou ses biens. La personne dispose toutefois d'une autonomie résiduelle qui doit être protégée¹⁶³.

2.1. Les décisions relatives aux biens : un régime de pleine administration

Un curateur aux biens – à l'exception du Curateur public¹⁶⁴ – dispose de la pleine administration des biens de la personne. Cela signifie qu'il dispose du pouvoir de poser les actes nécessaires à la conservation et à l'entretien de ses biens mobiliers ou immobiliers, mais également du pouvoir d'entreprendre des placements sûrs pour accroître son patrimoine, d'aliéner à titre onéreux¹⁶⁵ ou d'hypothéquer les biens de la personne sans avoir besoin d'une quelconque autorisation¹⁶⁶. Toutefois, cette décision doit être prise dans l'intérêt du majeur protégé et le tribunal aura le devoir d'intervenir en cas de conflit d'intérêts¹⁶⁷.

2.2. Les décisions relatives à la personne

Concernant la protection de la personne du majeur, le représentant légal exerce de façon générale ses droits civils, le représente en justice, consent aux soins que nécessite son état dans le cas où la personne est déclarée inapte à donner son consentement, assure son entretien et sa garde, son bien-être moral et matériel en fonction de son niveau de vie antérieur, doit maintenir une relation personnelle avec la personne, etc.¹⁶⁸. Concernant ce domaine de décisions, lorsque nous ne sommes pas face à des actes strictement personnels mais à des actes qui touchent à des aspects assez intimes de la vie privée, il existe un certain débat doctrinal : peut-on considérer que la personne, si elle est apte à exprimer sa volonté à propos d'un acte particulier, retrouve une certaine capacité juridique ?¹⁶⁹ Bien que la personne détienne assurément une autonomie juridique dans le domaine des soins de santé (art. 11 et suiv. C.c.Q.), il n'en va pas de même pour la question du choix du logement. Faudrait-il prévoir une extension de la règle « selon laquelle le refus catégorique de la personne ne devrait pouvoir être écarté que par un tribunal afin que soit garanti l'équilibre entre les deux principes éthiques qui fondent les régimes de protection »¹⁷⁰ ?

3. Le régime de tutelle (art. 285 à 290 C.c.Q.)

Le régime de la tutelle peut être prononcé dans le chef d'un majeur dont « l'inaptitude [...] à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens est partielle ou temporaire »¹⁷¹. Il a donc vocation à être prononcé dans le chef de personnes devant faire l'objet d'une longue hospitalisation à la suite d'un grave accident, celles ayant une légère déficience intellectuelle ou celles souffrant de toxicomanie ou d'alcoolisme¹⁷².

¹⁶³ L'expression *autonomie résiduelle* désigne « la portion d'autonomie factuelle qui subsiste chez la personne inapte à prendre soin d'elle-même, qu'elle soit ou non soumise à un régime de protection. Dans le contexte de la dispensation de soins, l'étendue de cette portion d'autonomie factuelle est appréciée en fonction de la nature de la décision à prendre au moment d'exprimer un consentement ou un refus ». (M. GIROUX, « Des volontés et préférences... », *op cit.*, pp. 102 et 103).

¹⁶⁴ Voy. *infra*, ch. 4, sect. 2., pt. A.

¹⁶⁵ Voy. cependant l'art. 1315 C.c.Q., « l'administrateur ne peut disposer à titre gratuit des biens qui lui sont confiés ; il le peut, néanmoins, s'il s'agit de biens de peu de valeur et que la disposition est faite dans l'intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie ».

¹⁶⁶ Art. 1306 et 1307 C.c.Q.

¹⁶⁷ Voy. l'intervention du tribunal dans la décision *M. (C.) et G. (M.)*, EYB 2006-125679 (C.S.) où le curateur souhaitait devenir propriétaire de l'immeuble de son conjoint (P. DESROCHERS, « Recours contre les acteurs... », *op cit.*, p. 115).

¹⁶⁸ Voy. l'art. 260 C.c.Q. (P. DESROCHERS, « Recours contre les acteurs... », *ibidem*, pp. 117 et suiv.).

¹⁶⁹ « Quel que soit le régime de protection, légal ou contractuel, la personne majeure inapte, dans la mesure où elle conserve une certaine lucidité et est capable de faire des choix logiques et sensés, conserve la faculté de prendre des décisions qui sont d'une importance fondamentale pour sa personne » (P. DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux... », *op cit.*, p. 71) ; D. GOUBEAU, « Les actes qui exigent le consentement... », *op cit.*, p. 13).

¹⁷⁰ D. GOUBEAU, « Les actes qui exigent le consentement... », *ibidem*, p. 20.

¹⁷¹ Art. 285 C.c.Q. Ce régime s'applique donc aux personnes « dont le rétablissement est prévisible ainsi [qu'à celles] qui, malgré leur état d'incapacité physique ou mentale, conservent un certain degré d'autonomie » (M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 4).

¹⁷² Éducaloi, *La tutelle au majeur*, <https://educaloi.qc.ca/capsules/la-tutelle-au-majeur/>.

Les pouvoirs du tuteur seront fonction du degré de capacité de la personne qui aura été évalué par le tribunal. Ce dernier dispose de la faculté d'indiquer « les actes que la personne en tutelle peut faire elle-même, seule ou avec l'assistance du tuteur, ou ceux qu'elle ne peut faire sans être représentée »¹⁷³. Ce régime se veut déjà donc plus flexible que le premier car il permet de conserver un certain degré d'autonomie dans le cas où le tribunal constate que la personne est apte à poser certains actes. Dans le cas où le tribunal n'apporte aucune précision quant à l'apposition d'actes spécifiques, ce qui arrive malheureusement fréquemment¹⁷⁴, son degré d'autonomie sera alors comparable à celui d'un mineur¹⁷⁵. Ceci semble être en porte à faux avec la présomption de capacité dont devrait bénéficier la personne, mais également fort infantilisant...

3.1. Les décisions relatives aux biens : un régime flexibilisé de simple administration

Si un tuteur aux biens est désigné, celui-ci détient la simple administration des biens de la personne. Cela signifie que, contrairement au curateur, il ne peut que poser les actes nécessaires à la conservation et à l'entretien de ses biens mobiliers ou immobiliers et, entre autres, percevoir les revenus des biens administrés, faire des placements présumés sûrs, etc.¹⁷⁶.

A l'instar de la Belgique, l'article 275 du Code civil québécois offre au majeur sous tutelle une protection spéciale pour le logement et les meubles le garnissant qui doivent être conservés et mis à disposition de la personne¹⁷⁷. Tant pour les personnes sous tutelle que sous curatelle, tous les souvenirs ou les actes à caractère personnel doivent, dans la mesure du possible, être conservés¹⁷⁸.

3.2. Les décisions relatives à la personne

Tout en tenant compte des précisions données par le tribunal quant au degré de capacité de la personne, les obligations du tuteur à la personne sont similaires à celles qui prévalent pour le curateur¹⁷⁹.

4. Le régime de conseiller au majeur (art. 291 à 294 C.c.Q.)

Ce régime a été établi pour les personnes qui sont – de manière générale – aptes à gérer leurs biens et à prendre soin d'elles-mêmes de manière autonome, mais qui ont toutefois besoin d'assistance ou de conseils de la part d'une tierce personne pour poser certains actes relatifs à leurs biens uniquement. Le conseiller n'a donc aucune mainmise sur les biens de la personne – qui conserve le plein exercice de tous ses droits civils – mais il est tenu de lui prêter assistance dans les cas déterminés par le tribunal¹⁸⁰. Si aucune indication n'est donnée à ce propos, le majeur sera assisté par défaut « dans tous les actes qui excèdent la capacité du mineur simplement émancipé »¹⁸¹. Quelques dispositions du Code civil imposent en tout cas l'assistance du conseiller dans certaines situations¹⁸².

¹⁷³ Art. 288, § 2 C.c.Q.

¹⁷⁴ Voy. l'interview avec F. DUPIN (ANNEXE 2) ; A.-I. CLOUTIER, « La création d'une instance décisionnelle... », *op cit.*, p. 30.

¹⁷⁵ P. DESROCHERS, « Recours contre les acteurs... », *op cit.*, p. 115.

¹⁷⁶ Voy. les règles établies aux art. 1301 à 1305 C.c.Q. Le tuteur ne pourrait donc pas vendre, hypothéquer ou changer la destination des biens sans une quelconque autorisation du conseil de tutelle (voy. *infra*, ch. 4, sect. 2) (P. DESROCHERS, « Recours contre les acteurs... », *ibidem*, p. 115 ; M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 38).

¹⁷⁷ En cas de nécessité absolue de se défaire de ce logement, le conseil de tutelle doit approuver cet acte de disposition (voy. *infra*, ch. 4, sect. 2, pt. C).

¹⁷⁸ M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, pp. 19 et 20.

¹⁷⁹ Voy. *supra*, pt. 2, et l'art. 260 C.c.Q.

¹⁸⁰ P. DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux... », *op cit.*, p. 77.

¹⁸¹ Art. 293 C.c.Q. Voy. les art. 167 à 174 C.c.Q. relatifs à la simple émancipation du mineur.

¹⁸² Par exemple, le majeur ne peut faire de donations sans être assisté (art. 1815 C.c.Q.).

A l'inverse des deux autres régimes, celui du conseiller au majeur ne fait pas l'objet d'une surveillance par le Curateur public et la constitution d'un conseil de tutelle ne sera pas requise¹⁸³.

Il s'agit donc d'un véritable régime d'assistance et non de représentation, qui est cependant, à l'instar de la Belgique, peu appliqué en pratique¹⁸⁴. Il reste à espérer que la nouvelle mesure d'assistant au majeur, qui entrera en vigueur d'ici quelques années, aura davantage de succès de par sa déjudiciarisation¹⁸⁵.

5. Le mandat de protection judiciaire / en prévision de l'incapacité (art. 2166 et suiv. C.c.Q.)

Malgré le fait que le mécanisme du mandat de protection soit bien considéré comme une « mise sous protection judiciaire », une homologation judiciaire étant requise, il fera l'objet d'une analyse – en même temps que ses homologues anglais et belge – au sein du Chapitre 5 afin de faciliter la compréhension du lecteur et d'opérer une meilleure analyse comparative.

B. Lors de l'entrée en vigueur de la réforme opérée en juin 2020

1. La tutelle personnalisée comme unique régime de représentation

Alors qu'il existe actuellement trois régimes de protection judiciaire différents, le législateur a décidé d'opérer une simplification en ne prévoyant plus qu'un seul régime de protection, destiné à toute personne inapte, qui sera la tutelle personnalisée¹⁸⁶. Le tribunal aura désormais l'obligation, et non plus seulement la faculté, « de déterminer si les règles relatives à l'exercice des droits civils du majeur doivent être modifiées ou précisées, compte tenu de ses facultés »¹⁸⁷. S'il estime que ces règles ne doivent être modifiées ou précisées, les règles relatives à la tutelle des mineurs – à nouveau – ainsi que plusieurs dispositions spécifiques à la tutelle au majeur seront d'application¹⁸⁸.

Disparaîtront également les pouvoirs de pleine administration dont disposait le curateur ; le tuteur sera, dans tous les cas, investi de pouvoirs de simple administration¹⁸⁹. Ce changement législatif permettra également aux personnes sous curatelle de se voir restituer certains droits qui leur étaient retirés par défaut, comme le droit de vote ou de rédiger un testament¹⁹⁰.

2. La mesure de la représentation temporaire (art. 297.1 à 297.8 C.c.Q. (PL))

Cette nouvelle mesure permettra au tribunal, après avoir pris connaissance des évaluations médicale et psychosociale (art. 297.3. C.c.Q. (PL)), de donner l'autorisation à une autre personne de réaliser un acte précis au nom et pour le compte d'une personne qui aurait besoin d'être représentée uniquement pour cet acte¹⁹¹. Le tribunal aura la charge de déterminer quelles sont les modalités d'exercice de cette représentation et pourrait imposer, par exemple, l'obligation d'une reddition de compte¹⁹².

¹⁸³ Inform'elle, *Dossier Protection des personnes majeures*, 2016, p. 9, <https://www.informelle.osbl.ca>. Voy. *infra*, ch. 4, sect. 2.

¹⁸⁴ Au 31 mars 2021, 203 personnes étaient accompagnées de leur conseiller (Curateur public du Québec, *Statistiques*, *op cit.*).

¹⁸⁵ Voy. *infra*, ch. 5, sect. 2, pt. B.

¹⁸⁶ Ce régime de protection unique est donc un régime de représentation. Toutefois, certains principes qui prévalaient pour le régime du conseiller au majeur subsistent au travers de la nouvelle mesure de l'assistant au majeur qui sera analysée au sein du Chapitre 5, ne s'agissant pas d'un régime de protection judiciaire (voy. *infra*, ch. 5, sect. 2, pt. B).

¹⁸⁷ Voy. l'interview avec F. DUPIN (ANNEXE 2). Voy. également l'art. 288 C.c.Q. (PL)).

¹⁸⁸ N. FILION, « Pleins feux sur les mesures phares introduites dans le cadre de la nouvelle réforme de la protection juridique au Québec », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 488, Cowansville, Yvon Blais, 2021, p. 182.

¹⁸⁹ Curateur public du Québec, *Résumé du projet de loi n°18*, 2020, pp. 4 et 5, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/mieuxprotger.html>.

¹⁹⁰ Interview avec F. DUPIN (ANNEXE 2).

¹⁹¹ Cela viserait, par exemple, le cas où la personne pourrait être considérée comme inapte à renoncer à une succession, à vendre une maison ou à entreprendre une procédure de divorce (Curateur public du Québec, *Résumé du projet de loi n°18*, *op cit.*, p. 4).

¹⁹² Interview avec F. DUPIN (ANNEXE 2).

Ainsi, cela permettra que la personne – éventuellement épaulée par ses proches – ne soit pas soumise à un lourd régime de protection, mais fasse l'objet d'une incapacité d'exercice spéciale temporaire¹⁹³. En effet, la mesure prend fin dès que l'acte a été posé, illustrant une certaine flexibilité dans le chef du majeur « lorsque son besoin de représentation est circonscrit »¹⁹⁴.

Seul l'avenir nous dira si cette nouvelle mesure sera régulièrement usitée ou non. Certains auteurs, tels que D. GOUBAU, ont déjà fait part de leur scepticisme quant à son application concrète¹⁹⁵.

Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)

A. Les règles transversales au MCA

À l'instar de la Belgique et du Québec, le régime classique de représentation judiciaire – le *deputyship* – opère une distinction entre les actes relatifs à la personne et aux biens. La particularité du MCA est que, pour les actes relatifs à la personne (« *personal welfare* »), sont tant visés des prises de décision quotidiennes (que manger, comment s'habiller, qui la personne va-t-elle pouvoir rencontrer, etc.) que des prises de décision plus sérieuses au niveau médical ou des actes juridiques¹⁹⁶. Par contre, tout comme pour la Belgique et le Québec, certaines décisions sont considérées comme à ce point personnelles qu'elles ne peuvent jamais être prises par autrui. Il s'agit notamment du mariage, du « *civil partnership* », du divorce, du droit de vote ou du consentement aux relations sexuelles¹⁹⁷.

Enfin, puisque, la capacité d'une personne doit être évaluée lors de chaque prise de décision¹⁹⁸, toute personne, que ce soient les professionnels de la santé, des avocats ou des membres de la famille, pourrait être amenée à évaluer la capacité de cette personne à prendre une décision particulière en respectant les principes promus par le MCA¹⁹⁹. Alors que certaines décisions en matière de traitement ou de soins pourraient donc être prises sans l'intervention du tribunal²⁰⁰, aucune décision relative à ses biens ne pourra être prise sans qu'un pouvoir spécifique n'ait été accordé soit par un *Lasting Power of Attorney* (ci-après *LPA*)²⁰¹, soit par une *specific decision* du tribunal, soit à un *deputy* (art. 6.64 CoP)²⁰².

B. The deputyship (section 16 à 21 MCA)

1. Le principe

La *Court of Protection*, tribunal spécialisé en matière d'incapacité, détient la compétence de nommer un ou plusieurs « *Court-appointed deputies* » afin de représenter la personne qui ne serait pas en mesure de prendre des décisions relatives à ses biens et ses affaires financières (« *property and affairs* ») et/ou sa santé et son bien-être personnel (« *personal welfare* ») (section 16(2)(b) MCA).

¹⁹³ G. RAOUL-CORMEIL, « Exercice de droit comparé : la réforme québécoise et française en leur ADN », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 469, Cowansville, Yvon Blais, 2020, p. 45.

¹⁹⁴ Voy. l'interview avec F. DUPIN (ANNEXE 2).

¹⁹⁵ En effet, selon lui, certaines dispositions de droit québécois couvriraient déjà une bonne partie des cas où cette représentation temporaire pourrait être envisageable (entre époux, par exemple). De plus, le fait de devoir démontrer au tribunal que l'inaptitude n'est que temporaire - notion qui n'a pas été explicitée par le législateur - et que la représentation ne serait justifiée que pour un seul acte particulier est un défi qui pourrait être difficile à relever (D. GOUBAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *op. cit.*, p. 19).

¹⁹⁶ Voy. l'interview avec R. Sullivan (ANNEXE 3) et les art. 1.8 et 6.5 CoP pour avoir des exemples.

¹⁹⁷ Voy. l'ensemble de la section 27 MCA ; Office of the Public Guardian, *Making decisions...about your health...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁸ Voy. *supra*, ch. 1, sect. 3.

¹⁹⁹ Art. 4.38 CoP. Rappelons toutefois que le degré de prise en compte du contenu de ce *Code of Practice* dépend du fait qu'il s'agisse ou non d'un professionnel qui est chargé d'évaluer la capacité de la personne et de prendre une décision pour elle (voy. *supra*, ch. 1, sect. 3).

²⁰⁰ Mais uniquement dans le cas où il n'y a aucune contestation. Voy. l'interview avec R. Sullivan (ANNEXE 3).

²⁰¹ Il s'agit de l'équivalent du mandat extrajudiciaire belge (voy. *infra*, ch. 5, sect. 3, pt. A).

²⁰² Voy. toutefois la section 7 du MCA qui permet « *the payment for necessary goods and services* » et les art. 6.56 et suiv. CoP. Voy. également *infra*, ch. 4, sect. 3.

Conformément au principe de « *least intervention* », qui promeut le fait d'interférer le moins possible dans la restriction de la capacité de la personne, la nomination d'un *deputy* doit intervenir de manière subsidiaire par rapport à une « *decision of the Court* »²⁰³. En d'autres termes, un *deputy* sera nommé seulement dans le cas où il est attesté qu'il y a un réel besoin de prise de décision substitutive et continue « *for complex or ongoing financial decisions or where a series of steps may be needed over a long period* »²⁰⁴, et ce, même lorsque les membres de la famille se proposent d'endosser ce rôle²⁰⁵. En pratique, la nomination d'un *deputy* semble pourtant être la demande la plus courante introduite devant le tribunal²⁰⁶.

Si nomination il y a, le champ d'action du *deputy* et la durée du *deputyship* doivent être les plus limités possible au sein de l'ordonnance de tutelle (« *deputyship order* ») afin de préserver l'autonomie de la personne²⁰⁷ (section 16(4)(b) MCA). Cette ordonnance pourra donc mentionner spécifiquement les actes que le *deputy* sera en pouvoir de poser au nom de la personne protégée. Ces prescrits reflètent les deuxième et cinquième principes directeurs du MCA prônant le privilège de la solution la moins restrictive possible après avoir analysé toutes les alternatives qui pourraient être mises en place. De plus, l'instauration de ce régime de protection n'est pas synonyme d'une incapacité mentale définitive : de manière informelle, le *deputy* se doit d'évaluer, à chaque prise de décision, si la personne pourrait être mentalement capable de la prendre sans être représentée²⁰⁸. S'il estime qu'elle en est capable, il doit lui laisser le pouvoir de la prendre, sauf si elle souhaite expressément que le *deputy* prenne la décision pour elle²⁰⁹.

Question sécurité, la *Court of Protection* peut demander aux *deputies* de fournir certaines garanties en contractant avec un assureur et en remettant des rapports de leur administration au *Public Guardian*²¹⁰.

2. A financial affairs and property deputyship (section 18 MCA et art. 8.35 et suiv. CoP)

La section 18 du MCA recense une grande partie des actes relatifs aux biens et aux affaires financières²¹¹ à propos desquels le juge pourra statuer si le *deputy* sera en droit ou non de les accomplir au nom et pour le compte de la personne²¹².

²⁰³ Section 16(4)(a) MCA ; O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005 (England and Wales) ... », *op cit.*, p. 278 ; *London Borough of Havering v LD and KD* [2010] EWCOP 3876, § 42 : « *specific decisions of the court are to be preferred to the ongoing appointment of a deputy* ». Voy. également *infra*, pt. c).

²⁰⁴ Office of the Public Guardian, *Making decisions...about your health...*, *op cit.*, p. 30.

²⁰⁵ Dans une décision isolée (*Re P* [2010] EWHC 1592), qui a été décrite par certains auteurs comme étant une interprétation *contra legem* du MCA, le tribunal avait affirmé que cette pratique de nomination subsidiaire pouvait être interprétée de manière plus flexible lorsque ce sont des membres de la famille qui sont disposés à être désignés comme *deputies* (Essex Autonomy Project, *The Court of Protection...*, *op cit.*, p. 9).

²⁰⁶ M. O'SULLIVAN, « Court of Protection Deputies: Their Appointment and Removal », *Elder Law Journal*, vol. 2012, n°3, 2012, p. 272.

²⁰⁷ *London Borough of Havering v LD and KD* [2010] COP 1144388/03, § 42 : « *when a deputy must be appointed it is to be for the narrowest scope and the shortest time reasonably practicable in the circumstances* ».

²⁰⁸ « *On an informal basis, a deputy has to constantly think about whether to make a decision on behalf of the incapacitated person or whether that person has capacity at that time to make that decision* » (H. JONES et G. HITCHEN, « Deputyship Is Not Receivership by Another Name: A Practitioner Perspective », *Elder Law Journal*, vol. 2011, n°1, 2011, p. 89).

²⁰⁹ Section 20(1) MCA : « *A deputy does not have power to make a decision on behalf of P in relation to a matter if he knows or has reasonable grounds for believing that P has capacity in relation to the matter* ». Le bureau du *Public Guardian* met à disposition un document reprenant des « *standards* » et une liste assez complète de comportements et d'actes que chaque *deputy* devrait suivre durant l'exercice de ses fonctions (Office of the Public Guardian, *Deputy standards. Professional deputies*, 2015, <https://www.gov.uk/government/publications/office-of-the-public-guardian-deputy-standards>). Voy. également les art. 8.50 et suiv. CoP.

²¹⁰ O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 278.

²¹¹ La loi mentionne par exemple le contrôle et la gestion des biens, la vente de biens, les sûretés, les donations, l'acquisition de biens, la conduite de procédures judiciaires, l'exécution des contrats, etc.

²¹² Il se peut que la nomination d'un *deputy* ne soit pas nécessaire dans le cas où la personne ne dispose pas d'un grand patrimoine et que ses seuls revenus consistent en des allocations sociales. Dans ce cas-là, un « *appointee* » peut être désigné par le *Department of Work and Pension* et prendre certaines décisions relatives à ses biens. Même si les *appointees* ne sont pas mentionnés dans le MCA, ils devront agir selon les *best interests* de la personne (Art. 8.36 CoP ; Alzheimer's Society, *Deputyship*, 2018, p. 3, <https://www.alzheimers.org.uk/get-support/legal-financial/deputy-dementia>).

3. A personal welfare deputyship (section 17 MCA et art. 8.38 et suiv. CoP)

La section 17 du MCA mentionne une grande partie des actes relatifs au bien-être de la personne en situation de handicap²¹³. Un *deputy* ne pourra jamais prendre de décisions relatives au refus d'un traitement de maintien en vie²¹⁴. Si les circonstances le permettent, la personne pourra toutefois prévoir, au sein d'une *advanced directive* ou d'un LPA, quels sont les traitements qu'elle ne veut se voir administrer le jour où elle ne sera plus dotée de sa capacité mentale²¹⁵.

Alors que la nomination d'un *financial affairs and property deputy* semble être assez commune, celle d'un *personal welfare deputy* fait l'objet d'une plus grande prudence²¹⁶. En effet, il est de coutume en droit anglo-gallois que les décisions relatives aux affaires personnelles de quelqu'un ne disposant pas de sa pleine capacité mentale soient prises de manière collaborative par les services sociaux et les médecins qui se consultent entre eux et avec la famille, ou par le juge en cas de contestation, de désaccord ou d'hésitation quant à la décision à prendre malgré le recours préalable à une médiation²¹⁷. Une telle nomination pourrait être opportune si, par exemple, « *someone needs to make a series of linked welfare decisions over time and it would not be beneficial or appropriate to require all of those decisions to be made by the court* »²¹⁸. Ce raisonnement s'inscrit dans une démarche de « *limit interference with legal capacity to specific issues and specific decisions, rather than handing extended surrogate decision-making power to one person and thereby, for benign reasons, depriving P of legal capacity* »²¹⁹.

Au niveau jurisprudentiel, une décision de 2010²²⁰ rappelle qu'un organisme public ne peut être désigné comme *personal welfare deputy* que dans des cas exceptionnels²²¹.

Un autre arrêt de 2010 va dans le même sens en affirmant que les décisions qui concernent l'administration quotidienne de soins dans le chef de la personne – en ce compris des vacances ou du répit – peuvent être prises par les « *carers* » sans qu'il y ait nécessité de nommer un *deputy*²²².

Enfin, une récente décision de 2019 a décrété que, même pour les parents d'enfants handicapés, il n'existe pas de présomption selon laquelle il devrait être considéré qu'ils soient les personnes les plus à même d'exercer ce *deputyship* étant donné que, par inadvertance, une extension factuelle de certains attributs de l'autorité parentale pourrait avoir pour effet de les infantiliser²²³ et « *keeping them in the position of children whose parents can exercise decisions over them without court supervision* »²²⁴.

²¹³ La loi mentionne, par exemple, les décisions concernant son lieu de vie, les contacts qu'elle entretiendra (le juge peut même rendre une ordonnance interdisant à une personne de fréquenter la personne protégée), les décisions relatives à l'administration de traitements médicaux, etc.

²¹⁴ O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 277.

²¹⁵ Section 20(5) MCA ; R. JONES, « Review of the Mental Capacity Act 2005 », *Psychiatric Bulletin*, n°29, 2005, p. 423.

²¹⁶ 375 *personal welfare deputies* sont annuellement nommés contre plus ou moins 15.000 *financial affairs and property deputies* (A. RUCK KEENE, *Personal welfare deputies – to appoint or not ?*, 2019, <https://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/personal-welfare-deputies-to-appoint-or-not/>).

²¹⁷ A. BZEDRA, « Capacité juridique et droit international ... », *op cit.*, p. 6 ; G v E [2010] EWCOP 2512, § 57 : « *It is emphatically not part of the scheme underpinning the Act that there should be one individual who as a matter of course is given a special legal status to make decisions about incapacitated persons. Experience has shown that working together is the best policy to ensure that incapacitated adults such as E receive the highest quality of care* ».

²¹⁸ Art. 8.39 CoP.

²¹⁹ A. RUCK KEENE, *Personal welfare deputies – to appoint or not ?*, *op cit.*

²²⁰ *London Borough of Havering v LD and KD* [2010] EWCOP 3876, § 43 : « *mere convenience to a local authority to avoid having to come to court* » was not relevant when it comes to the appointment of deputies ».

²²¹ Par exemple, lorsque les membres de la famille sont délibérément malveillants envers la personne ou lorsqu'ils sont en conflit perpétuel (Essex Autonomy Project, *The Court of Protection...*, *op cit.*, p. 9).

²²² G v E [2010] EWCOP 2512 ; Essex Autonomy Project, *The Court of Protection...*, *op cit.*, p. 10.

²²³ *Re Lawson, Mottram and Hopton* [2019] EWCOP 22, § 51 : « *Extension of parental responsibility beyond the age of 18 [...] may be driven by a natural and indeed healthy parental instinct but it requires vigilantly to be guarded against. The imposition of a legal framework which is overly protective risks inhibiting personal development and may fail properly to nurture individual potential* ».

²²⁴ Voy. interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

C. Specific declarations/decisions by the Court of Protection (section 15 et suiv. MCA)

Conformément au principe de « *least intervention* », la nomination d'un *deputy* doit intervenir de manière subsidiaire par rapport à une prise de décision individuelle par la *Court of Protection*²²⁵. Dès lors, cette dernière peut rendre, par exemple, une décision (« *declaration* ») sur la capacité de la personne à prendre ou non une décision spécifique si la personne concernée, les professionnels ou les membres de la famille ont des points de vue divergents à ce propos (section 15 MCA, art. 8.15 et 8.16 CoP). Elle pourra également se prononcer sur la validité d'un acte spécifique relatif aux soins ou au traitement d'une personne (art. 8.17 CoP).

Lorsque nous sommes face à des cas complexes, controversés ou particulièrement graves pour des décisions relatives à la personne (« *decisions about welfare and medical treatments* »)²²⁶ ou à ses biens (« *decisions about property and financial affairs* »), le tribunal peut prendre une « *specific decision* » de manière substitutive et ce, même si la personne est sous *deputyship* (section 16 MCA)²²⁷. Par exemple, s'il existe une dissension par rapport au choix du lieu de vie de la personne, le tribunal analysera ses *best interests* et tranchera pour savoir où elle doit vivre (art. 6.12 CoP).

Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques

A. Des régimes de représentation modulés en fonction de la situation de la personne

Il peut être considéré que l'Angleterre a été pionnière en matière de personnalisation de la protection dans le sens où, dès 2005, elle a mis en place un système unique de *deputyship* par lequel le champ d'action du *deputy* et la durée du *deputyship* doivent être les plus limités possible²²⁸. De plus, contrairement aux deux autres ordres juridiques, le MCA dispose que, même lorsque la personne est sous *deputyship*, sa capacité mentale doit être évaluée en tout temps et que si le *deputy* estime que la personne est capable de prendre une décision, il doit lui laisser le pouvoir de la prendre²²⁹.

Dès l'entrée en vigueur de la réforme québécoise, les trois systèmes juridiques seront dotés d'un régime de représentation judiciaire unique destiné aux prises de décisions continues²³⁰. Le législateur belge est cependant le seul à avoir édicté un article « *checklist* » (art. 492/1 C. civ.) reprenant les actes pour lesquels le juge a l'obligation de déterminer si la personne est capable de les poser ou non²³¹. Par ailleurs, que ce soit pour la tutelle actuelle ou la future tutelle modélisée, le degré d'autonomie de la personne sera comparable à celui d'un mineur en l'absence d'indications spécifiques relatives à la capacité de la

²²⁵ Voy. *supra*, pt. 1.

²²⁶ A moins que la personne n'ait prévu quelque chose au sein d'un LPA ou d'une directive anticipée, le tribunal doit obligatoirement être saisi concernant les décisions médicales les plus sérieuses. Sont notamment visées la proposition de refuser ou de retirer l'alimentation et l'hydratation artificielles, un don d'organe ou de moelle osseuse, un avortement ou une stérilisation non-thérapeutique (art. 6.18 et 8.18 et suiv. CoP).

²²⁷ R. JONES, « Review of the Mental Capacity Act 2005 », *op cit.*, p. 425 ; Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

²²⁸ Il est vrai que le Québec avait instauré le régime flexibilisé de la tutelle dès 1990, mais il a été prononcé de manière moins systématique que la curatelle et, puisque le juge n'a pas – encore – l'obligation de personnaliser l'ordonnance de mise sous protection, le régime d'application par défaut – comparable à celui d'un mineur – est celui le plus souvent prononcé. L'on ne peut que se réjouir de la future abolition de la curatelle québécoise qui conférerait des pouvoirs extrêmement importants au curateur et qui plaçait par défaut la personne sous un régime d'incapacité total – la privant même d'office du droit de vote – pour faire place à un unique régime de protection avec une obligation de préserver la capacité résiduelle de la personne, à l'instar de la Belgique et de l'Angleterre. Le régime de l'administration provisoire belge de 1991 prévoyait déjà également la possibilité de personnaliser la protection (J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, *op cit.*, p. 160).

²²⁹ Section 20(1) MCA : « A deputy does not have power to make a decision on behalf of P in relation to a matter if he knows or has reasonable grounds for believing that P has capacity in relation to the matter ».

²³⁰ Le Québec disposera en effet de la mesure de la représentation temporaire pour certaines décisions ponctuelles et se rapprochera, en ce sens, des *specific decisions* qui peuvent être rendues par la *Court of Protection*.

²³¹ Le MCA et le *Code of Practice* recensent toutefois une liste non-exhaustive de *personnal welfare acts* – qui sont d'ailleurs extrêmement larges car ils ne consistent pas uniquement en des actes ayant des effets juridiques – et de *property and financial affairs acts* que le *deputyship* peut couvrir (voy. section 17 et 18 MCA et art. 35 et suiv. CoP).

personne à poser un acte²³². La perspective belge et anglaise, laissant prévaloir la capacité de la personne en l'absence de telles indications, semble être plus en accord avec le principe de présomption de capacité. Le fait de persister à employer le terme de « tutelle » est également fort infantilisant.

Ces trois systèmes juridiques, particulièrement le Canada vu sa réserve, s'écartent donc de la vision – assez audacieuse – du Comité DPH qui prescrit l'abolition des régimes de prise de décisions substitutive au profit de régimes de prise de décisions assistée respectant les volontés et préférences de la personne²³³. Concernant la controverse née de l'interprétation de l'article 12 de la CDPH, nous sommes d'avis qu'une abolition totale des régimes de représentation semble assez illusoire et même peu souhaitable pour l'accomplissement de certains actes dans certaines situations données, même si des mesures d'assistance doivent bien entendu toujours être privilégiées dans la mesure du possible et de manière prioritaire. Le quatrième paragraphe de l'article 12 disposant que « les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique [...] s'appliquent pendant la période la plus brève possible » laisse également penser que le Comité DPH aurait pu interpréter le contenu de ce paragraphe de manière extensive afin de réveiller les consciences des États et les inciter à développer et privilégier les régimes d'assistance²³⁴.

De plus, la frontière entre les deux types de régimes est parfois plus floue qu'on ne le pense : pourrait-on considérer qu'il y ait, au niveau des faits, une différence significative entre un régime de représentation taillé sur mesure et associant²³⁵ en tout temps la personne lors des prises de décisions – pour autant que ces principes soient réellement exercés – et un régime d'assistance ?²³⁶

A ce propos, nous verrons que la formule de l'assistance est appréhendée d'une manière différente entre les trois ordres juridiques. Elle fera l'objet d'une analyse au sein du Chapitre 5 afin que le lecteur prenne préalablement connaissance de l'exercice de la mesure québécoise déjudiciarisée de l'assistant au majeur.

B. Les autorisations du tribunal

L'autorisation du tribunal sera requise pour l'apposition de certains actes par l'administrateur belge, le tuteur ou le Curateur public québécois²³⁷. Toutefois, lorsque nous sommes face à un curateur privé, ce dernier est investi de pouvoirs tels qu'il ne devra même pas demander, par exemple, l'autorisation du tribunal pour la vente d'un bien dont la valeur est supérieure à 25.000\$²³⁸. La Belgique se montre

²³² N. FILION, « Pleins feux sur les mesures phares... », *op cit.*, p. 182.

²³³ « L'obligation incombant aux États parties de remplacer les régimes de prise de décisions substitutive par des régimes de prise de décisions assistée nécessite à la fois la suppression des premiers et la mise en place des seconds. Élaborer des régimes de prise de décisions assistée tout en maintenant en parallèle des régimes de prise de décisions substitutive n'est pas suffisant » (Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 28).

²³⁴ Certains auteurs justifient en effet l'exclusion par le Comité des mesures substitutives dans les formes d'accompagnement puisque, dans le cas contraire, « on ne pousse aucunement les États Parties à travailler sur la création de systèmes d'accompagnement alternatifs » puisqu'ils « pourraient dire que leurs législations sont conformes aux prescriptions de la CDPH » (A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, B. Eyraud, J. Minoc et C. Hanon (dir.), Montrouge, John Libbey Eurotext, 2018, p. 56).

²³⁵ Une critique que nous pourrions toutefois émettre est que, dans un régime de représentation, la personne doit seulement être « associée » à la décision, cette formulation laissant donc transparaître que c'est finalement l'administrateur qui est au centre de la prise de décision et non la personne en situation de handicap (voy. l'art. 499/1, § 3, al. 2 C. civ.).

²³⁶ G. WILLEMS, « Droit à la personnalité... », *op cit.*, p. 408. Voy. également E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *op cit.*, p. 15.

²³⁷ Alors que, pour le Québec, les actes nécessitant une autorisation du tribunal sont à déceler au sein de plusieurs dispositions particulières, le législateur belge a le mérite d'avoir rendu la lecture du Code civil plus intelligible en regroupant tous ces actes au sein d'une même disposition (art. 499/7 C. civ.). Notons également que les autorisations québécoises doivent être, pour certains actes, données par le conseil de tutelle (voy. *infra*, ch. 4, sect. 2).

²³⁸ M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 40.

davantage prudente face à cette question en imposant d'office le recours à une autorisation du tribunal pour certains actes, même dans le cas du régime de protection le plus restrictif de la capacité juridique. En Angleterre, le *MCA* ne prévoit pas de dispositions requérant d'office une autorisation du tribunal. Toutefois, la saisine du tribunal se fait de manière plus fréquente qu'au sein des deux autres ordres juridiques car la *Court of Protection* interviendra dès que nous sommes face à une question plus sensible et controversée²³⁹ ou qui fait l'objet de dissensions. Cela s'explique également par le fait que, conformément au principe de « *least intervention* », la nomination d'un *deputy* doit intervenir de manière subsidiaire par rapport à une « *decision of the Court* ».

C. Les régimes de protection couvrant les actes relatifs à la personne

Alors qu'il est assez commun que des régimes de protection soient ouverts en matière de décisions relatives aux biens, cette pratique est moins répandue pour les décisions relatives à la personne vu les considérations plus éthiques qui peuvent entrer en jeu. Toutefois, nous constatons que la doctrine et la jurisprudence anglaises se montrent encore davantage réticentes et découragent fortement l'ouverture d'un *personal welfare deputyship*. Cela est notamment influencé par le fait que la coutume anglo-galloise veut que ce genre de décisions soit prise de manière collaborative par les services sociaux et les médecins qui se consultent avec la famille, ou par le juge par le biais de *specific decisions*²⁴⁰.

Il est également intéressant de souligner qu'alors que les décisions relatives à la personne en Belgique ne se concentrent que sur les actes ayant des effets juridiques²⁴¹, celles couvertes par le *deputyship* anglais sont tant des *day-to-day acts* que des décisions plus sérieuses en matière médicale (art. 1.8 CoP). Le Québec met, quant à lui, l'accent sur l'exercice des droits civils de la personne, sa représentation en justice, son bien-être moral et matériel, son entretien et sa garde (art. 260 C.c.Q.).

Enfin, les trois ordres juridiques – que ce soit par le biais de la législation ou de la jurisprudence – ont soutenu que certains actes, principalement ceux relatifs à la personne, sont à ce point personnels qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une quelconque assistance ou représentation.

Chapitre 3. La procédure de mise sous protection judiciaire²⁴²

Section 1. La Belgique

A. Compétence de la justice de paix

Lors de l'élaboration de la loi ayant créé le tribunal de la famille et de la jeunesse²⁴³, il a finalement été décidé que le premier niveau de juridiction belge se verrait attribuer l'ensemble des compétences relatives au statut juridique des personnes dites « incapables », qu'elles soient majeures ou mineures. Ce choix s'explique par le fait que cette matière peut être mieux exercée par un juge de proximité, le juge de paix territorialement compétent étant celui du canton de la résidence effective de la personne²⁴⁴.

²³⁹ Le *Code of Practice* dispose que le tribunal doit obligatoirement être saisi concernant les décisions médicales les plus sérieuses (voy. les art. 6.18 et 8.18 et suiv. CoP).

²⁴⁰ A. BZEDRA, « Capacité juridique et droit international ... », *op cit.*, p. 6.

²⁴¹ « L'administrateur de la personne représente la personne protégée lors de l'accomplissement d'un acte juridique ou d'un acte de procédure relatif à la personne » (art. 499/1, § 1^{er} C. civ.).

²⁴² Par « procédure de mise sous protection judiciaire », nous entendons toute procédure visant à ouvrir un régime de protection nécessitant l'intervention finale d'un juge.

²⁴³ Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013.

²⁴⁴ Art. 628, 3^o C. jud. (J.-L. RENCHON, « Vulnérabilité et aptitude... », *op cit.*, p. 4).

B. Introduction de la demande de mise sous protection judiciaire : une requête unilatérale et un certificat médical circonstancié (art. 1238 à 1242 C. jud.)

La requête unilatérale²⁴⁵, qui devra désormais être déposée via le nouveau registre central²⁴⁶, doit obligatoirement exposer certaines mentions spécifiques et, « dans la mesure du possible », d'autres informations relatant au mieux la situation de la personne à protéger (art. 1240 C. jud.)²⁴⁷. Sous peine d'irrecevabilité²⁴⁸, sauf exceptions²⁴⁹, un certificat médical circonstancié – établi par un médecin agréé²⁵⁰ ou un psychiatre – et ne datant pas de plus de 15 jours doit être annexé à la requête afin que le juge de paix puisse cerner au mieux l'état de santé de la personne²⁵¹ (art. 1241 C. jud.).

Malheureusement, en pratique, force est de constater que ces certificats, étant souvent complétés de manière assez standard et laconique, ne sont pas vraiment « circonstanciés » et reflètent donc difficilement, d'un point de vue médical, les capacités réelles de la personne²⁵². Une personnalisation de la protection va pourtant de pair avec la fourniture d'informations détaillées à propos de ces capacités réelles ; le juge qui ne dispose que de données minimalistes « souhaitera prendre [moins] de risques en termes d'étendue de l'incapacité qu'il prononcera dans le chef de la personne protégée »²⁵³.

C. Déroulement de la procédure (art. 1243 à 1249/2 C. jud.)

1. Convocations et recueil de tous les renseignements utiles

En ce qui concerne les convocations, lorsque la capacité de la personne est susceptible d'être affectée, le juge a l'obligation de la convoquer préalablement au prononcé de la décision, à moins qu'elle ne soit dans l'impossibilité de se déplacer (art. 1244, § 2, al. 2 C. jud.). Il semble en effet indispensable que la personne concernée par une décision de telle ampleur – alors qu'elle n'est souvent pas à l'origine de la

²⁴⁵ Cette requête peut être introduite par la personne elle-même, par toute personne intéressée qui se préoccupe des intérêts de cette dernière (comme un CPAS ou un voisin) ou le procureur du roi, sauf restrictions légales (art. 1238, § 1^{er} C. jud.). La saisine d'office du juge peut également se concevoir selon conditions établies à l'article 1238, § 2 du Code judiciaire.

²⁴⁶ La loi de 2018 avait prévu la création d'un « registre central de la protection des personnes » (art. 1253/2 et suiv. C. jud.) qui rassemblera toutes les pièces et les données relatives à une protection judiciaire, permettant ainsi un meilleur échange d'informations entre le tribunal et les personnes impliquées dans cette protection. L'arrêté royal permettant la mise en place concrète de ce registre a été adopté et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2021 (Arrêté royal du 12 février 2021 organisant le fonctionnement du registre central de la protection des personnes, *M.B.*, 15 mars 2021). Il est venu spécifier les données contenues dans le registre et les personnes pouvant y avoir accès. Pour aller plus loin, voy. F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op cit.*, pp. 383 et 384).

²⁴⁷ Si besoin, le juge de paix peut demander au requérant de compléter la requête avec de plus amples informations dans les 8 jours (F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *ibidem*, p. 380).

²⁴⁸ Pour prendre connaissance de la pratique relative à l'irrecevabilité de la demande, voy. E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *op cit.*, p. 23.

²⁴⁹ Les exceptions à la production d'un certificat médical sont le cas où la personne est dans un état de prodigalité, en cas d'urgence avérée ou en cas d'impossibilité absolue de sa production, cette impossibilité devant se refléter au travers de justifications explicites au sein de la requête et devant ensuite être attestée par le juge de paix au sein d'une « ordonnance expressément motivée ». Pour les deux dernières exceptions, un expert médical devra être désigné afin d'émettre un avis sur les éléments qui auraient dû figurer dans le certificat (J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, *op cit.*, pp. 189 et 190). Voy. également J.P. Fontaine l'Evêque, 17 novembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/1, p. 47.

²⁵⁰ Les procédures et les conditions d'agrément, qui doivent encore être déterminées par le Roi, ont été instaurées par le biais de la loi de 2018 afin que seuls des médecins dotés de connaissances spécifiques en matière d'incapacité puissent délivrer un certificat ayant des conséquences sur la capacité juridique de la personne. En contrepartie, il existe un risque que peu de médecins ne fassent les démarches et qu'il y ait donc une pénurie de médecins agréés (F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op cit.*, p. 380).

²⁵¹ Ce certificat peut être établi sans examen préalable du patient car le médecin peut se baser sur ses « données médicales actualisées » contenues dans son dossier médical. Pour prendre connaissance de la controverse doctrinale à propos de cette possibilité, voy. N. DANDOY, « Tour d'horizon de la procédure – Du certificat médical circonstancié en particulier », *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, N. Dandoy (dir.), CUP, vol. 165, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 107 et suiv.

²⁵² Le certificat devait, avant l'adoption de la loi de 2018, faire référence à la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF), adoptée par la 54^e Assemblée Mondiale de la Santé (<http://dcalin.fr/fichiers/cif.pdf>). Cette Classification aborde le handicap en considération de l'environnement social de la personne et permet donc de déterminer de manière bien plus précise ses aptitudes (hygiène personnelle, entretien de l'habitat, reconnaître les personnes, prendre soin de sa santé, etc.). Mais il s'agissait d'un outil très peu connu des médecins et complexe d'utilisation (N. DANDOY, « Tour d'horizon de la procédure... », *ibidem*, p. 112 ; E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *op cit.*, p. 22).

²⁵³ F. REUSENS, « Petit aperçu de la grande réforme ... », *op cit.*, p. 18.

demande – puisse partager son point de vue²⁵⁴. Quant au requérant, il ne sera convoqué à l'audience que lorsqu'il demande à être entendu (art. 1244, § 2, al. 1^{er} C. jud.). Enfin, les proches de la personne²⁵⁵ peuvent se présenter de manière volontaire à l'audience ou être convoqués par le juge « chaque fois qu'il l'estime utile » (art. 1244, § 2, al. 3 C. jud.)²⁵⁶.

L'article 1246 du Code judiciaire énumère, quant à lui, toutes les mesures d'instructions auxquelles le juge de paix peut ou doit recourir afin d'être en possession de toutes les informations nécessaires à une mise sous protection judiciaire faite de manière éclairée²⁵⁷, le certificat médical n'étant qu'un simple indicateur²⁵⁸.

2. Audition individuelle de la personne à protéger en Chambre du Conseil (art. 1245 C. jud.)

La personne à protéger peut « demander à être entendue individuellement par le juge de paix en Chambre du Conseil avant les autres parties à la cause »²⁵⁹. Une personne de confiance, au sens littéral et non juridique du terme, peut l'accompagner ou même faire elle-même la demande d'audition si la personne est « incapable d'exprimer sa volonté »²⁶⁰. Elle sera entendue dans un « lieu approprié » et plus familier, ce lieu pouvant être le bureau du juge ou la résidence de la personne²⁶¹. Cette possibilité est très utile et respectueuse de la personne car elle permet non seulement de prendre en compte son point de vue individuel à propos de la mise sous protection, mais également de jauger sous quelle forme cette protection serait la mieux adaptée en lui posant quelques questions. La personne pourra également faire part des relations personnelles qu'elle entretient avec son entourage, à l'abri de toute pression familiale.

D. Abandon de l'obligation de réévaluation « automatique »

Le juge de paix peut, en tout temps, être saisi d'une demande de modification ou de cessation du contenu de la protection actuellement en vigueur sur fondement de l'article 492/4 du Code civil. Son ancien alinéa 2 prévoyait d'ailleurs que le juge de paix avait l'obligation de fixer une audience portant sur une réévaluation de la protection en place, au plus tard deux ans après le prononcé de l'ordonnance, afin de vérifier que cette protection soit toujours adaptée eu égard à l'évolution de l'état de santé de la personne²⁶². Toutefois, la loi du 21 décembre 2018²⁶³ a supprimé cette obligation de réévaluation automatique en raison de la surcharge de travail que présentait cette garantie qui n'était apparemment pas toujours nécessaire. Désormais, le juge évalue la mesure « d'office s'il l'estime nécessaire ou en cas de changement fondamental de circonstances »²⁶⁴, changements dont il prendra connaissance par le biais de l'administrateur²⁶⁵.

²⁵⁴ F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op cit.*, p. 381.

²⁵⁵ Voy. ceux qui sont énumérés à l'art. 1240, § 1^{er}, 4^o C. jud.

²⁵⁶ Toute personne convoquée ou ayant comparu volontairement deviendra alors partie à la cause, sauf en cas d'opposition de sa part (art. 1244, § 2, al. 5 C. jud.). Cette rencontre permettra « de confirmer, de tempérer voire d'infirmier » les propos de la personne protégée et de déceler de potentiels conflits familiaux (N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation... », *op. cit.*, p. 32).

²⁵⁷ La désignation d'un expert médical, l'audition de toute personne pouvant fournir des informations intéressantes, le recueil de toutes informations utiles sur la situation familiale, morale et matérielle auprès de l'entourage (démarche obligatoire lorsque la demande est susceptible d'affecter la capacité de la personne (art. 1246, § 3 C. jud.)), le déplacement à son domicile, etc. (N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection...*, *op. cit.*, p. 233).

²⁵⁸ En pratique, lors de la rédaction du jugement, les juges se fonderaient en effet davantage sur l'entretien réalisé avec la personne, puis sur les renseignements obtenus en parallèle, et puis seulement sur le certificat médical (N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation... », *op. cit.*, p. 32).

²⁵⁹ Art. 1245, § 1^{er}, al. 1^{er} C. jud.

²⁶⁰ Art. 1245, § 1^{er}, al. 1^{er} et 3 C. jud.

²⁶¹ F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op cit.*, p. 381.

²⁶² J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, *op cit.*, p. 190.

²⁶³ Loi du 21 décembre 2018, précitée.

²⁶⁴ Art. 492/4, al. 2 C. civ.,

²⁶⁵ F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op cit.*, p. 373.

Section 2. Le Canada (Québec)

A. Compétence de la Cour supérieure (juges et greffiers) et du notaire

La Cour supérieure du district dans lequel la personne est domiciliée ou réside est compétent pour statuer sur la demande d'ouverture d'un régime de protection et d'homologation de mandat²⁶⁶ ainsi que pour désigner qui seront les représentants légaux et les membres du conseil de tutelle²⁶⁷.

En parallèle, depuis 1999²⁶⁸, un notaire spécialement accrédité²⁶⁹ par son Ordre professionnel peut également jouer un rôle d'officier en se voyant attribuer certaines compétences en matière de protection judiciaire²⁷⁰ – qui relevaient autrefois uniquement des juges et des greffiers – dans un but de déjudiciarisation du processus de mise sous protection judiciaire. Dans le cas où il s'agira d'une procédure non contentieuse, les justiciables auront la liberté de choisir entre les deux voies procédurales²⁷¹.

B. Introduction de la demande de mise sous protection judiciaire : les évaluations médicale et psychosociale (art. 276 C.c.Q.)

1. Principe

Tant en matière d'ouverture d'un régime de protection judiciaire qu'en matière d'homologation d'un mandat de protection, il est nécessaire d'annexer à la requête²⁷² deux types d'évaluations qui ont vocation à fournir une aide aux auxiliaires de justice pour apprécier le degré d'incapacité du majeur. Il va évidemment de soi que ces évaluations doivent être récentes – même si aucun délai n'est fixé par la loi – et représentatives de l'état de santé actuel de la personne²⁷³.

1.1. Évaluation médicale

Tout comme en Belgique, le législateur québécois requiert la production d'une évaluation médicale de l'incapacité. Cette évaluation peut être effectuée par n'importe quel médecin (médecin traitant, psychiatre, neurologue, gériatre, etc.)²⁷⁴. L'article 258 du Code civil québécois ne précisant pas la manière dont cette incapacité est évaluée, certains cliniciens ont élaboré des méthodes d'évaluation spécifiques²⁷⁵. Bien entendu, un diagnostic d'une maladie mentale n'est pas synonyme d'incapacité à poser des actes juridiques²⁷⁶.

²⁶⁶ Art. 44 du Code de procédure civile du Québec (ci-après C.p.c.).

²⁶⁷ Art. 205, 268, 272, 274 et 276 C.c.Q.

²⁶⁸ Depuis la Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1998, c. 51.

²⁶⁹ En 2019, près de la moitié des notaires (1968 sur 3945) possédaient cette accréditation (Chambre des notaires du Québec, *Mémoire sur le projet de loi n°18*, 2020, p. 27, https://www.cng.org/wp-content/uploads/2020/10/228_fr_v_memoire-projet-de-loi-n18-1.pdf).

²⁷⁰ Art. 312 C.p.c. : « Peuvent être présentées à un notaire, suivant la procédure prévue au présent titre, les demandes non contentieuses relatives [...] au régime de protection des majeurs, y compris les demandes portant sur la nomination ou le remplacement de leur tuteur ou curateur, de même que les demandes relatives au conseil de tutelle et au mandat de protection ».

²⁷¹ M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 8. Voy. également *infra*, pt. 3.2.

²⁷² Les personnes pouvant être à l'origine de la demande de mise sous protection sont « le majeur vulnérable lui-même, son conjoint, ses proches parents et alliés, toute personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier ou tout autre intéressé, y compris le mandataire désigné par le majeur ou le curateur public » (art. 269 C.c.Q.). Les établissements de santé et de services sociaux sont détenteurs d'une obligation spéciale de repérer les personnes qui pourraient être dans le besoin manifeste d'être mis sous protection judiciaire (art. 270 C.c.Q. ; M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection du majeur inapte », *ibidem*, p. 7).

²⁷³ M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection du majeur inapte », *ibidem*, p. 10.

²⁷⁴ D. LAVALLÉE, *Un regard croisé sur les dispositifs français et québécois de protection juridique des majeurs inaptes*, allocution prononcée lors des Assises de la protection juridique des majeurs, Paris, 2012, p. 4, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/allocutions/20120206.html>.

²⁷⁵ Il faut procéder à une analyse de la composante fonctionnelle, causale, situationnelle et éthique (D. GENEAU, « Évaluation clinique de l'aptitude chez le majeur », *La protection des majeurs vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 378, Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 58).

²⁷⁶ R. BARBE, *Rôle et pouvoirs de l'officier de justice lors de l'ouverture du régime de protection : le majeur inapte est-il protégé adéquatement ?*, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2013, p. 55.

1.2. Évaluation psychosociale

Une initiative très intéressante qui mérite nos soulignements est l'instauration depuis 1990 de la nécessité, en sus de l'évaluation médicale, de recourir à une évaluation psychosociale de l'incapacité qui sera réalisée par un travailleur social²⁷⁷. Ce dernier sera chargé de l'accomplissement de plusieurs tâches, à savoir examiner quelles sont les capacités résiduelles de la personne ainsi que son degré d'autonomie dans l'accomplissement de ses activités quotidiennes, examiner la façon dont la personne exprime ses volontés, recueillir plus particulièrement l'opinion de la personne visée par la demande de mise sous protection quant à la mesure envisagée et à la personne qui pourrait l'assister ou la représenter, examiner la composition de son réseau familial ainsi que les relations et le rôle que chacun d'entre eux entretient avec la personne concernée, etc.²⁷⁸. Le tout devra être consigné dans un rapport qui sera donc beaucoup plus détaillé qu'un rapport médical²⁷⁹. Toute cette démarche permettra « de déterminer les forces, les faiblesses, les ressources, les obstacles qui peuvent rendre la personne plus ou moins vulnérable notamment aux situations d'abus »²⁸⁰.

Cette démarche est particulièrement respectueuse du principe de personnalisation de la protection. En effet, apprécier l'aptitude et la condition générale d'une personne appelle à une analyse dépassant le strict cadre médical qui, quant à lui, appréhende l'incapacité d'une personne de manière beaucoup plus objective, sans prendre en compte sa situation psychosociale globale²⁸¹.

De plus, le juge, le greffier et le notaire – ayant tous reçu une formation purement juridique – ne sont tout naturellement pas des professionnels spécialisés dans le domaine social et psychologique. Il est donc légitime que certains d'entre eux se sentent un peu mal à l'aise et dépourvus lorsqu'ils se doivent d'évaluer le degré d'incapacité de la personne lors d'un interrogatoire de quelques minutes. Cette tâche est d'autant plus complexe lorsque nous sommes face à des personnes ayant une maladie mentale avec des phases de lucidité, auquel cas la perception de l'incapacité de la personne pourrait être faussée²⁸². Une évaluation psychosociale préparée avec minutie permet de donner les outils nécessaires à l'auxiliaire de justice pour le guider dans le choix du régime de protection ou des mesures d'accompagnement qui correspondent le mieux à la personne²⁸³.

²⁷⁷ En 2009, la Loi modifiant le Code des professions dans le domaine de la santé mentale et des relations humaines, L.Q. 2009, c. 28, a exclusivement accordé au travailleur social la tâche de réalisation de l'évaluation psychosociale en la matière, tâche qui était autrefois effectuée par d'autres professionnels considérés comme moins qualifiés dans ce domaine (L. GAUTHIER ET M. PAUZÉ, « Évolution de l'exercice du travail social relatif aux mesures et aux régimes de protection de la personne inapte », *Intervention*, n° 131, 2009, p. 98).

²⁷⁸ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2) ; R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier de justice... », *op cit.*, p. 59. ; L. GAUTHIER ET M. PAUZÉ, « L'évaluation psychosociale dans le cadre des régimes de protection : l'acceptation de la solitude des choix difficiles pour le travailleur social », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 344, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 91).

²⁷⁹ Pour voir le modèle type de l'évaluation psychosociale : https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/pdf/form_eval_psy.pdf. Il existe un guide pratique assez complet reprenant diverses règles déontologiques, des modèles de rapport, mais aussi des explications précises quant à la manière dont le travailleur social doit apprécier l'incapacité (Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec, *Guide de pratique. L'évaluation psychosociale dans le contexte des régimes de protection, du mandat donné en prévision de l'incapacité et des autres mesures de protection au majeur*, Laval, 2011, https://www1.otsfcq.org/sites/default/files/evaluation_psychosociale_dans_le_contexte_des_regimes_de_protection.pdf).

²⁸⁰ L. GAUTHIER ET M. PAUZÉ, « L'évaluation psychosociale... », *op cit.*, p. 92.

²⁸¹ Voy. interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

²⁸² Notons que d'après une enquête, 72,3% des greffiers interrogés ont fait part du fait que la présence d'un assesseur médical ou d'un psychologue à leur côté durant la phase interrogatoire ne serait utile que dans une minorité de cas, sans doute en raison « de l'appréhension de l'intervention d'un tiers pouvant interférer avec leur discrétion judiciaire dans le processus décisionnel » (R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier... », *op cit.*, p. 36).

²⁸³ Même si l'évaluation doit porter sur « la nature de l'incapacité de celui-ci, ses facultés, son environnement, l'étendue de ses besoins et les autres circonstances de sa condition, sur l'opportunité d'ouvrir une tutelle à son égard » (art. 270 C.c.Q. (PL)), la Chambre des notaires est d'avis que le travailleur social ne puisse donner son avis quant à l'opportunité d'ouvrir un régime de protection car « pour se prononcer sur ce fait, il est nécessaire d'obtenir une opinion juridique sur les conséquences et implications juridiques de l'ouverture d'un régime de protection » (Chambre des notaires du Québec, *Mémoire sur le projet de loi...*, *op cit.*, p. 15).

2. En pratique

Concernant l'évaluation médicale, force est de constater que tout comme en Belgique, les médecins ne consacrent pas énormément de temps à la rédaction de cette évaluation en ne se contentant que de cocher des cases génériques²⁸⁴.

Concernant l'évaluation psychosociale, une enquête démontre que la grande majorité des greffiers n'hésite pas à demander des compléments d'évaluation s'il est estimé qu'il y a matière à détailler davantage le rapport²⁸⁵. A l'époque où l'on avait confié l'exclusivité de l'établissement des évaluations psychosociales aux travailleurs sociaux, qui auraient de ce fait un nombre de dossiers plus élevé à traiter, L. GAUTIER et M. PAUZÉ avaient mentionné qu'il fallait veiller à ce que cette initiative ne mène à une banalisation du geste professionnel ou à « prendre des raccourcis devant un surplus de demandes »²⁸⁶. Il semblerait que cette crainte se soit malheureusement quelque peu concrétisée car « suite aux coupures dans le réseau de la santé et des services sociaux [...], les temps d'attente dans le réseau public sont souvent trop longs et [les travailleurs sociaux] sont souvent sous pression afin de voir le plus de « clients » possible, au détriment des personnes évaluées »²⁸⁷. Il faut également tenir compte du fait que les travailleurs sociaux sont parfois soumis à certaines pressions venant de la famille ou même d'acteurs du monde médical souhaitant maximiser la protection de la personne²⁸⁸. F. DUPIN nous révèle néanmoins être « agréablement surpris » par la qualité des évaluations, rappelant également qu'il est possible de recourir aux services – plus onéreux toutefois – des travailleurs sociaux du secteur privé²⁸⁹.

C. Traitement de la demande

1. Deux types de procédure

1.1. Procédure devant le tribunal : compétence du juge ou du greffier spécial de la Cour supérieure

Pour autant que la demande ne fasse pas l'objet d'une contestation quant à son bien-fondé, auquel cas cette demande devra d'office être déferée à un juge, la procédure d'ouverture d'un régime de protection peut se dérouler devant un greffier spécial de la Cour supérieure spécialement nommé par le ministre²⁹⁰. Il est alors en droit d'exercer de réelles fonctions juridictionnelles²⁹¹. En pratique, une majorité des décisions d'ouverture de régime de protection semble être rendue par ces greffiers²⁹².

1.2. Procédure non contentieuse devant le notaire (art. 312 et suiv. C.p.c.)

La demande d'ouverture d'un régime de protection peut également se faire par acte notarié ou simple lettre²⁹³. Si jamais la demande fait l'objet d'une contestation réelle quant à son bien-fondé²⁹⁴, le notaire ne

²⁸⁴ Pour voir le modèle type de l'évaluation médicale : https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/pdf/form_eval_med.pdf. Certains greffiers ont fait part du fait qu'ils souhaiteraient que les diagnostics soient plus élaborés et mentionnent davantage les raisons qui ont poussé le médecin à conclure à un certain type d'inaptitude (R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier... », *op cit.*, pp. 56 et 67).

²⁸⁵ R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier de justice... », *ibidem*, p. 64.

²⁸⁶ L. GAUTIER ET M. PAUZÉ, « Évolution de l'exercice du travail social... », *op cit.*, p. 104.

²⁸⁷ Société québécoise de la déficience intellectuelle, *Position sur le Projet de loi 18*, 2019, p. 4, <https://www.sqdi.ca/fr/>.

²⁸⁸ L. GAUTHIER ET M. PAUZÉ, « L'évaluation psychosociale dans le cadre des régimes de protection : l'acceptation de la solitude des choix difficiles pour le travailleur social » Service de formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 344, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 100.

²⁸⁹ Voy. interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

²⁹⁰ Art. 67, al. 2 et 73 C.p.c.

²⁹¹ La décision qu'ils prennent peut toutefois faire l'objet d'une révision par le juge dans un délai de 10 jours (art. 74 C.p.c. ; M. BEAUCHAMP ET A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 14).

²⁹² R. BARBE ET M.A. GRÉGOIRE, « Le rôle du Curateur public du Québec dans le processus d'ouverture d'un régime de protection à un majeur inapte : point de vue des greffiers de la Cour supérieure », *R.D.U.S.*, n°45, 2015, p. 276.

²⁹³ Les documents requis doivent être déposés au greffe du tribunal compétent afin d'en assurer la publicité (art. 314 C.p.c.).

²⁹⁴ Par contestation réelle du bien-fondé, serait visée une « contestation de l'opportunité, du besoin ou de la nécessité de procéder à l'ouverture d'un régime de protection », alors que « le simple désaccord des membres de la famille sur le choix anticipé d'un régime,

pouvant agir que dans le cas d'une procédure non contentieuse, il doit alors se dessaisir de la demande et la transférer au tribunal compétent après avoir dressé un procès-verbal des opérations déjà réalisées²⁹⁵. Si, à l'inverse, aucune contestation n'est émise, le notaire procédera alors à la convocation de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis, et vérifiera l'incapacité de la personne sur base des évaluations et des interrogatoires. Il fera également état des opérations qu'il aura effectuées et des faits sur lesquels il fonde ses conclusions au sein d'un procès-verbal qu'il déposera au greffe du tribunal compétent²⁹⁶. En fin de compte, la voie judiciaire restera la seule manière d'obtenir l'ouverture effective d'un régime de protection étant donné que la décision finale sera toujours prononcée par le tribunal²⁹⁷.

2. Interrogatoire du majeur (art. 276 C.c.Q. et art. 391 C.p.c.)

Puisque toute décision « doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie »²⁹⁸, la personne à protéger doit être associée à la procédure et doit, bien évidemment, avoir l'occasion de faire valoir son point de vue par le biais d'un interrogatoire obligatoire²⁹⁹ – que ce soit en personne ou par le biais d'un représentant si son état de santé ne lui permet pas de s'exprimer – à propos du bien-fondé de la demande³⁰⁰. Ce sera également l'occasion – pour le juge, le notaire ou le greffier – de vérifier si les évaluations sont en adéquation avec l'incapacité qu'il pourra lui-même constater³⁰¹.

3. Tenue de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis du majeur (art. 226 C.c.Q.)

Le notaire, le greffier spécial ou le juge a l'obligation de convoquer une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis³⁰². Un quorum de présence de cinq personnes devant être atteint³⁰³, les travailleurs sociaux chargés d'établir l'évaluation psychosociale pourront mettre en valeur au sein de leur rapport les « personnes significatives » qui mériteraient d'être convoquées à l'assemblée en complément des personnes convoquées d'office³⁰⁴.

Durant cette réunion, l'assemblée devra faire part de son point de vue à propos de plusieurs questions relatives à la personne et à l'ouverture d'un régime de protection. C'est également une étape importante du processus qui permet à l'auxiliaire de justice d'observer les relations et les comportements des différentes personnes présentes. Il ne sera d'ailleurs pas juridiquement lié par ce que les membres auront exprimé³⁰⁵. Même si cela n'est pas exigé, la présence d'un délégué du Curateur public est recommandée et souhaitée – par les greffiers du moins – car il peut donner son avis sur la pertinence du choix du

d'un représentant légal ou sur tout autre élément accessoire du dossier » ne devrait pas aboutir à un dessaisissement du notaire. Le renvoi devrait également seulement être opéré si la contestation émane d'une « personne intéressée » telle que visée par l'article 226 du Code civil québécois (M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, pp. 12 et 13).

²⁹⁵ En effet, « dès qu'une demande est contestée, elle est déferée au tribunal pour être continuée suivant la procédure prévue au livre II » (art. 304, al. 2 C.p.c.). Voy. également l'article 317 C.p.c.

²⁹⁶ Art. 313, 315 et 318 C.p.c. Voy. également *infra*, pt. 2 et 3.

²⁹⁷ R. BARBE et M.A. GRÉGOIRE, « Le rôle du Curateur public du Québec... », *op cit.*, p. 277.

²⁹⁸ Art. 257 C.c.Q.

²⁹⁹ Sauf si cela est impossible, mais le notaire, le greffier ou le juge doit tout de même rencontrer la personne pour constater lui-même cette impossibilité (art. 391 C.p.c. ; M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 24).

³⁰⁰ Un trouble du langage ne peut être une justification à l'évasion de l'interrogatoire ou à la présence systématique d'un représentant (R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier... », *op cit.*, p. 16. Pour aller plus loin, voy. la décision *Dupré c. Papillon*, [1936] 40 R.P. 321 (C.S.) qui décrit les différentes exigences à respecter lors d'un interrogatoire).

³⁰¹ Une enquête démontre toutefois qu'une fois sur trois, le majeur est interrogé par un autre greffier que celui qui est responsable de la prononciation de l'ouverture du régime, ce qui est bien entendu une pratique contraire à l'objectif de personnalisation de la protection (R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier... », *ibidem*, p. 29).

³⁰² Doivent en tout cas être convoqués les parents, les ascendants, les frères et sœurs majeurs, le conjoint et les descendants du majeur à protéger. Ses autres parents, alliés ou amis majeurs peuvent également être convoqués (art. 226 et 266 C.c.Q.).

³⁰³ Art. 226, al. 3 C.c.Q. Dès l'entrée en vigueur de la réforme, ce quorum sera supprimé ; une assemblée pourra se tenir dans tous les cas lors d'une demande d'ouverture de tutelle (Curateur public du Québec, *Résumé du projet de loi n°18*, *op cit.*, p. 6).

³⁰⁴ Pour aller plus loin, voy. M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 22.

³⁰⁵ R. BARBE et M.A. GRÉGOIRE, « Le rôle du Curateur public du Québec... », *op cit.*, p. 291.

représentant légal, mais aussi apporter certains éclaircissements quant au rôle exact que les personnes présentes pourraient être amenées à exercer lors de l'ouverture du régime³⁰⁶.

4. Prononcé de la décision par le tribunal

Quelle que soit la procédure privilégiée, le tribunal interviendra toujours en fin de parcours et prononcera une décision en se basant sur les dires de la personne, les évaluations médicale et psychosociale ainsi que sur « l'avis du conseil de tutelle ou des personnes susceptibles d'être appelées à en faire partie »³⁰⁷. Dans le cas où la procédure se fait devant un notaire, un procès-verbal reprenant un rapport complet et circonstancié de ses opérations et de ses conclusions personnelles doit être établi et le tribunal prendra une décision finale en accueillant ou en rejetant ses conclusions³⁰⁸. Il a donc la liberté de ne pas suivre l'avis du notaire ou de l'assemblée sur base de tous les éléments du dossier dont il dispose³⁰⁹, mais également la liberté de demander la production de toute preuve supplémentaire³¹⁰.

D. Réévaluation périodique du jugement prononçant la mise sous protection

L'article 278 du Code civil québécois prévoit que, à moins que le tribunal n'ait fixé un délai plus court, le jugement portant sur la mesure de protection judiciaire soit réévalué par le biais des évaluations médicale et psychosociale à des intervalles périodiques, à savoir tous les trois ans pour la tutelle ou la nomination d'un conseiller au majeur, et tous les cinq ans pour la curatelle. Cette automaticité permet de ne pas faire dépendre la révision du régime de l'initiative des proches de la personne³¹¹.

Dans l'optique de bannir des délais prédéfinis, dès l'entrée en vigueur de la réforme, le tribunal devra déterminer dans quel délai une réévaluation du régime devra être effectuée eu égard à la situation personnelle du majeur. Ce délai ne peut en tout cas excéder cinq ans, ou dix ans s'il est évident que la condition de la personne ne changera pas³¹².

Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)

A. Compétence de la Court of Protection

La *Court of Protection* – qui est dotée de ses propres règles procédurales actuellement recensées au sein des *Court of Protection Rules* (2017)³¹³ – détient la particularité de ne traiter que des cas qui ont trait à la question de la capacité³¹⁴. Détenant les mêmes pouvoirs que la *High Court*, ce tribunal peut créer des

³⁰⁶ Le greffier se sentirait parfois moins légitime et moins bien placé pour répondre à ces questions puisqu'il n'opère aucun rôle de surveillance de l'administration. Cette présence est d'autant plus importante lorsque ce sont des dossiers où les relations familiales sont complexes. En pratique, il semble que ce délégué soit malheureusement souvent absent, sauf dans certains districts où il se présente systématiquement (R. BARBE et M.A. GRÉGOIRE, « Le rôle du Curateur public du Québec... », *ibidem*, pp. 292 et 293).

³⁰⁷ P. DESROCHERS, « Recours contre les acteurs... », *op cit.*, p. 128.

³⁰⁸ Art. 320, al. 3 C.p.c. : « Dans les autres matières, le tribunal, saisi par le dépôt du procès-verbal du notaire, peut, en l'absence de contestation, en accueillir les conclusions, les modifier ou les refuser ».

³⁰⁹ La demande de mise sous protection ne lie pas le tribunal, qui est libre de prononcer un régime différent que celui qui avait été demandé (art. 268 C.c.Q.). Par exemple, dans la décision *Trottier c. Deslauriers-Trottier*, [1992] R.D.F. 692 (C.S.), le tribunal a ouvert un régime de tutelle alors qu'il avait été recommandé d'ouvrir un régime de curatelle.

³¹⁰ M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 31.

³¹¹ Si les évaluations recommandent le maintien de la mesure, celle-ci restera en vigueur jusqu'à la prochaine réévaluation. À l'inverse, si les évaluations préconisent une modification ou une abolition de la mesure, un rapport doit être déposé au greffe. Si aucune contestation n'est émise dans les 30 jours du dépôt, la mesure sera modifiée ou abolie dans le sens du rapport, sans même qu'il y ait besoin d'un jugement. En cas de contestation, le juge sera amené à statuer sur les recommandations du rapport (art. 280 C.c.Q. ; M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *ibidem*, pp. 54 et 55).

³¹² Art. 278 al. 2 C.c.Q. (PL) (Curateur public du Québec, *Résumé du projet de loi n°18*, *op cit.*, p. 5).

³¹³ The Court of Protection Rules 2017, n°1035 (L. 16), London.

³¹⁴ Ainsi, elle n'est pas compétente pour rendre des décisions qui concernent des personnes qui sont considérées comme « mentalement capables » mais qui se trouvent dans une situation de grande vulnérabilité. Ces cas seront traités par la *High Court* (A. RALTON, « The Work and Workings of the Court of Protection », *Elder Law Journal*, vol. 2011, n°1, 2011, p. 70).

précédents en droit anglais³¹⁵. Il intervient notamment lorsque des décisions plus complexes et sensibles doivent être prises, ou lorsqu'il semble opportun d'ouvrir un régime de *deputyship*³¹⁶.

L'extension des compétences de la *Court of Protection*³¹⁷ en 2005 a, bien entendu, eu pour conséquence d'alourdir la charge de travail lui incombant. Certaines demandes peuvent dès lors prendre plusieurs mois avant d'être traitées. C'est pourquoi, une forme de procédure accélérée a été introduite afin que ce tribunal puisse statuer rapidement sur les affaires urgentes³¹⁸. A l'instar de la Belgique, les secteurs de la fonction publique anglais font face à des coupes budgétaires et manquent donc de ressources³¹⁹. Toutefois, selon R. SULLIVAN, « *the Court of Protection is fairly well resourced compared to some of the other courts in the United Kingdom* »³²⁰.

Le tribunal dispose de son bureau et de son greffe central à Londres et certains juges y travaillent à temps plein. Une centaine d'autres juges répartis dans une cinquantaine de tribunaux régionaux – tant des *district judges*, des *circuit judges* que des *High Court judges* – se sont vus octroyer le pouvoir d'exercer « à mi-temps » la compétence de la *Court of Protection* à travers toute l'Angleterre et le Pays de Galles³²¹ (section 46 MCA). Selon R. SULLIVAN, qui plaide devant ce tribunal, « *judges have a good understanding of disability. Some of them come from disability rights backgrounds [...] They're generally pretty good on human rights too* »³²².

B. Introduction de la demande de mise sous protection judiciaire : les formulaires et « the assessment of capacity »

En fonction de la demande qui est faite devant la *Court of Protection*, les demandeurs³²³ doivent remplir un certain nombre de formulaires disponibles sur le site internet du tribunal et y joindre certaines annexes. Dans le cas d'une demande d'ouverture d'un *deputyship*, le demandeur doit, en guise de « requête », remplir le formulaire CoP1 et ses annexes. Le potentiel *deputy* se doit, lui aussi, de remplir le « *deputy's declaration* » CoP4 qui reprend notamment les différentes responsabilités lui incombant³²⁴.

Le document CoP3 doit être complété par le demandeur et par un professionnel du monde médical ou social (un médecin, un psychiatre, un travailleur social, un psychologue, etc.). qui sera chargé de réaliser

³¹⁵ Essex Autonomy Project, *The Court of Protection...*, *op cit.*, p. 1.

³¹⁶ L'ensemble de ses compétences seront décrites de manière plus détaillée *infra*, ch. 4, sect. 3.

³¹⁷ Celle-ci ne traitait auparavant que des décisions portant sur les biens et les affaires financières de la personne (D. LUSH, « *Guardianship in England and Wales* », *op cit.*, p. 139).

³¹⁸ La section 48 du MCA prévoit en effet la possibilité pour le tribunal de rendre des décisions au provisoire quand il est dans l'intérêt de la personne de prendre une décision la concernant sans délai (D. LUSH, « *The Mental Capacity Act and the new Court of Protection* », *Journal of Mental Health Law*, 2005, p. 35).

³¹⁹ H. JONES et G. HITCHEN, « *Deputyship Is Not Receivership...* », *op cit.*, p. 91.

³²⁰ Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

³²¹ Chaque affaire est donc traitée par un de ces juges au niveau approprié. Par exemple, les *district judges* traiteront des affaires similaires à celles qu'ils traitent en matière familiale et lorsqu'il est nécessaire de bien connaître le milieu local au sein duquel vit la personne. Les *circuit judges*, quant à eux, traitent de litiges plus complexes en matière de droit de visite et de résidence, ou lorsque des questions financières plus difficiles à cerner se posent. Enfin, les *High Court judges* traitent d'affaires plus sensibles et médiatisées, telles que les décisions qui portent sur la question de fin de vie (D. LUSH, « *Guardianship in England and Wales* », *op. cit.*, p. 143. ; D. LUSH, « *The Mental Capacity Act...* », *op cit.* p. 36).

³²² Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

³²³ Certaines personnes peuvent introduire une requête auprès du tribunal de plein droit, alors que d'autres doivent préalablement obtenir une autorisation du tribunal. Les personnes pouvant introduire leur requête de plein droit sont la personne mentalement incapable, toute personne ayant la responsabilité parentale à son égard si elle est mineure, un *donor*, un *deputy* ou toute personne « *named in an existing order of the court, if the application relates to that order* » (section 50 MCA). Il est intéressant de relever que ne figurent donc pas dans cette liste le *Public Guardian*, les services sociaux ou même les membres proches de la famille de la personne. Il faut également consulter la section 8.2 des *Court of Protection Rules* pour prendre connaissance des exceptions. Pour obtenir la permission du tribunal, il faudra que ce dernier analyse notamment le lien existant entre la personne à protéger et la personne demandant sa protection, les raisons de sa demande, etc. (D. LUSH, « *The Mental Capacity Act...* », *op cit.*, p. 39).

³²⁴ M. O'SULLIVAN, « *Court of Protection Deputies...* », *op cit.*, p. 272.

une évaluation de la capacité de la personne (« *assessment of capacity* »)³²⁵. S'il n'est pas possible de produire ce document, un « *witness statement* » (CoP24) devra être complété par le demandeur et relater non seulement les raisons pour lesquelles il fut impossible de procéder à l'évaluation de l'incapacité, mais aussi pourquoi il estime que la personne devrait faire l'objet d'une mesure de représentation³²⁶.

Malheureusement, tout comme en Belgique, l'évaluation de la capacité se fait encore souvent de manière assez succincte. Pour aider à faciliter la réalisation de cette tâche, qui n'est pas toujours simple, les *Special visitors* ayant une formation médicale pourront partager leur expertise à cet effet³²⁷.

C. Traitement de la demande

1. Affaires non contentieuses

Lorsque nous sommes face à une affaire non contentieuse, c'est-à-dire plutôt en matière de « *day-to-day decisions* » relatives aux biens et aux affaires financières, le tribunal pourrait décider de rendre son ordonnance de nomination d'un *deputy* sans même qu'une audience n'ait lieu ; il rend alors une décision « *on the papers* »³²⁸. Pour ce faire, la *Court of Protection* se basera sur tous les formulaires introductifs d'instance, les extraits bancaires, les rapports de services sociaux, etc. Il se peut qu'elle ait besoin de davantage d'informations et recourra directement à certaines mesures afin de se les procurer³²⁹. Toute personne souhaitant exprimer son point de vue sur un quelconque aspect de la mesure de protection aura la possibilité de rédiger des déclarations de témoins³³⁰.

En pratique, selon R. SULLIVAN cette décision « *on the papers* » ne sera prononcée que lorsque « *it's very obvious that the test for displacing the presumption of capacity has been met [...] and when the deputyship that sought is not particularly controversial in and of itself* »³³¹.

2. The personal welfare pathway

Pour les décisions relatives à la personne, souvent plus sensibles ou controversées, la *Court of Protection* organise en début de procédure un « *Case Management Conference* » afin de statuer sur les mesures à prendre qui lui permettraient de répondre au mieux aux questions qui lui sont posées. Elle s'assurera entre autres de disposer de toutes les preuves nécessaires (comme les dossiers médicaux ou sociaux)³³².

3. The property and affairs pathway

Alors que certaines affaires peuvent être réglées via la procédure non contentieuse, la nomination d'un *deputy* peut entraîner certaines désapprobations, ayant pour conséquence que la *Court of Protection* doit organiser une « *Dispute Resolution Hearing* » durant laquelle le juge essayera d'examiner si une solution

³²⁵ Il devra préciser quel est son diagnostic, quelles sont les décisions qu'il n'est pas disposé à prendre et quelles en sont les raisons, s'il existe une quelconque dissension quant à l'appréciation de la capacité de la personne, etc. Pour prendre connaissance du certificat : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/958044/cop3-eng.pdf.

³²⁶ Alzheimer's Society, *Deputyship*, op cit., p. 5.

³²⁷ C. GAUKROGER, « Reflections of a Court of Protection Visitor », *Elder Law Journal*, vol. 2015, n°2, 2015, p. 213. Voy. également *infra*, ch. 4, sect. 3.

³²⁸ V. BUTLER-COLE QC et al., *Basic Guide to the Court of Protection*, 2020, p. 8, <https://courtofprotectionhandbook.files.wordpress.com/2020/07/a-basic-guide-to-the-court-of-protection-july-2020-3.pdf>.

³²⁹ Tel que demander la rédaction d'un rapport par un *Court of Protection Visitor* (voy. *infra*, ch. 4, sect. 3).

³³⁰ V. BUTLER-COLE QC et al., *Basic Guide to the Court of Protection*, op cit., pp. 7 et 8.

³³¹ Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

³³² Pour prendre connaissance de toutes les autres étapes du « *pre-issue stage* », voy. V. BUTLER-COLE QC et al., *Basic Guide to the Court of Protection*, op cit., pp. 8 et 9.

peut être dérogée afin d'éviter la poursuite du litige. Si cette audience se solde par un échec, un autre juge procédera au « *Final Hearing* » et sera dès lors chargé de toute la suite de la procédure³³³.

4. Participation de la personne à la procédure

Selon la législation anglaise, il est tout à fait possible de considérer que la personne à protéger ne soit pas considérée comme étant partie à la procédure ; alors qu'elle sera presque toujours considérée comme partie à la procédure au sein de *welfare cases*, il se peut que le juge en décide autrement pour certains *property and affairs cases*³³⁴. Le fait de concevoir que la personne – qui verra l'exercice de sa capacité juridique restreinte – peut potentiellement ne pas formellement revêtir le statut de partie à la procédure nous semble particulièrement interpellant, aussi minime soit l'impact de la décision.

Toutefois, depuis un amendement adopté en 2015 qui a modifié les *Court of Protection Rules*³³⁵, la participation de la personne à la procédure a été renforcée. Certains auteurs ont souligné le fait que, depuis l'entrée en vigueur de cet amendement, plusieurs affaires³³⁶ « *have reinforced the difference the direct participation of P can make to both the tenor and outcome of proceedings* »³³⁷.

Afin d'assurer une application effective de cette nouvelle obligation consistant à faciliter la participation de la personne à la procédure, certains auteurs prônent la mise en place de certaines « *special mesures* » qui sont déjà d'application auprès des tribunaux compétents en matière pénale et familiale. Ces dernières devraient être transposées au sein de la *Court of Protection* afin de soutenir les personnes durant la procédure, tant au niveau de l'administration de la preuve de sa capacité mentale que dans sa participation effective à la procédure. Par exemple, pourraient devenir plus communs le recours au témoignage par pré-enregistrement, même s'il faut bien entendu privilégier le fait que la personne puisse présenter ses dires *de visu*, mais également l'assistance de personnes intermédiaires neutres et impartiales en charge de communiquer correctement à la personne les questions posées et de transmettre ses réponses à l'interrogateur, le recours à une audition de manière collaborative plutôt que de manière « *adversiale* », l'utilisation de ressources en ligne reprenant des conseils assez détaillés concernant la manière de communiquer avec certaines personnes en situation de handicap, etc.³³⁸

Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques

A. La compétence des tribunaux : vers une instance décisionnelle spécialisée en matière d'incapacité ?

Alors qu'une procédure de mise sous protection judiciaire s'opère devant des instances dotées de compétences plus générales en Belgique et au Québec, l'Angleterre se distingue en ayant mis sur pied un tribunal qui ne traite que de questions relatives à la capacité juridique des personnes, initiative qui a été

³³³ V. BUTLER-COLE QC *et al.*, *Basic Guide to the Court of Protection*, *ibidem*, p. 9.

³³⁴ « *If P is not a party, the judge will still think about ways in which they can participate. In particular, if the judge will think about ways to find out what their wishes and feelings [...] This might in some cases involve the judge going to see P* » (V. BUTLER-COLE QC *et al.*, *Basic Guide to the Court of Protection*, *ibidem*, p. 10).

³³⁵ Voy. la nouvelle section 1.2. des *Court of Protection Rules* intitulée « *Participation of P* ».

³³⁶ *Wye Valley NHS Trust v B* [2015] EWCOP 60, § 18 : « *In the first place, I obtained a deeper understanding of Mr B's personality and view of the world, supplementing and illuminating the earlier reports. Secondly, Mr B seemed glad to have the opportunity to get his point of view across. To whatever small degree, the meeting may have helped him to understand something of the process and to make sense of whatever decision was then made* ».

³³⁷ P. COOPER, C. HOGG *et* A. KEENE, « *Special Measures in the Court of Protection* », *Elder Law Journal*, vol. 2016, n°1, 2016, p. 63.

³³⁸ P. COOPER, C. HOGG *et* A. KEENE, « *Special Measures in the Court of Protection* », *ibidem*, pp. 65 *et* 66.

saluée au niveau européen³³⁹. Comme avait pu en témoigner R. SULLIVAN, l'avantage de confier cette compétence à des tribunaux spécialisés est que les juges sont susceptibles d'être plus expérimentés, et surtout, plus sensibilisés à la thématique du handicap et de la restriction de la capacité juridique³⁴⁰. La protection des majeurs vulnérables devenant une réalité de plus en plus importante, eu égard notamment au vieillissement de la population, pourquoi ne pourrait-on pas s'inspirer de cette initiative anglaise qui a le mérite d'accorder une place toute particulière aux personnes handicapées au niveau procédural ?

B. Des procédures variées : implication du juge, du greffier ou du notaire

Alors que les procédures de mise sous protection judiciaire anglaise et belge se déroulent exclusivement devant le juge, il est intéressant de noter qu'au Québec, l'instruction de la demande de mise sous protection – seulement si elle se déroule de manière non contentieuse – est en premier lieu du ressort du greffier ou du notaire. Ces deux alternatives permettent, entre autres, de décharger les tribunaux d'une quantité de travail non négligeable. Bien entendu, elles comportent des avantages et des inconvénients.

Du côté des greffiers spéciaux, une enquête révèle que la plupart des dossiers sont traités « avec célérité, par des greffiers consciencieux et compétents »³⁴¹. Toutefois, cette enquête met également en lumière qu'un bon nombre de ces greffiers expriment un certain malaise vis-à-vis de la garantie de l'indépendance judiciaire pourtant nécessaire dans l'exercice de leurs fonctions³⁴². Selon F. DUPIN, dans un monde idéal où l'arriéré judiciaire n'existerait pas, « tout ce qui relève des libertés civiles devrait échoir non pas aux greffiers, mais aux juges »³⁴³ eu égard à la nature et à la gravité de l'acte final qui sera posé.

Du côté des notaires, la raison pour laquelle leur a été confié le déroulement d'une partie de la procédure réside entre autres dans la volonté d'humaniser le processus de mise sous protection judiciaire. En effet, être interrogé par le notaire – de famille – peut se révéler plus convivial et moins impressionnant pour la personne par rapport à un interrogatoire devant un juge « inconnu » de la Cour qui, dans l'imaginaire collectif, est une réelle figure d'autorité³⁴⁴. Contrairement aux juges et aux greffiers, les notaires doivent suivre une formation spécifique pour apprendre à préparer et à organiser l'interrogatoire³⁴⁵. Enfin, le processus se déroule beaucoup plus rapidement car les délais de fixation de la date de l'assemblée de parents, d'alliés et d'amis ou de l'interrogatoire sont moins longs que devant le tribunal³⁴⁶.

³³⁹ Voy. Agence des Droits fondamentaux de l'Union européenne, *La capacité juridique des personnes souffrant de troubles mentaux et des personnes handicapées intellectuelles*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2013, p. 38, <https://fra.europa.eu/fr>.

³⁴⁰ Agence des Droits fondamentaux de l'Union européenne, *La capacité...*, *ibidem*, p. 38 ; Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

³⁴¹ R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier... », *op cit.*, p. 129.

³⁴² Les raisons de ce malaise sont notamment un pauvre soutien administratif, un classement professionnel parfois inférieur à celui de la clientèle, des conditions salariales qui sont les plus basses de la fonction publique québécoise ou l'impression d'être vu comme un fonctionnaire plutôt qu'un décideur (R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier... », *ibidem*, pp. 119 et 120).

³⁴³ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

³⁴⁴ M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 23.

³⁴⁵ « Le Conseil d'administration de la Chambre des notaires du Québec accorde une accréditation en matière d'ouverture ou de révision d'un régime de protection et de mandat de protection à tout notaire qui a suivi un cours de formation comportant au moins 5 heures sur les aspects juridiques de la procédure applicable devant notaire en matière d'ouverture ou de révision d'un régime de protection et de mandat de protection d'une personne et au moins 7 heures sur l'ensemble des aspects suivants liés à l'interrogatoire de la personne visée par la demande: 1° les aspects psychologiques et psychosociaux; 2° la sensibilisation aux problématiques familiales découlant de l'incapacité d'un proche; 3° la lecture des évaluations médicales et psychosociales; 4° la préparation et le déroulement de l'interrogatoire » (Règlement sur les conditions de l'accréditation des notaires en matière d'ouverture et de révision d'un régime de protection et de mandat donné par une personne en prévision de son incapacité, (1999) 131 G.O. II, 1317, art. 1).

³⁴⁶ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

Il existe toutefois certains inconvénients à cette procédure. D'une part, la procédure est bien entendu beaucoup plus onéreuse vu que l'on recourt aux services privés du notaire dont le coût oscille entre 3.000 et 4.000\$³⁴⁷. Le deuxième problème réside dans le fait qu'une question se pose au niveau du devoir de neutralité : puisque c'est souvent la famille qui s'adresse au notaire pour demander une mise sous protection judiciaire, « qui est le client du notaire ? La famille ou le majeur vulnérable ? [...] Le notaire peut très bien faire l'impasse sur la protestation du majeur, sans que personne ne crie »³⁴⁸. Enfin, la procédure devant notaire peut faire l'objet d'une dernière critique : le tribunal, qui prendra la décision de mise sous protection judiciaire *in fine*, n'aura pas eu l'occasion de procéder lui-même à l'interrogatoire ou à la convocation de l'assemblée et n'aura donc pas eu le moindre contact *de visu* avec toutes ces personnes³⁴⁹.

C. Le recours à l'évaluation psychosociale pour une approche plus sociale du handicap

Initiative propre au Québec, le recours à l'évaluation psychosociale nous semble être une démarche nécessaire et même indispensable à instaurer lors de la demande d'ouverture d'un régime de protection. D'une part, cette évaluation s'inscrit pleinement dans l'approche sociale du handicap – prônée par la CDPH – qui met en lumière « la manière dont l'interaction avec certaines barrières peut rendre l'expérience du handicap problématique »³⁵⁰. En effet, le travailleur social, au travers de son rapport, décrira non seulement en quoi le handicap a « une incidence sur le fonctionnement de la personne en lien avec son environnement »³⁵¹, mais aussi toutes les actions qu'elle peut accomplir de manière autonome ou grâce au réseau de soutien dont elle bénéficie. Une simple évaluation médicale – d'autant plus depuis la suppression de l'obligation de se référer à la CIF en 2018 – ne permet aucunement d'appréhender la manière dont la personne vit et agit au quotidien.

D'autre part, cette évaluation permet au juge d'avoir une vision bien plus complète à propos de la situation de la personne, le certificat médical peu circonstancié et les quelques dizaines de minutes d'entretien au sein d'un bureau n'étant manifestement pas suffisants pour apprécier ses aptitudes. Il arrive également que la personne ne dispose pas d'un entourage pouvant partager des informations avec le juge. Grâce à une évaluation psychosociale, ce dernier – qui est déjà investi de nombreuses missions – pourrait éviter d'entreprendre des démarches proactives sur fondement de l'article 1246 du Code judiciaire permettant d'obtenir davantage d'informations à propos de la situation familiale, morale et matérielle de la personne. Selon F. DUPIN, « cette vision holistique, personne ne l'a dans le tribunal, même pas le juge. Mais le travailleur social, grâce à sa connaissance des réseaux publics, communautaires et des ressources, est même capable de proposer des mesures d'encadrement plutôt que d'ouvrir un régime de protection »³⁵².

D. La réévaluation de la mise sous protection : une pratique québécoise seulement

Alors que le Québec, lors de sa réforme en 2020, a maintenu – malgré sa réserve à l'article 12 de la CDPH – la procédure de réévaluation périodique de ses régimes de protection, la loi belge de 2018 a supprimé l'obligation de réévaluation automatique de la mesure de protection au plus tard deux ans après son prononcé. Malgré la charge de travail conséquente qu'une telle obligation pouvait demander, celle-ci eut

³⁴⁷ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

³⁴⁸ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

³⁴⁹ R. BARBE, « Rôle et pouvoirs de l'officier... », *op cit.*, p. 81.

³⁵⁰ F. MÉGRET, « Handicap, droits humains et Canada... », *op cit.*, p. 13.

³⁵¹ L. GAUTHIER et M. PAUZÉ, « L'évaluation psychosociale... », *op cit.*, p. 90.

³⁵² Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

permis, dans un certain nombre de cas, d'adapter davantage le régime selon la situation concrète de la personne. Nous pouvons malheureusement y voir « une forme de régression sur le plan des droits fondamentaux »³⁵³ et une contradiction avec le quatrième paragraphe de l'article 12 de la CDPH qui requiert la mise en place d'un contrôle périodique de ces mesures. L'Angleterre, quant à elle, n'a jamais édicté une quelconque disposition prescrivant une réévaluation périodique des régimes de *deputyship*.

Chapitre 4. Les acteurs gravitant autour de la personne en situation de handicap

Section 1. La Belgique

A. Les administrateurs

1. Le choix de l'administrateur des biens et/ou de la personne

Le législateur belge a expressément prévu deux règles régissant le cheminement que doit suivre le juge de paix afin de désigner le ou les administrateurs qui représenteront ou assisteront la personne. Premièrement, sa préférence concernant l'identité du futur administrateur peut être retranscrite au sein d'une déclaration anticipée qui sera enregistrée dans un registre central tenu par la Fédération royale du notariat belge (art. 496 C. civ.)³⁵⁴.

Deuxièmement, l'article 496/3 du Code civil dispose que le juge de paix est censé privilégier la désignation d'un administrateur familial³⁵⁵ pour les actes relatifs à la personne³⁵⁶ afin de garantir non seulement « qu'un lien de confiance et de proximité ³⁵⁷ puisse exister entre la personne protégée et son administrateur »³⁵⁸, mais aussi que les choix qui seront posés soient les plus conformes possibles aux valeurs et aux souhaits de la personne. En pratique, le Conseil supérieur de la Justice (ci-après CSJ) constate que ce choix s'opère plutôt sur base de l'intuition et non sur base de critères précis et objectifs ; il plaide donc pour l'instauration de critères de sélection clairs et uniformes³⁵⁹.

2. Les deux types de personnes exerçant la fonction d'administrateur

2.1. Les administrateurs professionnels

Il est de coutume en Belgique que ce soient les avocats – avec qui le juge de paix a l'habitude de travailler³⁶⁰ – qui soient désignés à titre d'administrateurs professionnels.

³⁵³ G. WILLEMS, « Droit à la personnalité... », *op cit.*, p. 407.

³⁵⁴ Ce choix sera en principe homologué par le juge de paix, « à moins que des raisons graves tenant à l'intérêt de la personne protégée et précisées dans les motifs de l'ordonnance n'interdisent de suivre le choix » (art. 496/2 C. civ.) ou que la personne désignée refuse d'endosser cette mission (J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, *op cit.*, p. 181).

³⁵⁵ Sont considérés comme des administrateurs familiaux « les parents ou l'un des deux parents, le conjoint, le cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec la personne à protéger, un membre de la famille proche, une personne qui se charge [de ses] soins quotidiens [...] ou une fondation privée, qui se consacre exclusivement à la personne à protéger ou une fondation d'utilité publique qui dispose, pour les personnes à protéger, d'un comité institué statutairement chargé d'assumer des administrations » (art. 496/3 C. civ.). Notons toutefois que l'article 496/6 du Code civil prévoit une impossibilité pour les dirigeants ou membres du personnel de l'institution où réside la personne d'être désignés comme administrateurs. Pour aller plus loin, voy. B. D'OTREPE DE BOUVETTE, « Les acteurs de la protection judiciaire des incapables majeurs », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, n°2, pp. 281 et 282.

³⁵⁶ Cet administrateur de la personne devra également être désigné par préférence comme administrateur des biens « à moins que cela soit contraire à l'intérêt de la personne à protéger ou qu'il n'ait pas été désigné de personne de confiance » afin d'assurer qu'un contrôle réciproque des administrateurs puisse être exercé (art. 496/3, al. 3 C. civ.).

³⁵⁷ L'article 499/1 du Code civil prescrit en effet que l'administrateur doit se concerter régulièrement et « au moins une fois par an » avec la personne protégée ou avec sa personne de confiance.

³⁵⁸ J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, *op cit.*, p. 182.

³⁵⁹ Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle sur les administrations par les justices de paix*, 2019, p. 16, www.csj.be.

³⁶⁰ Le CSJ se positionne en défaveur d'une pratique consistant à nommer des juges suppléants comme administrateurs – au sein d'un même canton – pour cause de mise en doute de la garantie d'impartialité (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle ...*,

Il n'existe actuellement aucune obligation de formation officielle ou de processus d'agrément, bien que le sujet soit désormais sur la table³⁶¹. Une limitation du nombre de dossiers d'administration, qui pourrait être envisagée dans l'optique de garantir une relation plus humaine entre l'administrateur et l'administré et d'éviter « l'instauration d'une relation de dépendance entre le juge de paix et l'administrateur »³⁶², n'est en revanche pas encore à l'ordre du jour³⁶³.

Quant à leur rémunération, les administrateurs professionnels sont les seuls acteurs de la justice ne bénéficiant pas d'un barème légal réglementant leurs frais et honoraires³⁶⁴. Le coût de l'administration reposant sur la personne protégée, les administrateurs se voient dès lors assez mal rémunérés par rapport à l'investissement que demandent les dossiers³⁶⁵.

2.2. Les administrateurs familiaux/non-professionnels

Malgré le principe selon lequel la désignation d'administrateurs familiaux devrait être privilégiée, les chiffres du récent rapport d'audit du CSJ démontrent qu'il y a un décalage entre la théorie et la pratique³⁶⁶. Ce constat peut s'expliquer par différents facteurs.

La désignation d'un administrateur en soi ne s'avère, d'une part, pas nécessaire lorsqu'il existe déjà une protection informelle de la part d'une famille bienveillante et présente³⁶⁷. A l'inverse, la désignation d'un administrateur familial pourrait s'avérer être impossible en cas d'isolement social total de la personne.

Il a été relaté par de nombreux juges de paix, d'autre part, qu'il existe différentes raisons pour lesquelles ils ne souhaitent pas nommer un administrateur familial, surtout lorsqu'il est question d'administration des biens : conflit familial persistant ou volonté d'éviter la création de mésententes entre l'administrateur et les autres membres de la famille³⁶⁸, moindre confiance pour cause de risques de détournement de fonds³⁶⁹ et de confusion d'intérêts³⁷⁰, volonté de la personne à protéger d'être administrée par une tierce personne qui pourrait l'accompagner en toute indépendance et en dehors de toute pression familiale³⁷¹, mais surtout, manque de connaissances minimales en matière d'administration – à l'inverse des professionnels déjà familiarisés à l'univers juridique, tenus par des obligations déontologiques et couverts par une assurance responsabilité – lorsque se posent des problèmes administratifs ou judiciaires³⁷². Cette dernière raison s'explique notamment par le fait que les administrateurs familiaux belges ne disposent généralement pas d'un soutien personnalisé suffisant – les juges de paix et les greffiers étant déjà fortement débordés – et

ibidem, p. 44). Voy. dans le même sens Conseil supérieur de la Justice, avis d'office sur les juges suppléants, 26 avril 2006, www.csj.be.

³⁶¹ Toutefois, il a été recensé que, d'initiative, des formations sont organisées pour les administrateurs professionnels en collaboration avec le barreau au sein de quatre arrondissements judiciaires (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle ...*, *ibidem*, p. 21). Voy. également *infra*, pt. 3.

³⁶² Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle ...*, *ibidem*, p. 24.

³⁶³ Voy. l'article 497/1 du Code civil qui permet au Roi de prévoir cette limitation. Ce quota n'aurait-il toutefois pas pour effet pervers d'aboutir à un tri sélectif des dossiers les plus « rentables », au détriment des personnes plus démunies et souvent plus isolées ?

³⁶⁴ Pour les prestations ordinaires, il sera rémunéré à raison de 3% maximum des revenus (art. 497/5 C. civ.). Une indemnisation des frais et des honoraires relatifs à des prestations extraordinaires peut également être réclamée et évaluée par les justices de paix, qui semblent démontrer une pratique assez disparate en la matière (en ce sens, voy. E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *op. cit.*, p. 37).

³⁶⁵ E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *ibidem*, p. 37.

³⁶⁶ Sur les 13 cantons disposant d'un *ratio* précis des administrateurs familiaux et professionnels, 11 d'entre eux avaient majoritairement nommé des administrateurs professionnels – avec même un pic de 98% dans un des cantons – (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle ...*, *op. cit.*, p. 20).

³⁶⁷ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures... », *op. cit.*, pp. 65 et 66.

³⁶⁸ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures... », *ibidem*, p. 39.

³⁶⁹ 65% des justices de paix visitées par le CSJ ont avoué avoir le sentiment que « le risque de fraude est principalement présent dans les dossiers des administrateurs familiaux » (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle ...*, *op. cit.*, p. 41).

³⁷⁰ J.-L. RENCHON, *Le droit des personnes et de la famille...*, *op. cit.*, p. 182.

³⁷¹ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures... », *op. cit.*, p. 39.

³⁷² N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures... », *ibidem*, pp. 66 et 67.

se retrouvent donc désespérés face à la gestion d'une administration aux mécanismes de plus en plus complexes. Un soutien en amont de la procédure permet pourtant un investissement rentabilisé³⁷³. Bien qu'il existe une brochure claire et complète réalisée par la Fondation Roi Baudouin³⁷⁴ qui leur est destinée, celle-ci date de 2017 et ne reprend donc pas les derniers changements législatifs importants. De plus, une brochure n'a bien entendu pas vocation à remplacer un soutien individuel et personnalisé effectué par des personnes spécialisées en la matière.

Ainsi, la préférence pour la désignation des administrateurs familiaux risque « de rester lettre morte si elle ne s'accompagne pas d'un meilleur encadrement »³⁷⁵. Une inquiétude générale des justices de paix se fait ressentir quant à l'idée de mettre en place des kiosques pour les administrateurs familiaux car elles « redoutent une augmentation incontrôlable de la charge de travail pour leur greffe »³⁷⁶, surtout avec la période de transition informatique qui a débuté en juin 2021. Néanmoins, dans certains cantons où la charge de travail semble plus gérable, tel le canton de Landen-Zoutleeuw, un greffier est spécifiquement chargé de former les administrateurs et de leur apporter un soutien individuel³⁷⁷.

3. La création d'une Commission fédérale de l'administration ?

L'ancien ministre de la Justice, K. GEENS, a déposé en 2019 un avant-projet de loi³⁷⁸ qui avait pour objectif de créer une Commission fédérale de l'administration afin d'assurer un meilleur encadrement de cette administration. Cette Commission serait composée de 20 membres qui s'occuperaient de tout le volet portant sur l'agrément des administrateurs et des organes de formation, d'établir un code de déontologie, de dresser et de tenir à jour la liste des administrateurs agréés au sein d'un registre ainsi que de traiter toutes les plaintes déposées à l'encontre des administrateurs qui pourront être sanctionnés de manière graduelle en fonction de la gravité de leurs actes³⁷⁹.

Le CSJ a eu l'occasion de prendre position par rapport à toutes ces propositions. Il souligne tout d'abord qu'il est regrettable que l'avant-projet de loi ne se concentre que sur l'encadrement des administrateurs professionnels alors que les administrateurs familiaux et les membres du greffe en ont également besoin³⁸⁰. Toutefois, les initiatives qui sont celles d'instaurer des critères de sélection dans le choix d'un administrateur professionnel³⁸¹, de mettre en place des formations permanentes et obligatoires ainsi que

³⁷³ Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle...*, op cit., p. 23.

³⁷⁴ Fédération Royale du Notariat Belge et Fondation Roi Baudouin, *Guide pratique pour les administrateurs familiaux*, 2017, <https://www.notaire.be/nouveautes/detail/guide-pratique-pour-les-administrateurs-familiaux>. Selon le CSJ, 81% des justices de paix la mettent à disposition (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle...*, op cit., p. 22).

³⁷⁵ Conseil supérieur de la Justice, avis sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue d'instaurer une Commission fédérale de l'administration et de définir les conditions à remplir pour exercer à titre professionnel les fonctions d'administrateur d'une personne protégée, 27 novembre 2019, p. 5, www.csj.be.

³⁷⁶ Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle...*, op cit., p. 22.

³⁷⁷ Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle...*, op cit., p. 23.

³⁷⁸ Avant-projet de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue d'instaurer une Commission fédérale de l'administration et de définir les conditions à remplir pour exercer à titre professionnel les fonctions d'administrateur d'une personne protégée (non-publié).

³⁷⁹ Conseil supérieur de la Justice, avis sur l'avant-projet de loi..., précité, p. 10.

³⁸⁰ Conseil supérieur de la Justice, avis sur l'avant-projet de loi..., précité, p. 12. Voy. dans le même sens Conseil Supérieur National des Personnes Handicapées, avis n°2019/08 relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue d'instaurer une Commission fédérale de l'administration et de définir les conditions à remplir pour exercer à titre professionnel les fonctions d'administrateur d'une personne protégée, 11 septembre 2019, <http://ph.belgium.be/fr/avis/avis-2019-08.html>.

³⁸¹ Il faudrait notamment tenir compte de sa connaissance de la législation et des maladies/handicaps mentaux, de son aptitude à être accessible et à l'écoute, s'assurer qu'il ait un casier judiciaire vierge, qu'il ait suivi une formation, etc. Ces différents critères sont des gages de compétence et de fiabilité (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle...*, op cit., p. 15).

de prévoir une liste des administrateurs agréés tenue dans un registre³⁸², ont été saluées par le CSJ³⁸³. Toujours selon ce dernier, l'idéal serait de prévoir que, lors de la désignation d'un administrateur, le juge de paix soit automatiquement notifié du fait que l'administrateur en question ait fait l'objet de sanctions disciplinaires. Cette initiative pallierait notamment le manque de partage transversal des informations entre les différents cantons³⁸⁴.

Enfin, l'instauration d'une nouvelle Commission serait, de son point de vue, trop onéreuse et à ce point lourde que le temps consacré à sa mise en place sera du temps en moins à consacrer au développement de toutes les autres nouveautés mentionnées dans l'avant-projet de loi. En guise d'alternative, il propose l'attribution de toutes ces missions à des organismes existants, moyennant les modifications législatives nécessaires³⁸⁵. Selon lui, la création de cette Commission pourrait cependant se révéler comme étant une opportunité à saisir pour encadrer de manière générale le statut de tous les autres mandataires de justice, tels que les curateurs de faillite ou les curateurs à successions vacantes³⁸⁶.

B. La personne de confiance (art. 501 à 501/3 C. civ.)

La personne de confiance, définie plus précisément à l'article 494, d) du Code civil, endosse comme mission – non rémunérée et non juridique – d'apporter un soutien à la prise de décisions de la personne protégée, de l'aider à exprimer ses souhaits³⁸⁷ et d'exercer un contrôle sur le travail accompli par l'administrateur³⁸⁸. En tant qu'intermédiaire, elle favorise l'instauration d'une bonne communication entre les différents acteurs de l'administration. Le choix de sa désignation, celle-ci n'étant d'ailleurs pas obligatoire mais fortement encouragée³⁸⁹, est – à nouveau – réglementé selon un ordre de priorité³⁹⁰.

Malgré son rôle d'humanisation de l'administration, la pratique démontre que certains juges de paix se montrent réticents à l'idée de désigner une personne de confiance³⁹¹. D'une part parce qu'il ne semble

³⁸² Par contre, le fait que ce registre reprenne tous les renseignements à propos des indices de manquement ou de fraude des administrateurs pourrait contrevenir aux principes de la présomption d'innocence, des droits de la défense et de la vie privée des administrateurs. Il est d'ailleurs plus que probable que les juges de paix se montreront très hésitants à l'idée d'encoder ces informations à titre provisoire, pour autant que cela soit à eux que revienne cette tâche (Conseil supérieur de la Justice, avis sur l'avant-projet de loi..., précité, pp. 7, 12 et 13).

³⁸³ Il y a cependant lieu, selon le CSJ, de peaufiner quelque peu ces critères de sélection, les conditions d'agrément et le contenu de ces programmes de formations obligatoires. Il estime également qu'un plus grand nombre d'acteurs devraient avoir accès au registre afin de pouvoir prendre connaissance non seulement du nombre de dossiers gérés par un administrateur, mais aussi du lieu où ce dernier exerce (Conseil supérieur de la Justice, avis sur l'avant-projet de loi..., précité, pp. 6, 8 et 12).

³⁸⁴ Conseil supérieur de la Justice, avis sur l'avant-projet de loi..., précité, pp. 12 et 13.

³⁸⁵ « Les formations pourraient être dispensées ou agréées par l'Institut de formation judiciaire. Les plaintes à l'encontre d'administrateurs pourraient être traitées ou suivies par la Commission d'avis et d'enquête du CSJ, qui traite déjà des plaintes similaires, à condition que les moyens financiers et humains suffisants lui soient octroyés. Le CSJ pourrait, le cas échéant, établir ou collaborer à l'élaboration d'un code déontologique. Les compétences en matière de discipline pourraient être attribuées aux autorités et aux juridictions disciplinaires visées aux articles 409 et suivants du Code judiciaire » (Conseil supérieur de la Justice, avis sur l'avant-projet de loi..., précité, p. 11).

³⁸⁶ Le CSJ avait en effet déjà rendu un avis soulignant la nécessité de proposer un meilleur encadrement des mandataires de justice (voy. Conseil supérieur de la Justice, avis d'office relatif aux curateurs à successions vacantes, 16 décembre 2015, www.csj.be).

³⁸⁷ La personne de confiance exprime ou aide à exprimer les souhaits de la personne en tout cas « dans les cas prévus par la loi » (art. 501/2, al. 3 C. civ.), ceux-ci pouvant être certains actes personnels pour lesquels une assistance ou une représentation n'est pas possible (comme le consentement à l'adoption). Son avis peut également être requis, par exemple, lors du remplacement de l'administrateur ou de la désignation d'un administrateur *ad hoc* (B. D'OTREPPE DE BOUVETTE, « Les acteurs de la protection judiciaire... », *op. cit.*, p. 292 ; E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *op. cit.*, p. 26).

³⁸⁸ Voy. l'art. 501/2 C. civ. La personne de confiance reçoit en effet copie des rapports rédigés par les administrateurs et doit être tenue informée des actes posés dans le cadre de cette administration (art. 501/2, al. 2 C. civ.). Elle pourra demander au juge de revoir l'ordonnance si elle constate que « l'administrateur faillit manifestement à sa mission » (art. 501/2, al. 4 C. civ.).

³⁸⁹ B. D'OTREPPE DE BOUVETTE, « Les acteurs de la protection judiciaire... », *op. cit.*, p. 289.

³⁹⁰ Voy. l'art. 501 C. civ. Il conviendra d'abord d'analyser s'il existe une déclaration anticipée au sens de l'article 496 du Code civil et si cette homologation est envisageable. Ensuite, le juge de paix peut désigner une personne de confiance eu égard aux suggestions exprimées par la personne à protéger, une tierce personne ou le procureur du Roi. Enfin, le juge de paix peut prendre la liberté d'en désigner une d'office (F.-J. WARLET, « La personne de confiance », *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 234 et 235).

³⁹¹ 54% des justices de paix interrogées par le CSJ avouent exprimer une certaine méfiance à son égard, ou trouvent même sa fonction « inutile » (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle ...*, *op. cit.*, p. 54).

pas nécessaire d'en désigner une, l'administrateur pouvant déjà être un proche de la personne, d'autre part parce qu'elle peut s'avérer être trop invasive, voire même avoir une influence néfaste sur la personne³⁹². Notons toutefois qu'il se peut que l'entourage de la personne, pour autant qu'il existe, assure cette fonction de manière informelle « sans pour autant souhaiter [l']assumer de manière officielle »³⁹³.

C. Le juge de paix et les greffiers

Alors qu'au sein des deux autres ordres juridiques étrangers, le tribunal n'intervient que lorsqu'une décision judiciaire doit être prise, le juge de paix est investi de nombreuses missions supplémentaires qui font de lui un acteur tout à fait central. Assumant l'entière responsabilité de la procédure de mise sous protection judiciaire au sein de laquelle il devra « modaliser, préciser, limiter le champ de l'incapacité »³⁹⁴, chargé de traiter toutes les demandes d'autorisations, de révision ou de mise à néant de la mesure (art. 492/4 C. civ.) et compétent pour résoudre certaines situations conflictuelles entre les acteurs de l'administration³⁹⁵, il est de surcroît en charge du contrôle général et de la surveillance de l'administration. Il se doit donc de prendre connaissance des rapports rédigés par les administrateurs³⁹⁶ – tâche qu'il peut partager avec ses collaborateurs du greffe – tout en s'assurant que « tous les acteurs concernés remplissent leur rôle dans l'intérêt de la personne protégée »³⁹⁷.

Le juge dispose, de ce fait, d'une concentration de pouvoir et d'une charge de travail croissante et très importante en matière d'incapacité – charge qu'il doit endosser en parallèle des autres matières juridiques qui lui sont confiées – alors que le manque de ressources financières et humaines accordées aux justices de paix n'est plus un secret pour personne.

Section 2. Le Canada (Québec)

A. Le Curateur public et ses curateurs délégués

1. Présentation de l'institution du Curateur public et de ses membres

Alors que la gestion de l'administration en Belgique semble plus disparate, le Québec a, depuis 1945, fait le choix de centraliser cette question en créant une administration publique – le Curateur public – rattachée au ministère de la Santé et des Services sociaux. Elle n'intervient pas seulement en matière de protection des majeurs vulnérables, mais aussi en matière de tutelle des biens du mineur³⁹⁸.

L'institution du Curateur public, divisée en quatre directions générales³⁹⁹, se caractérise par l'interdisciplinarité de ses plus de 700 membres ; on y compte des juristes (avocats et notaires), des travailleurs sociaux, des techniciens en administration effectuant les paiements courants, des comptables,

³⁹² E. WESTERLINCK et C. VROONEN, « La protection judiciaire... », *op. cit.*, p. 26 ; Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle...*, *op. cit.*, p. 56.

³⁹³ B. D'OTREPPE DE BOUVETTE, « Les acteurs de la protection judiciaire... », *op. cit.*, p. 290.

³⁹⁴ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection...*, *op. cit.*, p. 152. Voy. *supra*, ch. 3, sect. 1.

³⁹⁵ Les conflits entre les administrateurs eux-mêmes, entre les administrateurs et la personne protégée (art. 497/3 C. civ.) ou entre la personne de confiance et la personne protégée/les administrateurs (art. 501/3 C. civ.).

³⁹⁶ Le juge examine et approuve les rapports (annuels, initiaux et finaux) après avoir « au moins » vérifié certains éléments (présence de toutes les pièces, présence d'indices sérieux de fraude ou de manquements, etc.). Il peut effectuer un contrôle plus poussé et dispose de plusieurs moyens d'actions s'il constate des manquements (formulation de remarques à l'administrateur, désignation d'un expert technique, remplacement de l'administrateur, etc.) (art. 497/8 C. civ.). Toutefois, en fonction des juridictions, les contrôles se font de manière plus ou moins approfondie et sont parfois malheureusement minimaux voire inexistantes (F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op. cit.*, p. 375 ; Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle...*, *op. cit.*, pp. 29 et 30).

³⁹⁷ Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle...*, *ibidem*, p. 55.

³⁹⁸ T. VERHEYDE, « Le regard de juges français sur le système québécois de protection des majeurs vulnérables », *Retraite et société*, n° 68, 2014, pp. 168 et 169.

³⁹⁹ Administration, planification et communication, technologies de l'information, services aux personnes et affaires juridiques.

des fiduciaires gérant des patrimoines, des membres du secteur de la santé, etc.⁴⁰⁰. Ces différentes équipes de spécialistes viennent en soutien des curateurs délégués à la représentation⁴⁰¹.

Le gouvernement nomme un curateur public – fonction actuellement endossée par D. MARSOLAIS – pour un mandat d'une durée de 5 ans qui peut être renouvelé. Chargé de la direction de l'institution, il ne peut « occuper aucune autre fonction, charge ou emploi, à moins d'y être autorisé par le gouvernement »⁴⁰².

Une grande partie des financements de l'institution provient de fonds publics, mais une de ses autres sources de financement est également le paiement des honoraires⁴⁰³.

Il est à noter que le projet de loi adopté en juin 2020 prévoit que cette dénomination de « Curateur public » soit désormais remplacée par celle de « Directeur de la protection des personnes vulnérables ». Cela s'explique probablement par le fait que le législateur souhaitait inclure spécifiquement une référence à la « vulnérabilité » plutôt qu'à celle de curatelle étant donné, d'une part, qu'il s'agit d'un terme qui a désormais une connotation assez péjorative au niveau international, et d'autre part, parce que le régime de la curatelle sera désormais totalement aboli au sein du système législatif québécois⁴⁰⁴.

2. Ses missions

2.1. La tenue des registres (art. 54 L.c.p.)

Le Curateur public est chargé de la tenue de trois registres centralisés, à savoir le registre reprenant les décisions d'ouverture de tutelles ou de curatelles, le registre répertoriant les mandats de protection judiciaire homologués et le registre recensant l'ouverture de tutelles aux mineurs (art. 54 L.c.p.). Ces registres sont d'accessibilité publique⁴⁰⁵ mais ne sont consultables que par les personnes ayant connaissance du nom de la personne protégée ainsi que de sa date de naissance. Le fait de disposer de ces registres centralisés et publics est en effet d'une grande utilité puisque cela permet notamment au personnel soignant, aux notaires ou encore aux banques de prendre connaissance de l'existence ou non d'un régime de protection ainsi que d'avoir accès au nom du tuteur, du curateur ou du mandataire.

2.2. Intervention possible lors de l'instance (art. 13 L.c.p.)

Le Curateur public – en possession de la requête et des expertises médicale et sociale qui lui ont été signifiées par le greffe⁴⁰⁶ – dispose de la faculté d'intervenir lors d'une instance relative à l'ouverture d'un régime de protection, à l'homologation ou à la révocation d'un mandat de protection s'il estime nécessaire de faire part de certaines observations dans l'intérêt du majeur⁴⁰⁷. La majorité des greffiers interrogés au sein d'une enquête semblent affirmer que les représentants du Curateur public se montrent suffisamment

⁴⁰⁰ D. LAVALLÉE, « Un regard croisé sur les dispositifs français... », *op cit.*, p. 2.

⁴⁰¹ Voy. *infra*, pt. 2.5.

⁴⁰² Loi sur le curateur public, L.R.Q., c. C-81, art. 2 et 5 (ci-après L.c.p.).

⁴⁰³ Les personnes représentées par le Curateur public disposant de faibles revenus peuvent se voir appliquer une exemption de paiement des honoraires (Curateur public du Québec, *Rapport annuel 2019 – 2020*, 2020, p. 59, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/index.html> ; D. LAVALLÉE, « Un regard croisé sur les dispositifs... », *op. cit.*, p. 1).

⁴⁰⁴ D'autres auteurs pensent à l'inverse qu'un tel changement de nom n'était pas nécessaire, étant donné que le mot curateur provient du terme « curare » qui signifie « prendre soin de », mission qu'endosse le Curateur public à l'égard des personnes majeures inaptes. Qualifier une personne de « vulnérable » peut également être ressenti comme stigmatisant, tant à l'égard des adolescents sous tutelle publique que des personnes handicapées. « Directeur des personnes en besoin de représentation ou d'assistance » ou « Directeur des personnes en besoin de protection » aurait été une appellation plus respectueuse de l'esprit du projet de loi (D. GOUBAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *op. cit.*, p. 16 ; Société québécoise de la déficience intellectuelle, *Position sur le Projet de loi 18*, 2019, p. 6, <https://www.sqdi.ca/fr/actualites/la-societe-presente-son-memoire-sur-le-projet-de-loi-18/>).

⁴⁰⁵ Les registres sont accessibles via le lien suivant : <https://www.curateur.gouv.qc.ca/registres/fr/criteres.jsp>

⁴⁰⁶ Art. 394 C.p.c.

⁴⁰⁷ R. BARBE et M.A. GRÉGOIRE, « Le rôle du Curateur public du Québec... », *op cit.*, p. 284.

présents durant l'instance, même si les réponses semblent varier en fonction d'un district judiciaire à l'autre⁴⁰⁸.

2.3. Un rôle de surveillance des tuteurs et curateurs privés (art. 20 et suiv. L.c.p.)

Lorsqu'une personne fait l'objet d'une protection privée, c'est-à-dire lorsqu'un proche de la personne a été chargé de son administration, le Curateur public joue alors un rôle de surveillant. Ce rôle se matérialise par le fait qu'il réceptionne et examine l'inventaire et les rapports annuels d'administration établis par les tuteurs et curateurs uniquement⁴⁰⁹ ; il ne surveille pas les conseillers au majeur ou les mandataires. Il est donc intéressant de noter qu'au Québec, cette mission de contrôle et de surveillance est déjudiciarisée et confiée à une instance publique détachée des tribunaux.

2.4. Un pouvoir d'enquête et d'inspection (art. 27 et suiv. L.c.p.)

S'il l'estime opportun ou si un signalement lui est fait, le Curateur public peut enquêter à propos de toute personne mise sous protection, même lorsque celle-ci est représentée par le biais d'un mandat de protection qui n'est pas soumis à sa surveillance générale. Il dispose alors du pouvoir de consulter au sein de certains établissements – à toute heure raisonnable – le dossier de la personne concernée et d'en tirer des copies (art. 28 L.c.p.). Cette enquête peut éventuellement aboutir au remplacement du tuteur ou du curateur si elle révèle une crainte « que la personne représentée ne subisse un préjudice en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de [leurs] fonctions »⁴¹⁰.

2.5. En charge de tutelles ou de curatelles lorsque la mission lui est confiée par le tribunal (art. 12 2° et 3° L.c.p. et art. 261 et suiv. C.c.Q.)

a) La mission des curateurs délégués

En matière de protection publique, c'est-à-dire lorsqu'un proche n'a pas été chargé de l'administration de la personne, il appartiendra au Curateur public d'endosser ce rôle de représentant – tant pour les actes relatifs à sa personne qu'à ses biens – sur décision du tribunal (art. 261 C.c.Q.). Cette mission d'administration sera concrètement exercée par « les curateurs délégués »⁴¹¹ qui auront la possibilité de bénéficier du soutien des services centraux de l'institution en matière juridique, médicale, fiscale, etc.⁴¹²

Il est intéressant de constater que les conditions d'accès au statut de curateur délégué sont que la personne doit être en possession d'un baccalauréat en sciences sociales ou en travail social, en psychoéducation ou d'un diplôme dans toute autre discipline pertinente, telle que les soins infirmiers⁴¹³. Il semble donc y avoir une approche plus psychosociale de l'administration puisque celle-ci est concrètement confiée à des acteurs dotés d'un « *background* » plus axé sur les sciences sociales.

⁴⁰⁸ R. BARBE et M.A. GRÉGOIRE, « Le rôle du Curateur public du Québec... », *ibidem*, p. 289.

⁴⁰⁹ Voy. l'art. 20 L.c.p.

⁴¹⁰ Art. 22 L.c.p.

⁴¹¹ Il existe deux types de curateurs délégués : les curateurs délégués à l'accueil d'une part, qui sont chargés de recevoir les rapports d'incapacité, d'entreprendre les démarches pour ouvrir un régime de protection, de rencontrer la personne à protéger et ses proches afin de transmettre certaines recommandations au tribunal, etc. et les curateurs délégués à la représentation publique d'autre part, c'est-à-dire ceux qui sont chargés de mettre en place des plans de représentation et d'entretenir un lien étroit avec la personne protégée et son entourage. Ces derniers assurent donc l'équivalent du rôle d'un administrateur professionnel en Belgique (Curateur public du Québec, *Curateur délégué*, https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/outils/carrieres/cura_deleg.html).

⁴¹² T. VERHEYDE, « Le regard de juges français sur le système québécois ... », *op cit.*, p. 172.

⁴¹³ Curateur public du Québec, *Curateur délégué*, *op cit.*

En pratique toutefois, bien que la loi impose aux curateurs délégués « de maintenir une relation personnelle avec le majeur », ces derniers sont en moyenne en charge de 131 dossiers individuels⁴¹⁴. Selon F. DUPIN, le Curateur public – qui reste une grosse institution « où tout doit être gestionnalisé »⁴¹⁵ – ne connaît malheureusement pas ses administrés. L’institution a d’ailleurs réduit le nombre de visites pour des raisons budgétaires et humaines, engendrant une prise de distance avec eux d’autant plus grande et une diminution de la détection de divers problèmes⁴¹⁶. Ses sources d’informations proviennent donc, pour la plupart du temps, de l’évaluation psychosociale et de ses contacts avec le réseau de la santé⁴¹⁷.

b) Les différences avec les régimes de protection privés

Il est à noter que le Curateur public, même en agissant en qualité de curateur, ne disposera que d’un pouvoir de simple administration des biens de la personne (art. 262 C.c.Q.)⁴¹⁸. Il n’est également pas tenu d’assurer la garde de la personne protégée, à moins que le tribunal ne lui confie spécifiquement cette tâche (art. 263 C.c.Q.)⁴¹⁹. Enfin, un compte annuel sommaire de sa gestion ne sera remis au majeur ou à une personne démontrant un intérêt particulier pour lui que dans le cas où l’un d’eux en fait la demande⁴²⁰.

B. Les représentants légaux privés (intervenants familiaux)

1. Des personnes en théorie privilégiées

Selon le principe de mise en œuvre d’une présomption de solidarité familiale « élargie » et une jurisprudence constante⁴²¹, la désignation de représentants légaux privés est privilégiée lors de l’ouverture d’un régime de protection, ces derniers pouvant être des membres de la famille ou des amis ayant fait preuve d’un intérêt bienveillant à l’égard de la personne⁴²². Le Curateur public – qui par nature ne saura apporter une aide quotidienne à la prise de décision ou connaître ses habitudes et ses aspirations – ne sera nommé « que si aucun membre de la famille n’est disponible ou si la situation fait en sorte qu’il ne serait pas opportun d’en nommer un »⁴²³. Tel serait le cas s’il peut être constaté un manque de diligence⁴²⁴ ou une absence de volonté d’assurer réellement le bien-être de la personne⁴²⁵.

En pratique, à l’instar de la Belgique, il semble que des régimes de protection publics soient prononcés de manière plus systématique que des régimes de protection privés⁴²⁶. En effet, derrière le Japon, le Québec est le lieu où le vieillissement de la population est le plus significatif et la province devra tenir compte du fait que les familles sont de plus en plus dispersées tout en étant de moins en moins grandes⁴²⁷. En

⁴¹⁴ Vérificateur général du Québec, *Audit de performance : Protection des personnes inaptes sous régime public*, 2019, p. 9, https://www.vgq.qc.ca/Fichiers/Publications/rapport-annuel/2019-2020-VGQ-nov2019/fr_Rapport2019-2020-VGQ-nov2019-ch06.pdf.

⁴¹⁵ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

⁴¹⁶ 12 394 visites réalisées auprès de 12 263 personnes inaptes en 2013-2014 contre 7 643 visites réalisées auprès de 12 478 personnes inaptes en 2017-2018 (Vérificateur général du Québec, *Audit de performance...*, *op cit.*, p. 19).

⁴¹⁷ Selon F. DUPIN, nombreux sont les membres du réseau de la santé se plaignant du fait que les curateurs délégués « leur font porter la responsabilité de leurs décisions » (Interview F. DUPIN (ANNEXE 2)).

⁴¹⁸ Le curateur « privé » est, quant à lui, investi des pouvoirs de pleine administration. Voy *supra*, ch. 2, sect. 2.

⁴¹⁹ La garde sera alors exercée par une tierce personne. Dans ce cas, ce tiers exercera également le pouvoir de consentir aux soins requis par son état de santé si l’inaptitude est constatée, à l’exception de ceux que le Curateur public aurait choisi de se réserver (art. 263, al. 2 C.c.Q. ; M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, pp. 34 et 36).

⁴²⁰ Art. 39 L.c.p. ; M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *ibidem*, p. 47.

⁴²¹ Voy. *supra*, ch. 1, pt. B.2.2.

⁴²² Voy. *Surprenant c. G. (J.)*, EYB 2010-183514 (C.S.).

⁴²³ P. DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux... », *op cit.*, p. 99. Voy. également l’art. 261 C.c.Q.

⁴²⁴ Voy. *J.P. c. J. (J.)*, EYB 2010-170768 (C.S.).

⁴²⁵ Voy. *Québec (Curateur public) c. L. (C.)*, EYB 2009-157641 (C.S.).

⁴²⁶ Au 31 mars 2021, l’on recensait 12.928 régimes de tutelles et de curatelles publiques contre 9.083 régimes de tutelles et de curatelles privées (Curateur public du Québec, *Statistiques*, 2021, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/statistiques.html>).

⁴²⁷ D. LAVALLÉE, « Un regard croisé sur les dispositifs... », *op. cit.*, p. 5.

revanche, les intervenants familiaux semblent y être un peu plus encadrés grâce aux services des agents d'aide à la représentation privée⁴²⁸.

2. L'instauration de mesures de surveillance

Les tuteurs et les curateurs, soumis à la surveillance du Curateur public, devront lui remettre annuellement un rapport de leur administration, « une copie du rapport périodique d'évaluation de l'incapacité du majeur à la fin de chaque année où celle-ci doit être effectuée, ainsi qu'une copie de leur reddition de compte » (art. 20 L.c.p.). Pour rappel, ces obligations ne s'appliquent pas dans le chef des mandataires ou des conseillers au majeur.

C. Le conseil de tutelle ou de curatelle (art. 222 et suiv. C.c.Q.)⁴²⁹

Le conseil de tutelle a pour objectif principal d'opérer la surveillance et l'assistance de l'administration endossée par le tuteur ou le curateur en veillant à ce que ce dernier agisse dans l'intérêt de la personne administrée. Il est nommé par le tribunal sur base de la recommandation de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis⁴³⁰ et est généralement composé de trois membres et de deux suppléants – ou d'une seule personne si le tribunal le décide ainsi⁴³¹ – qui opéreront à titre personnel et gratuit (art. 222 C.c.Q.). Ce conseil devra, en présence du tuteur ou du curateur, se réunir au moins une fois par an afin d'honorer les diverses tâches qui lui sont confiées⁴³². Mentionnons toutefois que, lorsque le Curateur public est en charge de l'administration, un conseil de tutelle n'est pas mis en place⁴³³.

Le conseil est tout d'abord chargé de s'assurer, lors de l'ouverture du régime, que « le tuteur [fasse] l'inventaire des biens du [majeur]⁴³⁴ et qu'il [fournisse] et [maintienne] une sûreté⁴³⁵ »⁴³⁶.

Il doit ensuite rendre des avis⁴³⁷ et donner des autorisations⁴³⁸ dans les cas prévus par la loi (art. 233 C.c.Q.). Si une des décisions prise par le conseil ne paraît pas opportune, « toute personne intéressée peut, pour un motif grave, demander au tribunal [sa] révision, dans un délai de 10 jours »⁴³⁹.

Il est également destinataire du compte annuel de gestion du représentant et a le droit de prendre connaissance de tous les documents et pièces annexés (art. 236, al. 2 C.c.Q.). S'il en vient à constater

⁴²⁸ Voy. *infra*, pt. D.

⁴²⁹ Les articles sont mentionnés dans le chapitre concernant la tutelle au mineur mais, pour rappel, « les règles relatives à la tutelle au mineur s'appliquent à la tutelle et à la curatelle au majeur, compte tenu des adaptations nécessaires » (art. 266 C.c.Q.).

⁴³⁰ Voy. *supra*, ch. 2, sect. 2.

⁴³¹ Il peut statuer ainsi « lorsque la constitution d'un conseil formé de trois personnes est inopportune, en raison de l'éloignement, de l'indifférence ou d'un empêchement majeur des membres de la famille, ou en raison de la situation personnelle ou familiale du mineur. Il peut alors désigner une personne qui démontre un intérêt particulier pour le mineur ou, à défaut et s'il n'est pas déjà tuteur, le directeur de la protection de la jeunesse ou le curateur public » (art. 231 C.c.Q.).

⁴³² P. DESROCHERS, « Recours contre les acteurs... », *op cit.*, pp. 120 et suiv.

⁴³³ Art. 223, al. 2 C.c.Q. : « Il n'est pas constitué lorsque la tutelle est exercée par le directeur de la protection de la jeunesse ou une personne qu'il recommande comme tuteur, ou par le curateur public ».

⁴³⁴ Une copie de cet inventaire doit d'ailleurs être transmise à ce conseil en vertu de l'article 240, al. 2 C.c.Q.

⁴³⁵ Une sûreté doit en effet être constituée dans le cas où le représentant doit administrer des biens dont la valeur est supérieure à 25.000\$ (40.000\$ dès l'entrée en vigueur de la réforme). Sa nature et son objet sont déterminés par le conseil (art. 242 C.c.Q. ; M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 46).

⁴³⁶ Art. 236 C.c.Q.

⁴³⁷ Par exemple, l'article 436 du Code civil prévoit que « le tuteur ou le conseiller doit être autorisé par le tribunal sur l'avis du conseil de tutelle pour passer des conventions matrimoniales » et l'article 288 du Code civil prévoit que « le conseil de tutelle donne son avis au tribunal pour déterminer le degré de capacité du majeur en tutelle ». Il doit également donner un avis lorsque le tribunal doit approuver la vente d'un bien dont la valeur est supérieure à 25.000\$ (40.000\$ dès l'entrée en vigueur de la réforme, voy. l'actuel art. 213 C.c.Q. ainsi que l'art. 289.1 C.c.Q. (PL)).

⁴³⁸ Par exemple, en vertu de l'article 275 du Code civil, « s'il est de l'intérêt du majeur protégé qu'il soit disposé des meubles ou des droits relatifs au logement, l'acte doit être autorisé par le conseil de tutelle ». Ou, en vertu de l'article 211 du Code civil, « le tuteur peut accepter une donation avec charge si le conseil de tutelle l'autorise ».

⁴³⁹ Art. 237 C.c.Q.

que le tuteur ou le curateur n'exécute pas correctement ses tâches et ne respecte pas les obligations qui lui incombent, le conseil peut alors demander son remplacement (art. 251 C.c.Q.).

Enfin, même si le Code civil ne le mentionne pas expressément, il est également important que le conseil s'assure que les réévaluations périodiques de la personne soient réalisées dans le délai imparti⁴⁴⁰.

D. Les agents d'aide à la représentation privée

Lorsque nous sommes face à une protection privée, les intervenants familiaux peuvent recourir aux services des agents d'aide à la représentation privée. Ces personnes sont membres d'un service – faisant partie de l'institution du Curateur public – et répondent par téléphone à toutes les questions que les intervenants familiaux se poseraient. Elles disposent de la faculté d'intervenir plus en profondeur si besoin en fournissant un accompagnement personnalisé. Les conditions d'accès à la profession sont différentes de celles des curateurs délégués : il faut être détenteur d'un diplôme d'études collégiales en technique de l'administration, en technique de comptabilité et de gestion ou en techniques juridiques.⁴⁴¹ La Belgique pourrait s'inspirer de cette bonne pratique ; encore faudrait-il déterminer quel serait l'organisme chargé de fournir ces prestations.

E. Le tribunal

Le tribunal québécois – qui peut se voir déchargé d'une partie de la procédure grâce aux notaires – sera sollicité lors de l'ouverture des régimes de protection mais ne restera pas saisi des dossiers lors de la mise en œuvre de ces derniers ; ce seront le conseil de tutelle et le Curateur public qui seront chargés de veiller à leur suivi. Ce n'est que lorsque ces deux surveillants constateront des manquements, des fraudes ou une mauvaise exécution des charges incombant au représentant qu'ils pourront transmettre le dossier au tribunal afin que celui-ci statue sur un éventuel remplacement du représentant⁴⁴².

Durant la mise en œuvre de la protection, le tribunal sera également chargé de délivrer certaines autorisations lorsque la loi le requiert, notamment lorsque le tuteur souhaite vendre un bien dont la valeur excède le montant de 25.000\$ (art. 213 C.c.Q.)⁴⁴³.

Enfin, concernant le mandat de protection judiciaire, le tribunal est compétent pour la procédure d'homologation et pour révoquer ou destituer le mandataire en cas d'erreur de conduite. Il ne pourra cependant pas se permettre de ponctuellement réviser les décisions prises par le mandataire, le législateur ayant voulu éviter une immixtion du tribunal dans la relation contractuelle⁴⁴⁴.

Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)

A. The Office of the Public Guardian (section 57 et suiv. MCA)

À l'instar du Québec, l'Angleterre et le Pays de Galles sont dotés d'une institution publique et centrale, *the Office of the Public Guardian* (ci-après *OPG*), qui opère principalement un rôle de surveillance et de contrôle de l'administration des personnes majeures depuis sa création en 2007. Le *Public Guardian* –

⁴⁴⁰ P. DESROCHERS, « Recours contre les acteurs... », *op cit.*, p. 120.

⁴⁴¹ Curateur public du Québec, *Agent d'aide à la représentation privée*, https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/outils/carrieres/agent_priv.html.

⁴⁴² D. LAVALLÉE, « Un regard croisé sur les dispositifs... », *op cit.*, p. 3.

⁴⁴³ M. BEAUCHAMP et A. ROY, « Les régimes de protection... », *op cit.*, p. 40.

⁴⁴⁴ F. DUPIN, « Contester une décision d'un tuteur, curateur ou mandataire dans l'exercice de sa charge », *Obligations et recours contre un tuteur, curateur ou mandataire défaillant*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 283, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 91. Voy. *infra*, ch. 5, sect. 2.

rôle actuellement endossé par N. GOODWIN – est un fonctionnaire nommé par le *Lord Chancellor* et est soutenu par l'OPG dans l'exercice de ses fonctions statutaires⁴⁴⁵.

1. La tenue des registres

A l'instar du Québec, cet organisme doit tenir à jour les registres de « *power of attorneys and deputies* » (section 58 MCA)⁴⁴⁶. Toute personne est en droit de remplir un document à envoyer au OPG pour qu'il puisse vérifier si la personne est représentée par un *donee*⁴⁴⁷ ou un *deputy*⁴⁴⁸.

2. Un rôle de surveillance et de supervision

L'OPG était chargé de superviser, en date du 31 mars 2020, l'exercice de l'administration de 60,793 *deputies*⁴⁴⁹. Pour ce faire, il effectue un contrôle des rapports annuels rendus par les *deputies*⁴⁵⁰, s'assure qu'ils respectent les termes du jugement et vérifie si les décisions qu'ils prennent respectent bien les principes promus par le MCA⁴⁵¹. Il sera également chargé d'envoyer les *Court of Protection Visitors* s'il souhaite recueillir de plus amples informations à propos de certains dossiers⁴⁵².

Il existe deux niveaux de supervision. Une supervision générale d'une part, d'application durant la première année de l'ouverture du régime ou lorsque certaines suspicions sont émises à l'égard d'un *deputy*. Une supervision minimale est, d'autre part, organisée pour les régimes « moins douteux » et lorsque le *deputy* gère un patrimoine de moins de 21.000£. Des frais devront être payés chaque année par l'administré, proportionnellement au niveau de supervision⁴⁵³.

L'OPG propose également un « *first contact call* » par lequel ses membres appellent les nouveaux *deputies* non professionnels environ un mois après leur entrée en fonction afin de s'assurer qu'ils comprennent bien leurs missions et qu'ils sachent qui contacter s'ils ont besoin de soutien ou de conseil⁴⁵⁴. Un service téléphonique est également mis à disposition afin de répondre à quelques questions, mais l'OPG ne peut donner de conseils juridiques ou financiers⁴⁵⁵.

3. Un pouvoir d'enquête et d'inspection

L'OPG est chargé de recueillir et de traiter les plaintes qui auraient été émises à l'encontre de certains *deputies*, *donees* ou de quelqu'un qui n'aurait pas agi dans l'intérêt de la personne mentalement incapable. A cette fin, il peut travailler en collaboration avec d'autres organismes dans le cas où il y aurait des suspicions d'abus, envoyer un *Court of Protection Visitor* afin de mener une enquête plus approfondie ou même avoir accès à certains dossiers médicaux ou de sécurité sociale⁴⁵⁶. Des actions pourraient en fin de compte être introduites devant le tribunal pour les cas les plus graves et même mener à la révocation

⁴⁴⁵ O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 279.

⁴⁴⁶ O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *ibidem*, p. 279.

⁴⁴⁷ Les *donees* ou les *attorneys* sont les mandataires désignés par un *Lasting Power of Attorney* (voy. infra, ch. 5, sect. 3).

⁴⁴⁸ Voy. le site <https://www.gov.uk/find-someones-attorney-deputy-or-guardian>.

⁴⁴⁹ Office of the Public Guardian, *Annual report and accounts 2019/2020*, 2020, p. 13, <https://www.gov.uk/official-documents>.

⁴⁵⁰ Pour voir les *deputy report forms* : <https://www.gov.uk/government/publications/deputy-annual-report-accounting-for-your-actions>. Ces rapports ne seront dus que si le tribunal le prévoit : « *The Court may require a deputy to submit to the Public Guardian such reports at such times or at such intervals as the court may direct* » (nous soulignons) (section 19(9)(b) MCA). Il semble cependant systématiquement les demander (Interview R. SULLIVAN).

⁴⁵¹ Alzheimer's Society, *Deputyship*, *op cit.*, p. 7.

⁴⁵² Voy *infra*, pt D.

⁴⁵³ Office of the Public Guardian, *Supervision, support and visits*, <https://www.gov.uk/become-deputy/supervision-support-and-visits>.

⁴⁵⁴ A. ECCLES, « Transforming the Services of the Public Guardian », *Elder Law Journal*, vol. 2014, n°3, 2014, p. 269.

⁴⁵⁵ Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

⁴⁵⁶ O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 279 ; Art. 8.70 CoP.

des pouvoirs du *deputy* ou du *donee*. L'OPG a été chargé de 3,099 enquêtes durant l'année 2019-2020 et dans 30% des cas, ces enquêtes ont débouché sur des actions en justice⁴⁵⁷.

B. The deputies

1. The professional deputies

Des avocats (des « *solicitors* » spécialisés dans cette branche juridique), des institutions financières (« *trust corporations* »), des travailleurs sociaux ou des professionnels de la santé peuvent être désignés comme *deputies* par le tribunal. Toutefois, s'ils sont directement impliqués dans l'administration de soins de la personne incapable, ils ne seront généralement pas nommés comme *deputies* par crainte de conflits d'intérêts (art. 8.41 CoP)⁴⁵⁸.

2. The public authority deputies

Puisque les *solicitors* coûtent relativement cher, ce seront des « *local authorities* »⁴⁵⁹ – des organes publics qui disposent d'un *deputyship department* – qui seront souvent désignées comme *deputies* dans le cadre de *deputyships for property and financial affairs* « *because it helps them making sure that the money moves where it needs to be* »⁴⁶⁰. En effet, selon le juge D. LUSH, l'avantage de les nommer réside dans le fait qu'elles aient une très bonne expérience pratique en matière de gestion des biens et des affaires financières des personnes inaptes, qu'elles soient membres d'une association fournissant des conseils relatifs à l'éthique professionnelle et qu'elles disposent d'une bonne connaissance quant à la mise en œuvre du MCA ou du *Code of Practice*⁴⁶¹. Ces *local authorities* doivent respecter certains *standards*, et notamment « *maintain regular contact with the client/carers/family members and conduct visits to the client at least once a year* »⁴⁶². Toutefois, R. SULLIVAN relate que la relation entre l'institution et l'administré reste assez impersonnelle⁴⁶³.

3. The lay proxies/deputies (représentants non professionnels)

Puisque l'évaluation de la capacité doit intervenir à chaque fois qu'une décision doit être prise, les proches de la personne se voient investis d'un double rôle : ils doivent non seulement prendre certaines décisions dans le chef de la personne lorsqu'il est attesté qu'elle n'est pas dotée de sa capacité mentale, mais aussi suivre les *statutory principles* et laisser la personne prendre une décision – tout en la soutenant – s'ils attestent qu'elle en est capable⁴⁶⁴. En effet, pour rappel, le *deputy* ne pourra être investi du pouvoir de prendre une décision spécifique au nom de la personne « *if he knows or has reasonable grounds for believing that P has capacity in relation to the matter* »⁴⁶⁵. A titre de soutien, ils pourront compter sur les

⁴⁵⁷ Office of the Public Guardian, *Annual report and accounts 2019/2020*, op cit., p. 19.

⁴⁵⁸ Office of the Public Guardian, *Making decisions. A guide for people who work in health and social care*, 2009, p. 44, <https://www.gov.uk/government/publications/health-and-social-care-workers-mental-capacity-act-decisions>.

⁴⁵⁹ Il s'agit des gouvernements locaux (souvent des *districts* ou des *councils*) qui disposent de compétences en matière de logement, de services sociaux, de transports, etc. afin d'agir en la matière sur une plus petite échelle (Local Government Association, *What is local government ?*, <https://www.local.gov.uk/about/what-local-government>).

⁴⁶⁰ Interview R. SULLIVAN.

⁴⁶¹ Re EU [2014] EWCOP 21, § 43.

⁴⁶² Office of the Public Guardian, *Deputy standards. Public authority deputies*, 2015, p. 10, <https://www.gov.uk/government/publications/office-of-the-public-guardian-deputy-standards>.

⁴⁶³ Interview R. Sullivan (ANNEXE 3).

⁴⁶⁴ J. KILLEEN, « Dementia: Autonomy and Decision-Making - Help for Family and Friends Acting as Proxy Decision-Makers », *Elder Law Journal*, vol. 2012, n°4, 2012, p. 383.

⁴⁶⁵ Section 20(1) MCA. Le guide du OPG donne l'exemple d'un père désigné comme *property and affairs deputy* pour son fils qui a des troubles bipolaires. Il se peut que, malgré le fait que ce dernier soit sous *deputyship*, son père atteste qu'il est doté de la capacité mentale requise au moment où il souhaite prendre la décision d'acheter un nouvel appartement : « *This time [...] Khaled seems to*

renseignements du OPG, qui met d'ailleurs à disposition des fascicules assez clairs sur la façon de concrètement agir au quotidien lorsqu'on est *deputy*, ainsi que sur les *Court of Protection Visitors*. Pour rappel, les soignants non rémunérés ou les membres de la famille n'ont pas l'obligation légale de respecter le contenu du *Code of Practice*, mais il est toutefois attendu d'eux qu'ils respectent les principes généraux repris en son sein dans la mesure où ils en ont connaissance⁴⁶⁶.

Une disposition statuant à propos de la préférence pour la désignation d'un proche de la personne en tant que *deputy* est absente du MCA. Comme nous l'avons vu au sein de l'affaire *Re Lawson, Mottram and Hopton*⁴⁶⁷, il n'existe pas non plus en tant que telle une présomption de nature jurisprudentielle selon laquelle les membres de la famille « *should be considered as the most appropriate people to exercise deputyships* »⁴⁶⁸. Toutefois, la jurisprudence anglaise se montre, de manière générale, assez favorable à leur désignation⁴⁶⁹. Pour procéder à son choix, le tribunal appréciera la présence ou non de conflits d'intérêts, la complexité du patrimoine, les frictions familiales, la proximité géographique, l'état de santé ou l'âge du futur *deputy*, ses considérations éthiques, etc.⁴⁷⁰.

C. The Court of Protection

Cela va sans dire que la *Court of Protection* joue un rôle clé dans la vie d'une personne en situation de handicap. En effet, elle exerce bon nombre de compétences qui sont les suivantes. Elle peut tout d'abord déclarer (« *make declarations* ») si la personne détient la capacité mentale ou non de prendre une décision lorsqu'il y a controverse à ce propos (section 15(1) MCA) ou se prononcer en aval sur la légalité des actes qui auront déjà été posés dans son chef (section 15 (1) (c) MCA). De plus, elle est chargée de statuer sur la validité des *LPA's*, la manière dont il faut les interpréter ou sur leur mise à néant dans le cas où le *donee* n'agit pas dans les *best interests* de la personne (sections 22 et 23 MCA et art. 8.30 CoP). Le tribunal dispose également du pouvoir d'adopter des ordonnances ponctuelles (« *specific decisions* ») pour prendre une décision de manière substitutive lorsque nous sommes face à des prises de décision plus complexes ou qui font l'objet de dissensions (section 16 (2) (a) MCA)⁴⁷¹. Enfin, elle est en mesure de nommer des *deputies* qui représenteront la personne pour les décisions relatives à sa personne et/ou à ses biens s'il est démontré que, à l'avenir, d'autres décisions devront être prises dans son chef de manière continue (section 16 MCA)⁴⁷².

show a good understanding of the pros and cons of buying his own flat » (Office of the Public Guardian, *How to be a deputy. Property and financial decisions*, 2017, p. 16, www.gov.uk/opg).

⁴⁶⁶ Office of the Public Guardian, *Making decisions...about your health...*, op cit., p. 35.

⁴⁶⁷ *Re Lawson, Mottram and Hopton* [2019] EWCOP 22. Voy. supra, ch. 2, sect. 3.

⁴⁶⁸ Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

⁴⁶⁹ *Re P* [2010] EWHC 1592, § 9 : « *in the absence of family dispute or other evidence that raises queries as to their willingness or capacity to carry out those functions, the court ought to approach such an application with considerable openness and sympathy* » ; *Re EU* [2014] EWCOP 21, § 36 et 38 : « *The Court of Protection [...] has generally preferred to appoint a relative or friend as deputy (as long as it is satisfied that it is in P's best interests to do so), rather than a complete stranger [...] Someone with a close personal knowledge of P is also likely to be in a better position to meet the obligation of a deputy to consult with P, and to permit and encourage them to participate, or to improve their ability to participate, as fully as possible in any act or decision affecting them* ».

⁴⁷⁰ M. O'SULLIVAN, « *Court of Protection Deputies...* », op cit., p. 274. Voy. également le 26^{ème} paragraphe de la décision *Re PAW* [2015] EWCOP 57 qui recense toutes les situations dans lesquelles le tribunal ne nommera pas un membre de la famille comme *deputy*.

⁴⁷¹ « *Some decisions are so serious that they will always go to the Court. These include decisions about serious medical issues such as organ donation, sterilisation, abortion or possible death* » (Office of the Public Guardian, *Making decisions...*, op cit., p. 31).

⁴⁷² R. JONES, « *Review of the Mental Capacity Act 2005* », op cit., p. 425.

D. The Court of Protection visitors (section 61 MCA)

La section 61 du MCA encadre le statut spécifique des *Court of Protection Visitors* qui sont répartis entre deux sous-catégories. Nous avons, d'une part, un groupe de *Special Visitors*, composé de médecins spécialisés en psychiatrie et en troubles de l'apprentissage, et, d'autre part, un groupe de *General Visitors*, qui ne sont pas spécialement des personnes qualifiées dans le domaine médical⁴⁷³.

1. Un rôle d'évaluation de la capacité et de surveillance

Les *Special Visitors* interviennent généralement pour des évaluations ponctuelles de la capacité d'une personne lorsque celle-ci est difficile à déterminer ou lorsque surviennent des contradictions entre certaines preuves de cette capacité (section 49 MCA)⁴⁷⁴.

Les *General Visitors*, eux, entreprennent des visites plus régulières (qu'on appelle les « *routine visits* ») dans le cadre de la mission de surveillance qu'endosse l'OPG à l'égard des *deputies* et établissent des rapports à cet effet (section 58(1)(d) MCA)⁴⁷⁵. Ces derniers peuvent, en vertu de ce même article, réaliser des interviews privées avec la personne vulnérable, mais également avec les *deputies*. Les *visitors* étant souvent amenés à entreprendre des visites en maison de repos, ils s'assurent alors que les médicaments soient bien donnés, quelles sont les activités qui sont entreprises avec la personne, etc.⁴⁷⁶. En pratique, les *lay deputies* ne recevront de la visite que tous les trois à cinq ans⁴⁷⁷.

2. Un rôle d'investigation

Les *visitors* peuvent entreprendre des visites pour mener une investigation commanditée par le *Public Guardian* ou la *Court of Protection* après que, par exemple, des signalements aient été effectués par des services sociaux, des compagnies d'assurance ou des membres de la famille de la personne protégée à l'encontre d'un *deputy* ou d'un *donee* (art. 14.14 et 14.18 CoP). Le fait de pouvoir obtenir certaines informations et de poser des questions au *deputy* en face à face permet de déceler plus facilement la véracité ou non des propos tenus. De plus, le MCA autorise les *visitors* à avoir accès et à prendre des copies des dossiers d'ordre médical ou social, et ce, peu importe si la mesure de protection légale applicable porte sur les décisions relatives aux biens ou à la personne⁴⁷⁸.

3. Un rôle de support (art. 14.11 CoP)

Les *visitors* n'endossent pas seulement un rôle de surveillance ; ils peuvent également venir soutenir les *deputies* et les *donees*, plus particulièrement ceux qui ne sont pas des professionnels. En effet, lors de la première année de l'exercice de l'administration, ils ont souvent besoin d'un coup de main dans la rédaction de leurs comptes annuels, pour leurs premiers contacts avec la banque, etc.⁴⁷⁹.

Un grand avantage souligné par les personnes ayant recours aux services des *visitors* est que ces derniers apportent un réel soutien chaleureux et non purement administratif⁴⁸⁰.

⁴⁷³ D. LUSH, « Guardianship in England and Wales », *op. cit.*, p. 147.

⁴⁷⁴ D. LUSH, « Guardianship in England and Wales », *ibidem*, p. 147.

⁴⁷⁵ D. LUSH, « Guardianship in England and Wales », *ibidem*, p. 147.

⁴⁷⁶ C. GAUKROGER, « Reflections of a Court of Protection Visitor », *op. cit.*, p. 212.

⁴⁷⁷ H. JONES et G. HITCHEN, « Deputyship Is Not Receivership... », *op. cit.*, p. 92.

⁴⁷⁸ C. GAUKROGER, « Reflections of a Court of Protection Visitor », *op. cit.*, pp. 211 et 212.

⁴⁷⁹ C. GAUKROGER, « Reflections of a Court of Protection Visitor », *ibidem*, p. 212.

⁴⁸⁰ C. GAUKROGER, « Reflections of a Court of Protection Visitor », *ibidem*, p. 214.

E. Independent Mental Capacity Advocates (sections 35 à 41 MCA et chapitre 10 CoP)

1. Leur fonction

Afin de pouvoir respecter en pratique le principe selon lequel les volontés de la personne doivent être centrales dans le processus de prise de décision, le MCA a instauré une garantie assez innovante grâce à l'influence des membres de « *The Making Decision Alliance* » qui avaient souligné l'importance des « *advocacy services* »⁴⁸¹ : le recours aux services des « *Independent Mental Capacity Advocates* » (ci-après *IMCA*)⁴⁸². Ils interviennent obligatoirement, sauf extrême urgence⁴⁸³, pour accompagner les personnes de plus de 16 ans considérées comme mentalement incapables de prendre des décisions importantes en matière de soins de santé et d'aide sociale⁴⁸⁴ et lorsqu'il n'y a personne d'autre que des soignants rémunérés auprès de qui l'on pourrait se renseigner pour déterminer quels sont leurs *best interests*⁴⁸⁵. Ces *advocates* sont employés par des organisations indépendantes actives dans le secteur du bénévolat et ont dû suivre une formation spécifique⁴⁸⁶.

Les *IMCA* ne prendront donc aucunement une décision au nom de la personne en situation de handicap, mais la soutiendront en établissant une bonne communication entre les professionnels et elle. Ils s'assureront en outre que ses souhaits soient réellement pris en considération par le biais de la méthode de communication la plus adaptée et seront disposés à contester toute prise de décision et à proposer des alternatives qui « *would be better suited to the person's wishes and feelings* »⁴⁸⁷. Afin de pouvoir établir le rapport le plus complet possible, ils ont accès aux dossiers sociaux et médicaux pertinents, ils peuvent rencontrer plusieurs fois la personne en tête à tête et ont le droit de demander un second avis médical quand les circonstances l'exigent⁴⁸⁸.

Cette initiative est donc particulièrement attentive aux personnes handicapées isolées, certaines d'entre elles étant placées dans des institutions résidentielles durant de très longues années sans qu'un contact avec l'extérieur ne soit véritablement entretenu⁴⁸⁹. Toutefois, cet « isolement » n'est pas la condition *sine qua non* de l'intervention des *IMCA*, ceux-ci pouvant, dans certains cas, agir en parallèle de la famille et des amis de la personne⁴⁹⁰.

⁴⁸¹ L'*advocacy* anglaise peut être défini comme un ensemble de démarches proactives « *to help people [with disabilities] to express their views and wishes, secure their rights, have their interests represented, access information and services and explore choices and options* » (Office of the Public Guardian, *Making decisions. The Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) service*, 2007, p. 6, www.gov.uk/opg).

⁴⁸² Voy. notamment The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocate) (General) Regulations 2006, n°1832, London qui reprend des définitions, les détails concernant la nomination des *IMCA*, de leurs fonctions, etc.

⁴⁸³ Par exemple, lorsque la vie de la personne est en jeu. Un *IMCA* devra toutefois être désigné « *for any serious treatment that follows the emergency treatment* » (art. 10.46 CoP).

⁴⁸⁴ Plus précisément, il s'agit d'une obligation légale de les impliquer lorsque le service de santé publique (« *National Health Service* ») ou une *local authority* propose un traitement médical sérieux (comme une opération importante, une chimiothérapie ou un avortement) ou un transfert à long terme vers un nouvel hébergement (comme un hôpital (plus de 28 jours), une maison de soins (plus de 8 semaines), une résidence, etc.). Pour voir le détail des conditions, voy. les sections 37 à 39 MCA et les art. 10.3, 10.42 et 10.51 CoP (O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 278).

⁴⁸⁵ C'est pour cela qu'un *IMCA* ne peut être désigné si un *personal welfare attorney* ou un *personal welfare deputy* est investi du pouvoir de représenter la personne dans le cas de figure précis (art. 10.70 CoP ; S. BECK *et al.*, *Exploring the Use of IMCAs in Adult Safeguarding Processes in Gateshead: an evaluation*, 2013, p. 10, <https://empowermentmattersweb.files.wordpress.com/2012/07/imca-report-final-may-2013.pdf>).

⁴⁸⁶ La garantie d'indépendance du *IMCA* est satisfaite si ce dernier n'est pas un soignant rémunéré par la personne qu'elle va assister et si elle n'a pas de lien avec « *the person instructing them, to the decision-maker or to other individuals involved in the person's care or treatment that may affect their independence* » (art. 10.19 CoP).

⁴⁸⁷ Art. 10.4, 10.21 et 10.32 et suiv. CoP.

⁴⁸⁸ S. BECK *et al.*, *Exploring the Use of IMCAs ...*, *op cit.*, p. 10 ; Section 35(6) MCA ; Art. 10.20 CoP.

⁴⁸⁹ Direction générale des politiques internes (Parlement européen), *Étude comparative sur les régimes...*, *op cit.*, p. 45.

⁴⁹⁰ En effet, les *local authorities* et le *National Health Service*, qui sont les organismes responsables de la désignation d'un *IMCA*, ont la faculté d'étendre la compétence des *IMCA* en matière de « *care reviews about accommodation or adult protection cases* », ces derniers visant les situations d'abus ou de négligence vis-à-vis de la personne (S. BECK *et al.*, *Exploring the Use of IMCAs...*, *op cit.*, p. 10 ; Art. 10.2 et 10.59 et suiv. CoP).

2. En pratique

Une enquête a révélé que, bien que les cliniciens connaissent le *MCA* et la plupart de ses implications, aucun d'entre eux n'avait reçu de formation officielle et obligatoire à son propos et qu'ils se sont donc « auto-formés »⁴⁹¹. Les *IMCA* eux-mêmes affirment estimer que les cliniciens ont une connaissance adéquate, voire relativement bonne du *MCA*⁴⁹². En revanche, de manière générale, le personnel soignant semble avoir du mal à saisir le rôle exact qui est joué par le *IMCA* une fois qu'il a été désigné⁴⁹³.

En pratique, tous les patients ayant besoin d'un *IMCA* ne s'en voient pas systématiquement désigner un. Alors que certains hôpitaux sont assez prudents et aiguillent assez rapidement vers les *IMCA* lorsqu'ils suspectent qu'une personne ne puisse prendre une décision de manière totalement lucide, d'autres tardent assez fort à leur proposer cet accompagnement, ou jugent un peu trop rapidement que cette aide n'est pas nécessaire, sauf lorsqu'il est question de prises de décisions concernant la fin de vie de la personne⁴⁹⁴. Il est pourtant bien plus efficace que l'*IMCA* soit saisi en temps utile afin qu'il puisse nouer une relation plus durable et efficace avec la personne, et donc, à termes, que de meilleurs décisions soient prises.

F. Les personnes posant des actes « in relation with care or treatment » (section 5 MCA)

Toutes les décisions qui ne sont pas couvertes par le pouvoir d'un *deputy* ou d'un *donee* seront des décisions rentrant dans le champ d'application de la section 5 du *MCA*. Celle-ci encadre juridiquement le statut des personnes qui interviennent de manière non consensuelle auprès de personnes dont l'incapacité est constatée⁴⁹⁵. Ainsi, elles pourront « légalement » poser les actes recensés à l'article 6.5 du *Code of Practice* (tels qu'habiller la personne handicapée, la conduire, utiliser son argent pour faire ses courses⁴⁹⁶, lui donner ses médicaments, etc.)⁴⁹⁷. Cette « *protection from liability* » peut même aller jusqu'à couvrir des décisions importantes et plus complexes concernant la santé ou le bien-être de la personne – pour autant qu'elles soient toujours prises dans ses *best interests* – tels que les traitements médicaux à administrer⁴⁹⁸, les interventions chirurgicales ou les soins dentaires à opérer ou encore la détermination du lieu de vie de la personne (art. 6.8 CoP). Bien entendu, s'il existe des dissensions à propos de la décision à prendre, la

⁴⁹¹ L'article 10.14 du *Code of Practice* dispose pourtant que le personnel médical et social doit bénéficier de formations et de programmes de sensibilisation afin de savoir, par exemple, comment et quand désigner un *IMCA*. Voy. à ce propos le rapport de la *House of Lords* relatant le manque de sensibilisation générale à propos des *IMCA* et la faiblesse dans l'offre de formations adéquates (*House of Lords, Mental capacity act 2005: post-legislative scrutiny*, report of session 2013-14, 2014, pp. 70 et suiv., <https://bringingusttogether.org.uk/wp-content/uploads/2014/07/house-of-ords-report-scrutiny-2013-14-on-MCA.pdf>).

⁴⁹² D.A. CHATFIELD *et al.*, « Is there a broader role for Independent Mental Capacity Advocates in Critical Care ? An exploratory study », *Nurs Crit Care*, n°23, 2018, pp. 83 et 84.

⁴⁹³ Alors que certains pensent qu'il sera là pour prendre une décision neutre, d'autres pensent qu'il peut agir en tant que médiateur lors de conflits entre la famille et les cliniciens, ou encore, qu'ils sont là pour s'assurer que toute la procédure médicale se déroule de manière entièrement légale (D.A. CHATFIELD *et al.*, « Is there a broader role ... », *ibidem*, p. 84).

⁴⁹⁴ Cela peut s'expliquer par le fait qu'un bon nombre d'entre eux considèrent les *IMCA* comme des « pro-vie » et que, même dans les situations sans espoir, ils continuent à vouloir administrer des traitements (D.A. CHATFIELD *et al.*, « Is there a broader role ... », *ibidem*, p. 85).

⁴⁹⁵ Ces personnes peuvent notamment être des membres de la famille, des « *care workers* », des travailleurs sociaux, des membres du personnel soignant (art. 6.20 CoP).

⁴⁹⁶ Voy. la section 7 MCA pour « *the payment for necessary goods and services* » et les art. 6.56 et suiv. CoP. Dans ce cas de figure, ces dispositions permettent de déroger à la règle selon laquelle un contrat conclu par une personne mentalement capable ne peut être exécuté si le cocontractant savait ou devait raisonnablement savoir qu'elle était mentalement incapable.

⁴⁹⁷ Ces articles viennent donc légalement justifier l'apposition de certains actes d'ordre plus informel, voire même l'utilisation de la force, à la condition d'agir de manière nécessaire et proportionnée. Bien entendu, en vertu de la section 5(3) du *MCA*, « *nothing in this section excludes a person's civil liability for loss or damage, or his criminal liability, resulting from his negligence in doing the act* » (art. 6.1 à 6.66 CoP ; M. O'SULLIVAN, « Court of Protection Deputies... », *op cit.*, p. 273 ; O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 277).

⁴⁹⁸ Il est à noter que le *MCA* ne pourra jamais être utilisé pour justifier l'internement d'une personne atteinte d'un désordre mental qui devrait faire l'objet d'un traitement. Il faut, dans ce cas, avoir recours au Mental Health Act 1983, c. 20, London qui dispose de ses propres règles relatives au consentement de la personne en la matière.

Court of Protection devra être saisie et rendre une *specific decision*⁴⁹⁹. Par contre, toutes ces personnes ne sont nullement autorisées à, par exemple, avoir accès aux comptes bancaires ou à vendre les biens de la personne (art. 6.63 CoP).

Lors de l'élaboration de la loi, de nombreuses personnes ont fait part de leur inquiétude quant au fait de donner une sorte de « chèque en blanc » aux membres du personnel soignant. Pour opérer un certain équilibre et éviter au mieux les abus, le délit pénal de « *ill treatment or wilful neglect* » a été introduit et permettra de sanctionner les actes posés par les soignants qui profiteraient ou abuseraient de leur position⁵⁰⁰.

Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques

A. La centralisation de la surveillance et des enquêtes : les institutions du Curateur public et de l'Office of the Public Guardian

Alors que la gestion de l'administration d'une personne majeure vulnérable semble plus disparate en Belgique, puisqu'il n'existe pas vraiment de culture de coopération entre les justices de paix et que cette situation laisse donc fleurir des pratiques fort différentes d'un canton à l'autre⁵⁰¹, le Québec et l'Angleterre ont fait le choix de centraliser cette question en mettant une importante institution publique en place. Le Curateur public et l'*OPG* sont tous deux investis d'un devoir de tenue de registres ainsi que d'un pouvoir de surveillance et d'enquête relatif aux régimes de protection. Ils se distinguent ainsi de la Belgique qui confie ce pouvoir au juge de paix qui est, de ce fait, investi de missions bien plus élargies que les tribunaux anglais et québécois.

A ce sujet, nous sommes d'avis que la proposition de créer une Commission fédérale de l'administration pourrait être une bonne opportunité pour faire mûrir le débat à propos de la mise en place d'une institution centralisée qui, selon l'avant-projet de loi, se verrait déjà confier la mission de recensement des plaintes. Pourrait-on éventuellement réfléchir à étendre le pouvoir de cette Commission au contrôle général de l'administration ? Le juge de paix accordant tout naturellement une certaine confiance dans les administrateurs qu'il nomme, il nous semble plus opportun qu'une autre instance prenne en charge les plaintes ou les contrôles des rapports pour des raisons d'indépendance et d'impartialité⁵⁰². Cette initiative permettrait également de décharger les juges de paix d'une partie de leurs nombreuses incombances⁵⁰³. Enfin, centraliser ces pouvoirs permettrait d'éviter « des approches disparates et des différences au niveau de l'attention accordée à la qualité du service au sein des différents cantons »⁵⁰⁴.

Toutefois, le fait que le juge soit investi de ces missions présente certains avantages : il cerne certainement mieux la dynamique des dossiers ainsi que les relations entretenues entre les différentes personnes. Il peut plus facilement s'assurer, par exemple, que l'administrateur rende bien visite à la personne protégée.

⁴⁹⁹ Elle le sera même d'office pour les questions les plus sensibles, telles que la stérilisation non thérapeutique, un don d'organe, ou l'arrêt d'une nutrition artificielle (art. 6.18 CoP).

⁵⁰⁰ R. JONES, « Review of the Mental Capacity... », *op cit.*, p. 424.

⁵⁰¹ Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle ...*, *op cit.*, pp. 52 et 58).

⁵⁰² « Il y a un danger que les dossiers ne soient pas examinés avec un œil suffisamment critique. Le risque de non-constatation d'une fraude systématique s'accroît d'autant que la plus grande confiance est de mise pour les administrateurs professionnels » (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : le contrôle...*, *ibidem*, p. 42).

⁵⁰³ « Dans certaines justices de paix, le nombre de dossiers est si élevé qu'il semble impossible de contrôler scrupuleusement chaque dossier [...] Ceci génère un risque de ne pas effectuer un contrôle qualitatif et de ne pas pouvoir offrir un service de qualité au justiciable » (Conseil supérieur de la Justice, *Audit : le contrôle...*, *ibidem*, p. 60).

⁵⁰⁴ Conseil supérieur de la Justice, *Audit : le contrôle...*, *ibidem*, p. 48.

B. Les professionnels en charge de l'administration : des profils divergents

Il est intéressant de constater que la qualification de la personne amenée à endosser le rôle d'administrateur professionnel varie d'un système juridique à l'autre. Alors que l'avocat se verra presque systématiquement confier des dossiers nécessitant une représentation professionnelle en Belgique, ce ne sera jamais le cas au Québec⁵⁰⁵, ce dernier confiant les pouvoirs de protection publique à des curateurs délégués ayant une formation psychosociale. Quant à l'Angleterre, puisque le recours aux avocats est une option relativement chère, la plupart des administrations seront prises en charge par des *local authorities* qui sont également des organismes publics.

Nous sommes d'avis que confier l'exercice de l'administration à des structures publiques n'est pas une solution souhaitable. Le Curateur public, à cause du fait qu'il soit une gigantesque institution qui se « gestionnalise » de plus en plus, ne connaît pas les personnes qu'il représente et n'entretient pas des liens personnels avec elles alors que c'est censé être l'essence même de sa mission altruiste et éthique⁵⁰⁶. Le fait que cette institution dispose d'une équipe pluridisciplinaire est en revanche un atout non négligeable car cela permet une réelle collaboration entre des acteurs dotés de leurs propres compétences spécifiques.

Le fait que les curateurs délégués aient une formation en sciences sociales semble démontrer qu'il y ait une approche plus psychosociale de l'administration au Québec, au-delà de l'approche purement juridique que nous connaissons en Belgique. L'avocat est-il la personne la plus appropriée pour endosser le rôle d'administrateur, cette matière étant profondément humaine avant d'être juridique et administrative ?⁵⁰⁷ Nous pensons qu'en l'état actuel des choses, il reste un des seuls acteurs à pouvoir exercer cette mission étant donné que les travailleurs sociaux devraient se voir couverts par une assurance responsabilité et que des connaissances juridiques assez fines en la matière sont requises.

Pour assurer un réel lien entre l'administrateur et son administré, F. DUPIN propose la mise en place, au sein du Curateur public, d'une équipe volante de travailleurs sociaux – ceux-ci disposant d'une bonne connaissance des services offerts et par l'État et par le communautaire – qui devrait être envoyée chez la personne à chaque fois qu'une décision plus sensible et plus importante doit être prise. Une idée similaire pourrait être concrétisée dans notre ordre juridique belge : ne pourrait-on pas désigner un ou plusieurs travailleurs sociaux au sein de chaque justice de paix qui puissent, en tant qu'agents d'un service public indépendants des autres acteurs de la protection judiciaire, rendre visite à la personne lors d'une prise de décision importante et en faire rapport à l'administrateur ?⁵⁰⁸

C. Les administrateurs non professionnels : leur privilège et leur accompagnement

Alors que la Belgique a spécialement édicté une disposition demandant au juge de paix de nommer par préférence des administrateurs familiaux (art. 496/3 C. civ.), c'est surtout la jurisprudence et la doctrine

⁵⁰⁵ L'idée de confier la tutelle ou la curatelle à d'autres acteurs qu'au Curateur public et aux proches – c'est-à-dire à des mandataires judiciaires professionnels – avait été émise en 2012, mais cette piste a été écartée pour des raisons d'indépendance et de privatisation (Interview F. DUPIN (ANNEXE 2) ; D. LAVALLÉE, « Un regard croisé sur les dispositifs... », *op. cit.*, p. 3).

⁵⁰⁶ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

⁵⁰⁷ Selon M. FORGES, bâtonnier de l'Ordre français du Barreau de Bruxelles, « l'avocat est un technicien. Il n'est pas adapté à une mission d'aide et ce n'est pas sa formation qui va lui donner les qualités humaines nécessaires » (M. VANDEMEULEBROUCKE, « Sous tutelle ou sous verrous ? Administration de biens », *Médor*, 2020, <https://medor.coop/magazines/medor-n18-printemps-2020/sous-tutelle-ou-sous-verrous/>).

⁵⁰⁸ Voy. l'initiative qui avait été lancée par le juge de paix de Seneffe dans les années 2000 afin d'assurer un accompagnement social pour les personnes passées entre les mains de la justice de paix (X., « Un conseiller après le passage chez le juge de paix », *La DH*, 2002, <https://www.dhnet.be/archive/un-conseiller-apres-le-passage-chez-le-juge-du-paix-51b85cf2e4b0de6db9a3e976>).

québécoises – au travers du principe de subsidiarité et de mise en œuvre d'une présomption de solidarité familiale « élargie » – qui ont développé l'idée d'accorder le privilège à la désignation des représentants légaux privés⁵⁰⁹. La jurisprudence anglaise, quant à elle, se montre assez favorable à la désignation de *lay proxies* lorsque c'est possible d'un point de vue pratique, mais sans pour autant qu'ils se voient octroyer une présomption selon laquelle ils « *should be considered as the most appropriate people to exercise deputyships* »⁵¹⁰.

Les administrateurs non professionnels étrangers semblent faire l'objet d'un meilleur encadrement que ceux exerçant en Belgique. En effet, tant le Curateur public que l'*OPG* disposent en leur sein de services – qui sont exercés par les agents d'aide à la représentation privée et les *Court of Protection Visitors* – permettant d'apporter un soutien personnalisé à l'exercice de l'administration, étape indispensable pour favoriser la nomination d'administrateurs familiaux. A qui reviendrait-il d'exercer cette mission ? Faudrait-il réfléchir à étendre – encore une fois – les pouvoirs de la potentielle future Commission ?

D. Les personnes à qui l'on accorde juridiquement sa confiance

Alors que le Québec et la Belgique ont confié un statut juridique spécifique à un ou des acteurs en qui la personne a confiance afin d'apporter un soutien et d'opérer une surveillance de l'administration, l'Angleterre n'a pas formellement prévu au sein de sa législation la possibilité de conférer un statut particulier à cette fin⁵¹¹. Des différences sont toutefois notables entre les systèmes juridiques québécois et belge. D'une part, alors que la personne de confiance peut être nommée dans tous les cas de figure, le conseil de tutelle sera constitué uniquement lorsque nous sommes face à un régime de protection privé, laissant ainsi une grande marge de liberté au Curateur public dont les décisions ne feront pas formellement l'objet d'un contrôle⁵¹². D'autre part, le conseil de tutelle est doté de pouvoirs plus importants que la personne de confiance étant donné que cette dernière sera amenée à rendre un avis pour certaines décisions, mais jamais à accorder certaines autorisations.

E. La figure des IMCA : une bonne pratique propre à l'Angleterre

La figure des IMCA – qui est propre à l'Angleterre – semble être une bonne pratique répondant au prescrit du troisième paragraphe de l'article 12 de la CDPH, ce dernier demandant de donner accès à un accompagnement pour les personnes en situation de handicap, notamment pour « la défense de leurs intérêts »⁵¹³. Particulièrement soucieuse des personnes ne disposant pas d'un entourage proche, cette pratique mérite d'être explorée pour une éventuelle implémentation au sein du réseau de santé belge afin qu'un soutien puisse leur être garanti lors de toute prise de décision médicale ou sociale importante.

⁵⁰⁹ Voy. également l'art. 261 C.c.Q.

⁵¹⁰ Interview R. SULLIVAN (ANNEXE 3).

⁵¹¹ Le troisième paragraphe de l'article 12 de la CDPH insiste sur la nécessité de donner accès à un accompagnement des personnes en situation de handicap, et cela englobe le fait de prévoir « la reconnaissance juridique de la ou des personne(s) de confiance officiellement choisie(s) par une personne » (Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt. 29 d)).

⁵¹² Art. 223, al. 2 C.c.Q. : « Il n'est pas constitué lorsque la tutelle est exercée par le directeur de la protection de la jeunesse ou une personne qu'il recommande comme tuteur, ou par le curateur public ». Les seuls contrôles qui pourront s'opérer se feront par le biais d'autorisations du tribunal ou lorsque la personne protégée ou un proche demande un sommaire des comptes annuels (art. 39 L.c.p.).

⁵¹³ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt 17. De plus, « l'ensemble des personnels sanitaires et médicaux devraient veiller à ce que les personnes handicapées soient consultées directement et de manière appropriée. Ils devraient aussi veiller, dans la mesure de leurs moyens, à ce que les personnes fournissant aux personnes handicapées une aide ou un accompagnement ne se substituent pas aux personnes handicapées dans la prise des décisions les concernant » (Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt 41).

Chapitre 5. Les mesures d'accompagnement et de protection extrajudiciaire valorisant l'autodétermination de la personne

Section 1. La Belgique : le mandat de protection extrajudiciaire

A. Principe

Inspiré de la CDPH et des recommandations du Conseil de l'Europe⁵¹⁴, le mandat extrajudiciaire⁵¹⁵ fait son apparition en Belgique par le biais de la loi de 2013. Son homologue anglais est expressément mentionné comme source d'inspiration du législateur belge⁵¹⁶. Ce dernier a voulu donner corps au souhait exprimé par de nombreux citoyens de vouloir confier l'administration de leurs biens, concoctée sur mesure, à une personne en qui ils ont confiance et non à un potentiel professionnel « non désiré et inconnu »⁵¹⁷. Dans un deuxième temps, la loi du 21 décembre 2018⁵¹⁸ est venue apporter certains allègements procéduraux et a étendu le champ d'application du mandat extrajudiciaire aux actes de représentation relatifs à la personne, permettant ainsi une anticipation plus globale de sa propre protection. La loi est également venue imposer au mandataire « d'associer le mandant, dans la mesure du possible et compte tenu de son degré de compréhension, à l'exercice de sa mission »⁵¹⁹ et de se concerter au moins une fois par an avec lui⁵²⁰.

Ce mandat, qu'il soit général ou spécial, peut comprendre la description de certains principes directeurs que la personne souhaiterait que son mandataire respecte, tels que ses souhaits ou des instructions⁵²¹. Il peut être exécuté totalement ou partiellement, permettant ainsi de limiter les pouvoirs du mandataire à ce qui est effectivement requis eu égard aux besoins réels du mandant (art. 490/1, § 2 C. civ.). Cette disposition signifie également qu'il est possible que coexistent les pouvoirs de représentation d'un mandataire et d'un administrateur « judiciaire » qui serait investi, par exemple, du pouvoir d'accomplir des actes aux enjeux plus importants⁵²².

B. Aspects procéduraux

Ce contrat peut être conclu devant notaire ou sous seing privé⁵²³. Toutefois, si l'on veut accorder certains pouvoirs considérés comme relativement étendus, le recours à la forme authentique sera nécessaire⁵²⁴. Le choix du législateur de ne pas avoir imposé un processus d'homologation judiciaire du mandat s'explique par le désir d'éviter non seulement une trop grande similitude entre la protection judiciaire et

⁵¹⁴ Recommandation CM/Rec (2009)11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, 9 décembre 2009. Pour aller plus loin, voy. N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « Le nouveau régime de protection... », *op cit.*, pp. 51 et suiv. et G. WILLEMS, « Le droit à la personnalité... », *op cit.*, pp. 384 et suiv.

⁵¹⁵ Défini par l'article 490 du Code civil comme un « mandat spécial ou général accordé par une personne majeure capable d'exprimer sa volonté ou par une personne mineure émancipée à l'égard de laquelle aucune mesure de protection visée à l'article 492/1 n'a été prise, et ayant pour but spécifique d'organiser à son égard une protection extrajudiciaire ».

⁵¹⁶ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « Le nouveau régime de protection... », *op cit.*, p. 57.

⁵¹⁷ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « Le nouveau régime de protection... », *ibidem*, p. 48.

⁵¹⁸ Loi du 21 décembre 2018, précitée.

⁵¹⁹ Art. 490/2, § 1^{er}, al. 2 C. civ.

⁵²⁰ F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op cit.*, pp. 370 et 371.

⁵²¹ Art. 490, al. 3 C. civ. ; N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « Le nouveau régime de protection... », *op cit.*, p. 62.

⁵²² Reste à savoir s'il est réellement dans l'intérêt de la personne d'être entourée de plusieurs administrateurs/mandataires. De plus, il risquerait d'y avoir des « conflits de compétence » (N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « Le nouveau régime de protection... », *ibidem*, p. 72).

⁵²³ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « Le nouveau régime de protection... », *ibidem*, p. 60.

⁵²⁴ Par exemple, les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels et la reconnaissance d'un lien de filiation entre le mandant et un enfant (E. BEGUIN et J. FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *Rev. not. belge*, 2014, p. 468).

extrajudiciaire, mais aussi d'alourdir encore davantage la charge de travail des juges de paix⁵²⁵. Le Code civil ne mentionnant pas en tant que telle la dénomination exacte de ce mandat, la terminologie de « mandat extrajudiciaire » utilisée par la doctrine belge met l'accent sur le fait que la conclusion de ce mandat se déroule de manière totalement alternative par rapport aux régimes de protection prononcés par les tribunaux⁵²⁶. Le mandat devra seulement faire l'objet d'un enregistrement dans le registre central tenu par la Fédération royale du notariat belge⁵²⁷.

L'intervention du juge de paix n'est pas pour autant totalement exclue. En effet, il dispose du pouvoir de juger l'opportunité de mettre fin en tout ou en partie au mandat si les intérêts du mandant étaient mis en péril à cause des agissements du mandataire ou si une mesure de protection judiciaire s'avère être plus appropriée et dans l'intérêt du mandant (art. 490/2, § 2, al. 1^{er} C. civ.). Il peut également « soumettre l'exécution du mandat ou l'exercice des attributions du mandataire aux mêmes formalités que celles qui s'appliquent à la mesure de protection judiciaire »⁵²⁸.

C. Critiques doctrinales actuelles

Le mandat de protection extrajudiciaire, bien que plus respectueux de l'autodétermination de la personne, est une institution qui ne fait pas l'unanimité quant à sa mise en œuvre pour plusieurs raisons.

La première controverse se loge dans la question de l'intervention du juge de paix lorsque le mandant se trouve dans un des états visés aux articles 488/1 et 488/2 du Code civil et que le mandat devrait donc sortir ses effets. Le Code civil octroie en effet au mandataire la responsabilité d'évaluer le moment où le mandant se trouverait dans cet état d'incapacité – sans même qu'un certificat médical ne soit requis – et son appréciation sera opposable aux tiers de bonne foi (art. 490/1, § 3, al. 1^{er} C. civ.). Or, selon certains auteurs, cela revient à donner de trop grands pouvoirs au mandataire qui serait à la fois juge et partie puisqu'il serait « le seul à pouvoir déterminer, unilatéralement, quand le mandant est "incapable" et quand, dès lors, il peut entamer sa mission avec uniquement sa responsabilité comme sanction »⁵²⁹. Les pouvoirs conférés par cet article pourraient être utilisés par une personne craignant « que le magistrat ne s'intéresse de trop près [...] à la gestion de son patrimoine, voire qu'il prononce une mesure de protection judiciaire en complément ou à la place de la protection extrajudiciaire »⁵³⁰. Cette notion d'incapacité étant une notion juridique, il serait plus naturel de confier son appréciation au juge et non à un particulier ne disposant pas nécessairement des outils et des compétences requises⁵³¹. Toutefois, pour remédier à ce problème, le contrat de mandat pourrait lui-même prévoir une saisine préalable du juge de paix comme condition de prise d'effet du mandat⁵³².

La deuxième critique vise l'absence de véritable mécanisme de surveillance de la mise en œuvre de la protection extrajudiciaire. La seule disposition prévoyant une forme de contrôle est celle mentionnant que le mandataire devra se concerter « à intervalles réguliers [...] avec les personnes désignées par le

⁵²⁵ Chambre des représentants de Belgique, *Doc. parl., Chambre, 3^e session de la 53^e législature, doc. n°53 1009/010*, 16 juillet 2012, p. 31.

⁵²⁶ C. LEPAGE, *L'encadrement juridique du mandat de protection au Québec : perspective historique et comparée*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de maîtrise en droit, Université de Laval, 2021, p. 60.

⁵²⁷ Art. 490 C. civ.

⁵²⁸ Art. 490/2, § 2, al. 1^{er} C. civ. Voy. *infra*, pt C.

⁵²⁹ F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op cit.*, p. 371.

⁵³⁰ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « Le nouveau régime de protection... », *op cit.*, p. 73.

⁵³¹ F. DEGUEL, « Pot-pourri... », *op cit.*, pp. 371 et 372.

⁵³² La pratique notariale semble être différente au Nord et au Sud du pays à ce propos. Pour aller plus loin, voy. F. DERÈME, « Heurs et malheurs des mandats extrajudiciaires, et autres mesures de prévoyance en cas d'incapacité », *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, 2018, n°3, pp. 230 et suiv.

mandat »⁵³³, pour autant qu'il y en ait. A nouveau, cela peut laisser la porte ouverte à certains abus. Notons toutefois que, comme nous l'avons vu, le juge de paix peut « astreindre le mandataire à certaines obligations et formalités qui n'étaient pas à l'origine contenues dans le contrat de mandat »⁵³⁴.

En conclusion, le notaire, le mandant et le juge de paix disposent de plusieurs outils pour remédier à une partie de ces problèmes pratiques.

Section 2. Le Canada (Québec)

A. Mandat de protection judiciaire / en prévision de l'incapacité (art. 2166 et suiv. C.c.Q.)

1. En vertu de la législation actuellement en vigueur

1.1. Principe

Ce régime de protection privé⁵³⁵ offre la possibilité à toute personne majeure et lucide, « en prévision de son incapacité à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens »⁵³⁶, de planifier sur mesure les modalités de l'administration de ses biens ou de sa personne. Alors que son pendant belge – pour les biens seulement – n'aura fait son apparition qu'en 2013, le mandat de protection judiciaire québécois avait été institué dès la réforme pionnière de 1989, sans aucun « modèle rapproché » à l'époque⁵³⁷. Il a dès lors déjà pu faire ses preuves sur le long terme et inspiré les législateurs du monde entier⁵³⁸.

1.2. Aspects procéduraux

Le mandat de protection peut être conclu devant notaire – et sera alors inscrit dans le registre des mandats de la Chambre des notaires – ou sous seing privé⁵³⁹. A la différence de la Belgique, le Québec impose une homologation du mandat par le tribunal selon une procédure particulière qui comprend notamment l'interrogatoire du majeur et l'analyse des évaluations médicale et psychosociale. Cette homologation sera ensuite signifiée au Curateur public afin que le mandat puisse être conservé dans un registre au sein de l'institution⁵⁴⁰.

Pour rappel, en 1998⁵⁴¹, le législateur est venu accorder certaines compétences complémentaires aux notaires en la matière – celles de préalablement rassembler les preuves nécessaires à l'homologation⁵⁴² – « dans le but d'accélérer le processus d'obtention d'une décision judiciaire dans des dossiers où les droits liés directement à une personne sont en cause »⁵⁴³.

⁵³³ Art. 490/2, §1^{er}, al. 3 C. civ.

⁵³⁴ N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, « Le nouveau régime de protection... », *op cit.*, p. 85. Voy. l'art. 490/2, § 2, al. 1^{er} C. civ.

⁵³⁵ Il existe une controverse doctrinale quant à la nature du mandat de protection : il est parfois qualifié de contrat, parfois de régime de protection ou encore d'institution hybride. Pour aller plus loin, voy. K. DÉSILETS, « Le mandat en cas d'incapacité : la réconciliation des idées », *R.D.U.S.*, n°38, 2008, p. 304 et C. FABIEN, « Le mandat de protection... », *op cit.*, p. 414.

⁵³⁶ Art. 2166 C.c.Q.

⁵³⁷ C. FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », *La revue du barreau canadien*, vol. 80, n°3, 2001, pp. 952 et 953.

⁵³⁸ Il est d'ailleurs de coutume pour les Québécois de conclure un mandat de protection. En effet, 39% d'entre eux en ont déjà préparé un (Curateur public du Québec, *Document de présentation*, 2019, <https://www.curateur.gouv.qc.ca>).

⁵³⁹ Dans ce dernier cas, le mandat devra être signé en présence de deux témoins (art. 2166 C.c.Q.). Toutefois, 80% des mandats sont faits devant notaire (T. VERHEYDE, « Le regard de juges français sur le système québécois... », *op cit.*, p. 170).

⁵⁴⁰ Art. 2166, al. 2 C.c.Q. et art. 306 à 311 C.p.c. Le tribunal doit alors procéder à une triple analyse : il doit veiller au respect des conditions de forme du mandat, attester l'incapacité du mandant en tenant compte des évaluations médicale et psychosociale et de l'interrogatoire du mandant, et apprécier l'opportunité d'homologation du mandat eu égard au choix du mandataire et au contexte général (T. VERHEYDE, « Le regard de juges français sur le système québécois... », *ibidem*, p. 170 ; D. GOUBEAU, *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd. (collab. A.-M. Savard), Cowansville, Yvon Blais, 2019, pp. 820 et 821). Voy. également toute la procédure analysée *supra*, ch. 3, sect. 2.

⁵⁴¹ Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives, précitée.

⁵⁴² En demandant les évaluations médicale et psychosociale ainsi qu'en procédant à l'interrogatoire du majeur (K. Désilets, « Le mandat en cas d'incapacité... », *op cit.*, p. 334). Voy. également *supra*, ch. 3, sect. 2.

⁵⁴³ M. BEAUCHAMP, « Les nouvelles compétences attribuées au notaire : commentaires et critique », *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée ?*, S.F.P.B.Q. (dir.), vol. 146, Cowansville, Yvon Blais, 2001, p. 69.

1.3. Critiques doctrinales actuelles

Même si ce mécanisme existe depuis plusieurs dizaines d'années, la doctrine québécoise reste divisée à son propos et souligne qu'il existe encore certaines lacunes dans l'encadrement de ce mandat, qui n'avait – jusqu'en 2020 – fait l'objet d'aucune réforme de grande ampleur depuis 1989⁵⁴⁴.

À l'instar de la Belgique, l'absence de mesures de surveillance légale du mandataire dans l'exécution de ses obligations est une des premières problématiques dénoncée, laissant percevoir une disproportion entre les devoirs de reddition de compte des tuteurs/curateurs et ceux – inexistantes – des mandataires⁵⁴⁵. Il appartient dès lors au mandant de prévoir certains mécanismes de surveillance au sein de son mandat, tels que la confection d'un inventaire suite à l'homologation ou la production d'une reddition de compte à une personne de confiance⁵⁴⁶.

Ensuite, aucune disposition légale ne prévoit de période de réévaluation dans le cadre du mandat, ce qui semblerait contraire à l'article 12, paragraphe 4 de la CDPH⁵⁴⁷ et expose le mandant à d'éventuels abus financiers dus à l'absence de contrôle judiciaire⁵⁴⁸.

De plus, en pratique, certains mandataires ne soumettent pas toujours le mandat pour une homologation alors que la personne est devenue inapte⁵⁴⁹, parfois parce qu'ils ignorent avoir été désignés mandataires puisqu'aucune disposition ne prévoit une obligation de les en informer⁵⁵⁰.

Enfin, le mandant peut accorder une forte concentration de pouvoir au mandataire en ayant la possibilité de prévoir un régime de pleine administration, et ce, peu importe la forme choisie. Certains critiquent cette possibilité et souhaiteraient qu'un régime de pleine administration ne puisse être accordé que lorsque le mandat est conclu devant notaire afin que le mandant prenne conscience de l'ampleur du pouvoir dont pourra être investi le mandataire⁵⁵¹. La critique sera d'autant plus vive lorsque le régime de la curatelle sera aboli lors de l'entrée en vigueur de la réforme car cela signifiera que le mandat de protection sera la seule possibilité restante pour confier des pouvoirs de pleine administration au représentant⁵⁵².

2. Lors de l'entrée en vigueur de la réforme opérée en juin 2020

Après plusieurs tentatives de réformes soldées par un échec en 2012 et en 2016⁵⁵³, le législateur québécois a enfin saisi l'opportunité de modifier certaines dispositions relatives au mandat de protection au travers de cette réforme générale des régimes de protection. La refonte a pour vocation de mieux encadrer le travail du mandataire afin d'augmenter la protection du mandant vis-à-vis de toute tentative d'abus ou de maltraitance⁵⁵⁴.

⁵⁴⁴ C. FABIEN, « Le mandat de protection... », *op cit.*, p. 409.

⁵⁴⁵ En effet, les pouvoirs d'enquête du Curateur public sont restreints car ils ne seront effectivement exercés qu'en cas de signalement par un tiers (F. DUPIN, « Le mandat de protection : des origines à nos jours », *Congrès annuel du Barreau du Québec*, S.F.C.B.Q. (dir.), 2008, p. 29, <https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2008/1732783751>).

⁵⁴⁶ En effet, si l'instauration de ces mécanismes de surveillance paraît indispensable aux yeux du tribunal mais qu'ils ne figurent pas au sein du mandat, il devra malheureusement refuser son homologation, ne pouvant lui-même imposer cette surveillance (F. DUPIN, « Le mandat de protection... », *ibidem*, p. 25). Voy. également à ce propos la décision *Curateur public du Québec c. D.S.*, 2006 QCCA 83, § 27, 29 et 32.

⁵⁴⁷ Afin de prévenir les abus, il faut « garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire » (art. 12, § 4 CDPH).

⁵⁴⁸ C. LEPAGE, *L'encadrement juridique du mandat de protection...*, *op cit.*, p. 78.

⁵⁴⁹ B. LEFEBVRE, « Le mandat donné en prévision de l'incapacité : vingt-cinq ans d'expérience québécoise », N. Gallus (dir.), *La protection des Incapables majeurs et le droit du mandat, Droit belge et droit comparé*, Limal, Anthémis, 2014, p. 177.

⁵⁵⁰ Pour aller plus loin, voy. C. LEPAGE, *L'encadrement juridique du mandat de protection...*, *op cit.*, pp. 87. et suiv.

⁵⁵¹ J. LAMBERT, « Le mandat de protection a 17 ans ; s'émancipera-t-il bientôt ? », *Revue du notariat*, vol. 109, n°3, 2007, pp. 433 et 435.

⁵⁵² C. LEPAGE, *L'encadrement juridique du mandat de protection...*, *op cit.*, p. 101.

⁵⁵³ C. LEPAGE, *L'encadrement juridique du mandat de protection...*, *ibidem*, p. 27.

⁵⁵⁴ D. GOUBEAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *op. cit.*, p. 17.

Une nouvelle disposition est tout d'abord venue clarifier que « les volontés en matière de soins médicaux exprimées dans des directives médicales anticipées prévalent en cas de conflit avec celles indiquées au mandat »⁵⁵⁵. Elle introduit également le fait que l'on puisse – et non doive – prévoir des réévaluations médicale et psychosociale périodiques « afin de déterminer si les mesures contenues dans le mandat sont toujours suffisantes en raison de son état »⁵⁵⁶.

En outre, les futurs articles 2167.2 et 2167.3 du Code civil québécois viendront réaffirmer que le mandat doit être exécuté dans l'intérêt du mandant, en faisant participer ce dernier aux prises de décision et en tenant compte de ses volontés, de ses préférences et de ses besoins⁵⁵⁷.

Enfin, le mandataire aura désormais l'obligation de dresser l'inventaire des biens de la personne dans les 60 jours suivant l'homologation du mandat⁵⁵⁸. À l'avenir, il devra également réaliser – en fonction de la fréquence qui aura été choisie mais qui ne pourra excéder trois ans – une reddition de compte à une personne désignée par le mandat – qui peut être le Curateur public – sauf si le mandant y renonce expressément⁵⁵⁹. Le principe sera donc désormais inversé en faisant de la reddition de compte la règle et de la dispense l'exception⁵⁶⁰. En attendant l'entrée en vigueur de la réforme, il est du devoir des acteurs du monde juridique de veiller à informer le mandant des risques encourus dans le cas où il ne prévoirait pas ces garanties minimales de surveillance⁵⁶¹. À cet égard, F. DUPIN relève que la pratique notariale semble malheureusement révéler une absence de prévoyance de ces garanties minimales⁵⁶².

B. Future mesure d'assistant au majeur (art. 297.10 et suiv. C.c.Q. (PL))

1. Principe

Reprenant certains principes de l'actuel régime du conseiller au majeur, la mesure d'assistant au majeur est destinée à toute personne qui « en raison d'une difficulté, souhaite être assistée pour prendre soin d'elle-même, administrer son patrimoine et, en général, exercer ses droits civils »⁵⁶³. Elle a vocation à s'appliquer aux personnes ayant une légère déficience intellectuelle et éprouvant, par exemple, des difficultés à communiquer avec des organismes publics des entreprises ou à gérer correctement leur budget. Un ou deux assistants opérant à titre gratuit pourront être nommés durant trois ans et ne seront dotés d'aucun pouvoir décisionnel et de représentation, n'ayant la possibilité de s'opposer aux décisions prises par la personne et leurs co-signatures ne pouvant être requises⁵⁶⁴. Ils pourront cependant communiquer avec les organismes ou accompagner la personne – qui conserve sa pleine capacité d'exercice – lors de ses rendez-vous dans une optique de réel soutien à la prise de décision.

Le fait que cette mesure soit désormais totalement déjudiciarisée est synonyme de valorisation de l'autonomie, celle-ci se matérialisant également dans le fait que c'est la personne en situation de handicap qui devra introduire la demande d'assistance et qu'elle choisira elle-même son assistant⁵⁶⁵. Cette initiative,

⁵⁵⁵ Art. 2166.1 C.c.Q. (PL).

⁵⁵⁶ Chambre des notaires du Québec, *Mémoire sur le projet de loi n°18*, *op cit.*, p. 39.

⁵⁵⁷ Chambre des notaires du Québec, *Mémoire sur le projet de loi n°18*, *ibidem*, p. 36.

⁵⁵⁸ Art. 2167.4 C.c.Q. (PL).

⁵⁵⁹ Art. 2166.1, al. 3 C.c.Q. (PL).

⁵⁶⁰ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

⁵⁶¹ C. Fabien, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant... », *op cit.*, 426.

⁵⁶² Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

⁵⁶³ Art. 297.10. C.c.Q. (PL).

⁵⁶⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « Exercice de droit comparé : la réforme québécoise... », *op cit.* p. 44. Voy. également l'art. 297.13, al. 2 C.c.Q. (PL) : « L'assistant ne peut signer au nom du majeur et il n'intervient pas aux actes pour lesquels il assiste celui-ci ».

⁵⁶⁵ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

qui semble être en conformité avec l'article 12 de la CDPH, a été saluée par les groupes invités en commission parlementaire, cette mesure s'avérant être une belle alternative à l'ouverture d'une tutelle plus contraignante. Elle légitime « le rôle des aidants proches dans la vie des personnes ayant un besoin d'assistance »⁵⁶⁶. Cette mesure est, de toute évidence, complémentaire au régime de la représentation temporaire qui est un « moyen de protection qui peut succéder au régime d'assistance »⁵⁶⁷.

2. Traitement de la demande (art. 297.19 et suiv. C.c.Q. (PL))

La demande d'assistance – qui sera notifiée à deux proches – doit être présentée par la personne en situation de handicap auprès de juristes accrédités ou du Curateur public, ce dernier devant recueillir un état sommaire de son patrimoine, mais aussi vérifier que le potentiel futur assistant n'ait aucun antécédent judiciaire⁵⁶⁸. La présentation des évaluations médicale et psychosociale ne sera pas requise ; il appartiendra au réceptionneur de la demande de s'assurer que « le majeur comprend la portée de sa demande et que celui-ci est en mesure d'exprimer ses volontés et préférences »⁵⁶⁹.

Le Curateur public, le notaire⁵⁷⁰ ou l'avocat organise ensuite une entrevue seulement avec la personne ayant fait la demande d'assistance d'une part, mais aussi en présence de l'assistant « pressenti » d'autre part⁵⁷¹. Dans le cas où un notaire ou un avocat procède à ces différentes opérations, il transmet ses conclusions au Curateur public qui n'est juridiquement pas lié par ces dernières⁵⁷².

Après examen de la demande, le Curateur public approuve ou non la désignation de l'assistant pressenti⁵⁷³. Si la demande est approuvée, le nom de ce dernier est inscrit dans un registre public afin de garantir sa légitimité auprès des tiers pour une durée de trois ans⁵⁷⁴.

3. Contrôle de la mesure durant son exercice

Il existe différents filtres de protection en aval pour garantir le respect de la mesure. Le Curateur public exercera un rôle de surveillance en ayant d'une part la possibilité de demander en tout temps à l'assistant de l'informer de ses activités⁵⁷⁵ et, d'autre part, en ayant la faculté d'exercer son pouvoir d'enquête en cas de suspicions ou de signalements. Il pourra mettre fin à la mesure si les faits sont avérés⁵⁷⁶.

4. Émission de certaines craintes

Bien que tous les auteurs saluent le caractère bénéfique de la publicité de la mesure, certains d'entre eux se questionnent quant à l'utilité de ces nouvelles dispositions étant donné que le droit commun permet déjà « de donner une procuration ou de désigner un tiers de confiance dont la mission est d'agir comme intermédiaire, de le conseiller, de l'assister, sans passer par les formalités imposées par le PL-18 »⁵⁷⁷.

⁵⁶⁶ Société québécoise de la déficience intellectuelle, *Position sur le Projet de loi 18*, op cit., p. 4.

⁵⁶⁷ G. RAOUL-CORMEIL, « Exercice de droit comparé : la réforme québécoise... », op cit., p. 45.

⁵⁶⁸ Art. 297.20 et 297.22 C.c.Q. (PL).

⁵⁶⁹ Art. 297.21 C.c.Q. (PL).

⁵⁷⁰ Vu l'actuelle implication des notaires dans le processus d'ouverture d'un régime de protection, la Chambre des notaires avait proposé dans son mémoire d'ouvrir la possibilité pour les notaires de procéder « à la mise en place de la mesure d'assistance, dans une approche alliant humanité, efficacité et sécurité » et en permettant « au majeur de se sentir en confiance durant tout le processus ». Chambre des notaires du Québec, *Mémoire sur le projet de loi n°18*, op cit., p. 25.

⁵⁷¹ Art. 297.21 C.c.Q. (PL).

⁵⁷² Art. 297.24 C.c.Q. (PL).

⁵⁷³ Voy les critères d'exclusion de la reconnaissance à l'art. 297.25 C.c.Q. (PL).

⁵⁷⁴ N. FILION, « Pleins feux sur les mesures phares... », op cit., p. 175.

⁵⁷⁵ Art. 297.18 C.c.Q. (PL).

⁵⁷⁶ N. FILION, « Pleins feux sur les mesures phares... », op cit., p. 177.

⁵⁷⁷ D. GOUBEAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », op. cit., p. 20.

Ces dernières pourraient « constituer un obstacle à la popularité d'une mesure dont le résultat peut être obtenu sans passer par celles-ci »⁵⁷⁸. Nous sommes d'avis que cette mesure d'assistance, de par sa publicité et les formalités en amont, offre une plus grande sécurité que le mécanisme plus flexible de procuration de droit commun utilisé par de nombreux abuseurs⁵⁷⁹. De plus, le fisc, par exemple, accorderait-il l'accès à des données confidentielles sur présentation d'une procuration signée par une personne ayant des déficiences intellectuelles ?⁵⁸⁰

Un deuxième problème qui pourrait se poser est le fait que, malgré que le législateur ait prévu certains filtres de protection, l'assistant joue un rôle particulièrement important en tant qu'intermédiaire. Il peut en effet négocier et obtenir des informations assez confidentielles de la part de tiers et ne doit que recueillir la signature de l'assisté ; « l'absence de réel contrôle des assistants peut entraîner le risque que certains d'entre eux, forts de leur titre enregistré, voudront continuer d'agir comme intermédiaires pour des personnes pourtant devenues inaptes »⁵⁸¹. La limitation de la validité de cette assistance à trois ans permettra, nous l'espérons, d'éviter ce genre de cas. Rappelons que l'assistant ne doit informer le Curateur public de ses activités que s'il le lui demande. L'avenir nous dira à quel point il assurera ce suivi ponctuel.

Section 3. Le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)

A. *Lasting Power of Attorney* (section 9 et suiv. MCA et art. 7.1 à 7.79 CoP)

1. Principe

Toute personne majeure n'étant pas considérée comme mentalement incapable aux yeux de la loi (« *the donor* ») peut prendre l'initiative de désigner elle-même la personne (« *the donee/attorney* ») qui endossera le rôle de prendre des décisions en son lieu et place – eu égard à ses *best interests* et aux principes statutaires du MCA – le jour où elle perdra sa capacité mentale. Le *Lasting Power of Attorney* (« la procuration permanente », ci-après *LPA*) est donc le mécanisme équivalent au mandat extrajudiciaire belge ou au mandat de protection judiciaire québécois.

Il est venu se substituer au système de *Enduring Power of Attorney* (ci-après *EPA*) qui ne concernait que les biens de la personne. Ainsi, le *donee* peut désormais poser, dans les limites du pouvoir qui lui sera conféré et en tenant compte du contenu du *Code of Practice*⁵⁸², des actes relatifs aux biens (« *property and affairs, including financial matters* »), mais aussi des actes relatifs à la personne (« *health and personal welfare* »), en ce compris le droit de refuser l'administration d'un traitement de maintien en vie dans le cas où le *donor* l'aurait spécifiquement investi de ce pouvoir⁵⁸³. Actuellement, 4,7 millions de *LPA* et d'*EPA* sont enregistrés auprès du OPG⁵⁸⁴.

La section 10(4) du MCA laisse la possibilité au *donor* de nommer deux personnes ou plus comme *donees*⁵⁸⁵. Ces dernières peuvent être des particuliers, aussi longtemps qu'ils ne sont pas endettés, ou

⁵⁷⁸ D. GOUBEAU, « Analyse critique du projet de loi n°18 de 2019... », *ibidem*, p. 21.

⁵⁷⁹ N. FILION, « Pleins feux sur les mesures phares... », *op cit.*, p. 178.

⁵⁸⁰ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

⁵⁸¹ D. GOUBEAU, « Analyse critique du projet de loi n°18... », *op. cit.*, p. 21.

⁵⁸² Voy. les art. 7.54 et 7.55 CoP.

⁵⁸³ O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 277. Voy. également la section 11(8)(a) MCA.

⁵⁸⁴ Office of the Public Guardian, *Annual report and accounts 2019/2020*, *op cit.*, p. 13.

⁵⁸⁵ S'il en nomme plusieurs, le donateur déterminera s'ils doivent agir « *jointly* » (conjointement, pour des décisions plus importantes par exemple) ou « *jointly and severally* » (ce qui signifie que toute mesure prise par un seul *deputy* est valable) (art. 7.12 et 8.42 CoP).

des sociétés fiduciaires. Un travailleur social rémunéré – tel que le directeur d’une maison de soins – ne devrait pas accepter d’être le *donee*, sauf s’il s’agit, par exemple, d’un membre de la famille⁵⁸⁶.

Les deux types de mandat peuvent être accordés de manière générale, ou au contraire contenir certaines restrictions de pouvoir en fonction de la volonté du *donor*. Le *donee* peut toutefois demander à la *Court of Protection* d’étendre ses pouvoirs ou de le nommer en tant que *deputy* investi des pouvoirs nécessaires dans le cas où la personne ne dispose plus de sa capacité mentale (art. 7.48 et 7.56 CoP).

Cependant, afin d’éviter que la perte de capacité mentale dans un domaine particulier n’amène à l’idée que le *LPA* pourrait être désormais entièrement d’application, le même principe que celui qui prévaut pour le *deputyship* doit être d’application : s’il s’avère que le *donor* est doté de la capacité mentale pour accomplir un acte spécifique, le *donee* ne pourra prendre la décision en son nom et pour son compte⁵⁸⁷. Il incombe d’ailleurs au *donor* de décider de quelle manière sa capacité doit être évaluée, en prévoyant par exemple qu’elle soit officiellement attestée par un médecin (art. 7.33 CoP). Des « *non-legally binding preferences* », indiquant la façon dont devrait agir le *donee* lorsqu’il prend des décisions, peuvent également être explicitées au sein du mandat⁵⁸⁸.

2. Deux types de *LPA*’s

2.1. *Property and affairs LPA’s for financial decisions* (art. 7.32 à 7.42 CoP)

Le *donor* peut investir le *donee* du pouvoir de prendre la décision, par exemple, de vendre un bien, de payer un prêt, de payer les factures, de faire des travaux d’entretien, etc. (art. 7.36 CoP).

Il est intéressant de noter que le *donor* doit choisir le moment à partir duquel il souhaite que son *donee* puisse prendre des décisions relatives à ses biens : dès l’enregistrement du *LPA*⁵⁸⁹ ou uniquement à partir du moment où il aura perdu sa capacité mentale⁵⁹⁰. Dans le premier cas, le *donor* peut toutefois prévoir certaines restrictions afin de préserver son autonomie concernant des décisions plus importantes⁵⁹¹. Il peut également prévoir que, pour certaines décisions plus techniques, le *donee* puisse déléguer son pouvoir à une tierce personne, ce qu’il ne pourra pas faire en l’absence d’une telle clause (art. 7.38 CoP).

2.2. *Personal welfare LPA’s for health and care decisions* (art. 7.21 à 7.32 CoP)

Le *donor* peut confier la responsabilité à un *donee* de décider de son lieu de vie, des traitements médicaux à administrer, de ce qu’il doit manger, avec qui il a droit à avoir un contact social, de consentir à un traitement médical⁵⁹², d’avoir accès à ses données personnelles, etc.⁵⁹³.

⁵⁸⁶ Art. 7.9 et 7.10 CoP.

⁵⁸⁷ Art. 7.24 et 7.34 CoP ; R. JONES, « Review of the Mental Capacity Act 2005 », *op cit.*, p. 424.

⁵⁸⁸ A. STANYER, « Lasting Powers of Attorney - Are They Good Enough Protection against Financial Abuse », *Elder Law Journal*, vol. 2017, n°3, 2017, p. 226.

⁵⁸⁹ Qu’il peut subordonner à la production d’une preuve médicale de son incapacité (XZ v *The Public Guardian* [2015] EWCOP 35).

⁵⁹⁰ Les formulaires à remplir lors de la rédaction du *LPA* encouragent en toutes lettres à choisir la première option pour des raisons pratiques, car la deuxième option a pour effet que les *donees* devraient prouver, à chaque fois qu’ils aimeraient faire usage du *LPA*, que le *donor* est mentalement incapable. Ainsi, « *the use of such a condition is contrary to the ethos of the property and affairs LPA which is to avoid questions of capacity* » (M. TERRELL, « New Lasting Power of Attorney Forms », *Elder Law Journal*, vol. 2015, n°3, 2015, p. 283).

⁵⁹¹ Il pourrait, par exemple, prévoir que tant qu’il est mentalement capable, son *donee* ne peut prendre la décision de vendre sa maison (Office of the Public Guardian, *Make and register your lasting power of attorney. A guide*, 2017, p. 22, <http://www.gov.uk/official-documents>).

⁵⁹² En vertu de la section 11(7) du MCA, il existe toutefois certaines exceptions à ce pouvoir, comme dans le cas où la personne dispose de la capacité mentale requise pour prendre la décision, lorsqu’il existe une directive anticipée refusant le traitement proposé, etc.

⁵⁹³ Art. 7.21 CoP. Pour prendre connaissance des dons ou des cadeaux que peut faire le *donee*, voy. l’art. 7.40 et suiv. CoP.

A l'inverse des *property and affairs LPA's*, le *donee* ne sera investi du pouvoir de prendre des décisions en son lieu et place qu'à partir du constat de l'incapacité mentale⁵⁹⁴. A l'inverse du régime du *deputyship* ensuite, un *LPA* peut contenir une clause permettant au *donee* d'accepter ou de refuser un traitement de maintien en vie en spécifiant certaines instructions et préférences (section 11(7)(c) MCA et art. 7.30 CoP).

3. Aspects procéduraux (art. 7.7 et 7.14 à 7.17 CoP)

Le *donor* doit tout d'abord compléter un document disponible sur le site du OPG, l'un étant réservé pour les décisions relatives aux « *property and affairs* », l'autre pour les décisions concernant le « *personal welfare* ». A ce formulaire devra également être annexé un « *certificate of capacity* » attestant non seulement que la personne comprend les tenants et aboutissants du *LPA*, mais aussi qu'elle n'a été soumise à aucune pression lors de sa conclusion (art. 7.7 CoP). Le fournisseur de ce certificat peut être une personne qui connaît personnellement le *donor* depuis au moins deux ans⁵⁹⁵ ou une personne ayant des compétences professionnelles pertinentes, comme un médecin, un travailleur social ou un avocat. Un témoin devra également être présent lors de la signature du *LPA*⁵⁹⁶.

Un *LPA* ne pourra être valablement exercé qu'à partir du moment où il aura été inscrit par le *donee* ou le *donor* dans le registre tenu par l'OPG. Ce dernier devra procéder à l'analyse du mandat afin de déterminer si les différentes conditions sont remplies afin qu'il puisse sortir ses effets. Il est conseillé de l'enregistrer au plus vite car, en cas d'erreurs, celles-ci pourront être corrigées seulement tant que le *donor* est considéré comme mentalement capable⁵⁹⁷.

4. Contrôle

En cas de suspicion d'abus ou de signalements de décisions qui ne seraient pas prises dans les *best interests* de la personne, l'OPG est chargé de mener des enquêtes en demandant à un *Court of Protection Visitor* d'aller visiter les *donors* et les *donees*⁵⁹⁸. Afin d'assurer une plus grande sécurité juridique, mieux vaut donc insérer certaines clauses dans le *LPA* prévoyant, par exemple, un audit annuel des comptes réalisé par un auditeur tiers indépendant, la transmission du détail des comptes à des proches (art. 7.39 CoP) ou les conditions d'entrée en vigueur du *LPA*⁵⁹⁹. Si des abus sont avérés, la *Court of Protection* est compétente pour prononcer la révocation du *donee* (art. 7.45 CoP).

B. Circles of support

Une pratique de plus en plus développée en Angleterre, et dans les pays anglophones de manière générale, est la mise en place de cercles de soutien (« *circles of support* »). Leur but est de créer une réelle structure de soutien plus naturelle, plus flexible et plus individualisée pour les personnes en situation

⁵⁹⁴ L. BROPHY *et al.*, « An international comparison of legal frameworks for supported and substitute decision-making in mental health services », *International Journal of Law and Psychiatry*, n°44, 2016, p. 37.

⁵⁹⁵ Les membres de la famille du *donor* ou du *donee* ne peuvent fournir ce certificat ; il doit s'agir, par exemple d'un collègue ou d'un ami. Cette possibilité semble néanmoins faire perdre de la valeur à ce certificat, une influence pouvant être exercée par la famille sur cette personne (M. TERRELL, « New Lasting Power of Attorney Forms », *op cit.*, p. 281).

⁵⁹⁶ M. TERRELL, « New Lasting Power of Attorney Forms », *ibidem*, p. 283.

⁵⁹⁷ Office of the Public Guardian, *Make and register your lasting power of attorney. op cit.*, p. 41.

⁵⁹⁸ Section 58(1)(d) MCA ; O. WARD, « The Mental Capacity Act 2005... », *op cit.*, p. 277.

⁵⁹⁹ A. STANYER, « Lasting Powers of Attorney... », *ibidem*, p. 230.

de handicap. Puisque bon nombre d'entre elles sont socialement isolées, il est parfois nécessaire de construire de manière consciente et intentionnelle un cercle et des liens avec d'autres personnes⁶⁰⁰.

Le cercle sera composé d'un réseau de membres proches de la personne (la famille, des amis, des professionnels éventuellement rémunérés, des personnes partageant une passion commune, etc.) qui se réunira à intervalles réguliers et qui partagera une vision commune à propos de ce qui est important pour la personne. Durant plusieurs heures, ils examineront les progrès qu'elle a réalisés, discuteront des nouveaux objectifs et des activités qu'elle souhaiterait accomplir (avoir son propre logement, monter un atelier, partir en voyage, etc.) en organisant les différentes étapes d'accomplissement de ces objectifs, s'assureront que les services dont elle a besoin sont bien administrés, etc.⁶⁰¹.

Pour que ce cercle persiste dans la durée, il faut qu'un travail continu soit mis en œuvre et que des ressources suffisantes soient mises à disposition. Il existe différentes associations promouvant la création de cercles et mettant les familles en relation avec un animateur (« *facilitator* »). Ce dernier fournira ses services afin d'offrir une formation et un encadrement pour aider les membres du cercle à intégrer la manière dont il faut fonctionner en son sein⁶⁰². Ces *facilitators* peuvent intégrer le cercle de façon permanente ou rester à sa disposition de manière ponctuelle.

Couplé avec les budgets personnels attribués par les organismes sociaux, ce système a le potentiel de faire naître « *a powerful mechanism for implementing change in that person's life, change in the way services interact with that person, and a fundamental change in the way communities receive and regard people who require long-term support* »⁶⁰³. Des parents d'enfants en situation de handicap ont témoigné que la création de ces cercles enlevait un énorme poids de leurs épaules ; le fait de savoir que l'enfant sera soutenu collectivement, surtout après le décès des parents, s'avère être un réel soulagement⁶⁰⁴.

L'objectif est de pouvoir, à terme, créer ces cercles sur une plus grande échelle, même s'il s'agit d'un défi sur le plan des ressources humaines puisqu'il conviendra d'engager beaucoup plus de personnes ayant la motivation et les compétences nécessaires pour animer ces cercles. D'où l'importance de partager ses expériences entre cercles et d'encourager les services de santé et sociaux à détacher certains membres de leur personnel, dont des stagiaires, quelques heures par mois. En contrepartie, « *such people are likely to benefit from deep learning from the circles they engage in, and bring that learning back to their organisations, challenging them to grow and adapt to the new person-centred paradigm* »⁶⁰⁵.

C. Fascicules « *easy-to-read* »

Une pratique très répandue en Angleterre et qui mérite nos soulignements est le développement de nombreux fascicules « *easy-to-read* » afin d'aider les personnes en situation de handicap à comprendre certaines situations ou procédures par le biais d'un langage simplifié et très imagé⁶⁰⁶. Par exemple, au

⁶⁰⁰ M. NEIL et H. SANDERSON, *Circles of Support and Personalisation*, 2015, p. 5, <http://community-circles.co.uk/wp-content/uploads/2015/10/circlesofsupportandpersonalisation.pdf>.

⁶⁰¹ M. NEIL et H. SANDERSON, *Circles of Support and Personalisation*, *ibidem*, pp. 5 et 8 ; Mencap, *Circles of support. A how to guide to help you develop your circle*, p. 2, <https://www.suttonmencap.org.uk/assets/documents/circles-of-support-a-how-to>.

⁶⁰² M. NEIL et H. SANDERSON, *Circles of Support and Personalisation*, *ibidem*, p. 7 ; A. BAUER *et al.*, « Circles of support and personalisation: exploring the economic case », *Journal of Intellectual Disabilities*, vol. 20, n°2, 2016, p. 200.

⁶⁰³ M. NEIL et H. SANDERSON, *Circles of Support and Personalisation*, *ibidem*, p. 4.

⁶⁰⁴ M. NEIL et H. SANDERSON, *Circles of Support and Personalisation*, *ibidem*, p. 6.

⁶⁰⁵ M. NEIL et H. SANDERSON, *Circles of Support and Personalisation*, *ibidem*, p. 14.

⁶⁰⁶ Il s'agit d'écrire une seule phrase par ligne – présentant l'ensemble du texte sous forme d'une sorte de liste – en évitant les mots compliqués. À côté de ces phrases seront placées des images illustratives/des pictogrammes (F. BRÜHLMANN *et al.*, « How to Use

niveau juridique, des associations ou des organismes publics ont élaboré des *easy-to-read* qui expliquent le contenu du *MCA*⁶⁰⁷ ou comment se déroule une procédure devant la *Court of Protection*⁶⁰⁸. Le *Financial conduct authority* a également édité un fascicule décrivant la façon dont fonctionnent les transactions bancaires de la vie de tous les jours⁶⁰⁹.

Cette pratique est une matérialisation du deuxième principe du *MCA*, promouvant le fait qu'il faille adopter « *all practicable steps* » et utiliser des outils de communication adaptés à la personne pour mieux lui faire comprendre les événements qui vont se dérouler et quelles sont les décisions qu'elle pourrait prendre. Au niveau international, la CDPH préconise également le fait que le partage d'informations doit se faire selon un format accessible à tous à titre d'aménagement raisonnable⁶¹⁰. L'organisation *Inclusion Europe* a également développé un « *easy-to-read logo* » qui peut être apposé sur les documents répondant aux conditions requises⁶¹¹.

Une aide à la compréhension est essentielle afin d'éviter de rejeter par défaut la possibilité pour une personne en situation de handicap de conclure un *LPA* par exemple, car cette aide permettrait d'aboutir à la conclusion que la personne est dotée de la capacité mentale requise pour comprendre les tenants et aboutissants des décisions qu'elle prendrait. De quelle manière pourrait-on en effet justifier une différence de traitement entre une personne handicapée ayant besoin d'une aide à la compréhension et une personne dite « valide » mais qui ne comprendrait pas exactement les conséquences juridiques de son acte à cause, par exemple, de la complexité du jargon juridique ou de la barrière de la langue ?

Section 4. Conclusion : analyse comparative et bonnes pratiques

A. L'assistance : vers une déjudiciarisation ?

Alors que l'Angleterre ne prévoit pas formellement un régime ou une mesure d'assistance au sein de sa législation, cette assistance s'exerçant plutôt de manière informelle selon les *statutory principles* du *MCA* et le contenu du *Code of Practice*, le Québec et la Belgique l'ont, dans un premier temps, tous les deux considéré comme un régime de protection judiciaire⁶¹². Même si, à l'inverse du Québec, la Belgique encourage son choix en prévoyant son application de plein droit en l'absence d'indication contraire dans l'ordonnance (art. 492/2 C. civ.), ce mécanisme n'a pas rencontré beaucoup de succès au sein des deux systèmes juridiques. En effet, le tribunal, par soucis de précaution et parce que l'assistance semble plus difficile à exercer en pratique, se « laisse tenter » par l'option d'un régime de représentation.

C'est en ce sens que la déjudiciarisation du mécanisme de l'assistance opérée par le Québec lors de sa réforme en 2020 s'avère être une initiative intéressante. Désormais libérée de toute la longue procédure formaliste devant le tribunal, la mesure d'assistant au majeur pourra être mise en place après une

Plain and Easy-to-Read Language for a Positive User Experience on Websites », *Computers Helping People with Special Needs*, K. Miesenberger et G. Kouroupetoglou (dir.), Linz, Springer, 2018, p. 515).

⁶⁰⁷ Local Government Association et The Care Provider Alliance et NHS England, *Mental Capacity Act 2005. An Easy Read guide*, <https://www.careengland.org.uk/sites/careengland/files/Mental%20Capacity%20Act%202005%20easy%20read%20guide.pdf>.

⁶⁰⁸ J. LINDSEY, *Taking part in the Court of Protection*, 2020, <https://courttoprotectionhandbook.files.wordpress.com/2020/07/participation-in-cop-proceedings-easy-read-2020-1.pdf>

⁶⁰⁹ Financial conduct authority, *Everyday Banking. An easy read guide*, 2018, <https://www.fca.org.uk/publication/documents/everyday-banking-easy-read-guide.pdf>.

⁶¹⁰ Voy. l'art. 9, § 1^{er}, f) CDPH qui porte sur l'accessibilité : « Promouvoir d'autres formes appropriées d'aide et d'accompagnement des personnes handicapées afin de leur assurer l'accès à l'information ».

⁶¹¹ Inclusion Europe, <https://www.inclusion-europe.eu/easy-to-read/>.

⁶¹² Le régime du conseiller au majeur ne concernait toutefois que les décisions relatives aux biens et non à la personne, contrairement au régime de l'assistance belge.

rencontre avec le Curateur public, sans nécessité de produire des évaluations. Cela pourrait donc inciter les personnes à privilégier, en guise de premier recours, cette mesure qui est moins lourde au niveau procédural avant de passer le cap d'un régime de représentation. Le problème de l'assistance qui s'opère de manière informelle par les proches réside notamment dans le fait que des institutions publiques, telles que les banques ou le fisc, refuseront de donner l'accès à des informations confidentielles en l'absence de toute ordonnance de mise sous protection judiciaire. Grâce à la publicité dont bénéficie la mesure de l'assistant au majeur, ce problème pourra être résolu. Cependant, puisque nous ne disposons pas d'une institution comparable au Curateur public, à qui devrait-on confier la tâche de la décision de cette mesure ?

Une différence qui subsiste également entre les deux mécanismes d'assistance est que, contrairement au régime d'assistance prévu en Belgique, la co-signature de l'assistant ne peut être requise lors de la conclusion d'un acte et ce dernier ne peut donc aucunement s'opposer aux décisions prises par la personne assistée⁶¹³. Cette approche semble être davantage en conformité avec l'assistance telle que préconisée par la CDPH, la condition de la co-signature pouvant s'apparenter dans les faits à une condition digne d'un mécanisme de représentation.

B. Le mandat de protection (extra)judiciaire : des mises en œuvre divergentes

Bien que les trois mandats de protection aient tous une philosophie commune, leur exécution diffère d'un ordre juridique à l'autre. En effet, alors que la Belgique et l'Angleterre ont fait le choix de permettre au mandat de produire ses effets en dehors de toute intervention du tribunal, le Québec, lui, a privilégié le recours obligatoire à une homologation judiciaire. Bien que nous soyons face à un contrat privé et que la volonté d'éviter l'intervention d'un acteur public dans la sphère privée soit mise à mal, cette homologation permet de garantir une plus grande sécurité quant à la validité du mandat et à l'appréciation de l'incapacité de la personne puisqu'un interrogatoire, qui s'avère fondamental⁶¹⁴, doit avoir lieu.

En revanche, le contrôle de l'exécution du mandat semble, dans les trois ordres juridiques, ne pas présenter des « garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus »⁶¹⁵ dans l'état actuel du droit ; seules des dispositions que le mandant introduirait lui-même au sein de son mandat permettraient de sécuriser son exécution. Le Québec a néanmoins voulu prendre ce problème à bras le corps lors de la réforme de 2020 en instaurant des nouveaux filets de sécurité au sein de sa législation ; ne pourrait-on pas également s'inspirer de l'initiative québécoise disposant qu'une reddition de compte devra être parvenue à une personne désignée par le mandat, sauf si le mandant y renonce expressément (art. 2166.1, al. 3 C.c.Q. (PL)) ?⁶¹⁶

Ensuite, alors que l'Angleterre et la Belgique autorisent une exécution totale ou partielle du mandat afin de limiter les pouvoirs du mandataire à ce qui est effectivement requis eu égard aux besoins réels du mandant, le Québec ne permet pas une telle souplesse et a fait le choix du « tout ou rien » puisqu'il n'appartient pas au tribunal de s'immiscer dans la relation contractuelle⁶¹⁷. Le juge belge peut même

⁶¹³ Art. 297-13, al. 2 C.c.Q. (PL) : « L'assistant ne peut signer au nom du majeur et il n'intervient pas aux actes pour lesquels il assiste celui-ci ».

⁶¹⁴ Pour aller plus loin, voy. M.-P. BOUDREAU, et C. MORIN, « La vérification de l'incapacité lors de l'homologation du mandat de protection : l'importance de l'interrogatoire », *Repères*, 2015, EYB2015REP1790.

⁶¹⁵ Art. 12, § 4 CDPH.

⁶¹⁶ F. DUPIN aurait même préféré une supervision d'office par le Curateur public (Interview F. Dupin (ANNEXE 2)).

⁶¹⁷ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

proposer de conditionner l'exécution du mandat au respect de certaines obligations⁶¹⁸, comme des mécanismes de surveillance, initiative qui ne pourrait être prise par le juge québécois.

Enfin, alors que le mandat belge ou québécois ne prendra effet qu'à partir du moment où il est attesté que le mandant est inapte ou incapable de fait, le *LPA* anglais peut déjà entrer en vigueur pour les actes relatifs aux biens alors même que la personne n'a pas perdu sa capacité mentale ; libre à lui d'en décider autrement au sein de son *LPA*. Rappelons également que, tout comme pour le *deputyship*, s'il s'avère que le *donor* est doté de la capacité mentale pour accomplir un acte spécifique durant l'exercice du *LPA*, le *donee* ne pourra prendre la décision en son nom et pour son compte⁶¹⁹.

C. Les circles of support et les fascicules easy-to-read : des pratiques à développer

La pratique anglaise consistant à développer des *easy-to-read* simplifiant les informations et permettant aux personnes en situation de handicap – mais aussi, par exemple, à des personnes ne parlant pas couramment une des langues nationales du pays – de mieux comprendre les tenants et aboutissants de certaines procédures est une bonne pratique qu'il s'agirait d'instaurer de manière plus globale en Belgique. Nous n'avons en effet pas pris connaissance de fascicules de ce genre édictés par le gouvernement belge ou par des institutions financières, tel que le fait l'Angleterre. Répandre cette pratique permettrait à ces personnes « d'accomplir les actes juridiques nécessaires pour ouvrir un compte bancaire, conclure des contrats ou effectuer d'autres actes de la vie sociale »⁶²⁰. Il existe déjà certains sites Internet belges, comme celui d'Inclusion ASBL⁶²¹, ayant prévu le mode « facile à lire » pour naviguer entre les différentes informations du site.

La création de *circles of support* est également une initiative très importante et saluée au niveau européen⁶²². Elle permet de garantir que les personnes en situation de handicap soient entourées sur le long terme, l'isolement social de ces personnes étant malheureusement une réalité bien trop présente, mais aussi qu'elles bénéficient d'un réel accompagnement à la prise de décision et pour la mise en œuvre de leurs objectifs de vie. Ce genre d'initiative se combinerait d'autant plus avec un régime d'assistance.

⁶¹⁸ Voy. l'art. 490/1, § 2 C. civ.

⁶¹⁹ Art. 7.24 et 7.34 CoP ; R. JONES, « Review of the Mental Capacity Act 2005 », *op cit.*, p. 424.

⁶²⁰ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt 17. Le Comité DPH insiste d'ailleurs sur la nécessité d'adopter des mesures promouvant l'accessibilité, tel que le fait d'« obliger les acteurs publics et privés tels que les banques et les institutions financières à fournir des informations sous une forme compréhensible » (Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1*, précitée, pt 17).

⁶²¹ Voy. <https://www.inclusion-asbl.be/espace-facile-a-lire/>.

⁶²² Agence des Droits fondamentaux de l'Union européenne, *La capacité juridique...*, *op cit.*, p. 58.

Conclusion générale

Après ce tour d'horizon international, nous pouvons légitimement nous permettre de conclure que certaines initiatives et pratiques étrangères devraient être prises en considération par notre législateur belge ; à titre de source d'inspiration, afin de se conformer davantage à la philosophie de la CDPH. Alors que certaines d'entre elles pourraient faire l'objet d'une mise en œuvre sur un relativement court terme, d'autres demanderont une plus longue réflexion et, surtout, le déblocage de plus grands budgets.

Comme nous l'avons déjà mentionné, nous ne sommes pas partisans d'une abolition totale des régimes de représentation ; même s'il faut bien entendu privilégier l'assistance, c'est plutôt une forme de représentation qui ne respecte pas l'avis, les volontés et les préférences de la personne en situation de handicap qui devrait être abolie. Pour ce faire, l'introduction d'une dimension psychosociale dans l'exercice des régimes de protection belges semble être incontournable et peut se matérialiser sous plusieurs formes. Tout d'abord, l'introduction de l'obligation de recourir à la production d'une évaluation psychosociale en complément d'un certificat médical est, selon nous, une condition qui devrait être indispensable lors de l'ouverture d'un régime de protection. Dans le prolongement de l'approche sociale du handicap, cette évaluation reflétera la manière dont la personne vit et agit au quotidien ainsi que la façon dont fonctionne son réseau de soutien, permettant au juge de paix de mieux cerner les pourtours de son aptitude.

Ensuite, puisque « le droit est un accessoire mais pas le principal [et que] l'issue est l'accompagnement »⁶²³, l'implication du réseau des travailleurs sociaux dans l'exercice de l'administration, matière profondément humaine avant d'être juridique, doit être renforcée. En effet, la formation juridique dont ont bénéficié les avocats durant leur parcours académique ne les prépare naturellement pas à l'accompagnement quotidien de personnes en situation de handicap. Les travailleurs sociaux disposent, quant à eux, d'un regard particulier « sur la vulnérabilité humaine »⁶²⁴. Une forte collaboration entre le monde juridique, médical et psychosocial – à l'image de ce qui est proposé au sein du Curateur public mais qui devrait être transposé à plus petite échelle – est de ce fait indispensable. A cet égard, la figure des *IMCA* est une piste intéressante à explorer afin d'apporter un soutien aux personnes isolées qui devraient prendre des décisions médicales ou sociales importantes. L'idée d'instaurer une équipe volante de travailleurs sociaux au sein du Curateur public que propose F. DUPIN pourrait être transposée sur notre territoire ; en s'inspirant de l'initiative qui avait vu le jour il y a quelques années à Seneffe⁶²⁵, il faudrait attacher des travailleurs sociaux aux justices de paix pour qu'ils collaborent avec les administrateurs professionnels et rendent régulièrement visite à la personne lorsqu'une décision importante doit être prise. Enfin, le législateur belge pourrait prendre exemple sur le Québec et l'Angleterre en mentionnant au sein de ses textes de loi que les volontés et préférences de la personne doivent à tout le moins être prises en considération, même si le Comité DPH appelle à une substitution totale de la prise en compte de l'intérêt de la personne à la prise en compte de ses volontés et préférences. Notre législation pourrait également davantage mettre l'accent, à l'instar du *MCA*, sur la manière de déterminer en quoi une décision sera la meilleure à prendre dans le chef de la personne (section 4 *MCA*), mais également sur le fait qu'il faille en tout temps recourir à l'usage de toute aide à la prise de décision, dont des modes de communications

⁶²³ Interview F. Dupin (ANNEXE 2).

⁶²⁴ Interview F. DUPIN (ANNEXE 2).

⁶²⁵ X., « Un conseiller après le passage chez le juge de paix », *op cit*.

adaptés (section 1(3) MCA). A ce propos, une mesure qui pourrait être rapidement mise en place est celle de la rédaction de fascicules *easy-to-read* qui porteraient, à l'instar de l'Angleterre, sur le fonctionnement général de l'administration des biens et de la personne, la procédure devant le juge de paix, la façon d'entrer en contact avec les institutions bancaires et d'opérer des paiements au quotidien, etc.

Il est également important que l'administration fasse l'objet d'un meilleur encadrement afin d'harmoniser les différentes pratiques retrouvées sur l'ensemble du territoire. En ce sens, l'initiative de mettre en place une Commission fédérale de l'administration afin de prévoir, entre autres, un registre des administrateurs agréés, un code de déontologie et des formations continues était une bonne initiative. Bien que celle-ci semble être quelque peu à l'arrêt depuis le changement de gouvernement, nous pouvons constater que le fait que les deux autres ordres juridiques étrangers disposent d'une institution centrale leur permet de ne pas faire reposer l'entièreté de l'exercice de l'administration sur les épaules du juge. Alors que l'avant-projet de loi chargerait déjà cette Commission du traitement des plaintes émises à l'encontre d'un administrateur, pourrait-on envisager, en s'inspirant du modèle québécois et anglais, de lui confier également la surveillance générale de l'administration ? Ceci permettrait qu'une instance tierce soit chargée d'opérer ces contrôles, sans que la confiance accordée à l'administrateur ne puisse avoir d'influence sur la qualité de ces contrôles. Une autre pratique dont on pourrait s'inspirer en matière de contrôle de l'administration est l'envoi des *Court of Protection Visitors* auprès de la personne protégée. Ne pourrait-on pas imaginer une figure semblable qui soit chargée d'établir des rapports pour le juge de paix ?

Au niveau procédural, nous avons également pu prendre connaissance du fait que, dans le cadre de procédures non contentieuses, les notaires et les greffiers québécois avaient un rôle important à jouer dans une optique de déchargement des tribunaux, avec les avantages et les inconvénients que cela représente et que nous avons exposés. Nos greffiers belges se sentiraient-ils prêts à endosser une telle responsabilité alors qu'ils émettent déjà des craintes par rapport à l'idée d'ouvrir des kiosques pour les administrateurs familiaux⁶²⁶ et alors qu'avec l'entrée en vigueur du registre central depuis le 1^{er} juin 2021, ils sont pour l'instant fortement sollicités par cette transition informatique⁶²⁷ ? Nous pensons qu'une telle proposition semble difficile à envisager. En revanche, la procédure devant les notaires – qui s'occuperaient de la rencontre avec la personne à protéger et ses proches et qui se chargeraient de rassembler toutes les informations pertinentes pour la suite de la procédure – pourrait, nous le pensons, être accueillie plus favorablement puisqu'ils ont déjà ouvert la porte de leurs études aux personnes en (future) situation de handicap depuis l'instauration du mandat de protection extrajudiciaire.

Une piste intéressante qui pourrait également être explorée est la déjudiciarisation de l'assistance qu'a opérée le Québec. Puisqu'il est indéniable que, malgré le principe de l'assistance, celle-ci n'est quasiment jamais prononcée en Belgique par principe de précaution et parce qu'elle semble plus difficile à exercer en pratique, prévoir une étape préalable au passage devant le tribunal pourrait s'avérer être un incitant à son recours. Cela permettra de donner un statut officiel aux proches assistant la personne de manière informelle et qui ne souhaitent pas se rendre devant le tribunal pour demander une mise sous protection

⁶²⁶ Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle ...*, op cit., p. 22.

⁶²⁷ Q. REY, « Le registre central des personnes protégées est entré en vigueur », *La Tribune*, 2021, <https://latribune.avocats.be/le-registre-central-des-personnes-protégees-est-entre-en-vigueur/>.

judiciaire afin non seulement d'éviter les lourdes formalités de l'exercice de l'administration, mais aussi de peur qu'un régime de représentation ne soit prononcé. Grâce à la publicité dont bénéficie la mesure de l'assistant au majeur québécois, les institutions publiques pourront désormais valablement traiter avec lui. Cependant, puisque nous ne disposons pas d'une institution comparable au Curateur public, à qui devrait-on confier la tâche de la décision de cette mesure ?

De plus, afin de donner une meilleure opportunité aux proches d'endosser le rôle d'administrateur familial, il est nécessaire qu'ils fassent l'objet d'un meilleur encadrement. À côté des brochures explicatives, un soutien humain et personnalisé doit être mis en place. À cet effet, la Belgique pourrait s'inspirer des agents d'aide à la représentation privée et des *Court of Protection Visitors* qui font du soutien des administrateurs non professionnels un métier. À qui reviendrait-il d'exercer cette mission ? Faudrait-il réfléchir à étendre – encore une fois – les pouvoirs de la potentielle future Commission ?

Le développement de *circles of support*, plus spécifiquement destinés aux personnes ayant un handicap mental, pourrait également renforcer la participation des proches de la personne dans l'accompagnement à la prise de décision sur le long terme.

Enfin, la proposition qui pourrait être considérée comme la plus énergivore et qui demanderait un développement sur de longues années est celle de la création d'une instance décisionnelle spécialisée en matière d'incapacité en s'inspirant de la *Court of Protection*. La protection des majeurs vulnérables devenant une réalité de plus en plus importante eu égard notamment au vieillissement de la population, ne serait-il pas opportun de réfléchir sur le long terme à la mise en place d'une instance – dotée de juges expérimentés en la matière – qui pourrait concentrer toute son énergie dans l'analyse de ces questions ?

Pour conclure, nous tenions à souligner que nous avons pleinement conscience du fait que les problèmes d'application pratiques que rencontre l'ambitieuse loi du 17 mars 2013 résident principalement dans le manque de moyens humains et financiers nécessaires à sa mise en œuvre⁶²⁸. De ce manque de moyens découle également un manque de temps qui « conduit le plus souvent à la “désactivation” jurisprudentielle des principes législatifs »⁶²⁹.

Toutes ces pistes de propositions sont ambitieuses et chacune mériterait un exposé à part entière. Elles n'ont pas vocation à directement s'appliquer toutes ensemble et toutes en même temps, mais certaines d'entre elles pourraient déjà faire l'objet d'une mise en place dès demain. Nous espérons en tout cas que ces propositions puissent permettre de faire mûrir la réflexion et d'ouvrir un débat au terme duquel pourront naître des initiatives fondées sur le respect des droits des personnes en situation de handicap. Il est temps que nous passions « d'une attitude charitable à une approche fondée sur les droits, du paternalisme à la responsabilisation, ou encore du retrait de la capacité juridique au droit d'obtenir une aide pour exercer cette capacité »⁶³⁰.

⁶²⁸ Le Comité nous a d'ailleurs bien rappelé « d'allouer les ressources financières et humaines suffisantes pour permettre la mise en œuvre de l'assistance à la prise de décision, et permettre aux juges de paix de prendre une décision adaptée à la personne, tel que prescrit par la loi » (Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique*, précitées, pt. 24).

⁶²⁹ G. WILLEMS, « Droit à la personnalité... », *op cit.*, p. 408.

⁶³⁰ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *A qui appartient-il de décider ? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2012, p. 21, www.commissioner.coe.int.

Bibliographie

Section 1. Législation

A. Législation internationale

Convention des Nations-Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, signée à New-York le 30 mars 2007, approuvée notamment par la loi du 13 mai 2009, *M.B.*, 22 juillet 2009.

Recommandation R(99)4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes juridiques concernant la protection des majeurs incapables, adoptée le 23 février 1999.

Recommandation CM/Rec (2009)11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, 9 décembre 2009.

Observations générales onusiennes

Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n°1, Article 12 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/CG/1, 19 mai 2014.

B. Législation belge

Constitution belge coordonnée du 17 février 1994, *M.B.*, 17 février 1994.

Loi du 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), Code civil.

Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002.

Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, *M.B.*, 14 juin 2013.

Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013.

Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 décembre 2018.

Arrêté royal du 12 février 2021 organisant le fonctionnement du registre central de la protection des personnes, *M.B.*, 15 mars 2021.

Avant-projet de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue d'instaurer une Commission fédérale de l'administration et de définir les conditions à remplir pour exercer à titre professionnel les fonctions d'administrateur d'une personne protégée (non-publié).

Travaux préparatoires

Chambre des représentants de Belgique, *Doc. parl., Chambre, 3^e session de la 53^e législature, doc. n°53 1009/010*, 16 juillet 2012, p. 31.

C. Législation canadienne

Constitution Acts, 1867 to 1982.

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, c. 11.

Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991 (C.c.Q.).

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01 (C.p.c.).

Loi sur le curateur public, L.R.Q., c. C-81. (Lc.p.).

Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1989, c. 54.

Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1998, c. 51.

Adult Guardianship and Trusteeship Act, S.A. 2008, c. A-4.2.

Loi modifiant le Code des professions dans le domaine de la santé mentale et des relations humaines, L.Q. 2009, c. 28.

Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes, L.Q. 2020, c. 11.

Règlement sur les conditions de l'accréditation des notaires en matière d'ouverture et de révision d'un régime de protection et de mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude, (1999) 131 G.O. II, 1317.

D. Législation anglaise

Mental Health Act 1983, c. 20, London.

Mental Capacity Act 2005, c. 9, London.

The Court of Protection Rules 2017, n°1035 (L. 16), London.

Mental Capacity (Amendment) Act 2019, c. 18, London.

The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocate) (General) Regulations 2006, n°1832, London.

Code of Practice of the Mental Capacity Act, Issued by the Lord Chancellor on 23 April 2007 in accordance with sections 42 and 43 of the Act, Department for Constitutional Affairs, London.

Section 2. Jurisprudence

A. Jurisprudence belge

J.P. Forest, 28 septembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 391.

J.P. Fontaine l'Evêque, 17 novembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/1, p. 47.

B. Jurisprudence canadienne

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 R.C.S. 703 (C.S.C.).

Curateur public du Québec c. H.P., 2019 QCCA 795.

R.L. c. M.L., 2013 QCCA 316.

Curateur public du Québec c. D.S., 2006 QCCA 83.

Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.), 1994 QCCA 6105.

D.J. c. De P, 2015 QCCS 3241.

S.F. c. M.A., 2015 QCCS 1046.

Surprenant c. G. (J.), EYB 2010-183514 (C.S.).

J.P. c. J. (J.), EYB 2010-170768 (C.S.).

Québec (Curateur public) c. L. (C.), EYB 2009-157641 (C.S.).

A. c. C., EYB 2007-112937 (C.S.).

M. (C.) et G. (M.), EYB 2006-125679 (C.S.).

Trottier c. Deslauriers-Trottier, [1992] R.D.F. 692 (C.S.).

Dupré c. Papillon, [1936] 40 R.P. 321 (C.S.).

C. Jurisprudence anglaise

Masterman-Lister v. Brutton & Co [2002] EWCA Civ. 1889.

W v M [2011] EWHC 2443 (Fam).

Re P [2010] EWHC 1592.

Re P [2009] EWHC 163.

Re S and S (Protected Persons), C v V [2008] EWHC B16 (Fam).

Re Lawson, Mottram and Hopton [2019] EWCOP 22.

Wye Valley NHS Trust v B [2015] EWCOP 60.

Re PAW [2015] EWCOP 57.

XZ v The Public Guardian [2015] EWCOP 35.

Re EU [2014] EWCOP 21.

London Borough of Havering v LD and KD [2010] EWCOP 3876.

G v E [2010] EWCOP 2512.

Section 3. Doctrine

ALONZI, A., « The Mental Capacity Act 2005 and the Code of Practice: An Introduction », *Nottingham Law Journal*, vol. 17, n°1, 2008, pp. 44 à 52.

ARSTEIN-KERSLAKE, A. et FLYNN, E., « The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy ? », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 32, n°1, 2014, pp. 124 à 143.

BARBE, R. *Rôle et pouvoirs de l'officier de justice lors de l'ouverture du régime de protection : le majeur inapte est-il protégé adéquatement ?*, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2013.

BARBE, R. et GRÉGOIRE, M.A., « Le rôle du Curateur public du Québec dans le processus d'ouverture d'un régime de protection à un majeur inapte : point de vue des greffiers de la Cour supérieure », *R.D.U.S.*, n°45, 2015, pp. 273 à 296.

BEAUCHAMP, M., « Les nouvelles compétences attribuées au notaire : commentaires et critique », *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ?*, S.F.P.B.Q. (dir.), vol. 146, Cowansville, Yvon Blais, 2001, pp. 53 à 69.

BEAUCHAMP, M. et ROY, A., « Les régimes de protection du majeur inapte », *Répertoire de droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

BEGUIN, E. et FONTEYN, J., « Le mandat de protection extrajudiciaire », *Rev. not. belge*, 2014, pp. 463 à 504.

BOUDREAU, M.-P. et MORIN, C., « La vérification de l'inaptitude lors de l'homologation du mandat de protection : l'importance de l'interrogatoire », *Repères*, 2015, EYB2015REP1790.

BROPHY, L., CAMPBELL, J., DAVIDSON, G., FARRELL, S. J., GOODING, P., et O'BRIEN, A.-M., « An international comparison of legal frameworks for supported and substitute decision-making in mental health services », *International Journal of Law and Psychiatry*, n°44, 2016, pp. 30 à 40.

BURCH, M., JÜTTEN, J., MARTIN, W. et MICHALOWSKI, S., *Is the MCA of England and Wales compatible with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities? If not, what next ?*, 2014, <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2021/01/EAP-Position-Paper-FINAL.pdf>.

BZEDRA, A., « Capacité juridique et droit international en Angleterre et au Pays de Galles », *Bulletin de veille*, vol. 5, n°1, 2016, pp. 6 à 9.

BZDERA, A., « La mise en œuvre au Canada de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Bulletin de veille*, vol. 6, n°1, 2017, pp. 2 à 5.

CLOUTIER, A.-I., « La création d'une instance décisionnelle spécialisée au Québec : une voie à explorer pour une meilleure protection des personnes inaptes », 2019, <https://www.bcli.org/ccel/gregory-k-steele-gc-student-prize>.

COOPER, P., HOGG, C. et KEENE, A., « Special Measures in the Court of Protection », *Elder Law Journal*, vol. 2016, n°1, 2016, pp. 62 à 66.

DANDOY, N. « Tour d'horizon de la procédure – Du certificat médical circonstancié en particulier », *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, N. Dandoy (dir.), CUP, vol. 165, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 71 à 122.

DEGUEL, F., « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine: vers une simplification ? », *R.G.D.C.*, 2013, n°6, pp. 290 à 316.

DEGUEL, F., « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, pp. 369 à 386.

DELAHAYE, T. et HACHEZ, F., « La procédure dans la loi du 17 mars 2013 », *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 127 à 163.

DELEURY, E. et GOUBAU, D., *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

DERÈME, F., « Heurs et malheurs des mandats extrajudiciaires, et autres mesures de prévoyance en cas d'incapacité », *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, 2018, n°3, pp. 227 à 250.

DESCHAMPS, P., « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 359, Cowansville, Yvon Blais, 2013, pp. 69 à 114.

DÉSILETS, K., « Le mandat en cas d'incapacité : la réconciliation des idées », *R.D.U.S.*, n°38, 2008, pp. 291 à 338.

DESROCHERS, P., « Recours contre les acteurs d'un régime de protection », *Obligations et recours contre un curateur, tuteur ou mandataire défaillant*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 283, Cowansville, Yvon Blais, 2008, pp. 109 à 160.

DHANDA, A., « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, B. Eyraud, J. Minoc et C. Hanon (dir.), Montrouge, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 52 à 60.

DIMOND, B.C., *Legal Aspects of Mental Capacity: A Practical Guide for Health and Social Care Professionals*, 2^{ème} éd., Oxford, John Wiley & Sons, 2016.

D'OTREPPE DE BOUVETTE, B., « Les acteurs de la protection judiciaire des incapables majeurs », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, n°2, pp. 273 à 297.

DUPIN, F., « Le mandat de protection : des origines à nos jours », *Congrès annuel du Barreau du Québec*, S.F.C.B.Q. (dir.), 2008, <https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2008/1732783751>

DUPIN, F., « Contester une décision d'un tuteur, curateur ou mandataire dans l'exercice de sa charge », *Obligations et recours contre un tuteur, curateur ou mandataire défaillant*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 283, Cowansville, Yvon Blais, 2008, pp. 87 à 105.

DUPIN, F., « Vers la reconnaissance d'un principe d'individualisation d'une mesure de protection légale à l'égard d'un majeur vulnérable », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 409, Cowansville, Yvon Blais, 2016, pp. 3 à 25.

ECCLES, A., « Transforming the Services of the Public Guardian », *Elder Law Journal*, vol. 2014, n°3, 2014, pp. 267 à 271.

Essex Autonomy Project, *The Court of Protection. Briefing Document*, 2016, <https://autonomy.essex.ac.uk>.

FABIEN, C., « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », *La revue du barreau canadien*, vol. 80, n°3, 2001, pp. 951 à 989.

FABIEN, C., « Le mandat de protection en cas d'incapacité du mandant : une institution à parfaire », *C.P. du N.*, vol. 1, 2007, pp. 405 à 438.

FILION, N., « Pleins feux sur les mesures phares introduites dans le cadre de la nouvelle réforme de la protection juridique au Québec », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 488, Cowansville, Yvon Blais, 2021, pp. 165 à 195.

FREEMAN, M.C., KLEINMAN, A., KOLAPPA, K., MIGUEL CALDAS DE ALMEIDA, J., MAKHASHVILI, N., PHAKATHI, S., SARACENO, B. et THORNICROFT, G., « Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *Lancet Psychiatry*, vol. 2, n°9, 2015, pp. 844 à 850.

FURGALSKA, M., HARDING, R. et TASCIOGLU, E., *Supported Will-Making: A Socio-Legal Study of Experiences, Values, and Potential in Supporting Testamentary Capacity*, Birmingham Law School, 2019, www.legalcapacity.org.uk/research-findings/.

GALLUS, N., « La protection judiciaire de la personne – Assistance ou représentation », *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 65 à 99.

GALLUS, N. et VAN HALTEREN, T., *Le nouveau régime de protection des personnes majeures : analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

GALLUS, N. et VAN HALTEREN, T., « La personnalisation des mesures d'incapacité », *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, N. Dandoy (dir.), CUP, vol. 165, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 9 à 69.

GAUKROGER, C., « Reflections of a Court of Protection Visitor », *Elder Law Journal*, vol. 2015, n°2, 2015, pp. 210 à 214.

GAUTIER, L. et PAUZÉ, M., « Évolution de l'exercice du travail social relatif aux mesures et aux régimes de protection de la personne inapte », *Intervention*, n°131, 2009, pp. 98 à 107.

GAUTIER, L. et PAUZÉ, M., « L'évaluation psychosociale dans le cadre des régimes de protection : l'acceptation de la solitude des choix difficiles pour le travailleur social », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 344, Cowansville, Yvon Blais, 2012, pp. 81 à 102.

GENEAU, D., « Evaluation clinique de l'aptitude chez le majeur », *La protection des majeurs vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 378, Cowansville, Yvon Blais, 2014, pp. 55 à 64.

GIROUX, M., « Des volontés et préférences agissantes par la bienveillance », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 469, 2020, pp. 93 à 121.

GRATTON, G., « Réflexion éthique sur la protection malgré soi », *Être protégé malgré soi*, S.F.P.B.Q. (dir.), vol. 165, Cowansville, Yvon Blais, 2002, pp. 49 à 58.

GRÉGOIRE, M.-A. et MORIN, C., « Vulnérabilité et aptitude : rapport québécois », *Journées québécoises de l'association Henri Capitant*, 2018, <http://henricapitant.org/evenements/journees-internationales>.

GOUBEAU, D., « Les actes qui exigent le consentement personnel du majeur protégé », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 378, Cowansville, Yvon Blais, 2014, pp. 5 à 20.

GOUBEAU, D., *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd. (collab. A.-M. Savard), Cowansville, Yvon Blais, 2019.

GOUBAU, D., « Analyse critique du projet de loi n°18 de 2019 portant réforme des régimes de protection », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 469, 2020, pp. 1 à 23.

HITCHEN, G. et JONES, H., « Deputyship Is Not Receivership by Another Name: A Practitioner Perspective », *Elder Law Journal*, vol. 2011, n°1, 2011, pp. 89 à 93.

JONES, R., « Review of the Mental Capacity Act 2005 », *Psychiatric Bulletin*, n°29, 2005, pp. 423 à 427.

KILLEEN, J., « Dementia: Autonomy and Decision-Making - Help for Family and Friends Acting as Proxy Decision-Makers », *Elder Law Journal*, vol. 2012, n°4, 2012, pp. 383 à 388.

LAMBERT, J., « Le mandat de protection a 17 ans ; s'émancipera-t-il bientôt ? », *Revue du notariat*, vol. 109, n°3, 2007, pp. 427 à 449.

LEFEBVRE, B., « Le mandat donné en prévision de l'incapacité : vingt-cinq ans d'expérience québécoise », N. Gallus (dir.), *La protection des incapables majeurs et le droit du mandat, Droit belge et droit comparé*, Limal, Anthémis, 2014, pp. 165 à 180.

LELEU, Y.-H., « Les innovations de la réforme de la protection des personnes vulnérables », *La protection des personnes vulnérables*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 5 à 26.

LEPAGE, C., *L'encadrement juridique du mandat de protection au Québec : perspective historique et comparée*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de maîtrise en droit, Université de Laval, 2021.

LETTIS, P., « Mental Capacity Act 2005: The Statutory Principles and Best Interests Test », *Journal of Mental Health and Capacity Law*, n°13, 2005, pp. 150 à 162.

LUSH, D., « The Mental Capacity Act and the new Court of Protection », *Journal of Mental Health Law*, 2005, pp. 31 à 40.

LUSH, D., « Guardianship in England and Wales », *Comparative perspectives on adult guardianship*, K. Dayton (dir.), Durham, Carolina Academic Press, 2014, pp. 137 à 152.

MÉGRET, F., « Handicap, droits humains et Canada : quel horizon après la ratification de la Convention des Nations Unies ? », *Race, Femme, Enfant, Handicap: Les Conventions Internationales et le Droit Interne à la Lumière des Enjeux Pratiques du Droit à l'égalité*, 2010, <https://ssrn.com/abstract=1592555>.

O'SULLIVAN, M., « Court of Protection Deputies: Their Appointment and Removal », *Elder Law Journal*, vol. 2012, n°3, 2012, pp. 272 à 277.

RALTON, A., « The Work and Workings of the Court of Protection » *Elder Law Journal*, vol. 2011, n°1, 2011, pp. 69 à 76.

RAOUL-CORMEIL, G., « Exercice de droit comparé : la réforme québécoise et française en leur ADN », *La protection des personnes vulnérables*, S.F.C.B.Q. (dir.), vol. 469, Cowansville, Yvon Blais, 2020, pp. 27 à 52.

RENCHON, J.-L., « Le nouveau régime de la "protection judiciaire" des incapables majeurs : présentation générale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, n°2, p. 241 à 272.

RENCHON, J.-L., « Vulnérabilité et aptitude. Rapport de droit belge », *Journées québécoises de l'association Henri Capitant*, 2018, <http://henricapitant.org/evenements/journees-internationales>.

RENCHON, J.-L., *Le droit des personnes et de la famille (tome II)*, syllabus, Université Saint-Louis – Bruxelles, 2018-2019.

REUSENS, F., « Petit aperçu de la grande réforme du droit belge des incapacités », *Ann. dr. Louvain*, 2014, n°1, pp. 5 à 20.

RUCK KEENE, A., *Personal welfare deputies – to appoint or not ?*, 2019, <https://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/personal-welfare-deputies-to-appoint-or-not/>

STANYER, A., « Lasting Powers of Attorney - Are They Good Enough Protection against Financial Abuse », *Elder Law Journal*, vol. 2017, n°3, 2017, pp. 225 à 230.

SZERLETICS, A., *Best interests decision-making under the Mental Capacity Act*, 2016, <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2016/11/Best-Interests-Green-Paper-v3.0.pdf>.

SZMUKLER, G., « “Capacity”, “best interests”, “will and preferences” and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *World Psychiatry*, vol. 18, n°1, 2019, pp. 34 à 41.

TASIAUX, A., « La nouvelle loi incapacité : colosse aux pieds d'argile ? », *X., Réforme du paysage judiciaire. Le Pli juridique*, liv. 30, 2014, pp. 18 à 22.

TERRELL, M., « New Lasting Power of Attorney Forms », *Elder Law Journal*, vol. 2015, n°3, 2015, pp. 279 à 284.

VERHEYDE, T., « Le regard de juges français sur le système québécois de protection des majeurs vulnérables », *Retraite et société*, n° 68, 2014, pp. 167 à 181.

VROONEN, C. et WESTERLINCK, V., « La protection judiciaire des incapables majeurs, une analyse pratique après un an d'application », *Actualités en droit de la famille*, N. Baugniet (dir.), Larcier, Bruxelles, pp. 10 à 44.

WARD, O., « The Mental Capacity Act 2005 (England and Wales) - A New Legal Framework for Decision-Making », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 56, n°2, 2005, pp. 275 à 280.

WARLET, F.-J., « La personne de confiance », *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 227 à 241.

WILLEMS, G., « Le droit à la personnalité et à la capacité d'exercice », *Les grands arrêts en matière de handicap*, I. Hachez et J. Vrielink (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 379 à 408.

Section 4. *Varia*

Agence des Droits fondamentaux de l'Union européenne, *La capacité juridique des personnes souffrant de troubles mentaux et des personnes handicapées intellectuelles*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2013, <https://fra.europa.eu/fr>.

Alzheimer's Society, *Deputyship*, 2018, <https://www.alzheimers.org.uk/get-support/legal-financial/deputy-dementia>.

BAUER, A., BONIN, E.-M., KNAPP, M., PERKINS, M., et WISTOW, G., « Circles of support and personalisation: exploring the economic case », *Journal of Intellectual Disabilities*, vol. 20, n°2, 2016, pp. 194 à 207.

BECK., S., CHINOUYA, M., IRVINE, J. et MOLYNEUX, J., *Exploring the Use of IMCAs in Adult Safeguarding Processes in Gateshead: an evaluation*, 2013, <https://empowermentmattersweb.files.wordpress.com/2012/07/imca-report-final-may-2013.pdf>.

BRÜHLMANN, F., KRUEGER, E., MEKLER, E.D., OPWIS, K., SCHNEIDER, A. et VOLLENWYDER, B., « How to Use Plain and Easy-to-Read Language for a Positive User Experience on Websites », *Computers Helping People with Special Needs*, K. Miesenberger et G. Kouroupetroglou (dir.), Linz, Springer, 2018, pp. 514 à 522.

BUTLER-COLE QC, V., CASTLE, S., COWLEY, J. et RUCK KEENE, A., *Basic Guide to the Court of Protection*, 2020, <https://courtofprotectionhandbook.files.wordpress.com/2020/07/a-basic-guide-to-the-court-of-protection-july-2020-3.pdf>.

Chambre des notaires du Québec, *Assurer la continuité et l'innovation. Rapport annuel 2019-2020*, Montréal, 2020, p. 61, www.cnq.org.

Chambre des notaires du Québec, *Mémoire sur le projet de loi n°18*, 2020, p. 27, https://www.cnq.org/wp-content/uploads/2020/10/228_fr_v_memoire-projet-de-loi-n18-1.pdf.

CHATFIELD, D.A., LEE, S., COWLEY, J., KITZINGER, C., KITZINGER J. et MENON, D.K., « Is there a broader role for Independent Mental Capacity Advocates in Critical Care ? An exploratory study », *Nurs Crit Care*, n°23, 2018, pp. 82 à 87.

Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique*, CRPD/C/BEL/CO/1, 28 octobre 2014.

Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial du Canada*, CRPD/C/CAN/CO/1, 8 mai 2017.

Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *A qui appartient-il de décider ? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, février 2012, www.commissioner.coe.int.

Commission nationale consultative des droits de l'homme et Conseil français des personnes handicapées pour les questions européennes, *Guide pratique sur la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées*, 2018, https://www.cncdh.fr/sites/default/files/guide_pratique_cidph_vdef_en_planches.pdf.

Conseil supérieur de la Justice, avis d'office sur les juges suppléants, 26 avril 2006, www.csj.be.

Conseil supérieur de la Justice, avis d'office relatif aux curateurs à successions vacantes, 16 décembre 2015, www.csj.be.

Conseil supérieur de la Justice, *Audit : Le contrôle sur les administrations par les justices de paix*, 2019, www.csj.be.

Conseil supérieur de la Justice, avis sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue d'instaurer une Commission fédérale de l'administration et de définir les conditions à remplir pour exercer à titre professionnel les fonctions d'administrateur d'une personne protégée, 27 novembre 2019, www.csj.be.

Conseil Supérieur National des Personnes Handicapées, avis n°2019/08 relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue d'instaurer une Commission fédérale de l'administration

et de définir les conditions à remplir pour exercer à titre professionnel les fonctions d'administrateur d'une personne protégée, 11 septembre 2019, <http://ph.belgium.be/fr/avis/avis-2019-08.html>.

Curateur public du Québec, *Document de présentation*, 2019, <https://www.curateur.gouv.qc.ca>.

Curateur public du Québec, Résumé du projet de loi n°18, 2020, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/mieuxprotger.html>.

Curateur public du Québec, *Rapport annuel 2019 – 2020*, 2020, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/index.html>.

Curateur public du Québec, *Statistiques*, 2021, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/statistiques.html>.

Curateur public du Québec, *Curateur délégué*, https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/outils/carrieres/cura_deleg.html.

Curateur public du Québec, *Agent d'aide à la représentation privée*, https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/outils/carrieres/agent_priv.html.

Direction générale des politiques internes (Parlement européen), *Étude comparative sur les régimes juridiques de protection des majeurs incapables*, Bruxelles, 2008, <https://www.europarl.europa.eu/portal/en>.

Éducaloi, *La tutelle au majeur*, <https://educaloi.qc.ca/capsules/la-tutelle-au-majeur/>.

Fédération Royale du Notariat Belge et Fondation Roi Baudouin, *Guide pratique pour les administrateurs familiaux*, 2017, <https://www.notaire.be/nouveautes/detail/guide-pratique-pour-les-administrateurs-familiaux>.

Financial conduct authority, *Everyday Banking. An easy read guide*, 2018, <https://www.fca.org.uk/publication/documents/everyday-banking-easy-read-guide.pdf>.

House of Lords, *Mental capacity act 2005: post-legislative scrutiny*, report of session 2013-14, 2014, <https://bringingusttogether.org.uk/wp-content/uploads/2014/07/house-of-ords-report-scrutiny-2013-14-on-MCA.pdf>.

Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*, 37^{ème} session, A/HRC/37/56, 2018, <https://undocs.org/en/A/HRC/37/56>.

Human Right Council, *Visit to Canada : Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*, 43^{ème} session, A/HRC/43/41/Add.2, 2019, <https://undocs.org/en/A/HRC/43/41/Add.2>.

Inclusion Europe, <https://www.inclusion-europe.eu/easy-to-read/>.

Inform'elle, *Dossier Protection des personnes majeures*, 2016, <https://www.informelle.osbl.ca>.

LAVALLÉE, D., *Un regard croisé sur les dispositifs français et québécois de protection juridique des majeurs inaptes*, allocution prononcée lors des Assises de la protection juridique des majeurs, Paris, 2012, <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/allocutions/20120206.html>.

The Law of Commission, *Mental Incapacity*, rapport n°231, 28 février 1995, <http://www.bailii.org>.

The Law of Commission, *Mental Capacity and Deprivation of Liberty*, rapport n°372, 2017, www.gov.uk/government/publications.

LINDSEY, J., *Taking part in the Court of Protection*, 2020, https://courtofprotectionhandbook.files.wordpress.com/2020/07/participation-in-cop-proceedings_easy-read_2020-1.pdf.

Local Government Association, *What is local government?*, <https://www.local.gov.uk/about/what-local-government>.

Local Government Association et The Care Provider Alliance et NHS England, *Mental Capacity Act 2005. An Easy Read guide*, <https://www.careengland.org.uk/sites/careengland/files/Mental%20Capacity%20Act%202005%20easy%20read%20guide.pdf>.

Mencap, *Circles of support. A how to guide to help you develop your circle*, <https://www.suttonmencap.org.uk/assets/documents/circles-of-support-a-how-to>.

NEIL, M. et SANDERSON, H., *Circles of Support and Personalisation*, 2015, <http://community-circles.co.uk/wp-content/uploads/2015/10/circlesofsupportandpersonalisation.pdf>.

Office of the Public Guardian, *Making decisions. The Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) service*, 2007, www.gov.uk/opg.

Office of the Public Guardian, *Making decisions...about your health, welfare or finances. Who decides when you can't ?*, 2009, <https://www.gov.uk/government/publications/making-decisions-who-decides-when-you-cant>.

Office of the Public Guardian, *Making decisions. A guide for people who work in health and social care*, 2009, <https://www.gov.uk/government/publications/health-and-social-care-workers-mental-capacity-act-decisions>.

Office of the Public Guardian, *Deputy standards. Professional deputies*, 2015, <https://www.gov.uk/government/publications/office-of-the-public-guardian-deputy-standards>.

Office of the Public Guardian, *Deputy standards. Public authority deputies*, 2015, <https://www.gov.uk/government/publications/office-of-the-public-guardian-deputy-standards>.

Office of the Public Guardian, *How to be a deputy. Property and financial decisions*, 2017, www.gov.uk/opg.

Office of the Public Guardian, *Make and register your lasting power of attorney. A guide*, 2017, <http://www.gov.uk/official-documents>.

Office of the Public Guardian, *Annual report and accounts 2019/2020*, 2020, <https://www.gov.uk/official-documents>.

Office of the Public Guardian, *Supervision, support and visits*, <https://www.gov.uk/become-deputy/supervision-support-and-visits>.

Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec, *Guide de pratique. L'évaluation psychosociale dans le contexte des régimes de protection, du mandat donné en prévision de l'inaptitude et des autres mesures de protection au majeur*, Laval, 2011, https://www1.otstcfq.org/sites/default/files/evaluation_psychosociale_dans_le_contexte_des_regimes_de_protection.pdf.

Organisation mondiale de la santé, *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé*, adoptée par la 54^e Assemblée Mondiale de la Santé, 2000, <http://dcalin.fr/fichiers/cif.pdf>.

REY, Q., « Le registre central des personnes protégées est entré en vigueur », *La Tribune*, 2021, <https://latribune.avocats.be/le-registre-central-des-personnes-protgees-est-entre-en-vigueur/>.

Société québécoise de la déficience intellectuelle, *Position sur le Projet de loi 18*, 2019, p. 6, <https://www.sqdi.ca/fr/actualites/la-societe-presente-son-memoire-sur-le-projet-de-loi-18/>.

UNIA, *L'application en Belgique de la Convention ONU relative aux droits des personnes handicapées*, <https://www.unia.be/fr/criteres-de-discrimination/handicap/convention-onu-relative-aux-droits-des-personnes-handicapees>.

UNIA, *Le droit à l'inclusion des personnes en situation de handicap désormais dans la Constitution*, 2021, <https://www.unia.be/fr/articles/le-droit-a-linclusion-des-personnes-en-situation-de-handicap-desormais-dans>.

VANDEMEULEBROUCKE, M., « Sous tutelle ou sous verrous ? Administration de biens », *Médor*, 2020, <https://medor.coop/magazines/medor-n18-printemps-2020/sous-tutelle-ou-sous-verrous/>.

Vérificateur général du Québec, *Audit de performance : Protection des personnes inaptes sous régime public*, 2019, <https://www.vgq.qc.ca/Fichiers/Publications/rapport-annuel/2019-2020-VGQ-nov2019/fr/Rapport2019-2020-VGQ-nov2019-ch06.pdf>.

X., « Un conseiller après le passage chez le juge de paix », *La DH*, 2002, <https://www.dhnet.be/archive/un-conseiller-apres-le-passage-chez-le-juge-du-paix-51b85cf2e4b0de6db9a3e976>.

ANNEXE 1. Tableau comparatif

Contenu général de législation en matière de capacité juridique					
Critères de comparaison	Mise en relation avec les prescrits onusiens	Belgique	Québec	Angleterre et Pays de Galles	Recommandations à destination de la Belgique
Champ d'application <i>ratione personae</i> des instruments de référence	Abolition de l'approche fonctionnelle de la capacité juridique (<i>Observation générale n°1</i> , pt. 15)	« Majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même [...] fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux » (art. 488/2 C. civ.)	Majeur « inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté » (art. 258 C.c.Q.)	« A person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain » (section 2(1) MCA)	Prévoir de nouveaux indicateurs, non discriminatoires, du besoin d'accompagnement (<i>Observation générale n°1</i> , pt. 29, i) Abolir l'unique référence à l'origine médicale dans la définition de l'incapacité et y intégrer une dimension sociale en s'inspirant de l'article 1 ^{er} de la CDPH
	Privilège d'une approche sociale et non médicale du handicap en abolissant l'approche basée sur le diagnostic de déficience				
Principes directeurs	Respect des droits, des volontés et préférences, proportionnalité, nécessité, mesure appliquée pendant la période la plus brève possible et soumise à un contrôle périodique (art. 12, § 4 CDPH)	Principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité, de capacité et d'assistance	Principes de nécessité, de subsidiarité, de mise en œuvre d'une présomption de solidarité familiale « élargie », de proportionnalité, de précarité, d'unicité et d'individualisation	Présomption de capacité, « all practicable steps to help decision-making », distinction entre l'incapacité de prise de décision et la prise de décision déraisonnable, respect des <i>best interests</i> de la personne, principe de nécessité	Mettre l'accent, au travers de la législation, sur la manière de déterminer en quoi une décision sera la meilleure à prendre dans le chef de la personne (voy. section 4 MCA) et sur la nécessité d'utiliser toute aide à la prise de décision, dont des modes de communication adaptés (voy. section 1(3) MCA)
Prise en compte de l'intérêt supérieur versus des volontés et préférences	Remplacement du paradigme de « l'intérêt supérieur » par celui des « volontés et des préférences » (<i>Observation générale n°1</i> , pt. 21)	Privilège de la notion de l'intérêt supérieur. Essence de l'administration : « défendre les intérêts de la personne protégée » (art. 497, al. 2 C. civ.).	Actuellement : décision prise « dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie » (art. 257 C.c.Q.) Dès l'entrée en vigueur de la réforme : décision prise « dans son intérêt [...] en tenant compte de ses volontés et préférences » (art. 257, al. 1er C.c.Q. (PL))	Notion de <i>best interests</i> explicitée par le <i>Code of Practice</i> (section 1(5) MCA et art. 5.1 à 5.69 CoP)	Intégrer, au sein du Code civil belge, l'obligation d'au moins tenir compte de manière déterminante des volontés et préférences de la personne

Les régimes de protection judiciaire					
Critères de comparaison	Mise en relation avec les prescrits onusiens	Belgique	Québec	Angleterre et Pays de Galles	Recommandations à destination de la Belgique
Les différents types de régimes de protection	Volonté d'abolir les régimes de prise de décisions substitutive au profit des régimes de prise de décisions assistée respectant les volontés et préférences de la personne <i>(Observation générale n°1, pt. 28)</i>	Régime de protection unifié : choix entre le régime de représentation ou d'assistance qui doit être personnalisé Obligation de se prononcer sur la capacité de la personne à propos de 42 actes (art. 492/1 C. civ.) A défaut d'indication, présomption de capacité	Actuellement : trois régimes de protection judiciaire - <i>Curatelle</i> : lorsque l'incapacité est « totale et permanente » (art. 281 C.c.Q.). Incapacité totale - <i>Tutelle</i> : lorsque l'incapacité est « partielle ou temporaire » (art. 285 C.c.Q.). Personnalisation de la protection possible, et à défaut d'indication, degré d'autonomie comparable à celui d'un mineur - <i>Conseiller au majeur</i> : régime d'assistance couvrant certaines décisions relatives aux biens Lors de l'entrée en vigueur de la réforme : - <i>Régime unique de tutelle personnalisée</i> : obligation « de déterminer si les règles relatives à l'exercice des droits civils du majeur doivent être modifiées ou précisées, compte tenu de ses facultés » (art. 288 C.c.Q. (PL)) - <i>Représentation temporaire</i> : représentation pour un acte particulier - <i>Déjudiciarisation de l'assistance</i>	Régime de représentation unifié : <i>le deputyship</i> Privilège pour les <i>specific decisions of the Court</i> Si le représentant atteste que la personne est tout de même capable, il doit lui laisser le pouvoir de prendre la décision (section 20(1) MCA)	Abolition d'une forme de représentation qui ne respecte pas l'avis, les volontés et les préférences de la personne en situation de handicap Privilégier le recours préalable à l'assistance (voir <i>infra</i>) S'inspirer du mécanisme de la représentation temporaire québécoise
	Les régimes de protection couvrant les actes relatifs à la personne	/	Régime couvrant les actes juridiques ou de procédure relatifs à la personne (art. 499/1, § 1 ^{er} C. civ.)	Régimes couvrant l'exercice des droits civils, le bien-être moral et matériel, l'entretien, la garde, la représentation en justice (art. 260 C.c.Q.)	<i>Personal welfare decisions</i> couvrant tant les prises de décision quotidiennes que les actes ayant des effets juridiques Coutume de ne pas prononcer ce type de régime

La procédure de mise sous protection judiciaire					
Critères de comparaison	Mise en relation avec les prescrits onusiens	Belgique	Québec	Angleterre et Pays de Galles	Recommandations à destination de la Belgique
Personnes décidant de l'ouverture d'un régime	/	Juge de paix	Juge ou greffier spécial (si procédure non contentieuse) de la Cour supérieure Intervention possible du notaire pour la première partie de la procédure (si procédure non contentieuse)	Juge de la <i>Court of Protection</i>	Mettre en place un tribunal spécialisé dans la question de l'incapacité avec des juges sensibilisés et formés au handicap Impliquer davantage les notaires dans le début de la procédure, moyennant les garanties nécessaires
Documents nécessaires pour l'introduction de la demande	/	Certificat médical circonstancié	Évaluations médicale et psychosociale	« <i>Deputy's declaration</i> » et « <i>assessment of capacity</i> »	Conditionner la demande d'ouverture d'un régime de protection à la production d'une évaluation psychosociale
Réévaluation de la mesure de protection	« Garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique [...] soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire » (art. 12, § 4 CDPH)	Abolition par la loi de 2018 de l'obligation de réévaluation de la protection deux ans après son prononcé	Actuellement : réévaluation tous les trois ans pour la tutelle et le conseiller au majeur, tous les cinq ans pour la curatelle Lors de l'entrée en vigueur de la réforme : délai personnalisé qui ne peut excéder cinq ou dix ans en fonction de la situation de la personne	Pas de réévaluation périodique fixée par la loi	Réinstaurer un délai de réévaluation périodique qui pourrait par exemple se calquer sur celui proposé par la réforme québécoise

Les acteurs gravitant autour de la personne en situation de handicap					
Critères de comparaison	Mise en relation avec les prescrits onusiens	Belgique	Québec	Angleterre et Pays de Galles	Recommandations à destination de la Belgique
Les personnes agissant comme représentant ou assistant à titre public ou professionnel	« Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique » (art. 12, § 3 CDPH)	Les curateurs délégués, membres du Curateur public et ayant une formation psychosociale, travaillant en collaboration avec l'équipe pluridisciplinaire du Curateur public	The professional deputies : le plus souvent des avocats, mais aussi des institutions financières ou des professionnels de la santé The public authority deputies : désignation des local authorities	Assurer un meilleur encadrement de la profession d'administrateur (formations, registre) par le biais d'une Commission fédérale de l'administration Assurer une meilleure collaboration entre le monde juridique, médical et social et intégrer une approche plus psychosociale de l'administration. Idée : désigner une équipe volante de travailleurs sociaux au sein des justices de paix afin de donner accès à un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique	
		Les avocats dans la grande majorité des cas			
Les personnes agissant comme représentant ou assistant à titre privé	« Les personnes handicapées peuvent charger une ou plusieurs personnes de confiance de leur choix de les accompagner dans l'exercice de leur capacité juridique pour certains types de décisions, ou faire appel à d'autres formes d'accompagnement, comme le soutien par les pairs » (Observation générale n°1, pt. 17)	Privège doctrinal et jurisprudentiel (principe de mise en œuvre d'une présomption de solidarité familiale « élargie ») pour la désignation des représentants légaux privés	Pas de privilège de nature légale ou jurisprudentielle pour la désignation des lay proxies. Mais jurisprudence favorable à leur désignation	Renforcer le soutien personnalisé des administrateurs familiaux en prévoyant un service public d'accompagnement, à l'instar du Québec et de l'Angleterre	
		Privège légal pour la désignation d'un administrateur familial (art. 496/3 C. civ.)	Soutien offert par les agents d'aide à la représentation privée, membres du Curateur public		

Les personnes à qui l'on accorde juridiquement sa confiance	« La reconnaissance juridique de la ou des personne(s) de confiance officiellement choisie(s) par une personne doit être disponible et accessible » (<i>Observation générale n°1</i>, pt. 29 d)) « L'ensemble des personnels sanitaires et médicaux devraient veiller à ce que les personnes handicapées soient consultées directement et de manière appropriée » (<i>Observation générale n°1</i>, pt 41)	La personne de confiance : - Soutien à la prise de décision et surveillance de l'administration - Désignation non obligatoire - Peut donner des avis	Le conseil de tutelle : - Plusieurs membres chargés de l'assistance et de la surveillance de l'administration - Désignation non obligatoire - Peut donner des avis et des autorisations	Pas de statut juridique spécifique prévu par la loi Toutefois, intervention obligatoire des <i>IMCA</i> en matière de soins de santé ou d'aide sociale pour les personnes isolées	Mettre en place un service comparable à celui des <i>IMCA</i> afin d'assurer à des personnes plus isolées de bénéficiair d'un accompagnement pour certaines décisions médicale ou sociale
Les acteurs chargés de la surveillance de la protection	/	Le juge de paix par le biais des rapports annuels/des plaintes La personne de confiance	Pour les tutelles et les curatelles privées : le Curateur public par le biais des rapports annuels/des plaintes et le conseil de tutelle Pour les tutelles et curatelles publiques : la personne protégée ou un proche s'ils demandent un compte annuel sommaire	<i>The Office of the Public Guardian</i> par le biais des contrôle annuels/des plaintes Envoi possible des <i>Court of Protection Visitors</i>	Confier le contrôle général de l'administration à une instance tierce pour des raisons d'indépendance et d'impartialité et pour décharger les justices de paix

Les mesures d'accompagnement et de protection extrajudiciaire valorisant l'autodétermination de la personne					
Critères de comparaison	Mise en relation avec les prescrits onusiens	Belgique	Québec	Angleterre et Pays de Galles	Recommandations à destination de la Belgique
L'assistance	Principe de l'assistance : régime de protection judiciaire appliqué de plein droit à défaut d'indication contraire (art. 492/2 C. civ.)	Dès l'entrée en vigueur de la réforme : mesure déjudiciarisée de l'assistant au majeur valable durant trois ans			Envisager une déjudiciarisation de l'assistance belge pour inciter à son recours avant le passage devant le tribunal. La publicité de la mesure garantit une reconnaissance officielle du statut de l'assistant auprès des organismes publics
	Volonté d'abolir les régimes de prise de décisions substitutive au profit des régimes de prise de décisions assistée (<i>Observation générale n°1</i> , pt. 28)	Approbation de la demande par le Curateur public et inscription de la mesure dans un registre public	Pas de régime ou de mesure d'assistance prévu par la loi		
Le mandat de protection	Consentement, voire co-signature de l'assistant qui peut être requis	Faible surveillance de la part du Curateur public			Abolition de la possibilité de demander la co-signature de l'assistant
	« Garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire » (art. 12, § 4 CDPH)	Impossibilité de requérir la co-signature de l'assistant ou de s'opposer aux décisions de la personne			
Des pratiques para-juridiques à développer	Mandat de protection extrajudiciaire : exécution totale ou partielle dès que le mandataire atteste que le mandant est « incapable »	Mandat de protection judiciaire : exécution de l'entiereté du mandat dès son homologation par le tribunal			<i>Lasting Power of Attorney</i> : exécution totale ou partielle du mandat en fonction de l'incapacité mentale
	Pas d'homologation judiciaire requise	Actuellement : pas de mécanisme de surveillance par défaut et pas de réévaluation périodique			Pas d'homologation judiciaire requise. Enregistrement auprès du OPG
	Pas de mécanisme de surveillance par défaut	Dès l'entrée en vigueur de la réforme : possibilité de prévoir des réévaluations périodiques et obligation de reddition de compte à une tierce personne, sauf renonciation expresse			Prévoir une réévaluation périodique lors de la mise en œuvre du mandat
	</				

ANNEXE 2. Interview avec François Dupin, ancien avocat au Curateur public du Québec (30 juin 2021)

- C : Première question d'abord, c'est juste une petite précision terminologique. D'après ce que j'ai compris, quand on parle des régimes de protection, on parle bien de la curatelle, de la tutelle et du conseiller en majeur. Mais vous avez aussi le mandat de protection judiciaire, alors que chez nous justement, le mandat est extrajudiciaire parce que ça ne nécessite pas l'intervention du tribunal. Comme leur point commun ici aux 4, c'est le fait que ça doive passer devant un tribunal, quelle est la terminologie que vous utilisez pour désigner les quatre en même temps ?
- FD : Alors c'est ça, on parle des trois régimes excluant le mandat de protection. D'autres diraient le régime privé mais très peu. Vous allez dire les quatre régimes incluant le mandat ou les trois régimes excluant le mandat. Le mandat de protection fait bande à part dans la mesure de son origine contractuelle. Je n'entrerai là-dedans que si vous me le demandiez. Il y a un doctrinaire européen français qui disait que le testament est par nature ce qu'il y a de plus paroxystique de la volonté humaine. Alors qu'avec l'apparition du mandat de protection, on peut très bien différer d'avis avec ce savant doctrinaire à cause des conséquences gravissimes que représente le mandat protection puisque c'est un projet de vie au long cours. Autant le testament représente nos volontés pour avoir effet à nos décès, alors que le mandat de protection, c'est pendant notre vivant, c'est donc infiniment grave. En plus de ça, le mandat de protection a quelque chose de surréaliste, et vous allez voir où je me campe là-dedans, c'est que vous abdiquez du contrôle de vos biens au profit de quelqu'un à raison d'une inaptitude dont vous ne connaissez absolument pas les paramètres ; vous ne savez pas si vous allez finir votre vie inapte premièrement, de quelle inaptitude vous allez souffrir, etc. On est complètement dans l'arbitraire. Je ne sais pas si c'est un désir d'immortalité qui conduit l'homme ou la femme moderne à même pallier les effets de son inaptitude, c'est vraiment un instrument remarquable mais par ça, on abdique par avance tous nos droits ou une partie de nos droits. 94% des mandats protection au Québec ont donné la pleine administration, donc notre mandataire va être plénipotentiaire à raison d'une inaptitude aléatoire. Alors est-ce que ça part aussi, mais là je ne rentrerai pas là-dedans parce que ce n'est pas dans mes compétences, d'un souci de s'immortaliser et aussi d'une grande angoisse vis-à-vis notre finitude, vis-à-vis aussi du fait que nos sociétés vieillissent. Les premiers maux pour les hommes commencent à 69 ans. Tenons pour acquis que ce mal est de la confusion mentale, alors on a 11 ans de projets de vie jusqu'à l'âge de 81 ans où un mandat de protection va être en vigueur, ce qui est vraiment un projet de vie.
- C : Je pense que comme en Belgique, vous pouvez aussi prévoir des mandats de protection judiciaire par exemple pour des personnes qui ont des maladies mentales et qui, par phases, ne savent pas prendre certaines décisions.
- FD : Non. C'est ce qu'on appelle ici le testament d'Oregon - parce que de l'état d'Oregon des États-Unis - ça ce n'est pas permis au Québec. Il vise au fond surtout les questions de consentement aux soins de sa personne, et quelqu'un qui a des problèmes de santé mentale peut très bien, en Oregon, stipuler que lorsque sa santé mentale déclinera, de prévoir l'administration par force de médication même s'il fallait qu'il ne qu'il n'y consente plus à cause de sa santé mentale.
- C : Tout cela concerne la médication. Mais qu'en est-il pour toutes les autres décisions telles que vendre un bien, ou aller dans un autre logement ?
- FD : Le mandat, c'est un contrat, ce qui suppose un consentement libre et éclairé comme tous les contrats. C'est possible de faire un mandat de protection en étant affecté d'une maladie mentale, mais encore faut-il prouver qu'au moment de la confection du contrat de mandat, la personne était apte à s'obliger. Ça c'est possible et ça peut avoir effectivement des effets lors de l'homologation du mandat. Mais quelqu'un qui a un désordre de santé mentale ce n'est pas la même chose évidemment qu'une maladie dégénérative.
- C : Mais alors quand la personne retrouve son aptitude quand sa crise est terminée, je ne sais pas très bien comment cela se passe à ce moment-là.
- FD : Je prends le cas le plus simple, une dépression maniaque-dépressive. La personne, pendant qu'elle est sous médicament, va faire un mandat de protection. Le mandataire demande au tribunal l'homologuer le mandat, le mandant ne s'oppose pas, donc le mandat est en vigueur. À partir du moment où la personne va retrouver son aptitude, elle pourra demander la mainlevée du mandat de protection tout simplement. Et la même chose pour les régimes de protection.

- C : Ça veut dire qu'éventuellement, si la personne sait qu'elle va potentiellement refaire une crise – on ne sait pas quand – elle devrait conclure un nouveau mandat à chaque fois ?
- FD : Oui, encore que la mainlevée du mandat signifie qu'il va rester quelque part sous condition suspensive. Ça ne veut pas dire ça annule de soi le mandat, ça en annule les effets. Donc le mandataire pourra revenir à la charge après.
- C : Oui alors il faut refaire une homologation judiciaire ou bien ?
- FD : Oui, mais c'est purement théorique, je n'ai jamais vu ça.
- C : D'accord. Donc chez vous, le mandat de protection, c'est vraiment plus à destination des personnes âgées et pas spécialement des maladies mentales.
- FD : C'est ça. Tout dépend de la nature de la maladie mentale, si c'est récurrent ou est-ce que c'est une situation au long cours. Je vais encore dans les sondages qui avaient été faits en 2010 par le Curateur public : on s'apercevait qu'au moment de faire un mandat, une personne sur dix avait déjà des problèmes de vulnérabilité. Alors évidemment, transposez ça à une autre vulnérabilité qui est la déficience intellectuelle - qui n'est pas une pathologie, c'est un état permanent de limites intellectuelles - alors ça pose le problème. Au Québec, 80 ou 85% des déficiences intellectuelles sont modérées. Ces personnes-là pourraient ou non faire un mandat de protection ? On peut dire que oui. Mais en général ce sont des gens qui n'ont pas de patrimoine.
- C : Tant que nous sommes sur le sujet du mandat, j'avais encore quelques questions. Chez nous, en Belgique, le mandat peut être exécuté totalement ou partiellement, donc laisser entrer en vigueur seulement certaines parties du mandat pour limiter les pouvoirs du mandataire par rapport aux réels besoins de la personne. Par exemple, si elle avait prévu que pour certains actes, elle voulait déléguer le pouvoir aux mandataires mais qu'au temps T, il n'y a que deux actes sur 5 qu'elle ne sait pas accomplir, on peut faire entrer en vigueur le mandat partiellement. Chez vous, c'est tout ou rien ? On homologue le mandat pour tout son contenu ?
- FD : Alors le mandat est un contrat, donc c'est un tout ou rien. Il n'appartient pas au tribunal de choisir dans le contrat de mandat des clauses qui pourraient déjà être applicables selon la situation du mandant, donc c'est un tout ou rien. Si le mandat ne sied pas à la situation du mandat, on ouvrira un régime de protection qui va pouvoir se moduler et se greffer.
- C : J'avais également lu le rapport de la Chambre des notaires qui avait été rédigé à l'occasion du projet de loi, lorsque plusieurs organisations avaient pu donner leur avis pendant les consultations, et ils avaient critiqués le fait que les dispositions actuelles permettaient qu'une personne donne les pouvoirs de pleine administration de ses biens dans un document rédigé à la main, sans conseil, et pas spécialement devant notaire. Donc la Chambre des notaires avait suggéré que si on voulait octroyer la pleine administration des biens, il fallait s'inspirer alors de la France en faisant en sorte que ça soit fait par acte notarié. Mais je ne sais pas si finalement dans le projet de loi qui a été adopté, la remarque de la Chambre des notaires a été prise en compte ?
- FD : Écoutez, je vais vous dire que le mandat a été très peu retouché dans le projet de loi 18. La Chambre des notaires semble dire « point de salut si le mandat n'est pas notarié ». C'est-à-dire que, comme vous savez, le droit québécois, à cause de la nature gravissime du mandat, il se doit d'être fait, soit devant deux témoins majeurs, ou soit devant notaire. Évidemment, forts de leur quasi-monopole, les notaires ont dit « on devrait favoriser plus la formation des mandats de protection sous l'angle notarié que de laisser la faculté des gens d'avoir des mandats avec deux témoins ». Ils disent ça parce qu'effectivement, en théorie, « nous avons une obligation de conseil, donc on peut mieux conseiller les justiciables ». Mais en critique à ça, on peut dire que le mandat date depuis le 15 avril 1990, et les mandats notariés, il y en aurait à peu près deux millions qui sont répertoriés ou notariés, et ce qu'on remarque, c'est qu'à peu près 55% des mandats notariés n'avaient même pas de ce qu'on appelle la reddition de compte. Ça veut dire que le mandataire n'était absolument pas supervisé. Alors, on peut se demander qu'est-ce qu'ajoutent les conseils d'un notaire si pour 55% des mandats notariés, le notaire qui, en principe, est supposé conseiller son client, n'a pas su quelque part imposer une reddition au mandataire qui agit comme un agent libre.

- C : D'ailleurs, je pense qu'avec le projet de loi, ils vont renverser le principe. Ça été voté que la reddition de compte devra désormais être prévue sauf si le mandant y renonce expressément. Donc c'est une bonne chose qu'ils aient introduit ça ?
- FD : Est-ce que c'est une bonne chose ? Vous posez des questions un peu pièges (rires). Regardez dans les régimes de protection, le curateur, le tuteur, il est surveillé de deux façons : par le curateur public par les rapports annuels et par ce qu'on appelle le conseil de tutelle ou de curatelle. Vous arrivez dans le mandat, le mandataire fait ce qu'il veut. Il y a une disproportion, pour moi, qui est tout à fait mal venue. Mais ça c'est mon opinion. Et, quant à moi, j'aurais préféré une supervision d'office par le curateur public du Québec.
- C : Oui, ce n'est pas spécialement le curateur public qui va être désigné comme étant la personne à qui on va envoyer la reddition de compte, mais ça peut être lui.
- FD : Alors oui, vous voyez bien que dans le projet de loi 18, la reddition de compte devient la règle générale et la dispense l'exception, et l'oyant-compte peut être le curateur public quand il n'y aura pas de surveillant dans le mandat. Mais ça c'est pour les mandats avant 2022, parce qu'en 2022, il y aura cette clause : ou bien vous renoncez explicitement, ou bien vous annoncez quelqu'un. On a forcé un peu la main du curateur public pour dire regarde-là, pour tous les mandats avant 2022 qui n'ont pas cette clause de renonciation, tu devras faire quand même office d'oyant-compte. Et moi ce que je vous dis comme critique, on devrait faire de même pour tous les mandats, pour faire en quelque sorte pendant au régime de protection, même de tutelle, qui sera le seul régime en 2022.
- C : J'avais aussi lu un article de doctrine qui critiquait tout le problème de la surveillance, de la sécurité et le risque d'abus avec le mandat parce qu'il n'y a pas du tout de surveillance de la part du curateur public. Et aussi, il disait qu'il y avait beaucoup de mandats qui n'étaient pas homologués en temps voulu, dans le sens où la personne est déjà inapte et ils ne procèdent pas à l'homologation assez vite. Donc il peut parfois aussi y avoir des abus parce qu'il n'y a pas de contrôle non plus à ce niveau-là. Donc oui, il y a un manque de sécurité juridique. On a le même problème en Belgique, il y a beaucoup de questions qui se posent parce qu'il n'y a pas vraiment de surveillance du mandat extrajudiciaire qui ne doit même pas être homologué. Je vois que c'est un peu le même problème partout de craindre un peu les abus à cause du manque de surveillance.
Tant qu'on parlait des notaires, j'avais lu qu'il était possible, quand on veut ouvrir un régime de protection, de recourir à une procédure non contentieuse qui peut se faire devant notaire. Je trouvais ça intéressant parce que ça n'existe pas du tout en Belgique, chez nous, toute la procédure doit d'office avoir lieu devant le juge de paix. Mais je me demandais en pratique, est-ce que c'est quelque chose qui se fait souvent ? Au final, le tribunal est toujours compétent pour prononcer le jugement de l'ouverture du régime, mais on a toute la phase préalable qui se fait devant notaire ou devant greffier ou devant le juge, etc.
- FD : Alors, premièrement, vous avez raison, toute cette procédure devant notaire doit être avalisée par le tribunal. Cette procédure devant notaire date de 1999, suite à une promesse électorale. Les notaires qui sont intéressés à avoir ces compétences doivent suivre une formation. À peu près 60 à 70% des notaires, là il faudrait rafraîchir ces termes, ont suivi cette accréditation.
- C : Oui j'avais vu des statistiques, la moitié des notaires ont l'accréditation chez vous, je pense.
- FD : Ces procédures devant notaires, elles sont effectivement assez usitées. Et ça possède des vertus et des problèmes. Les vertus que ça possède, c'est la chose suivante : c'est que le notaire va beaucoup plus vite. L'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis, va par exemple tout de suite pouvoir être fixée dans le temps. L'interrogatoire du majeur, le notaire va pouvoir le faire. Donc vous avez une économie ici de temps tout à fait appréciable.
Le deuxième bon côté, c'est qu'il y a un effet de convivialité. C'est souvent le notaire de famille qui connaît la personne représentée, la personne vulnérable et sa famille. Donc dans les petits villages, le notaire connaît tout le monde. Durant l'interrogatoire du majeur vulnérable, le notaire va pouvoir discuter, avoir un effet vraiment non-contentieux.
Les effets négatifs, premièrement les coûts. Alors ce qui n'appartient pas au service public devra se payer dans les services privés du notaire. L'assemblée de parents et l'interrogatoire, le notaire va devoir le charger, etc. Donc les coûts vont être plus onéreux pour la famille. Ça peut avoisiner les 3000 ou 4000, donc ça coûte cher.
Le deuxième problème, qui est le client du notaire ? La famille ou le majeur vulnérable ? Il y a bien une disposition dans notre code de procédure civile qui vous dit : « Le notaire devra toujours veiller à

l'intérêt supérieur du majeur et la sauvegarde de son autonomie ». Mais dans la réalité, c'est la famille qui vient voir le notaire. Là, on a un problème, parce que le notaire peut très bien faire l'impasse sur la protestation du majeur, sans que personne ne crie. Bien que vous ayez des dispositions légales, qui vous disent « Lorsqu'il réalise qu'il y a contestation du bien-fondé de la demande, le notaire doit en aviser le tribunal ».

- C : Dès qu'il y a contestation, la relève est assurée par le juge, c'est ça ?
- FD : En théorie, oui.
- C : C'est vrai que l'avantage que ce soit un notaire de famille, c'est, comme vous dites, plus convivial, c'est plus humanisant, etc. Et ça peut être aussi moins impressionnant pour la personne d'aller devant un notaire qu'à la Cour supérieure, etc. Mais comme c'est le notaire de famille, il peut y avoir un peu des collusions aussi avec la famille. Il doit lui-même faire un PV qu'il doit leur transmettre au tribunal. Mais donc c'est ça aussi le désavantage, c'est que comme finalement le tribunal ne va pas procéder à l'interrogatoire, il n'aura pas vraiment vu non plus la personne et il ne va pas savoir ce qui s'est passé exactement devant le notaire. Donc même lui, c'est difficile de pouvoir évaluer par la suite la réelle capacité de la personne. Parce qu'en fin de compte, de ce que j'ai lu, c'est que le juge n'est jamais tenu de tout ce qui a été décidé par le greffier ou par le notaire. C'est à lui seul que revient la décision finale, donc il peut aller à l'encontre de ce que le notaire ou le greffier aura relaté. Ici, il n'est pas spécialement non plus tenu d'aller dans le sens de ce que le notaire aura dit. Mais c'est difficile, en n'ayant pas fait l'interrogatoire et en n'ayant pas participé à l'assemblée de parents et d'amis, de pouvoir se faire une opinion là-dessus.
- FD : C'est ça. Et vous avez un problème, peut-être de nature académique : le notaire est-il un officier public ou est ce qu'il est à la solde ?
- C : Bonne question. J'avais lu que certains auteurs étaient contre le fait qu'il y ait ce morcellement (qu'on fasse l'interrogatoire devant le greffier, l'assemblée de parents ou d'amis ou devant le notaire). L'auteur disait que si le notaire était saisi, il devait être saisi pour l'ensemble du dossier.
- FD : Absolument, ça je pense ce sont des connaissances judiciaires ce que vous dites, c'est du bon sens.
- C : Oui c'est ça, il n'y a pas de dispositions légales apparemment qui le prescrit et donc c'est déjà arrivé qu'il y ait ce genre de chose.
- FD : Ce n'est pas vrai. Il y a une disposition légale qui vous dit à un moment donné, dans le code de procédures civiles, qu'un notaire ou même le tribunal peut déférer à un notaire le soin d'interroger. Il y a un débat, parce que la personne est dans un autre district judiciaire.
- C : J'irai relire le code. Et alors, il y a la compétence des notaires, mais il y a aussi la compétence des greffiers quand c'est un processus non contentieux. Mais j'avais lu un rapport où Mr Barbe avait fait des enquêtes vis-à-vis des greffiers. Il y en avait quand même la moitié qui disaient exprimer « un certain malaise vis-à-vis de l'indépendance judiciaire, dans l'exercice de leurs fonctions ». Ils relataient aussi le fait qu'ils considèrent qu'ils ont parfois un « classement professionnel inférieur à leur clientèle, qu'ils sont soumis à l'évaluation d'un gestionnaire et considérés comme des fonctionnaires et qu'ils n'ont pas d'indépendance financière » parce qu'ils sont beaucoup moins bien payés que des juges, etc. Donc je me demandais ce que vous pensiez du fait que chez vous, les greffiers puissent avoir cette compétence, de nouveau dans une idée, je suppose, d'accélération du processus. Parce que c'est ça le problème en Belgique, c'est que le juge est l'unique personne qui doit faire tout le processus et toute la procédure. Mais du coup les juges sont débordés, ils doivent voir en cinq minutes toutes les personnes à mettre sous protection judiciaire. Il y a parfois difficilement un suivi qui est opéré, parce que les juges de paix ne sont pas compétents que pour la matière de l'incapacité. Donc je trouvais intéressant le fait qu'il y ait chez vous la compétence des greffiers et des notaires pour alléger le processus et pour que ça aille plus vite. Mais, il y a quand même un peu des désavantages.
- FD : Bon, écoutez, la question de fond, a-t-on les moyens de nos législations ? Et, moi c'est le problème de fond, c'est-à-dire, tout ce qui relève des libertés civiles devrait échoir au tribunal, non pas au greffier, mais à des juges. Nous avons, au Québec, comme en Belgique, parce que je vous ai écouté, les gros problèmes d'accessibilité à la justice, donc il faut trouver des expédients. Un expédient, ça été de dire que les greffiers vont faire le boulot qui devrait impartir aux juges, selon moi à cause de

la nature gravissime de ce qui est disputé, la liberté civile. 98-99% de ce genre de demandes-là n'est pas contesté. Donc, ça nous ouvre les portes de dire ça peut être quelque chose, un tribunal auxiliaire, qui peut être un greffier. D'autant plus, qu'il existe des mécanismes de référents au tribunal si la décision du greffier ne convient pas. Ce dont je me rends compte, c'est que maintenant, nous avons des tribunaux qui gèrent plus qu'ils ne tranchent. Nous avons des tribunaux qui sont submergés et qui renvoient tout le temps dans la Cour d'à côté leur propre juridiction au niveau des tribunaux supérieurs. Ils gèrent des dossiers plutôt qu'ils n'adjuent. Avec le résultat que les greffiers prennent une importance considérable. J'ai des tas de dossiers actuellement, j'agis comme avocat conseil où je me déssole de voir que plus que jamais, l'administration de la justice est en souffrance comme elle ne l'a jamais été. Il y a de plus en plus de personnes qui se représentent seules, ça coûte trop cher, c'est beaucoup trop long. Le fait qu'ils se retrouvent seuls devant l'appareil judiciaire, ça prend plus de temps. Et les grosses corporations qui, en travers de tout ça, mènent des procès de 45 jours d'audition alors et ça évidemment, ça draine l'énergie et les ressources du système judiciaire. Quand je fais ce constat-là, c'est pour vous dire que les greffiers sont effectivement pris à parti, ce que je déplore, mais malheureusement, il y a des districts judiciaires, de manière bien pratico-pratique, qui ne font plus d'interrogatoire des personnes représentées par exemple. Il y a des districts dans Ottawa, où il y a un mandat de protection, donc on ne va pas interroger la personne. Pourquoi ? Par économie de temps, etc. Ils interprètent un peu de manière trop large la formule « dans l'impossibilité de voir la personne ». Pour avoir une date d'audition d'un procès, bon, on parle évidemment de mois, voire d'années.

- C : C'était pour avoir un peu votre avis sur le fait de savoir si vous étiez partisans de l'octroi de cette compétence non contentieuse au greffier.
- FD : Au niveau du principe, il s'agit de désapproprier quelqu'un du contrôle de ses affaires, de ses biens, de sa personne, ça devrait être un juge de liberté civile. Pour moi là, ça c'est le top, on peut trouver des expédients corollaires en trouvant des excuses, mais bon.
- C : C'est vrai que par principe c'est tellement, comme vous dites, un acte gravissime de retirer la capacité juridique d'une personne. Une autre question : avant de passer au jugement, on avait dit que les notaires, pour exercer la procédure non contentieuse, doivent être accrédités et devaient donc suivre des formations spéciales, etc. Est-ce que ces greffiers doivent aussi suivre des formations spécifiques ?
- FD : Je ne crois pas. Non.
- C : On ne se rend pas compte que retirer la capacité juridique totale d'une personne, c'est vraiment quelque chose qui a une influence dans leur vie quotidienne, ils sont cadennassés dans un régime de protection.
- FD : C'est une blessure narcissique. Mais là, malheureusement, notre Cour d'Appel insiste beaucoup sur la question personnelle, etc. Notre Cour d'Appel semble extrêmement ouverte dans les questions de liberté civile. Mais les Cours Supérieures, écoutez, ça parle aussi du profil des juges qu'on nomme. Vous avez des juges qui ont fait tout leur droit dans le droit bancaire. Ils arrivent devant un régime de protection et ne comprennent donc rien, et ils rendent quelquefois des décisions aberrantes. J'ai donné le 20 octobre dernier une formation aux magistrats de la Cour Supérieure justement sur le projet de la loi 18, sur la future loi, mais les juges ont beaucoup de formation. Les greffiers, que je sache, non. Bien que je me souvienne d'avoir donné en 2015 une formation pour eux, quand j'étais encore curateur public.
- C : Dans le cas de la tutelle et dans le cas de la future tutelle personnalisée, le juge doit déterminer alors les actes que la personne sait accomplir et ceux qu'elle peut ne pas accomplir sans être représentée. Chez nous en Belgique, on a vraiment un article du Code civil, qu'on appelle la *checklist*, où le juge est obligé de se prononcer pour dire si la personne est capable ou pas. Vous, je ne pense pas que vous avez ça.
- FD : Alors premièrement, projet de loi dix-huit, future loi. Pour le moment, l'article actuel vous dit « le juge peut moduler la tutelle ». Alors que le projet de loi, ce n'est plus un « peut », c'est un « doit » ! Le tribunal aura dorénavant l'obligation de déterminer si les règles relatives à l'exercice des droits civils du majeur doivent être modifiées ou précisées, compte tenu de ses facultés selon le rapport de l'évaluation psychosociale. L'abolition du régime de curatelle permettra de restituer plusieurs droits aux personnes actuellement sous ce régime, tels que le droit de vote.

Dans la loi actuelle, les tutelles modulées, il n'y en a pas, très peu. Pourquoi ? Parce que le curateur public déteste d'avoir des tutelles modulées, ça ne rentre pas dans leur cadre informatique. Imaginez-vous. C'est ridicule que ce que je vous dis. La première tutelle modulée que j'ai obtenue, c'était en 95 et c'est une modulation très superficielle, mais quand même ! Le curateur public, c'est sûr qu'il a quinze mille personnes sous sa juridiction et avoir une tutelle modulée, ça l'ennuie. Pourquoi ? Parce qu'il va falloir qu'il regarde à chaque fois le jugement pour voir quels actes la personne peut poser. Malheureusement, il ne connaît pas les personnes qu'il représente. Il ne les appelle même plus une fois par an.

- C : Oui, c'est le désavantage du fait que ce soit une grosse structure... Enfin, ça a ses avantages dans le sens où il y a des équipes multidisciplinaires, etc. Mais le désavantage c'est que ça peut être un peu déshumanisant parce qu'on n'a pas vraiment de contact direct avec une personne. En Belgique, quand ce ne sont pas des administrateurs familiaux, ce sont des avocats qui remplissent le rôle de l'administrateur professionnel. Ils ont aussi 120 dossiers d'administration de gens qu'ils représentent. Donc en Belgique, on critique aussi le fait qu'il n'y ait pas vraiment ce lien étroit entre l'administrateur professionnel et son administré et qu'il ne la connaît pas toujours vraiment.
- FD : Comment parler au nom d'autrui si on ne connaît pas cet autrui ? Dans le plan de représentation, on établit qu'est-ce que le curateur public va faire, tant qu'il va être aux rênes du régime, pour le bien-être de la personne. Alors vous imaginez qu'à la base le curateur public ne connaît pas cette personne. Alors ce qui arrive c'est que le curateur public va téléphoner aux intervenants du réseau de santé pour savoir « est-ce-qu'il mange du beurre ou de la margarine ? »
- C : Comment est-ce qu'on pourrait remédier à ce problème, le fait que les personnes qui prennent les décisions au nom et pour le compte de la personne à chaque fois ne les connaissent pas ?
- FD : Je leur ai dit de mettre en place une équipe volante de travailleurs sociaux. Quand il y a une décision d'importance à prendre, envoyez cette équipe volante et revenez avec l'information et là on va prendre une décision. Là ce qui arrive, c'est qu'on prend les décisions à partir des intervenants du réseau de la santé qui ont leur propre agenda et qui ne veulent pas toujours protéger la personne, mais libérer un lit.
- C : De ce que j'ai vu, la formation que doivent avoir les curateurs délégués, ce sont justement des formations plutôt sociales... C'est ça qui est aussi critiqué en Belgique, les administrateurs sont des gens qui ont eu des formations purement juridiques. Alors qu'en fait, pour être administrateur, si on veut vraiment entretenir une relation étroite avec la personne, il faut avoir une formation psychosociale. On n'a pas d'évaluation psychosociale comme chez vous. Et donc il y a cette dimension psychosociale qui est vraiment absente en Belgique, c'est du juridique et de l'administratif pur. Donc je me demandais si le fait que chez vous, il y a plus cet aspect psychosocial de l'administration du fait que les curateurs sont plus souvent des travailleurs sociaux, ça améliorerait les choses ?
- FD : C'est à dire que l'organisation même de cette institution publique est problématique. Vous savez, j'enseigne à l'Ordre des travailleurs sociaux. Les travailleurs sociaux sont scandalisés du fait que le Curateur public leur font porter la responsabilité de leurs décisions. A la place que ce soit le curateur public qui prenne des décisions, c'est le réseau de la santé qui prend des décisions. Mais ce n'est pas ça qu'il faut, parce que le réseau de la santé, comme je vous dis, il a son agenda qui n'est pas le même que la personne. Malheureusement, nous avons un atout considérable qu'est le curateur public, mais qui est sous-alimenté. Il n'y a pas de volonté de politique de réformer cette organisation de l'intérieur.
- C : Je rebondis sur ce que vous disiez par rapport au fait que le curateur public aurait besoin d'une grande réforme dans son organisation. Selon vous, comment est-ce que ça devrait se matérialiser cette refonte, et quels seraient les systèmes et les mécanismes à améliorer au sein du curateur public ?
- FD : Quelle question, mais c'est un programme ça ! Premièrement, c'est une formation obligatoire en éthique clinique de tous les curateurs délégués. Ils ont des formations beaucoup plus de nature juridique. Le curateur public avait jusqu'en 2004 un comité d'éthique. Ils ont fait disparaître ce comité d'éthique. Pourquoi ? Parce que ça ne rentre pas dans le schéma organisationnel, parce que l'éthique est un questionnement au chevet du malade, c'est ça l'éthique. Les décisions sont matière de valeur. Alors évidemment, dans une organisation où tout doit être « gestionnalisé »...
- C : Oui, c'est la base même de cette matière qui est profondément éthique.

- FD : Voilà, altruiste, éthique ! Alors première chose, une formation de tous ces gens-là, à commencer par les gestionnaires, en disant « vous n'êtes pas des gestionnaires de la fonction publique appelés à administrer des budgets mais à accompagner » ! A partir de là, on donne des cours d'éthique, etc. Ensuite, on met sur pied des équipes volantes. Quand je dis volantes, ça veut dire qui se déplacent là où les décisions sont à prendre. Pour moi, c'est déjà ça à améliorer sur le terrain.
- C : Comment on disait tantôt, il y a une équipe pluridisciplinaire, donc ça a l'avantage qu'on ait des personnes spécialisées en droit, en comptabilité, etc. Mais est-ce que ça fait que finalement, l'administration de la personne est assez éclatée et peut-être qu'il y a un peu des dossiers qui se perdent entre les différents services comptable, juridique, social, etc. ? Est-ce que le fait que ce soit tellement fragmenté au sein même du curateur public a une influence sur la lenteur de certaines prises de décisions ?
- FD : Oui. Par exemple, la direction des patrimoines agit en silo complet avec la protection des personnes.
- C : Normalement, c'est le curateur public qui est en charge de l'administration de la personne quand la famille n'est pas là. Mais j'avais lu un texte de 2012 de Madame Lavallée qui avait dit qu'elle voulait, pour les futures années à venir après 2012, “explorer les nouvelles avenues pour reconnaître des tiers autres que le curateur public ou que la famille, qui pourraient éventuellement agir à titre de tuteur ou de curateur d'un majeur inapte. On pense ici à des mandataires judiciaires professionnels”. Est-ce que ça s'est fait finalement ?
- FD : Alors, il y a eu des comités qui ont été formés pour explorer cette avenue-là que l'on a écartée complètement.
- C : Quelles étaient les raisons pour lesquelles vous l'avez écartée ?
- FD : Des questions d'indépendance, de privatisation, ... On n'était pas à l'aise avec ça. Mais je ça va resurgir comme problème. Le curateur public, ils sont 750 actuellement. Ils n'arrivent pas à fournir, donc à un moment donné, on va en arriver-là.
- C : Et donc pour vous, il y a vraiment un problème de question d'indépendance lorsqu'un avocat est désigné ? Comme chez nous c'est la norme, c'est pour ça que je trouve ça intéressant.
- FD : Disons que j'ai beaucoup de réserves à donner cette matière au monde juridique. Je pense que c'est Clemenceau qui disait qu'il ne fallait pas confier l'issue de la guerre à des militaires. Il ne faut pas confier la protection des personnes à des juristes, parce que l'issue n'est pas le n'est pas le droit. Le droit est un accessoire mais pas le principal ; l'issue est l'accompagnement.
- C : Est-ce qu'on devrait accorder cette responsabilité plus à des personnes du monde social ? Qui pourrait endosser cette mission de représentation et d'administrateur si ce n'est pas les avocats, des curateurs délégués ?
- FD : Ecoutez, peut-être parce que j'enseigne à l'Ordre des travailleurs sociaux, mais je pense que s'il y a bien des gens qui sont au courant des services offerts et par l'état et par le communautaire, des gens qui ont une connaissance de tout ce réseau de ressources, c'est bien les travailleurs sociaux. Je vois très bien que des travailleurs sociaux s'occupent de la dimension de l'accompagnement. Ils pourraient se faire accompagner par d'autres experts. Comme des comptables par exemple pour les gros patrimoines gérer l'administration des biens. Je verrai une formule comme ça. Ce seraient les professionnels qui, quant à moi, seraient les plus à même, à cause de leur profil, en anglais “caring”. On est dans de la vulnérabilité humaine. Qui sont les gens qui ont un regard sur la vulnérabilité humaine ? La vulnérabilité où tu sens ton autonomie partir. Quels sont les gens où leurs études les préparent à une résonance. Les seuls professionnels que je vois, ce sont les travailleurs sociaux.
- C : Ça devrait être eux qui pourraient poser les actes au nom et pour le compte de la personne, que ce soient des actes relatifs à la personne ou aux biens ?
- FD : Oui, mais ça c'est purement ésotérique. Pour tout le corps médical, ils sont en conflit d'intérêt, mais le curateur public va les consulter pour savoir ce qu'est l'intérêt de la personne. Mais quand les

travailleurs sociaux font partie de l'équipe médicale, c'est eux que les curateurs délégués vont contacter.

- C : Et tant qu'on parle des travailleurs sociaux, j'avais aussi envie de parler à propos de l'évaluation psychosociale. J'avais lu qu'il y a quelques d'années, on a confié l'exclusivité de l'établissement de ces évaluations psychosociales aux travailleurs sociaux. Mais je me demandais en pratique, est-ce que ça n'a pas fait en sorte qu'il y a eu une énorme augmentation des demandes pour les travailleurs sociaux et que ça a mené un peu peut-être à une banalisation du geste professionnel puisqu'ils doivent être rentables vu la concentration des demandes ?
- FD : Vous avez des travailleurs sociaux qui travaillent dans le public avec le réseau de la santé et des travailleurs sociaux qui travaillent dans le privé. Ce qui ne peut pas se faire au public, on dit à la famille adressez-vous au privé, ça va coûter des sous mais c'est comme ça. Comme la vulnérabilité est une affaire de famille d'abord, c'est le travailleur social qui va faire l'examen de la constellation familiale, l'opinion du majeur et qui va voir vraiment une vision holistique de la situation du majeur. Donc pour moi, cette vision holistique, personne ne l'a dans le tribunal même pas le juge, mais le travail social, à cause de sa connaissance des réseaux publics, communautaires et des ressources, est même capable de proposer des mesures d'encadrement plutôt que d'ouvrir un régime de protection, donc d'aller beaucoup plus loin. De dire, à la place d'un régime de protection, je suggère telles mesures d'encadrement. Et en cette mesure-là, je trouve que c'est assez génial l'impact d'un travailleur social.
- C : Et en pratique, ça se passe comment du coup le processus d'évaluation psychosociale ?
- FD : En pratique, si vous êtes dans un établissement public, dans un EHPAD comme disent les Français ou dans un CHSLD ici, le directeur va voir l'équipe soignante ou le travailleur social et il demande un rapport psychosocial sur la personne. L'évaluateur va d'abord s'adresser évidemment la personne qu'il examine, va identifier les personnes qui constituent sa famille, va rejoindre les personnes qui constituent sa famille pour leur demander quelles sont les interactions, va demander l'opinion du majeure, va consulter le dossier médical. Il va recenser les informations, pas seulement médicales mais aussi psychosociales de la personne. Il va conclure sur l'opportunité d'ouvrir soit un régime de protection, soit sur l'homologation des mandats.
- C : Du coup, avec le fait qu'il y ait cette concentration maintenant de ce pouvoir dans les mains des travailleurs sociaux, est-ce qu'ils ont assez de temps pour bien faire ça, et vraiment faire des rapports détaillés ?
- FD : Oui, je suis assez agréablement surpris, mais c'est un jugement personnel. Alors que l'évaluation médicale, c'est un médecin qui coche, l'évaluateur psychosocial, lui, il se tartine quatre-cinq pages.
- C : Oui, j'ai vu sur le site du curateur public qu'il y avait des formulaires standardisés pour l'évaluation psychosociale et pour l'évaluation médicale, mais je ne sais pas si en pratique ils utilisent plus ce formulaire là où ils utilisent leur propre formulaire ?
- FD : Alors, ça dépend. Quand vous êtes du public vous avez l'obligation de faire le formulaire standardisé, mais quand vous êtes du privé, vous pouvez faire votre propre formulaire. N'oubliez pas qu'avec la nouvelle loi, le curateur public va avoir la main haute sur ces formulaires. C'est-à-dire qu'il s'est donné le pouvoir d'établir les formulaires de réévaluations psychosociales.
- C : Donc ils vont essayer d'uniformiser, pour que même les travailleurs sociaux du privé doivent l'utiliser ?
- FD : Oui, ce qui représente un certain danger ! Pourquoi ? Parce qu'il y a maintenant des inaptitudes dont le curateur public n'aime pas trop se mêler. Parce qu'on a beaucoup de drogue, de personnes avec des problèmes d'assuétude. Le curateur public, là, il tente de dire "Ce n'est pas notre problème parce que la personne n'est pas joignable". Ils tentent de larguer tout ça au réseau de la santé. Qu'on donne cette compétence ça à un organisme public, on devrait s'en méfier.
- C : C'est vraiment quelque chose qui pourrait être intéressant ici aussi, ça me paraît tellement évident de ne pas se baser uniquement sur une évaluation médicale. Le handicap, c'est profondément social et donc c'est ça permet aussi aux juges de mieux cerner comment la personne fonctionne, quel est son réseau, etc. Est-ce que c'est fort pris en considération par le juge, par le notaire, etc. ?

- FD : Ah oui !
- C : Parce que vous dites que c'est très rare que vous ayez obtenu des jugements avec une tutelle modélisée, alors je me demandais si c'était vraiment pris au sérieux ou pas par le juge. Le but c'est aussi de mettre en valeur les capacités de la personne pour éviter de la mettre sous curatelle si elle a encore d'une capacité résiduaire est qu'elle n'est pas inaptes à poser tous les actes juridiques.
- FD : C'est parce que le curateur public faisait barrage à la modulation, ça ne rentrait pas dans leur système. En effet, les travailleurs sociaux se réfèrent au curateur public. Vous voyez, c'est ça aussi le problème : c'est supposé être une institution d'information du public. Quand le travailleur social a un problème avec un régime de protection, il va appeler le curateur public. Malheureusement, on n'a pas fait vivre la loi de 90, et rien ne me dit qu'on la fera plus vivre en 2022 avec une institution publique qui tend toujours à esquiver ses champs de compétence. Elle est dans la philosophie de l'idéologie politique qui vise tout le temps à étioiler la juridiction de l'État au profit du privé.
- C : J'avais une question plus technique, au niveau de la structure de la loi sur le curateur public. Au tout début des articles, on parle vraiment du curateur public, donc de la personne qui représente toute l'institution et qui est désignée comme le curateur public. Après à l'article 7 alinéa 2, on dit que « le curateur public peut, par écrit, déléguer à ces fonctionnaires ou employés l'exercice de ses fonctions ». L'alinéa 2, c'est un peu le fondement des pouvoirs des curateurs publics délégués ? C'est eux qu'on désigne dans cet article ?
- FD : Oui, c'est dans l'esprit du législateur 1988, le curateur public pouvait, devait déléguer. Dans la réalité des choses, on s'est aperçu que c'était un exercice impensable à faire. Cette délégation entrevue par le législateur ne marche pas. On a fait des projets de délégation, ça ne marche pas. On a quelquefois délégué, mais c'étaient des choses extrêmement pointues et juridiques. Mais le curateur public, quand il est représentant de la personne, en général, ne délègue jamais. Mais ce n'était pas dans l'esprit du législateur.
- C : A l'article 263 du Code civil, on dit que le curateur public n'a pas la garde du majeur, sauf si le tribunal lui la confie. Donc, qu'est-ce qu'on veut dire exactement par la garde du majeur ?
- FD : On ne le sait pas ! Le curateur public n'offre aucun service. C'est un donneur d'ordres. N'offrant aucun service, il n'offre pas la garde. Que veut dire la garde ? Pour faire une ressemblance avec le droit familial, quand on parle de la garde d'un parent, ça comprend le droit de réguler l'accès à un enfant, les droits de visites et les droits de sortie. Donc, de manière pratico-pratique, cette exception de la garde, je l'ai utilisée uniquement pour réguler, avec des abuseurs présumés, des droits d'accès. Je disais « Le curateur public aura la garde parce que c'est lui qui va réguler tout ça ». Mais, a-t-il besoin de ça, puisque la dernière proposition de cet alinéa vous dit que, de toute façon, il est censé assurer la protection de la personne ? Alors je dis, on ne sait pas trop ce que ça veut dire. Moi, lorsque je l'ai utilisé, j'avais dans l'idée, la régulation d'accès de droits de visites et de droits de sortie.
- C : Donc les rapport annuels doivent être rendus, et le curateur public va devoir se charger de les vérifier, mais est-ce que ça se fait de manière systématique ? Quand il y a ce contrôle des rapports annuels, est-ce qu'ils sont d'office analysés à chaque fois ou pas ?
- FD : Oui, ils sont informatisés, numérisés et analysés mais grossièrement, c'est à dire qu'il ne faut pas que vous oubliiez que 90% des gens sous curatelle public n'ont pas de patrimoine. Et n'oubliez pas que le rapport annuel doit aussi être envoyé au conseil de tutelle ou de curatelle. Mais il n'y a pas de conseil de tutelle quand le curateur public est désigné.
- C : Du coup dans ce cas-là, comment est-ce qu'on opère un contrôle des actes du Curateur public ?
- FD : Non, il déteste se faire surveiller. Ce n'est que lorsqu'il met fin à sa juridiction que soit la succession, soit le tuteur ou le curateur qui le remplace, à partir de la reddition de compte, dit qu'il manque de l'argent.
- C : Il n'y a jamais eu des scandales à ce niveau-là ?
- FD : Oui, dans les années 90, 1997-1998, le curateur public a été l'objet de scandales à répétition.

- C : Mais alors comment est-ce-qu'on a pu découvrir ces détournements, s'il n'y a pas vraiment de contrôle ?
- FD : C'est-à-dire que ce sont des gens qui sont les successions et qui ont demandé des comptes au curateur public. Mais vous avez des comités qu'on appelle des audits qui sont là pour vérifier la gestion du curateur public. Les états financiers sont dûment vérifiés.
- C : J'avais quand même lu dans une disposition que si le curateur public est désigné comme tuteur ou curateur, le rapport annuel de gestion pourrait être donné à un proche, seulement si lui en fait la demande. Mais est-ce qu'on l'en informe souvent de cette possibilité ou bien le curateur préfère vraiment garder ça pour lui et ne pas spécialement transférer les comptes annuels à des proches ?
- FD : Mais c'est un sommaire du compte. Ce n'est pas un compte détaillé. C'est à la demande.
- C : Je voulais parler de l'avenir avec la future mesure d'assistance. J'avais lu dans un texte que Monsieur Goubeau se questionne par rapport à l'utilité de ces futures dispositions qui entreront en vigueur. Il disait que c'était, selon lui, pas spécialement une grande avancée parce que le droit commun permet déjà de donner procuration, de désigner des tiers de confiance, etc., même sans passer par les formalités imposées. Il disait aussi que malgré que le législateur ait prévu certains filtres de protection, l'assistant pourra négocier, obtenir certaines informations de la part des tiers, que, de nouveau, il y a une absence réelle de contrôle des assistants et que ça pourrait donc mener à certains abus. Je ne sais pas ce que vous pensez de manière générale de cette mesure d'assistance, si elle va être fortement utilisée, s'il risque d'y avoir des abus ?
- FD : Je pense que c'est une bonne chose, parce qu'on a au Québec à peu près 175.000 à 200.000 déficients intellectuels, légers pour la grande majorité. Pour ces personnes-là, c'est bien qu'il ait un interlocuteur face à tous les agents payeurs de l'état, vis-à-vis du fisc par exemple. Malheureusement, le fisc maintient haute la dragée de la confidentialité. Un papa vient avec son fils déficient intellectuel, le fonctionnaire va dire : moi je peux pas, c'est confidentiel, vous ne pouvez pas être là. Est-ce que l'effet d'une procuration pourrait donner accès par exemple à des données fiscales du fils ? Encore une fois ça m'étonnerait. Donc on a prévu pour ces personnes-là, qui auraient la faculté de reconnaître quelqu'un de leur entourage de confiance, de désigner un interlocuteur non seulement dans le public - et là je prends l'exemple du fisc - mais aussi au privé, parce que tout ça va être consigné dans un registre. Ce n'est pas un régime de protection, ça ne passe pas par le tribunal, c'est une mesure de protection. Ce qui est tout à fait différent. Donc la personne va être reconnue capable comme vous et moi. Donc c'est une bonne mesure, dans la mesure où c'est surtout les déficients intellectuels qui vont en être les bénéficiaires et c'est une grande marge de la population. Pour moi, j'y vois quelque chose de bien. Puisqu'il s'agit d'une mesure visant à reconnaître l'autonomie des personnes, c'est la personne majeure qui choisira d'être assistée par son assistant.
Je me souviens que l'assistant, il ne peut pas être partie à des contrats, ses ailes sont rognées il me semble dans la nouvelle législation. Ce qui va permettre, pour moi, un risque d'abus minimal. Mais il faudrait que je relise tout ce que je viens de vous dire. Je me souviens que par exemple l'assistant ne peut pas être partie à un contrat. Pourrait-il le faire par personne interposée, c'est une autre histoire. C'est une illusion de penser qu'on va toujours protéger de l'abus. Il y aura toujours des gens qui vont passer à travers les mailles du filet, ça c'est très clair. Donc moi je serais moins pessimiste.
- C : Actuellement, le régime de conseiller aux majeurs n'est quasi jamais utilisé, mais c'est aussi du fait à mon avis que ce soit judiciairisé et donc quand on se présente devant le tribunal, le juge aura plutôt tendance à prononcer le régime de curatelle ou la tutelle que le conseiller au majeur. Alors qu'ici comme tout est déjudicialisé, ça pourrait vraiment inciter à d'abord passer par l'assistance avant d'aller passer l'étape du tribunal.
- FD : Oui, c'est possible.
- C : Parce que chez nous l'assistance est judiciairisée, donc on a le choix entre le régime de l'assistance et le régime de la représentation. Donc le juge ne prononce jamais le régime de l'assistance. Ça pourrait être un incitant en tant que première étape, et si jamais on voit que ça ne fonctionne vraiment pas et qu'on a besoin d'aller plus loin, alors on passe à l'étape de la représentation judiciaire.
- FD : Absolument, oui.

- C : Et alors, la future mesure de la représentation temporaire, donc le fait que le tribunal puisse autoriser une personne pour un acte précis à l'accomplir au nom et pour le compte de la personne représentée. De nouveau, j'avais lu un avis de Monsieur Goubeau qui disait qu'en pratique, ça va peut-être être difficile à appliquer. Parce que le fait de devoir démontrer au tribunal qu'il y a une inaptitude qui est temporaire et qui concerne juste cet acte précis, alors qu'en plus l'inaptitude temporaire n'a pas vraiment été explicitée au sein de la loi, ça pourrait être un défi assez difficile à relever devant le juge. Donc, est-ce-que cette mesure va vraiment fortement être exploitée ?
- FD : Ce qu'on a en vue, c'est tout le temps d'ouvrir le moins de régime de protection au long court. Pour redonner évidemment la pleine capacité des gens au plus vite. Il arrive des cas où le monsieur est dans un EHPAD et reçoit une procédure en divorce. Il n'y a pas de patrimoine, ça va nous éviter d'ouvrir un régime de protection au long court. On va juste faire l'accomplissement de l'acte, ça va être répondre à la procédure en divorce et négocier les mesures accessoires, etc. Il y a quand même une pauvreté au Québec que vous avez je n'en doute pas en Belgique. Ce genre de cas-là se présente assez fréquemment. Le patrimoine ne justifie pas de dépenser 3000\$ pour l'ouverture de régime de protection. En revanche, on va passer par l'accomplissement à l'acte. Cette mesure introduira donc en droit québécois de la flexibilité en permettant une façon simplifiée de représenter un majeur inapte, lorsque son besoin de représentation est circonscrit. Alors évidemment, temporaire, qu'est-ce que ça veut dire ? Effectivement il va falloir que la jurisprudence planche là-dessus.
En tout cas, le tribunal pourra fixer les modalités et les conditions d'exercice des pouvoirs conférés au représentant temporaire, comme l'obligation de rendre compte de l'accomplissement de l'acte à un tiers.
- C : Dans un texte qui faisait une comparaison entre la France et le Québec, il était dit que vous avez 0,5% des personnes représentées au Québec alors qu'en France c'est 1,5%. Cette explication était fondée sur le fait que chez vous, vous recourez plus souvent aux mesures d'accompagnement social. Donc, est ce que c'est vrai que, de manière générale, vous êtes vraiment plus dans une politique de ne pas systématiquement mettre sous protection judiciaire et que vous essayez plus de recourir aux mesures d'accompagnement social avant de procéder à une mise sous protection judiciaire ou pas ?
- FD : Grosse question. Alors, oui. L'encadrement peut être un palliatif à l'ouverture d'un régime de protection. C'est ce qu'on enseigne aux travailleurs sociaux. Ne recommandez pas l'ouverture d'un régime de protection si vous avez des mesures d'encadrement qui peuvent suppléer. Depuis 1990 on dit ça, donc ce n'est pas nouveau. Ça va dans le sens de la législation. Je n'ai rien contre ça. La deuxième pratique, ça fait partie aussi de l'idéologie d'en donner le moins à l'État. Moins qu'il en fait, le mieux c'est pour le privé.
- C : Je ne vais pas vous retenir plus longtemps. Je vous transmettrai bien certainement mon résultat final. En tout cas c'est très gentil de m'avoir accordé autant de temps pour répondre à mes questions et pour m'avoir partagé votre pratique.
- FD : Avec plaisir. Passez une belle fin de journée. Au revoir !

ANNEXE 3. Interview avec Rachel Sullivan, avocate au barreau de Londres (11 juillet 2021)

- C: Are the annual reports for the Office of the Public Guardian mandatory, both for the deputyship and the lasting power of attorney?
- R: They're certainly mandatory under the act for a power of attorney. I'm pretty certain that they're mandatory for deputies, but that tends to just be included in the court order. You can have a lasting power of attorney or a deputyship in relation to your property and financial affairs or in relation to health and welfare issues. Often people will create both at the same time and give one person the ability to make any of those decisions, but in theory, it does happen that people have a power of attorney in existence in relation to their finances but not in relation to decisions about their health and welfare. There's someone who can make decisions about paying a care home but not about whether so-and-so should go and move to a care home and in those cases then applications to the court of protection become necessary.
- C: If I understood correctly in England, incapacity must be analyzed in relation to each specific decision even if the person is under deputyship. But then I was wondering: what is the relationship between the deputyship and this principle of assessing the capacity for each specific decision? Will the legal acts performed by the person under deputyship not be automatically voidable as it is the case in Belgium? When you do something that is not authorized under the court order then you can automatically say that nothing happened. So what is this articulation in English law?
- R: Before you make a decision, you have to consider whether someone lacks the capacity to do it, and the legal presumption is that they have it. Obviously, if you know for many years that somebody has lacked capacity to make decisions about their finances, this is a level of consideration you give is going to be fairly cursory, using an attorney. It's still necessary, it should still be something that people think about, especially if there's a kind of change in circumstances. If somebody has lacked capacity for years but they have been undertaking rehabilitation or they've been doing some sort of education program or if it's a drink related issue and if they've stopped drinking, all of those things mean that people's capacity can change. So, in those circumstances people do need to think quite carefully about. It is still not a decision they can make for themselves? Generally, that tends not to be a big problem. The bigger problems tend to arise around improper use of an attorney: people acting not in someone's best interests or people claiming that a lasting power of attorney was created at a time when the person probably lacked capacity to actually give the attorneyship in the first place. Again, there's a procedure for the office of the public guardian to take that to the court of and the Court of protection can consider these matters of its own motion anyway. Sometimes you'll be sort of halfway through a case and then problems will arise in relation to an attorney. Often what happens is that families have fallen out with each other, and someone has been persuaded to sign lasting power of attorney paperwork at a time when actually they were beginning to succumb to dementia. So it's quite doubtful that they were able to give that lasting prior attorney and it conflicts with an earlier one. The court becomes involved in these sorts of fights between different family members.
- C: I have read that when you conclude the lasting power of attorney about health and personal welfare, the attorney can also make decisions about what to eat with whom the person can have contact with, etc. It's very different from Belgium because here in Belgium we can only make the equivalent of an LPA about decisions that have legal consequences. How can we regulate at this point to say in the lasting power of attorney that the person can decide what to eat, with whom she can have contact with, it goes far in the protection and so that's very different? Is it common to say all these things inside the lasting power of attorney?
- R: I suspect that there are more lasting powers of attorney created for property and financial affairs than for health and welfare anyway. But yeah, it is a very broad power subject to anything that's carved out and there's two real reasons for that. One is that it's designed to be, to avoid everything having to come before a court and the other is that because you can only create a lasting power of attorney when you have capacity it can be fairly safely assumed that the person who those decisions are now being made in respect of is happy for those decisions to be made because they were the person who gave the power for that to happen in the first place. Obviously, if the decisions that are being made in terms of restricting contact or nutrition, hydration, things like that, are decisions which look like they're not in the protective party's best interests. Then that's something that can be raised either with the public guardian or directly with the court of protection. You would need permission as a sort of

concerned bystander to raise it with the court but it can be done. And the OPG take their role quite seriously and tend to do very thorough investigations when they start to be concerned about something so there are safeguards built in. But it's one of those things where the price of greater flexibility it gives is that there is a greater element of risk in terms of you can't rule out the possibility that these very broad and very flexible powers get abused and it's not picked up.

- C: In the texts I have read it always talks about the supervision of deputies, so I was not sure if they are also doing a supervision of the lasting power of attorneys. And so they can send some court of protection visitors -that's what I heard- to make some investigations?
- R: Yes, so the court has powers to ask special visitors to report on matters concerning either protected parties capacity or their welfare and their best interests. The office of the public guardian tends to regulate its own affairs and run its own investigations and then bring it to court, but they can also send special visitors to carry out investigations and they tend to produce very thorough investigations when they are concerned. So yes, there is supervision both of attorneys through the OPG and deputies through the Court.
- C: And how can we say and when can we determine that the LPA will come into force? Do we need a medical certificate or something like that to make the LPA come into force?
- R: No, so they're effective from when they can be exercised, from when they are registered with the office of the public guardian. So once they're signed off, they then have to be sent to the office of the public guardian who stamps them and then they're entered onto the register and from that point, even if you have capacity, the powers can be exercised. But because someone should be making their own decisions unless they're incapacitated, the powers won't be validly exercisable unless they lack capacity. So anything that's done in respect of somebody who has capacity -which is not something that they want to be done-, can be set aside. Again, it is a fairly flexible system. There isn't really any oversight of, you know, if you start exercising power under power of attorney on the basis that so lacks capacity and there isn't really a system for checking; you don't have to file evidence showing that they lack capacity, you just get on with it and do it and it's only if there's a concern that's raised and an investigation takes place. It is pretty free and flexible.
- C: Yeah so we can consider for example that the LPA can come into force partially when we can attest that, for example, for this kind of act that is written in the LPA, the person lacks capacity and so the decision maker can do the acts on behalf of the person, but for certain other acts in the LPA, we can consider that the person still has the capacity to do it and so the attorney will not be able to do them.
- R: Yes. Technically, the way that the legal structure works means that the attorney could exercise the power -it just won't be-, it's not also the legitimate use of it so you ought not to and if you're investigated you'll probably end up in trouble and almost certainly the office of the public guardian will end up applying to terminate the lasting power of attorney. So yes, you can have people exercising some powers under a lasting power of attorney but somebody's still exercising and making their own decisions in the same sort of area but slightly different decisions that can happen. If that happens, normally you would expect the lasting power of attorney to be consulted if there are decisions where it's not clear. So if there's a lasting power of attorney in existence and somebody is being deprived of their liberty for instance, the attorney ought to be consulted. If there are court proceedings, it's likely the attorney will become a party to those proceedings or at least be kept informed about them.
- C: And does the LPA have to be registered to the office of the public guardian just after the conclusion or at any time?
- R: No they can be registered at any time. Normally, people do just send them in straight away because that's the easiest way of doing it, but you do sometimes see them being created because they're concerned that they might lose capacity in the future, but they don't want to create the attorney relationship whilst they still have capacity so that there's no question about whether somebody else can exercise decision-making power for them or not. So they hold on to them and it's only when they lose capacity that the forms are then found and sent into the office of the public guardian. And that's valid. The office of the public guardian will still register. If you're creating one and you want to be on the safe side, it's probably better to send them in sooner rather than later but it's technically there's nothing to stop you creating one and only registering it a bit further down the line.

- C: And in general, in England, are there a lot of people who are concluding an LPA? I don't know if the system is considered as really good and safe in England and I don't know if you have an opinion about what should be improved to secure this LPA? I don't know if there are a lot of situations of abuse that are reported or not?
- R: It's certainly fairly common, especially in relation to property and financial affairs because it just makes life much easier. I have held lasting power of attorney for both my grandparents for their property and financial affairs. It just means that as someone gets older or more confused as is often the circumstances in which they're created. Dealing with banks and things are some things that can kind of be passed onto somebody for whom it's less stressful. So they are pretty common and I don't think that, as a proportion of the number that there are, there are that many cases where the power is abused. What tends to happen more is that people make silly mistakes and one of the ways I think the system could be improved would be a better public understanding of how the system works and the fact that it puts you under a very strict standard of duty of care towards the person whose attorneyship you're exercising, and that's not always well understood because it is such a flexible and informal system. The fact that it actually comes with these quite onerous legal obligations, including the reporting obligations, a requirement not to mix their money and your money. You have to do things that, because you're acting in their best interests, people often fall into the trap of sort of making decisions they would make for themselves without thinking about, -more broadly-, is that actually in their best interest? So for instance, if you thought you weren't receiving a decent quality of care at a care home, not impossibly you might refuse to pay the care home fees. But refusing to pay the care home fees of somebody else as their attorney, is obviously a stupid thing to do because it puts their tenancy at the care home at risk and that's not in their best interests. And so people tend to make these kind of, decisions without realizing the extent of the fuss that they might be about to bring down on them. The office of the public guardian takes the investigatory functions it has, very, very seriously and are not sympathetic to silly mistakes because they have to be really strict and rigorous. It's the main safeguard in the system is that they are. And so people end up in all sorts of quite serious legal trouble not because they're deliberately abusing the system, but because they've done something a bit stupid and normally that's because they haven't really understood the sort of strength of the legal powers and duties that they are now subject to. So I think overall it's a reasonably good system. I think there is a lot to be said for having that formality and flexibility. Taking every decision to court is difficult, expensive, and time consuming. Good for lawyers [said laughingly]. But really, the court needs the time to focus on sort of more life and death decisions or stuff where somebody's liberty is affected and there's an article five ECHR element. On the whole I think the safeguards work pretty well but we don't know a sort of "unknown unknown": how many cases there are where people are abusing the powers that we don't know about because they're not coming to our attention? You know the office of the public guardian is pretty rigorous and because you can raise a concern with them about how somebody else is exercising something, I would tend to assume that the majority of things that where there is concern are picked up. But obviously, we just don't know.
- C: So the service of the court of protection visitors is quite efficient in England for everything that is about the monitoring of deputyship, or the investigation, etc.?
- R: Yeah, generally the reporting requirements help obviously because they should flag up where there are issues. And the court's powers to investigate and the OPG's powers to investigate are pretty broad. And the courts are certainly alive to the issue of attorneys exercising their powers properly and will not hesitate to suspend attorneyships if they think that's necessary, which is obviously a helpful measure while something's being investigated to make sure it can't continue to be used. So generally I think yes; no doubt there is probably scope for more efficiency but on the whole it works reasonably well.
- C: And I have also read that some court of protection visitors are giving some support. For example to -and above all-, for lay deputies, for family members that are appointed as deputies. And I was wondering if it works?
- R: I have to say I'm less familiar with that.
- C: No problem. For example, in Belgium, - I don't know if you also have this rule-, when we want to open a deputyship, it is written in the law that we must give the priority to family members to be appointed as deputies but it's not really respected in practice. I was wondering if you also have this order of preference?

- R: No, not really. I suppose it depends slightly what sort of deputyship is being considered. Local authorities often apply for deputyship for property and financial affairs because it helps them making sure that the money moves where it needs to be and that they also often then apply for what's called appointeeship from the department of work and pensions, which means that they can ensure that if somebody is eligible for benefits, those benefits are being paid properly. So, in that context it's quite common for not only not to be a family member, but for it to be a statutory body rather than a specific named person. So it'll be the relevant officer at the local authority. For deputyship for health and welfare, those are less common. The courts are a bit more reluctant to grant deputyships for health and welfare, partly for some of the reasons you picked up on earlier in that it's giving somebody quite a lot of power over somebody's life. And although you can include restrictions, invariably the sort of day-to-day decisions you're unlikely to restrict and so it's still a very significant power. Whilst with a lasting power of attorney, the protected party has agreed to that when they had capacity and so you can be relatively satisfied that they're content with that and it's not overriding their autonomy, with the deputyship where the court is making the decision to appoint somebody for someone who lacks capacity, you don't have that reassurance. And so the courts tend to be a bit wary about health and welfare deputies because they want to protect the autonomy of the protected party as far as they can. They are granted though, they're just more unusual. Those are more likely to be granted to somebody who is a close family member or a close friend because they're more likely to be in a position where they can exercise the powers sensibly. So there's no sort of presumption in favor of families that would be the appropriate people for that to happen. And there was a case a few years ago called "lawson and hopton", where some parents of young adults who were just turning 18 tried to challenge that and suggest that family members, particularly parents of children or young adults with learning disabilities, should be considered as the most appropriate people to exercise deputyships. And the court said no we're not we're not prepared to make that sort of assumption because, as children with learning disabilities become young adults with learning disabilities, like all other children turning to adults, their need for autonomy and to exercise as much control as possible in their life increases. And there's a risk of inadvertently and with the best will in the world and everyone trying to do the right thing, inadvertently, sort of infantilizing young adults with learning disabilities and keeping them in the position of children whose parents can exercise decisions over them without court supervision. And so the court wasn't prepared to go there or recognize any such presumption.
- C: Okay, so yeah, in general in England, local authorities are more appointed than family members?
- R: Only in the sense that there are more deputyships in property and financial affairs and local authorities are more likely to apply for those. Local authorities generally won't apply for deputyship for health and welfare reasons. There are people who exercise deputyships for property and financial affairs, who are family members or friends. And in every case the court will consider who is the appropriate person. You know, is there somebody who's ready and willing to do it and who has the skills necessary to do it but it's quite common for local authorities to ask the court to appoint them as a deputy.
- C: I don't know if, when you appoint a professional deputy, are there other people than the local authorities? For example, In Belgium it's always a lawyer who is appointed as a professional deputy and I don't know if it's also common in England to appoint lawyers or notaries?
- R: If everyone agrees that a deputy should be appointed but nobody wants to do it, so there's no family members who want to do it, the local authority doesn't think it's appropriate for whatever reason or just doesn't have the time or resources, or it's a particularly complicated case and they don't want to take it on, there are a series of firms called "panel deputies" who are professional deputies who the court can sort of pick from amongst. One of those will be appointed as a professional deputy. So yes, there are sort of specific professionals who do that, but they tend to be in cases where there's nobody else who's available to do it. They tend to be a less favored option because it's expensive and that money comes out of the protected party's own accounts and use of wearing down their money. So unless there's a good reason to have reports to the professional deputies, it tends to be somebody else.
- C: And when the local authorities are appointed as deputies, concretely, which people are exercising these powers? Are they people that have a more "social worker" background or something like that?
- R: Good question! Because they tend to be property and financial affairs deputies, my experience is that local authorities have a -sort of- deputy-ship department. But I'm not sure what the actual background of the people in that department would be. They may well have some sort of social work

experience but they're probably unlikely to be registered social workers I think. They're more likely to just be sort of local authority employees.

- C: The disabled person doesn't really have a special link with a special deputy?
- R: No it's pretty impersonal if it's the local authority doing it which is why it tends to be property and financial affairs and not health and welfare. I'm not sure that there's any reason the local authority couldn't apply for a health and welfare deputyship but I think in that case, the court would be expecting to see some sort of named individual doing it because it would be very weird for those kind of powers to be exercised by a corporate body. I suppose it's not technically impossible, but it would be strange. I've never come across a case where a local authority or any other statutory body has applied for a health and welfare deputyship. Almost always health and welfare deputyships are family members making an application. Like 99.9% of recurring center cases. I think maybe I've seen one where it was a close friend.
- C: But then how can the person of the local authorities decide in the best interest of the person if she doesn't really know the person?
- R: It is a problem and the way that local authorities tend to deal with that is that if it's anything controversial they come and speak to a barrister and we tell them to go to court and let the court determine what evidence it needs to let the court make that decision. So even if you have a deputyship, the fact that you can make a decision doesn't mean that you're barred from then going to court to ask for the court to make the decision instead. That often happens in cases where there's something controversial or the ethics are a bit unclear, the court tends to be involved. And there's a presumption in favor of involving the court in some types of cases. So serious medical treatment cases for instance, if somebody needs an amputation, they need some surgery or blood transfusion and there's a reason to think that it's not what they would have wanted or there's some kind of controversy with the family, the courts have made it clear that those are cases which ought to come before the courts so that they can make the decision regardless of whether somebody else might have the power to do it. So for local authorities though, because generally the reason why they're applying for deputyship is to make sure that care home fees get paid, or to make sure that someone gets all of their benefits and so the best interests analysis is not complicated even without knowing anything about it. You know it is always really going to be in somebody's best interests for their finances to be competently managed if they are not able to do so themselves. And so, for that kind of, like, routine back-and-forth it doesn't give rise to much concern. Obviously there might be circumstances in which it for some reason does become controversial and you then would be looking at an application to court, but that would rely on a family member, or a professional, a social worker involved, or somebody flagging that there is some controversy.
- C: Because, I'm wondering if the local authority wants, for example, to sell the house of the person and the person doesn't want to leave the house or something like that, then it'll probably go to court?
- R: Yeah, that is actually..., that's a good example. Often as well, deputyships are subject to restrictions about disposing of serious assets like that. As for lasting powers of attorney, there's a presumption that you're supposed to involve the office of the public guardian if you're exercising a lasting power of attorney, if you're dealing with capital that is that kind of level. You know, disposing of capital assets that are in the hundreds of thousands of pounds is something I would expect somebody to seek specific authority from the office of the public guardian, and I'm pretty sure that the guidance that is available tells people to do that.
- C: In the Belgian law, we have to request the authorization of the court to conclude some legal acts like, for example selling a house or accepting a donation, etc. I didn't see in the MCA that we must have some authorization, so is it something more written in the common law cases?
- R: yeah, it's not onto the MCA but there are some principles in the MCA about making gifts and things including the lasting power of attorney can be used to make gifts, but it has to be done in peace of best interest. But because the MCA is fairly high level, these kind of things are really addressed by the office of the public guardian in guidance and in the case law. So gifts, for instance, there's a string of cases on when it's appropriate to make gifts. So you know, making a birthday, giving someone's grandchild a birthday present, -10 pounds-, is likely to be a "non-controversial": something that you can just do without applying for permission. But making a gift of tens of thousands of pounds, is a sufficiently big step that you would probably be looking for authorization either from the OPG

specifically or from the court. Obviously there's also some cases about making gifts to yourself. So if you're so-and-so's daughter and your mum has always given you a birthday present to 50 pounds every year, are you okay to pay yourself that 50 pounds as a gift from her. So again, that's been copied off in the case law. And then the sort of restrictions on dealing with large-scale capital are in guidance from the OPG. And I think generally if you're talking about a court appointed deputyship, it's very likely that there'll be a restriction in the court order authorizing the deputyship saying, if you want to dispose of property, real property, -a house-, then you've got to bring this back to court.

- C: In the deputyship order does the judge tend, as in Belgium, to declare the person incapable of performing almost all legal acts relating to the person or to the property, or does the judge take the time to personalize the order in function of the real capacity of the person?
- R: It slightly depends. Normally you would have a declaration in the order that they lack capacity to do whatever the subject of the deputyship that's being made is, so it may either say "into section 15 it's declared that P lacks capacity to make decisions about the management of their property and financial affairs", but sometimes if somebody is applying for a deputyship for a much more limited reason. I've had a case where somebody wanted to apply for a health and welfare deputyship in respect to her sister, not to make any day-to-day decisions; she solely wanted it because she wanted to be consulted as deputy if the decision was made not to attempt cardiopulmonary resuscitation, so attempting to restart her sister's heart. To be honest, she should have been consulted anyway but that's by-the-by. That was specifically what she wanted and so that deputyship order I think has said that "so and so is unable to make decisions in relation to whether cardiopulmonary resuscitation should be attempted or not", so much less forward than unable to make decisions about her residence or about her care because it was targeted very narrowly at that particular issue. So they can be broader or more narrow depending on what specifically is being sought. In general, if it's the court making the order, they will try to confine them as narrowly as possible because they don't want to give people too many powers over somebody which they can just exercise. So on the whole, as I say, there is a bit of judicial reluctance about granting health and welfare deputyships in particular so those tend to be fairly tightly drawn.
- C: Okay. And I have also read that in accordance with the principle of least intervention, the appointment of a deputy should be subsidiary to an individual decision of the court. And I was wondering if this principle is really respected in practice? Or do we more often open directly a deputyship?
- R: Yeah so that very much reflects what I was just saying in terms of the court generally being quite reluctant to make decisions to grant deputyships about health and welfare. It was considered in the case I referred to earlier, -the lawson case-, about whether that section of the act means that there's a presumption that it's always preferable. I mean that's what it says. Anyway, the high court said no, that's not what it means. So there is no presumption against the granting of deputyships. It's just that all of a sudden an individual decision of the court is somehow better. I don't quite follow the logic of that case but there we go. So in practice, the courts continue to be fairly reluctant to grant health and welfare deputyships. They're much less reluctant to grant property and financial affairs deputyships because it's very easy to create a sort of non-controversial "property in financial affairs" deputyship. You just put in restrictions on them doing anything serious, and say anything that involves disposing of real property or transactions of "over a certain" value, you have to come back to court for and then they're going to be pretty safe. And all you're really doing is giving someone the power to do kind of routine financial transactions. It's not that exciting. Whereas health and welfare is potentially much broader. You know, it might involve contact, -as you say-, right down to decisions about what people are wearing or what people are eating. And so the courts tend to prefer to deal with sort of residence things for instance as one-off decisions that they will make themselves about where so-and-so should live. But I think that -in recent years- there have possibly been slightly more health and welfare deputyships granted, but it's not a particularly dramatic increase.
- C: I've read that section 19 of the MCA says that the appointment of a deputy should be subject to the consent of the person with a disability. So if the person challenges the choice of the deputy by the court, then the court cannot appoint this deputy? It's mandatory to have the consent of the person with disability that is put under deputyship?
- R: Yes and no, if they're able to express a preference, then that is something that always needs to be taken into account of and it's very unlikely that the court will appoint a deputy to somebody who's really reluctant to have one, in terms of their wishes and feelings. But, by definition, when considering

appointing a deputy, the court is dealing with an incapacitated person and so retains the power to make a decision for them. So consent is a sort of slight red herring in this field because the whole point is that you can't consent or not consent otherwise we wouldn't be in the position of talking about deputies anyway. So it's important that the protected party is consulted in so far as practical if they express an objection. Then it's probably unlikely that the court is going to go ahead. But it's not the case that the court can't appoint a deputy if the protected party doesn't consent, they still can. But it would be unusual, I think, if it was controversial for a deputy to be appointed for that for that to happen. What can happen is that if somebody says: "I don't want to be a deputy"; the court can't then appoint that person as deputy. So you can't be forced into being a deputy.

- C: And so, as you said it is not so common to open a deputyship concerning health and personal welfare because the decisions are made directly by social services or the medical staff or by judges with specific decisions. And so the most common cases are before the court of protection are cases about this personal welfare. But I'm wondering in practice, when they have to make a decision, if we have family members that are surrounding the person, who will be the final decision maker? Is it more the doctors? When they have, for example, to decide about the surgery or something like that. Or will the family members be considered as the decision maker for the person?
- R: It slightly depends on the circumstances. It's unlikely that the family will be the final decision makers -really- in any circumstances. But what they say is something which has to be taken into account when considering P's best interests. So, I said, in the context of serious medical treatment, the ultimate decision is likely to lie with the doctors because it's a decision about healthcare and doctors can't be forced to perform medical procedures that they think are futile. If there's a serious disagreement, as there sometimes are, about whether treatment should be attempted but doctors think it's futile but it would be life-sustaining treatment, then those cases almost invariably end up in front of the court if there's some question about life sustaining treatment and there's a disagreement between the doctors and the family. It's almost automatic that the court will be the final decision maker in those cases, if someone is on life support or something but they're in a persistent vegetative state or minimally conscious and the family and the doctors are agreed that it's not in their best interests to keep receiving treatment. Then treatment can be withdrawn without an application to court. Until a few years ago, the position was that even where there was no disagreement, the court still had to be involved because of the ethics concerned and the sort of proximity to issues around euthanasia. But the Supreme Court reconsidered this in 2018 or 19 in a case called "Re W" and said that, if everyone has agreed, then there's no need to come to court even if you're withdrawing artificial nutritional hydration. So even if you're going to stop feeding, providing food, and drink as a treatment and let somebody -effectively- die that way, if everyone's in agreement there's no need to seek the court's consent. Basically if there's a disagreement with the family, then the court will be the decision maker in medical cases. In other cases, so decisions about where the protected party should live, the ultimate decision maker will be the person who holds statutory responsibility. Normally a local authority because they have obligations under the care act to assess and if there's a disagreement with family, they can override that. That may trigger an application to the court of protection by the family, but the local authority can validly do that unless one of the family holds a lasting power of attorney in which case the argument between the local authority and the power of attorney needs to be referred to court, for their court to make a decision.
- C: Because we can see in the Mental Capacity Act that the decision maker can be, for all the personal welfare decisions, a doctor, another professional or family members etc. And they are all responsible to assess the capacity of the person. But I was wondering: even if you have followed the training on the manner to assess capacity of a person, how all these people that are not doctors or members of a medical staff can determine that there is an impairment or of the mind or the brain? Because I think it's maybe something that only doctors can do. So how can we say that family members can assess the incapacity of the person for a specific decision?
- R: Sure, so, that part of it tends to depend on there being a diagnosis from a doctor. So generally it will be somebody will have been diagnosed with dementia or somebody will have been diagnosed with moderate learning disabilities or autistic spectrum disorder. Those are probably the most common forms of diagnoses you see. Sometimes acquired brain injury, so someone who has been in an accident which has impacted their head etc... And so generally that stage has already happened so that's can kind of been taken for granted. It's unusual, you absolutely wouldn't expect family members to be trying to form their own diagnoses. And, if it's not clear, and there isn't an existing diagnosis but they think that someone lacks capacity, then that's matter for discussions with the local authority or the clinical commissioning group, whether it's

the NHS, who are responsible. And if they think that there is a capacity issue, if you think you've got a family member who has an issue around capacity and the local authority aren't acting in their best interests then you reply to the court of protection for that to be determined. Which seems to be a fairly well understood route, I'm not really sure how, I think there's a lot of work that could be done on public legal education but the court of protection regulates these cases from family members who have brought things to court. And quite where they have derived their understanding, I don't know but they're generally very impressive.

So, there are certainly resources out there; my chamber spends quite a lot of time summarizing cases and making those publicly available. One of my colleagues runs a sort of endless series of webinars and seminars for people, including some, sort of targeted at family members. So there is plenty of information, but it's not formalized in the way I would perhaps like to see.

- C: But the principle where we say that we have to assess the capacity for each specific decision, is not really something that is applicable in practice because maybe people are like : "Okay there is a diagnostic", but they will take the decision for the person.
- R: What people are much more likely to be dealing with when they're trying to reach a decision and assess whether someone lacks capacity, is the functional side of the test. So: Is the person able to understand the information that's relevant to the decision? Can they remember it for long enough to make a decision? Are they able to use it and weigh it up and also to communicate any decision they've made? Those are things that are much easier for laypeople to do. It's kind of automatic. If you were trying to explain how do you go about making a decision, those are the constituent parts of decision-making. You have to understand what you're doing, obviously. You have to remember that and you have to be able to balance competing factors up and arrive at a decision which you can then tell people. And because that is a bit more intuitive, that's easier for laypeople to do. And in the background, where there is a diagnosis like dementia or like acquired brain injury, it is likely that the sort of necessary causative relationship between that impairment and the inability to use or retain information is going to exist.
The cases that are trickier are where it's really not clear whether somebody does or doesn't understand. They may appear to understand but, in fact, have their understanding being impaired by something. Or, where there's clearly an issue in relation to decision making but it's not obviously related to an impairment of mind or functioning in the mind. Those cases tend to be ones where a social worker will be aware of there being an issue because they, in general, tend to rise in circumstances where people are making very poor decisions and that's why it's obvious that there is some sort of deficit in understanding. In those cases what tends to happen is: people come and seek legal advice about what to do next. And the answer might be that you look at applying to the high court, exercising its inherent jurisdiction rather than the court of protection because the high court retains a power to intervene in the lives of vulnerable people. But -not necessarily- people who are vulnerable outside of the scope of the mental capacity act. But those cases are very tricky and the court is very, very careful about what it will and won't do, for obvious reasons in terms of considerations of autonomy and human rights.
- C: So there are a lot of cases that are going before the court because when the decision is challenged, then you have to go to the court. So yeah, does the court have enough people to work, enough judges etc? Because when I hear of all these cases that have to be judged, I don't know if it takes time to have a decision. And if you really have to go often before the court to take some decision, isn't it something that is expensive for the disabled person?
- R: It's these kinds of concerns which explain why lasting power attorneys were introduced as broadly and flexibly as they are. Deliberately to try and encourage people to sort of plan for their futures and set up a route by which decisions can be made for them by somebody they trust to do the right thing without having to involve the court every single time. But certainly, the courts are still kept pretty busy. The court of protection is fairly well resourced compared to some of the other courts in the United Kingdom. Some of the other jurisdictions, say the general family court, for instance, is under a lot of pressure. The criminal courts are under huge amounts of pressure, there's enormous backlogs. Whereas, conversely, the court protection can take a long time to do things but is also capable of acting quickly, because sometimes it has to. There is a procedure where there is, always a judge who is available out of hours. Because obviously if you need a decision to be made on "Is it in somebody's best interest to receive a blood transfusion despite the fact that they're a Jehovah's witness?", you can't wait until three weeks for that decision to be made because they'll be dead. You need that decision to be made that night, right then. And that generally works pretty well. Obviously the consequence is: the more urgent stuff that has to be dealt with, the more stuff that isn't urgent gets pushed back and back

and back. So, like everyone, we could always do with more judges and more courts but we're probably at -by sort of the comparative standards of England and Wales- the court of protection is reasonably well resourced and can get through and does get through a lot of its work without unnecessary delay on the whole. Obviously there are some cases where you just think: "Why has this been running for so long? Why have we not had a hearing?" But, on the whole, it works pretty well although, it has to be said, that my personal view, is that the England and Wales justice system is moments away from falling over from a lack of funding. That's why I'm at work on Sunday.

In terms of : "Is it expensive for the protected party?". Generally not, because they will be eligible for legal aid. So for some cases that will be non-means-tested, so they will get it, whatever, however much money you personally have. So anything where you're being deprived of your liberty by the state, this state pays for you to challenge that deprivation. Other things like medical treatment cases, legal aid is available but it might be means-tested so what will happen is: somebody from the legal aid agency does an assessment and says : "Well you've got this much money, you know it's below the maximum cap so you're eligible but you need to pay 3000 pounds as a contribution", and then we pick up the rest of the legal aid and the rest of the fees. If you've got really, really lots of money then you may not be eligible for non-means-tested legal aid. I'm not sure what the caps are. Probably not as generous as I would like to think. Probably there are quite a few people who aren't eligible for legal aid at all who should be but in the majority of cases, legal aid is available in some way or another.

- C: Okay so there is some sort of financial public intervention. Because if you always must go to court, it can be very expensive. Most of the disabled people have financial problems seeing as they cannot especially work etc.
- R: Yeah, and those people are most likely to be eligible for legal aid because there's a threshold, you know, if you don't have 20 000 pounds or whatever then you don't have to pay any contribution. If you've got between 20 and, I don't know, 100 000 pounds, then you're eligible but you have to pay a fee that's assessed, somehow.
- C: And when local authorities are appointed as deputies, does the person have to pay them something?
- R: As far as I know local authorities provide deputyship services pretty much for free. I suspect they may take a sort of small charge out of each account, but it won't be particularly significant because they'll be providing it as a statutory service. So there are limits on what they would be entitled to charge. But I have to say, I've never actually looked at that, so that's as far as I know. But it could be wrong. Certainly, if they do charge, they're not charging anything like the professional deputies.
- C: The court of protection is a special court that only deals with decisions concerning questions about capacity. I was wondering if then the judges have or not a special training and if they are more, in general, aware about disability? Because it's something that is not really the case in Belgium: our "juges de paix" as we say, don't have traineeship about disability.
- R: because it is a specialist jurisdiction, it's a special court, the judges have to be appointed specifically to sit as court protection judges and that does involve some sort of training. I'm afraid I don't know very much about what it involves. Certainly training on the basics of the mental capacity act. I would be surprised if it doesn't involve some sort of training in disability and capacity issues more generally. But how thorough that is, I really don't know. My experience has been that judges are good on this, in the court of protection, they have a good understanding of disability. Some of them come from disability rights backgrounds. Not all of them, but some of them. And they're generally pretty on the ball when it comes to the sort of key tension about the conflict between protecting someone's dignity and promoting somebody's autonomy that kind of underpins the system. And they're generally pretty good on human rights too, although they're sometimes better on wanting to respect human rights rather than actually understanding the structure of human rights law but at least the motivation is that. Then they just do something really odd and you're like: "That's really, definitely, not the law what you did. You're derogating from the European convention on human rights. You can't derogate, you're not a high contracting party or a judge" (laughter).
- C: And are these judges only giving some decisions in the court of protection or are they also giving some decisions, for example, in family court? Are they doing a full-time job in the court of protection?
- R: It depends. So there are sort of "tiers" of judges in the Court of protection. The lowest level are the district judges who deal with the kind of routine applications. In London, the district judges who deal with court of protection things are specialist court protection judges who only deal with court protection

cases just because there is so much work coming through. In the rest of the country, the district judges who deal with Court of protection cases will deal with other matters too, particularly family matters, but they have to have special training called "a ticket". Then we have the circuit judges. Again, in London, there are specialists. There is the senior presiding judge is a circuit judge and she exclusively deals with court protection matters in the regional, so Bristol or Manchester or Birmingham. Then the circuit judge will deal with other matters as well as court protection matters. Then there is the high court which is where the most serious cases are heard, so where serious medical treatment cases or controversial ethical cases end up because you need that level of seniority. All high court judges can sit as a judge of course protection but, in practice, only people who have some sort of relevant experience or background actually do. So there's four or five of them who deal with almost all of the court protection cases, but also will deal with other things in the high court. Again, primarily family but also judicial review and general public law. So there are some specialist judges who only do it but on the whole it's a bit of a mix.

- C: And I've read that the disabled person needs to be notified of the application and the court has power to join him as a party, but that he will only do this if the application "is opposed and contentious"? So, is the person really not considered as a party to the procedure? Because it's about the question of her capacity. So it's really important. What if she wants afterwards to challenge the decision if she's not considered as a party?
- R: In practice, almost invariably, they are joined as a party. I'm sure it does happen: if it's just a sort of routine application or if you've got somebody who obviously lacks capacity because they are in a minimally conscious state -for instance, say they're comatose-, and your local authority applying for property and financial affairs deputyship that could just be determined by the court on the papers. But in practice, I think the majority of the time and certainly where there's any dispute, it's almost unheard of not to have someone as a party and not to have the Solicitor on board that represent them, it would be very unusual. Partly for the reasons you say. I mean in theory, the way around, what happens if they don't want it is that any order that's made without a hearing should be subject to a provision that it can be set aside by anybody who's adversely affected, whether or not they are party. They can apply to get it set aside within seven days or 14 days or whatever. But in reality, if there's going to be any controversy about it whatsoever unless it's totally routine, I would expect to see P joins the party. I think the rules probably just haven't been updated since when the Court of protection and the mental capacity act started dealing with these matters, there was a bit less of a focus on the participation of the protected party. I don't really know why that is because I was about 14 years old at the time, but the case law fairly swiftly established the appropriate reasons the participation of the protected party is actually pretty important.
- C: I read that sometimes, the court can make an order and for example appoint a deputy without any hearing. But I think that's strange not to even see the disabled person and all the people who are close to him. For example, in Belgium and in Quebec, it's mandatory to see the person and you have a sort of interview with her. If the judge doesn't see the person, how can he be sure that the person really needs a deputy and how can he effectively assess the fact that the person cannot do this kind of acts but not the others? And so, how then could we also know that the person wants to challenge the decisions? Is it really often that we don't make any hearing and that we don't see the person even for appointing a deputy?
- R: No, it's not common. The way it works is that the application has to be supported by evidence -and that includes evidence of capacity- and so if there is a really clear-cut case like, -as I say-, somebody who's in a comatose state and so plainly is not going to have capacity because they can't communicate a decision. And it's something like a property in financial affairs deputyship whereas it's basically just administrative. That's the only real circumstance I can imagine the courts making that's something that's as clear as that, where the evidence is really solid, and it's very obvious that the test for displacing the presumption of capacity has been met because it's just totally clear, and where the deputyship that sought is not particularly controversial in and of itself. Which comes back to the fact that it's more usual here to end up with these sort of almost administrative property and financial affairs deputyships which are just to keep the money moving as it needs to and it's much less common to have sort of wide-ranging health and welfare powers. If the court was considering anything that was more controversial than that - the capacity evidence doesn't look particularly good, so they're not clear on capacity, or the deputyship that's being sought is very broad, or there are concerns about the identity of the deputy and the person who's seeking the deputy-, then I would expect a hearing to be listed and I would be very surprised to find if I had a case and found that the deputyship order had previously been made in

those sort of circumstances on the papers and I would be looking at advising the official solicitor about whether we would need to challenge that.

- C: Because I don't know where the limit is. For example, for some people, we can think that they cannot express what they want to have, which deputy they want to have, etc. , but some of them need some specific ways of communicating and they have to express themselves in a particular way.
- R: Yeah, I think it's unusual. The way that the protective party's engagement tends to be secured is through the appointment of the official solicitor acting as their litigation friend. So, the official solicitor will be appointed to act and will then go along and see them take instructions or attempt to take instructions to try and get as much as can be discerned about their wishes and feelings. That includes whether they wish to see the judge or not. If they wish to see the judge then they ought to, basically. And judges will do visits to care homes or hospitals or things as they need to in order to see a protected party who wants to see them. If they don't want to see the judge then there's no requirement for judges to go and interview them because they're being seen by the official solicitor who then reports back to the court on their behalf effectively. So there are circumstances in which the judge won't see the person but that tends to be because they don't want to or are indifferent to whether they see the judge. And some people obviously find the idea of being in a court at all very stressful and so absolutely have no desire whatsoever to engage with the judge. Other people are very keen to see the judge because this person is making a decision on their behalf. It can be quite an important decision and they want to get an opportunity to put their case across. And sometimes they come to court, sometimes they sit in the whole hearing, sometimes they see the judge before the hearing starts and then they go back because they didn't want to sit through the whole court process because it's frankly quite boring. And sometimes, the judge will go and see them where they are. So, there's an expectation that the protected party should be seen but it's subject to whether they want to be or not. And if they don't then the safeguard is making sure that the official solicitor is acting for them. But I agree: I think maybe there should be a bit more presumption that judges do get and see people.
- C: For doing an application to open a deputyship, we normally have to fill in the application form for the assessment of the capacity. But what happens if it's impossible to, for example, see the person and to assess the capacity because the person doesn't want to be seen by a doctor because she doesn't really want to be under a deputyship? Will then the court reject the application or is it possible to do an application even without this?
- R: Yeah, what will generally happen if there's good capacity evidence in support is that the court will list the application for hearing to try and get to the bottom of why this evidence isn't there. And then will hear from people about what the difficulties they're facing are. There are various ways around that kind of situation where someone doesn't want to be assessed. One is that you use sort of historical data and do the best you can. One is that you get the assessment to be done by somebody who is more able to engage with a trusted social worker or something even if they're not a medic. At least they can get more information and they should be able to help with the functional side of the test anyway. In theory you could order a section 49 report, -so get another doctor to go and try and engage-, or you could order an independent expert, -so go to a clinical psychologist or a psychiatrist. Or just get the judge to try and persuade the protected party that they ought to engage. So there are various ways forward when that happens and what the right thing to do will always depend on the circumstances of the case. Sometimes if you really just can't get the evidence together, then the court can't be satisfied that they lack capacity and so the case will have to be dismissed but it would be normal for the court to sort of try exploring what can be done to find out what the true position is, rather than just saying "I can't deal with this".
- C: I've also read that there is a special procedure, the "fact finding hearing". Is it a special hearing before the court of protection or is it something that generally happens before the English courts?
- R: The protection procedure rules 2017 are governing the procedure. It's a sort of modified version of the general rules of civil procedure, so it's similar to the other courts but it's slightly tweaked for the fact that it's a specialist jurisdiction, so there are some rules that aren't applicable that apply in other courts and some rules that we need that other courts don't need because they don't have the same problems. But it's fairly similar to how things work anyway. In terms of fact-finding, it tends to arise in cases where there are allegations of abuse, so it's sort of disputed factual territory. So the local authority might say, for instance, we don't think it's in someone's best interest to stay living at home with her family members because we have concerns that they are financially abusing her or sometimes sexually abusing her or whatever. And obviously the family tends to say "no we're not". And you can

either proceed on the basis that we're not going to rely on those allegations because for other reasons, we think that this person needs to move. They're getting increasingly frail, the package of care that they need is not deliverable in the family home anymore, that sort of thing. Or if you want, if you really do need to say the only reason this person needs to move is because we have concerns about abuse, or neglect, or something, you have this sort of self-contained hearing where a judge will hear the evidence as to why are those allegations being made and we'll hear from the people on, -you know-, the people who are contesting it what they say the true position is and then makes findings a fact which don't have any wider resonance outside of those proceedings. So they don't then give rise to a different civil claim or a different criminal claim but they're the facts that are then used to determine the basis of the case before the judge. So obviously if the judge finds that someone is being abused or assaulted, it's likely that a best interest decision will follow that it's not in their best interest to stay in that setting. There may then be an investigation by the police or by social services depending on what the circumstances are, but that tends to be where you get about finding hearings.

- C: When the doctors have to carry out the medical assessment of the person's capacity do they do that in detail or are they just saying "yeah the person lacks capacity" and they are just putting some crosses on the certificate and that's it?
- R: Varying practice. There's a specific form called a COP3 which they're supposed to use. Some of them fill it in really thoroughly and do a very good job straight off. Some of them do it a little bit more "slap dash" and it's not as you say, it's kind of a box ticking exercise. If that happens, almost certainly the first thing that will happen when the hearing gets caught is that someone will say: "this capacity evidence isn't good enough and we need a report from a special visitor or a section 49 report or an independent expert. We can't possibly use this nonsense ". So increasingly they are getting better at it but I mean it just is kind of "lock of the door".
- C: And some questions also about the office of the public guardian. I saw that there was a difference between the minimal supervision and the general supervision: do they systematically analyze all the reports in order to detect some abusive decisions or is it something that they do randomly? Like if they feel that for some people the reports are more suspicious, are they going deeper in the analysis or do they systematically analyze all the reports?
- R: I have to say I don't actually know what their internal processes are. They certainly pick up on things that they wouldn't be finding unless they were scrutinizing things quite closely but i don't know whether that's been, -sort of-, it's at random for instance they've found these cases or whether it's a result of scrutinizing all cases very closely or whether it's basically luck. But when they find something to investigate ,they take it incredibly seriously so i would expect, but without knowing, that they are probably giving everything a sort of at least minimal level of, -you know-, scrutiny and then have a sort of process for identifying things that might look worrying that they then spend a bit more time looking into and then from that they investigate the ones that actually are worrying, but i don't know.
- C: yeah okay. And I also read that before, the office of the public guardian was able to give some legal advice to lay proxies and to family members but that they cannot do that anymore. So I was wondering next to the court of protection visitors, are there some people that can help and support all the lay proxies to avoid some mistakes in the way of doing the reports, or the manner to execute the lasting power of attorney, or all the powers of a deputy, etc.? Are they well surrounded?
- R: Yeah, I suspect there could probably be more assistance available. The office of the public guardian won't give legal advice but it does provide some sort of support so if you ring them up and say: "I need to do this but I'm not sure whether I can do it under the terms of my power of attorney", they will say something along the lines of : "Well you need to get legal advice about specific circumstances of your case". But in general, we don't think that this is a problem. So they give a little bit of guidance but they do tend to send people off to get specific legal advice. There isn't really a great system, short of going to ask a lawyer, there isn't really a great system of ensuring that people know what their powers are and what their duties are. And as i was saying earlier, I think that's probably the biggest issue I have with the system, in that, I think people get caught out by it and that could do with being better explained and made clearer to people and more support being provided.
- C: And about the support of people with disabilities, I have read some documents about the IMCA. I was wondering in practice when the appointment of an IMCA is mandatory, is it really respected and what are the legal consequences if the hospital had to designate an IMCA but it didn't do it?

- R: They have been around for a while. Generally, hospitals are pretty on the ball and they tend to appoint them when they're needed. There's a lot of guidance out there so family members often know about them and that they should be appointed and will raise it as a request. That tends to be considered and generally, it's not controversial. I don't think there really are any legal consequences if one should be appointed and isn't... Say that if you end up in front of the court and there should have been one and someone complains about it, you're likely to get shouted at by a judge. Again, it could form the basis of an application if you should have had an advocate and you haven't. Then, in theory, someone could take that to court to raise a concern about that.
I've not seen that as the sole source of an application, but I have had cases where families have thought that IMCA should be appointed and they haven't been and we've negotiated a way forward. Almost always, what happens is that the trust just gives in and appoints one. So they're very useful resource, they're not the only way of dealing with that. There's also relevant persons representatives who are people who are appointed if you're deprived of your liberty in a care home setting under the act, so that's another advocacy route. But in general, I think the system with IMCA works pretty well and there aren't many cases where there should be one and there isn't.
- C: Because they can also intervene for care reviews as well as adult protection cases. And I was wondering what are, exactly, the situations of "care reviews" and whether it is common that the IMCAs are appointed in these kinds of cases? Because, then, it's not mandatory but it can be the case if the responsible body wants to appoint them.
- R: Yes, so care reviews, if we're talking in NHS context, it's called a "care and treatment review" and they are multi-disciplinary meetings where everybody who's involved in so-and-so's care will come together to discuss what's working, what's not working, whether there are any concerns, does the person themselves have any concerns, are there things that need to change, does the care plan need to be tweaked etc. They take place fairly regularly. There are concerns about their capacity just because it deals with any advocacy issue. It's an obvious way of doing it, people are used to working with IMCAs and it's a sort of straightforward way -that everyone understands- of making sure that, that person's voice is being properly heard. I think they're not always used but it's not uncommon.
- C: We say in the law that the responsible body can be the NHS or the local authorities, depending on the decision that must be made. But when we talk about the NHS, in all practicality, is it a power exercise, for example, by a hospital or a doctor?
- R: It's exercised by a hospital trust or by a clinical commissioning group. It depends on the type of decision being made. I'm afraid this is horribly complicated and it's also about to change. There's a sort of level of organizations which buy-in services and are responsible for funding and making sure that care is available. Those are called "clinical commissioning groups - CCGs" and then there are the people on the ground who actually deliver the care, and those are hospital trusts or hospital foundation trusts, depending on how they're set up. And then, obviously, they employ various staff doctors nurses etc. It's not it's one of those statutory bodies: the CCG or the trust, and not the individual doctors who hold the powers. They're good enough to do without having to worry about the vagaries of clinical healthcare law. (laughter). It's very unusual for mental capacity act purposes, I don't think there's anything which requires a doctor to specifically exercise power under the mental health act. There are some duties that fall on specific doctors rather than trusts but mental capacity wise not so much.
- C: There are also some things about the IMCA and other things that are explained in the code of practice. I was what the legal status of this code of practice is? Is this considered as a real enforceable law or something else?
- R: It's statutory guidance. The mental capacity act is obviously an act of parliament and if you breach that, you're automatically in trouble. Statutory guidance is guidance that's created under the act so it has a legal basis, it's not just a policy document. You have to have regard to it. But you can depart from it if you've got good reasons for doing so, you have to explain what those good reasons are and you're meant to keep a record of them and it can form the basis of a legal challenge. Departing from statutory guidance without good reason would, at least in theory, render a decision unlawful, so you would be looking at the administrative court there, in judicial review. So it's fairly powerful but it's not it's not it's not totally binding.
- C: Okay, and when a decision-maker does an act on behalf of the person, will the act be considered as an act made by the person themselves or will the name of the decision maker be put on the contract?

For example for a surgery, if it's decided like that, who is legally involved in the conclusion of the contract?

- R: It depends. The place where this arises most commonly is tenancy agreements. So if somebody is moving into a accommodation where they need to sign a tenancy agreement. What is common to avoid this kind of problem, is that somebody will make an application to court for permission to sign a tenancy agreement on the person's behalf and so it'll then be signed by that person -as in by the person who's applied to court asking for permission on behalf of the protective party- and if anyone raises any questions about that then you wave the order saying his permission. I suspect, in terms of pure legal analysis, it is probably right that the act is deemed as if it's been done by the person themselves but to be honest the question never really comes up. I can see that there may be problems with analyzing it that way, in terms of substituted decision making, so, possibly, depending on the circumstances, it might be better analyzed as it being done by whoever is actually acting as decision-maker with approval from the court. But I suspect the answer is that it be deemed as if it's the person who is affected.
- C: Okay, because in Belgium, when you are the equivalent of the deputyship, the act is signed by the deputy. Then it's him who is considered as doing the act and who is responsible of the act afterwards.
- R: If you were trying to unpick something a deputy had done, then that would be seen as having been done by the deputy. The deputy obviously takes the act and is kind of indemnified for liability arising out of it as long as it's in P's best interests. I suspect it probably varies from situation to situation. Certainly, a deputy can - in terms of the less philosophical side of it- sign something validly on behalf of P.
- C: And when an attorney or a deputy has the power to make some decision because of his powers, then is there still a possibility for social carers or doctors to make decisions for the person as well? Or is there a priority for the deputy or the attorney to make the decision for the person?
- R: Generally the attorney or the deputy's decision ought to stand, so they should be able to take the decision. If there's a real conflict about that then an application can be made to the court of protection, but there are some things you can't do. For instance: deprive somebody of their liberty. If that's at odds with an existing deputyship or power of attorney you would have to go to court. The whole point of the system is that the attorney or deputy should be the one making the decision so it can't simply be overwritten.
- C: So is it common in practice that a person that is under a deputyship will be considered as having the capacity to perform certain acts and to challenge the decision of the deputy by saying : "In reality, I have the capacity to make this decision".
- R: No, to be honest it's not common because, in general, the courts aren't making deputyship orders in cases of borderline capacity: Where somebody has capacity in some areas but not others or where someone's capacity is fluctuating, the courts are much less likely to think it's appropriate to make a deputyship order and much more likely to want things to be brought back to the court to determine. Deputy orders are made for people who lack capacity across a series of relevant domains and are not likely to have capacity in relation to any decision. Obviously, it could happen but in practice it tends not to.
- C: So for example, for people that have a fluctuating mental disorder, if they are in a good state to make decisions, they could make it because, at the time of doing it, they had the capacity to do so. Could they challenge the decision of the deputy if they can prove that they had the capacity to do it at that particular time? I don't know if it's really something that happens often or not.
- R: In theory it could happen, in practice it very rarely does.
- C: Even if the person is in a good state, it's always a deputy who's making the decisions.
- R: It's quite unlikely that a deputy would be appointed in that sort of case, so that's why it doesn't happen very much. There generally aren't deputies in those cases and if there were, then I would expect them to be alive to the issue of fluctuating capacity. And certainly, in that case, then something like what you outlined could be a possibility.

- C: For people with fluctuating mental disorder, it's more common to make a specific decision before the courts instead of doing a lasting power of attorney or a deputyship.
- R: Well, that's one of the circumstances in which lasting power of attorney might be useful and particularly because it would mean that there's somebody when they lack capacity who can exercise it. But then, when they're back to being capacitous, it's easy to kind of take over again. The courts just prefer not to grant a deputyship because they will have concerns about whether it's really a sensible thing to do where somebody's capacity is fluctuating and the sort of breadth of the powers that are being given. It can be done. It's not that it can't be done. It's just that you would struggle to persuade a court to do it because they will have concerns about whether there will be sufficient safeguards in place. And if it is a short-term fluctuation, then it's not really obvious why you would need the sort of wide suite of powers that come with the deputyship. If there are any big decisions that need to be made, then the court can make those. If there are day-to-day minor decisions, those can generally be made in someone's best interest anyway onto the mental capacity act and you're indemnified by section five. So I wouldn't expect to see somebody trying to obtain a deputyship in a case like that.
- C: Does the MCA also apply for people who have alcohol or drug problems and are no longer able to manage their property?
- R: It's a good question. It's quite controversial. In theory, yes, the mental capacity act could apply. An impairment of the mind or disturbance in the functioning mind can be temporary and it can be brought on by alcohol. It's generally unusual for people to try using the mental capacity act for serious issues in relation to that.
For very big decisions, people tend to prefer to try and deal with it another way. Not least just waiting for somebody to sober up and then getting them to make the decision when they're sober. But it is controversial. It's something that we're often asked to advise on. What's the right approach in the case of somebody who's vulnerable and also a chronic alcoholic and what do we do? In theory the mental capacity act is a route. The inherent jurisdiction is also a potential route but they're not clear-cut cases.
- C: And back to the LPAs, I have also read in the Code of practice that if an attorney thinks that an LPA does not give them enough powers, they can ask the court to extend their powers. For example, if the donor no longer has capacity to authorize this. But I thought this was a little bit strange because it calls into question the essence of the LPA which contains all the person's wishes for when they are no longer able to make decisions. What do you think about it?
- R: I agree, and in practice i've never encountered this.
- C: The attorney could apply for a deputyship instead of asking for an extension of their powers.
- R: Yes, I suppose they probably could, I've never seen it done, not least because I've never seen this problem arise. In reality, people tend to just deal with the scope of the LPA that they've got.
- C: I have one last question. In Belgium and also in Quebec, one of the protection regimes for vulnerable adults which is called "assistance". It means that we have an assistant who will have no decision-making power, representation power or oppose decisions taken by the person, but they will be able to communicate with the organizations as well as accompany the person to the appointments etc. And there is a little recognition of their statutes. I didn't see that you have anything like that in the UK.
- R: No, that sounds like a very sensible system but I can't think of anything that's really equivalent. The convention on the rights of people with disabilities says that we have to make some regimes that are more focused on the "assistance" and not representation only.
- R: It's certainly not the only way that the English system is not compliant with the UNCRPD. (laughter) There are some big problems about the mental capacity act substituted decision-making. But to be fair, I'm not sure anyone is compliant with the UNCRPD, I'm not entirely sure it's possible to comply with it. But that doesn't mean that it's not a good thing. I can't think of anything obvious in the English system that works like the assistance. Some of those roles are things you would expect a social worker to be helping with. But there's no defined role of the person who does that thing unless I'm being particularly dense and missing something.
- C: Because I saw that there were also some discussions about the terminology of "best interests". The convention of the rights of people with disabilities says that we don't have to take into account the

higher interest of the person but focus on their wishes and preferences. I don't know if in practice - through the best interest concept- you are also taking into account the wishes and the preferences of the person. So it's just a question of vocabulary and phrasing or do you think that you should change the law to be more in accordance with the convention?

- R: It is a lively academic debate in the UK. My personal feeling is that we're probably not in full compliance but that it's unlikely that the system will seriously change to bring us into full compliance. Certainly, wishes and feelings are an important component of the best interest test. In many cases, they will be determinative but they're not determinative in all cases. It seems to me that if we were fully compliant with the convention then that would not be the case, but I'm not necessarily sure that that is always a bad thing. I'm not an academic, so I don't spend too much time thinking about these problems. (laughter). But it seems to me that there are some cases in which someone's wishes and feelings are really not clear. There are cases where it's impossible to determine what someone's wishes and feelings are because they, in fact, want several contradictory things. And I can see that in those cases, there's got to be some other sort of touchstone. On the other hand, it's very easy to lapse into a sort of unjustified paternalism -with the best will in the world- trying to protect people. But you can't, and you shouldn't protect people at the expense of their autonomy. There's no real justification for treating people with disabilities differently on that basis. It may be done with good intentions, but it is still a form of discrimination.

So I don't know what the answer is and if I did, I would probably be the minister for social care. So, I'm not sure that the UK system or the English system are really compliant with the convention. It probably isn't, but we are due to slightly change the system, so who knows... Maybe we'll be brought into fuller compliance in due course. I suspect that's probably the overall trend anyway. I suspect as development in disability rights continue and people's thinking develops on this topic, we will come to see what we currently have was an impermissible element of substituted decision making. We shall see for the future.

- C: I think you have probably answered all my questions about all this very passionate topic.
- R: Good. Well, it was a pleasure to talk to you and very good luck with your thesis and I hope you enjoy the rest of your holiday.
- C: Thank you, have a nice Sunday!

