

Bulletin de veille

Publié par

**Le Curateur public
du Québec**

À la rencontre de la personne

Mot de l'éditeur

Ce bulletin présente les recommandations adressées au Canada en avril 2017 par le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU. La Convention relative aux droits des personnes handicapées signifie, selon les membres du Comité, qu'il faut remplacer les curatelles et les tutelles par des mesures d'assistance. La barre est désormais placée très haut!

Deux pays ont presque entièrement remplacé leurs régimes de protection traditionnels par des régimes d'assistance qui sont, de toute évidence, conformes aux nouvelles exigences du droit international. Les deux articles suivants du bulletin présentent leurs régimes d'assistance : la *godmanskap*, de la Suède, et la *Betreuung*, de l'Allemagne.

Le bulletin est complété par un article sur un projet de réforme des tutelles proposé par la Commission du droit de l'Ontario. La Commission a formulé 58 recommandations à l'intention du gouvernement de l'Ontario, dans le but de moderniser son dispositif de protection des personnes inaptes.

Sommaire

La mise en œuvre au Canada de la Convention relative aux droits des personnes handicapées2

Le régime d'assistance de la Suède (*godmanskap*)6

Le régime d'assistance de l'Allemagne (*Betreuung*).10

Vers une réforme des tutelles en Ontario13

La mise en œuvre au Canada de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

En avril 2017, le Comité des droits des personnes handicapées de l'Organisation des Nations unies (ONU) a examiné le rapport initial du Canada sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Le rapport canadien porte sur l'ensemble des questions touchant l'exercice des droits fondamentaux des personnes handicapées, allant de l'accès aux services de santé à leur insertion en emploi. Il porte également sur l'application au Canada de l'article 12 de la Convention, qui a un impact direct sur les lois portant sur la prise de décisions pour autrui, notamment dans le cadre des curatelles et des tutelles.

L'article 12, portant sur la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, stipule que les pays signataires doivent prendre « *des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique* » (1). Ces mesures devraient être assorties de garanties appropriées pour prévenir les abus. Ces mesures doivent notamment respecter « *les droits, la volonté et les préférences* » de la personne concernée, en plus d'être exemptes de tout conflit d'intérêts, proportionnées aux besoins et soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire.

Au moment de la ratification de la Convention, le gouvernement du Canada a émis une réserve à l'égard de cet article, afin de préciser sa compréhension du sens à lui accorder (2). Le gouvernement du Canada voulait ainsi préserver l'usage des régimes de protection, comme la curatelle ou la tutelle au Québec, la tutelle (*guardianship*) en Ontario et les mesures similaires ailleurs au Canada.

L'interprétation de l'article 12 par le Comité de l'ONU

L'existence d'un conflit entre l'article 12 de la Convention et les dispositifs de protection traditionnels a été confirmée lors de l'examen en 2011 des premiers rapports nationaux sur la mise en œuvre de la Convention. En 2014, le Comité de l'ONU a aussi adopté une « observation générale » sur cette question (3).

1. L'article 12 est reproduit à la page 5 du bulletin.
2. Le texte de la réserve canadienne est reproduit à la page 5 du bulletin.
3. ONU. Comité des droits des personnes handicapées, [Observation générale n° 1 \(2014\)](#), Genève, 2014, 15 p.



L'audition de la délégation du Canada par le Comité des droits des personnes handicapées au Palais des Nations, à Genève, les 3 et 4 avril 2017. Source : [UN Web TV](#).

Selon le Comité, l'article 12 de la Convention introduit un changement radical en matière de protection de la personne inapte. Les régimes de protection traditionnels, comme la curatelle et la tutelle de la plupart des pays, doivent être remplacés par des mesures d'assistance qui respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée.

Le rapport canadien

Dans la section portant sur la mise en œuvre de l'article 12 de la Convention, le rapport canadien présente un survol des dispositifs de protection des personnes inaptes au Canada, en mettant l'accent sur des mesures innovatrices dans les provinces de l'Ouest, dont la procuration spéciale de la Colombie-Britannique et du Yukon (*representation agreement*).

Le rapport rappelle également la réserve canadienne. Selon le gouvernement du Canada, l'article 12 de la Convention permet « *les mesures de prise de décisions substitutive lorsqu'elles sont conformes à la loi et que les circonstances le justifient* ».

Sources :

Canada, [Rapport initial du Canada sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées](#), février 2014, 69 p.

Canada, [Réponses du Canada à la liste de points](#), mars 2017, 28 p.

ONU. Comité des droits des personnes handicapées, [Concluding observations on the initial report of Canada](#), mai 2017, 14 p.

L'examen du rapport canadien

La « liste des points » du Comité

À quelques mois de l'examen du rapport canadien, le Comité de l'ONU a demandé des renseignements additionnels sur l'évolution depuis 2010 du nombre de personnes sous curatelle ou tutelle au Canada. Il voulait aussi connaître le nombre de personnes bénéficiant d'une mesure d'assistance au pays et le nombre d'adultes handicapés exclus du système électoral (1).

La réponse écrite canadienne

La réponse canadienne de mars 2017 indiquait que le nombre de personnes protégées était à la hausse dans la plupart des provinces. Au Québec, leur nombre est passé de 19 350 en 2010 à 21 750 en 2016.

Aucune réponse n'a été offerte à la question concernant le nombre de personnes handicapées privées de leur droit de vote au Canada. Le rapport présentait toutefois une liste de mesures prises par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, pour améliorer l'accessibilité du processus électoral.

L'audition du Canada les 3 et 4 avril 2017

Dès l'ouverture de l'audition du Canada, la présidente du Comité, la professeure Theresia Degener, a souligné que le Canada a, durant toute son histoire, enregistré d'excellents résultats concernant la protection des droits de la personne en général et des droits des personnes handicapées en particulier. Le concept de prise de décisions assistée (*supported decision-making*) a été créé dans ce pays, a-t-elle rappelé. Sans le Canada, le texte de la Convention ne serait pas ce qu'il est aujourd'hui.

Le Comité se réjouit de l'intention du gouvernement du Canada d'accéder au Protocole facultatif de la Convention, qui permet aux citoyens et aux groupes des pays signataires de déposer une plainte alléguant des violations des droits fondamentaux protégés en vertu de la Convention et de demander réparation (2).

Le Comité regrette toutefois que le Canada ait émis **certaines réserves à l'égard de l'article 12 de la Convention** et il déplore le manque de progrès concernant la concrétisation du concept de prise de décisions assistée au Canada, alors que 47 000 personnes handicapées sont encore sous curatelle ou tutelle.

Une période d'échanges a suivi au cours de laquelle M^{me} Degener a posé une question détaillée au sujet de la prise de décisions assistée au Canada, à savoir si le Canada a l'intention :

- de reconnaître le droit à la capacité juridique et à l'assistance;
- de permettre aux personnes handicapées de désigner des assistants;
- de préciser par voie législative les obligations des assistants;
- d'introduire des contrôles.

Elle a également posé une question concernant les difficultés rencontrées par des personnes handicapées pour avoir accès au régime enregistré d'épargne-invalidité (REEI) du gouvernement canadien. Ces questions lui ont été suggérées par des associations canadiennes qui avaient déposé des mémoires dans les semaines précédant l'examen (3).

Pendant l'audition, deux membres du Comité de l'ONU ont posé des questions concernant le droit de vote des personnes protégées ainsi que leur droit de participer à la vie politique au Canada.

La réponse orale canadienne

Lors de la période de réponses orales, M^{me} Laurie Sargent, directrice générale adjointe et avocate générale du ministère de la Justice du Canada, a indiqué que le droit canadien reconnaît aux personnes handicapées le droit à une autonomie la plus étendue possible concernant leurs finances, leur santé et leur lieu de résidence. M^{me} Sargent a ensuite présenté les grandes lignes de la réserve canadienne à l'égard de l'article 12.

M^{me} Martha Hill, directrice du Bureau de la condition des personnes handicapées, d'Emploi et Développement social Canada, a répondu aux questions concernant le droit de vote : « *la Charte [canadienne des droits et libertés] garantit à chaque citoyen canadien de 18 ans et plus le droit de vote et le droit de se porter candidat* ».

Elle a aussi fait état des mesures fédérales pour faciliter la participation politique des électeurs handicapés aux élections fédérales.

1. ONU. Comité des droits des personnes handicapées, [Liste de points concernant le rapport initial du Canada](#), 2016.

2. Gouvernement du Canada, [Le Canada s'engage à soutenir davantage les droits des personnes handicapées](#), 1^{er} décembre 2016.

3. Coalition on Alternatives to Guardianship, [Issues Related to Meeting Canada's Obligations \[...\] Under Article 12 CRPD](#), Toronto, 2017, 12 p.; Coalition de la société civile canadienne, [Rapport parallèle pour le Canada](#), Ottawa, 2017, 43 p.; Coalition de la société civile canadienne, [Suggested questions for the List of Issues for Canada](#), Ottawa, 2016, 25 p.

Les observations finales du Comité

À la fin du processus, le Comité a adopté une série d'**observations finales concernant la mise en œuvre** de la Convention au Canada.

Le Comité demande au gouvernement du Canada de retirer sa réserve à l'égard de l'article 12. Il se dit

« préoccupé par le maintien de la réserve de l'État partie à l'égard de l'article 12 de la Convention, en préservant les pratiques de prise de décisions substitutive. La réserve contredit l'objet et le but de la Convention tels qu'ils sont énoncés à l'article 1 » (1). (Notre traduction)

Afin de pouvoir faire le suivi, le Comité de l'ONU demande au Canada de lui fournir, en avril 2018, « *des renseignements sur les mesures prises pour mettre en œuvre la recommandation* » concernant le retrait de sa réserve canadienne.

Les régimes de protection

Le Comité est aussi préoccupé par la hausse du nombre de curatelles et de tutelles au Canada. De plus, dans plusieurs provinces et territoires, un représentant légal est autorisé à prendre des décisions médicales pour une personne considérée inapte (le Comité fait référence ici aux lois provinciales et territoriales qui prévoient le consentement aux soins pour autrui).

Le Comité est également préoccupé par le fait que certaines lois fédérales renforcent l'exclusion des personnes handicapées et ne reconnaissent pas la prise de décisions assistée.

Le Comité recommande au gouvernement du Canada et aux provinces « *de reconnaître la capacité juridique des personnes handicapées et de leur offrir l'assistance requise pour exercer leur capacité juridique* ». Il recommande également que le gouvernement fédéral introduise des mesures de prise de décisions assistée dans des lois fédérales.

Le prochain rapport canadien

Le Comité précise que le prochain rapport canadien **sur la mise en œuvre de la Convention devrait** être présenté au plus tard en avril 2020. Ce rapport devrait, entre autres, comprendre des renseignements **sur la mise en œuvre de** ses recommandations d'avril 2017. Il **s'ajoute donc aux renseignements que le** Canada devrait communiquer en avril 2018 au sujet de la réserve canadienne.

1. Le libellé de cette phrase est lourd de conséquences pour le Canada, car il évoque la Convention de Vienne sur le **droit des traités qui stipule qu'un État** « *peut formuler une réserve, à moins [que] la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité* ». ONU, [Convention de Vienne sur le droit des traités](#), 1969, art. 19.

Conclusions

Pour le Comité de l'ONU, le Canada présente un cas paradoxal. Le gouvernement du Canada a contribué grandement à la rédaction de plusieurs articles de la Convention et a récemment indiqué qu'il a l'intention d'adhérer à son Protocole facultatif. Par contre, le Canada est l'un des rares pays occidentaux à avoir émis une réserve à l'égard de l'article 12 (les autres sont l'Australie, la Norvège et les Pays-Bas).

Le message principal que le Comité adresse à ce groupe de pays, dont le Canada, est sans équivoque :

- Une réserve à l'égard de l'article 12 de la Convention va à l'encontre du but de la Convention, car elle a pour effet de priver des personnes inaptes de leurs droits fondamentaux. Une telle réserve doit être retirée.

Plus généralement, le Comité affirme que l'article 12 de la Convention requiert deux types d'intervention :

- Premièrement, les pays signataires doivent autoriser tout citoyen, y compris la personne handicapée, à prendre des mesures en prévision de son inaptitude, afin qu'il puisse faire valoir sa volonté et ses préférences. Le législateur peut prévoir diverses formes de mécanismes de planification, tels la procuration, le mandat de protection ou la directive anticipée pour les soins.
- Deuxièmement, les personnes qui n'ont pas pris de mesures de planification – par choix individuel, par inadvertance ou pour toute autre raison – doivent également pouvoir bénéficier, lorsqu'elles sont inaptes, de l'accompagnement nécessaire pour faire respecter leurs droits. L'État peut alors prévoir des mesures légales, judiciaires ou administratives pour la désignation d'un assistant. Celui-ci doit notamment faire respecter la volonté et les préférences de la personne protégée. L'État doit aussi prévoir des contrôles pour prévenir des abus ou de la maltraitance.

Le Comité se garde toutefois d'appuyer une mesure particulière ou un régime de protection existant. Il préfère laisser beaucoup de latitude aux pays signataires de la Convention dans la conception et le choix de mesures pour **mettre en œuvre** l'article 12. Chaque pays est donc invité à amorcer une réflexion sur la meilleure méthode pour y arriver.

– *Préparé par André Bzdera*

L'article 12 de la Convention : « Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité »

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

Source : Organisation des Nations unies, [Convention relative aux droits des personnes handicapées et Protocole facultatif](#), 2007, p. 10.

Canada : Déclarations et Réserves [article 12]

Le Canada reconnaît que les personnes handicapées sont présumées avoir la capacité juridique dans tous les aspects de leur vie, sur la base de l'égalité avec les autres. Le Canada comprend que l'article 12 permet des mesures d'accompagnement et de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique dans des circonstances appropriées et conformément à la loi.

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.

Source : Organisation des Nations unies, [Convention relative aux droits des personnes handicapées \[Ratifications\]](#), 2017, p. 4.

Le régime d'assistance de la Suède (*godmanskap*)

Depuis sa création en 2008, les experts du Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies ont examiné une cinquantaine de rapports nationaux sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, dont plusieurs de pays européens. À maintes reprises, le Comité a indiqué que les États Parties devraient réviser les lois prévoyant les régimes de curatelle et de tutelle et prendre des dispositions pour élaborer des lois et des politiques visant à remplacer ces régimes de prise de décisions substitutive par des régimes d'assistance qui respectent l'autonomie, la volonté et les préférences de la personne (1).

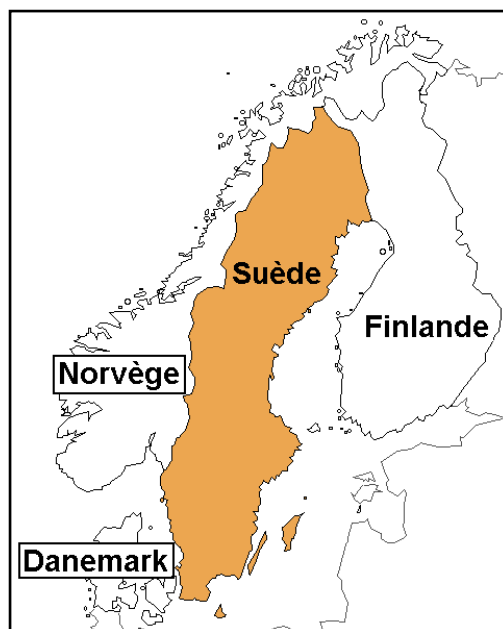
Lors de l'examen du rapport national de la Suède en 2014, le Comité a cependant limité ses reproches à un seul des deux régimes de protection de ce pays, à savoir le *förvaltare*, ou l'administration, qui est un régime de protection caractérisé par une prise de décisions substitutive (2).

Or, près de 90 % des personnes protégées en Suède bénéficient d'un régime d'assistance, la *godmanskap*. Ce régime est un des rares régimes de protection qui seraient conformes aux nouvelles exigences du droit international. Comment ce régime d'assistance fonctionne-t-il?

Les origines de la *godmanskap*

La Suède a introduit son régime d'assistance en 1924, afin d'offrir une solution de rechange à la curatelle, l'*omyndigförklaring*, qui veut dire « déclaration de minorité ». Ce nouveau régime d'assistance visait les personnes temporairement inaptes ainsi que les personnes qui, bien qu'atteintes d'une démence, étaient encore généralement en mesure de s'occuper de leurs affaires.

La personne protégée et son assistant avaient les mêmes pouvoirs à l'égard des biens de la personne protégée. Ce pouvoir bicéphale créait cependant une incertitude juridique parfois décrite par des juristes, qui a eu pour effet de graduellement circonscrire son usage à des situations où la personne vulnérable allait de toute évidence coopérer avec son futur assistant.



La réforme du dispositif de protection

En 1989, le législateur suédois modifie le régime d'assistance par l'introduction de la règle du consentement de la personne protégée. À partir de ce moment, l'assistant ne peut plus agir à l'encontre de la volonté de la personne protégée. Ce changement législatif a pour effet d'éliminer les incertitudes entourant l'utilisation de ce régime.

Par la même occasion, le législateur suédois abolit la curatelle, jugée trop privative de droits, et la remplace par un nouveau régime de protection : l'administration. Ce dernier régime est généralement réservé aux personnes vulnérables qui risquent autrement de porter atteinte à leurs propres intérêts fondamentaux ou qui sont susceptibles d'être victimes d'abus financier.

Sources :

Christer Fjordevik, [The Chief Guardian System in Sweden](#), *Journal of International Aging Law and Policy*, 9 (2016), p. 3-10.

Torbjörn Odlöw, [Reply to questionnaire for the country reports – Sweden](#), Berlin, Betreuungsgerichtstag, 2016, 5 p.

UE. Parlement européen. Direction Générale Politiques Internes de l'Union, [Étude comparative sur les régimes juridiques de protection des majeurs incapables](#), Bruxelles, 2008, p. 99-118.

1. ONU. Comité des droits des personnes handicapées (CDPH), [Observation générale n° 1 \(2014\): Article 12](#), Genève, mai 2014, p. 6 (paragr. 22).
2. ONU. CDPH, [Observations finales concernant le rapport initial de la Suède](#), Genève, mai 2014, p. 5 (paragr. 33-4).

Dans tous les cas, le tribunal ne déclare jamais une personne inapte ou incapable. Les personnes protégées ne sont plus privées automatiquement de leur droit de se marier, de voter ou de préparer une procuration.

Au cours des années 1990, le législateur renforce le rôle du curateur municipal en matière d'ouverture et de surveillance des deux régimes de protection.

La *godmanskap* moderne

L'assistant (*god man*) est nommé par le tribunal de district pour assister le majeur inapte ou vulnérable dans ses affaires financières ou personnelles, incluant l'hébergement et les soins personnels. La personne protégée conserve ses droits civils et peut voter, se marier ou, si elle a encore la capacité mentale requise, préparer une procuration ou un testament. Dans environ le tiers des cas, le tribunal module la portée du régime d'assistance en fonction des besoins de la personne protégée.

Ce régime d'assistance est tout indiqué pour les majeurs qui reconnaissent leur besoin d'assistance dans certains aspects de leur vie, notamment des personnes ayant une déficience intellectuelle et des personnes âgées en perte d'autonomie. Le régime d'assistance offre aussi une protection jugée adéquate pour des personnes totalement inaptes (démence avancée ou déficience intellectuelle profonde), car ces dernières ne peuvent, dans les faits, exercer d'une façon indépendante leur capacité juridique; elles ne courent donc aucun risque d'agir contre leurs propres intérêts, sciemment ou par inadvertance.

L'ouverture du régime d'assistance

La nomination d'un assistant peut être demandée par la personne vulnérable, son conjoint, un proche ou encore le curateur municipal. Les services sociaux ont l'obligation d'informer le curateur municipal lorsqu'une personne vulnérable pourrait avoir besoin d'un régime de protection.

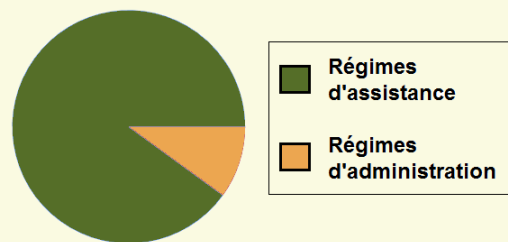
La personne concernée doit normalement consentir à la requête **en ouverture d'un régime d'assistance. Si le majeur n'est pas en mesure de consentir, en raison d'une déficience intellectuelle ou d'une démence, le demandeur doit produire un certificat médical à cet effet, préparé par un médecin de famille ou encore par un spécialiste.** Le curateur municipal examine les requêtes, fait préparer une évaluation additionnelle par un travailleur social portant sur la détermination des besoins et présente le tout au tribunal de district pour décision.

Avant de prendre sa décision, le tribunal s'assure que des mesures plus simples ne peuvent convenir dans les circonstances, telles qu'une assistance informelle

Les deux régimes de protection de la Suède

L'assistance (*godmanskap*) – L'assistant (*god man*) doit respecter la volonté de la personne protégée – à l'exception des décisions concernant le maintien du domicile (loyer, hypothèque, électricité, chauffage, aliments). La personne protégée conserve tous ses droits civils.

L'administration (*förvaltare*) – L'administrateur agit dans l'intérêt supérieur de la personne protégée. Ses pouvoirs se limitent au strict minimum, généralement en matière d'hébergement ou de gestion du patrimoine. Le curateur municipal doit aussi évaluer annuellement la nécessité du maintien du régime.



Répartition des majeurs selon le régime de protection

offerte par un proche ou la préparation d'une procuration, si le majeur a encore la capacité mentale requise.

Le processus d'ouverture est généralement rapide (quelques semaines) et sans frais pour les personnes concernées. Une audition n'est pas requise lorsque le majeur exprime son appui à la requête.

Le majeur protégé peut lui-même demander la **mainlevée du régime, en communiquant avec le juge. S'ils sont d'avis que la mainlevée est requise, les services sociaux doivent en informer le curateur municipal. Si, lors de l'examen d'une demande de mainlevée, il considère que les intérêts de la personne protégée seraient à risque en l'absence du régime d'assistance,** le tribunal peut désigner un administrateur. Cette possibilité pourrait toutefois avoir un effet dissuasif sur le majeur protégé qui désire mettre fin à son régime d'assistance.

Le choix de l'assistant

L'assistant peut être un parent, un proche ou encore un tiers, tels un travailleur social, un avocat ou un fonctionnaire à la retraite. Seules les personnes physiques peuvent devenir assistants. Si la personne concernée exprime une préférence quant au choix de son assistant, le tribunal désigne cette personne.

Le consentement aux soins en Suède

Le consentement aux soins pour autrui n'existe pas en droit suédois. Cela veut dire que ni l'assistant (*god man*), ni l'administrateur (*förvaltare*) ne peuvent consentir aux soins médicaux au nom d'une personne inapte ou donner leur accord à son hébergement dans un établissement de soins de longue durée.

Le conjoint ou un proche parent ne peut pas non plus consentir aux soins, car il n'existe pas d'équivalent suédois à l'article 15 du Code civil du Québec qui prévoit une liste de personnes autorisées d'office à prendre des décisions concernant les soins offerts à une personne inapte.

Le législateur suédois a résolument mis l'accent sur la sauvegarde de l'autonomie du patient.

Cette prise de position crée toutefois des dilemmes importants, car un Suédois ne peut pas prendre des mesures en prévision de son inaptitude afin de faire valoir ses préférences en matière de traitement médical. La directive anticipée pour les soins n'existe pas dans ce pays (quoique le gouvernement ait récemment amorcé une réflexion sur la directive anticipée pour les soins ou la recherche médicale) et le nouveau mandat de protection future (*framtidfullmakter*), qui entre en vigueur en juillet 2017, ne couvre que les affaires financières et personnelles, à l'exclusion des soins médicaux(1).

En raison de ces contraintes, les professionnels du réseau de la santé et des services sociaux de la Suède doivent parfois faire preuve d'imagination pour pouvoir protéger une personne qui refuse des services ou des soins(2). Ce dilemme survient de plus en plus fréquemment en Suède en raison du nombre croissant de patients atteints d'une démence.

(1) Suède. Justitiedepartementet, [Regeringens proposition 2016/17:30 Framtidfullmakter](#) [Proposition gouvernementale : le mandat de protection future], Stockholm, 2016, 202 p.

(2) Ann-Charlotte Nedlund et Annika Taghizadeh Larsson, «[To protect and to support: How citizenship and self-determination are legally constructed and managed in practice for people living with dementia in Sweden](#)», *Dementia*, 15:3 (2016), p. 351-2.

Le rôle de l'assistant

L'assistant doit respecter et faire valoir la volonté de la personne protégée. L'assistant peut formuler des demandes de services, demander des prestations sociales auxquelles la personne a droit et prendre toute autre initiative qu'il juge nécessaire, mais il ne peut aller expressément contre la volonté de la personne protégée.

Il existe cependant une exception à cette règle : l'accord de la personne protégée n'est pas requis pour des décisions concernant le maintien du domicile (loyer, hypothèque, électricité, chauffage, aliments). Dans ces domaines, l'accord du majeur est présumé par le législateur.

L'accord de la personne protégée n'est pas requis non plus si celle-ci n'est pas en mesure de manifester sa volonté à l'égard de la décision à prendre en raison, par exemple, d'une démence ou d'une déficience intellectuelle, mais l'assistant doit alors respecter les volontés que le majeur a pu manifester par le passé.

Pour des décisions importantes, l'assistant doit consulter la personne protégée et prendre en considération, le cas échéant, le point de vue de son conjoint. L'assistant doit aussi obtenir l'autorisation du curateur municipal pour la vente d'immeubles ou de valeurs

mobilières ou pour accéder à des comptes bancaires gelés par le tribunal.

Rémunération

Tout assistant a droit à une rémunération prise à même les revenus ou le patrimoine de la personne protégée ou, si ces derniers sont insuffisants, provenant de la municipalité. Une personne protégée contribue financièrement si ses revenus excèdent 13 500 dollars canadiens ou si son patrimoine excède 17 500 dollars. Le montant de la rémunération est fixé par le curateur municipal et peut varier selon la nature des tâches à accomplir.

La rémunération moyenne demeure modeste, aux alentours de 1 100 dollars par année, ce qui signifie que la fonction d'assistant est souvent assimilée à une forme de bénévolat. Néanmoins, quelques professionnels semblent pouvoir tirer des revenus suffisants pour gagner leur vie.

Le curateur municipal

Le rôle du curateur municipal se limite exclusivement à préparer des requêtes en ouverture et à surveiller la gestion des assistants et des administrateurs. Le curateur municipal ne peut agir lui-même à titre d'assistant ou d'administrateur.

Le curateur municipal examine le rapport d'inventaire initial ainsi que les rapports annuels préparés par l'assistant (ou l'administrateur) afin de s'assurer de la bonne gestion des affaires financières de la personne protégée et plus généralement de son bien-être. Il offre également de l'information et des séances de formation aux assistants et aux administrateurs.

Selon certains observateurs, la qualité de la surveillance et de l'information offerte serait hypothéquée par le manque chronique de ressources financières nécessaires dans les municipalités rurales. Pour faire face à ce défi, de nombreuses petites municipalités d'une même région ont fusionné leurs curateurs.

De son propre chef, le curateur municipal peut remplacer un assistant ou un administrateur qui ne peut plus assumer ses responsabilités. Il peut aussi s'adresser au tribunal pour faire modifier les domaines visés par le régime de protection ou pour obtenir la mainlevée.

Le conjoint de la personne protégée et ses proches parents peuvent consulter le dossier que détient le curateur municipal à son égard (qui porte sur l'ouverture et la surveillance de l'assistant ou de l'administrateur). Le législateur suppose que les proches parents ont intérêt à s'assurer de la bonne administration des affaires du majeur protégé.

Vers un bilan du régime d'assistance

Le régime de la *godmanskap* est une innovation juridique remarquable qui a été créée et popularisée dans le contexte d'une société soucieuse de l'égalité de tous ces citoyens. Ce régime d'assistance a progressivement remplacé la curatelle traditionnelle et, après les réformes de 1989, il a également réussi à circonscrire l'usage du régime d'administration à des situations exceptionnelles.

Néanmoins, le dispositif de protection de la Suède n'est pas à l'abri de critiques(1). En raison du nombre

élevé de réformes réalisées à la pièce, il existe aujourd'hui de nombreuses dispositions législatives anachroniques ou mal adaptées à la vie moderne. Par exemple, on se demande s'il est approprié que les dispositions législatives concernant les régimes de protection pour les majeurs fassent encore partie du « Code des enfants et des parents » (*föräldrabalken*).

De plus, ni la législation ni les guides produits par les curateurs municipaux n'offrent de consignes claires concernant la démarche à suivre lorsque la personne protégée n'est pas en mesure de manifester sa volonté. De quels facteurs devrait-on tenir compte dans de telles circonstances? Comment faire valoir la volonté que la personne protégée a pu manifester par le passé? En cas de doute, doit-on appliquer les règles concernant les mineurs? Ces questions restent souvent sans réponse.

On remarque également que le législateur suédois n'a pas prévu de sanctions pour le cas où un assistant néglige de consulter le majeur protégé et son conjoint avant de prendre une décision(2). Les curateurs municipaux ont aussi de la difficulté à recruter des assistants pour des personnes isolées, peut-être en raison de la rémunération jugée inadéquate par plusieurs. La qualité de la surveillance exercée par les petits curateurs municipaux est aussi régulièrement remise en question.

L'approche suédoise en matière de protection des personnes vulnérables est néanmoins imprégnée d'un grand respect pour l'autonomie de la personne protégée. Même certains choix terminologiques semblent y contribuer. Ainsi, le mot employé pour désigner la personne protégée en Suède, *huvudman*, est également employé pour désigner le mandant dans le cadre d'une procuration. Au lieu d'être un objet de protection, la personne protégée en Suède se voit reconnaître ainsi comme l'acteur central de son régime de protection.

– Préparé par André Bzdera

1. Ann-Charlotte Nedlund et Annika Taghizadeh Larsson, «[To protect and to support: How citizenship and self-determination are legally constructed and managed in practice for people living with dementia in Sweden](#)», *Dementia*, 15:3 (2016), p. 343-57; et Torbjörn Odlöv, [Skrivelse angående vikten av att genomföra en omfattande och generell översyn av den förmynderskapsrättsliga lagstiftningen](#). [Lettre sur l'importance d'une révision complète du dispositif de protection], Stockholm, Föreningen Sveriges Överförmyndare, 2014, 18 p.

2. La consultation de la personne protégée au moment de la prise de décisions permet à l'assistant de confirmer que sa volonté n'a pas changé depuis leur dernière rencontre. L'objectif se limite donc à la bonne interprétation de la volonté de la personne protégée.

Le régime d'assistance de l'Allemagne (*Betreuung*)

En 2008, lors des débats en Allemagne sur la ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, le ministère fédéral de la Justice indique que le Code civil est conforme à l'article 12 de la Convention. Il souligne que la réforme de 1992 a aboli le régime de protection traditionnel, la curatelle, pour le remplacer par un régime d'assistance nommé *Betreuung*, qui veut dire soins ou soutien. Le majeur protégé conserve, sauf exception, ses droits civils.

Pourtant, lors de l'examen en 2015 du rapport national sur la mise en œuvre de la Convention dans ce pays, le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU s'est dit préoccupé par la *Betreuung* et a recommandé au gouvernement allemand de remplacer toute forme de prise de décisions substitutive par des mesures d'assistance (1).

En effet, si le majeur concerné met son bien-être ou son patrimoine gravement en danger, le tribunal peut subordonner sa volonté au consentement de son assistant. Le majeur est alors privé de certains de ses droits civils, dont son droit de vote. Ce régime d'exception, la *Betreuung* renforcée (2), vise principalement les personnes ayant une maladie mentale et celles qui sont susceptibles d'être victimes d'abus financier. Cette mesure touche environ 6 % des majeurs protégés en Allemagne.

Or, tous les autres majeurs protégés bénéficient d'une *Betreuung* ordinaire qui ne les prive pas de leurs droits civils. De quoi s'agit-il?

La *Betreuung* ordinaire

Un individu peut lui-même amorcer la requête en ouverture, mais la majorité des requêtes est présentée au tribunal par un proche ou une autorité tutélaire locale. Le majeur concerné doit être informé de la requête en ouverture et doit être entendu par le juge en personne, de préférence dans son milieu de vie.

La requête en ouverture doit être accompagnée d'une évaluation médicale et d'un rapport préparé par l'autorité tutélaire locale qui contient une évaluation psychosociale ainsi que ses recommandations sur la nature et la durée du régime de protection.

Les pouvoirs de l'assistant (*Betreuer*) doivent être aussi limités que possible. Le cas échéant, le tribunal



© Thomas Plaßmann / Betreuungsverein Oschersleben e. V.

peut rejeter la requête au profit de mesures moins contraignantes, dont les pouvoirs maritaux, un plan individualisé de services sociaux, la procuration ordinaire ou le mandat de protection. À la fin des procédures, le juge rencontre le majeur pour lui expliquer le résultat et pour l'informer de l'identité de l'assistant et de l'étendue des pouvoirs accordés par le tribunal.

Le choix de l'assistant

À l'aide d'une déclaration écrite (*Betreuungsverfügung*), un individu peut choisir à l'avance la personne qui sera désignée par le tribunal comme assistant (il peut aussi spécifier les noms de personnes qu'il ne veut pas comme assistant). Il peut aussi s'exprimer lors des procédures en ouverture.

Sources :

- Dagmar Brosey, « [Supported Decision-making and the German Law of Betreuung](#) », dans *Liber Amicorum Makoto Arai*, Baden Baden, Nomos, 2015, p. 125-41.
- Michael Haußner, « Guardian Law – Support Systems in Germany », dans *Adult Guardianship Law for the 21st Century*, Berne, Stämpfli Verlag, 2013, p. 77-83. Disponible dans le site Web de [Stämpfli](#).
- Volker Lipp, [Legal Protection of Adults in Germany – An Overview](#), Göttingen, Georg-August-Universität Göttingen, 2016, 12 p.
- UE. Parlement européen. Direction Générale Politiques Internes de l'Union, [Étude comparative sur les régimes juridiques de protection des majeurs incapables](#), Bruxelles, 2008, p. 79-98.

1. ONU. CDPH, [Concluding observations on the initial report of Germany](#), Genève, mai 2015, p. 5 (paragr. 26).

2. C'est-à-dire la *Betreuung für alle Angelegenheiten* ou « assistance dans tous les domaines ».

L'assistant est une personne physique, mais le tribunal peut désigner une association tutélaire qui confie alors l'exercice de la mesure à un employé et en informe le tribunal. Un assistant ne peut déléguer ses responsabilités. Dans l'ensemble, environ 64 % des majeurs protégés sont assistés par un proche, 7 % par un bénévole, 23 % par un professionnel et 6 % par le personnel des associations tutélares.

Les autorités tutélares locales soutiennent les tribunaux lors des procédures et conseillent les assistants dans l'accomplissement de leur mission. Un régime de protection a une durée initiale d'environ cinq ans.

La rémunération

L'assistant familial (conjoint, parent, proche) ou bénévole n'est pas rémunéré, mais des frais raisonnables peuvent être remboursés par le majeur protégé ou, s'il est démuné, par l'État : soit le montant de ses dépenses réelles ou une somme forfaitaire de 350 euros par année.

Les autres majeurs protégés ont généralement un assistant professionnel (*Berufsbetreuer*) qui touche entre 700 et 4 500 € par année, selon la complexité du cas. Dans 85 % des cas, les honoraires des professionnels sont payés par l'État.

Le rôle de l'assistant

L'assistant doit respecter les souhaits et la volonté du **majeur protégé et il doit l'accompagner personnellement** et discuter avec lui de toute décision importante. Selon les pratiques régionales, l'assistant et le majeur protégé peuvent aussi s'entendre par écrit sur un plan d'assistance. Si le majeur protégé n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté, l'assistant doit respecter la volonté qu'il a pu manifester auparavant, même antérieurement à l'ouverture du régime de protection. L'assistant doit aussi respecter une directive anticipée pour les soins. En l'absence de toute expression de volonté, l'assistant peut néanmoins représenter le majeur inapte auprès des tiers dans les domaines déterminés par le tribunal. L'assistant doit alors prendre la décision que le majeur aurait probablement prise, s'il avait encore été en mesure de prendre la décision lui-même.

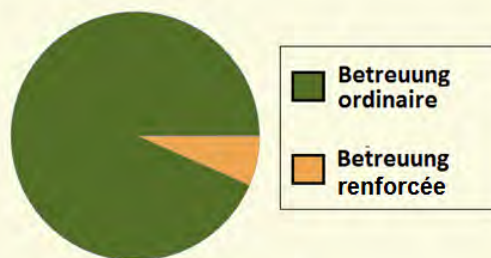
Des décisions importantes concernant les soins de santé ou la gestion du patrimoine peuvent nécessiter l'autorisation du tribunal. Ce dernier peut aussi être appelé à intervenir lorsque le médecin traitant et l'assistant ont des interprétations opposées de la volonté du majeur à l'égard d'une procédure médicale grave (le majeur est alors inapte à consentir aux soins).

La surveillance des activités de l'assistant est exercée par le tribunal. Tout assistant doit lui présenter un rapport annuel détaillé.

Les deux régimes de protection de l'Allemagne

La *Betreuung* ordinaire – Le tribunal nomme un assistant légal (*Betreuer*) lorsqu'une personne n'est pas en mesure de s'occuper seule de ses affaires financières ou personnelles. L'assistant doit alors respecter les souhaits et la volonté du majeur protégé. Ce dernier conserve tous ses droits civils.

La *Betreuung* renforcée – Si une personne met son bien-être ou son patrimoine gravement en danger, le tribunal peut subordonner sa volonté au consentement de son assistant légal. Le majeur protégé est alors privé de certains de ses droits civils.



Répartition des majeurs selon le régime de protection

Comment se situe l'Allemagne à l'échelle internationale?

À la suite du Congrès mondial sur les curatelles de Berlin en 2016, le professeur Peter Winterstein a été invité à répondre à la question citée en titre. Il préside l'Association professionnelle interdisciplinaire relative à la *Betreuung* (*Betreuungsgerichtstag*).

PROF. WINTERSTEIN : « Depuis l'entrée en vigueur de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, personne ne doit priver une personne handicapée de ses droits fondamentaux. Or, de telles restrictions existent encore dans les systèmes juridiques de plusieurs pays. Le dispositif de protection allemand est une exception, car la capacité juridique des personnes handicapées n'est pas, en principe, touchée. Plusieurs experts internationaux expriment la crainte que cela puisse mettre en danger la sécurité des transactions légales, mais on n'a pas constaté de tels problèmes en Allemagne depuis la réforme des curatelles il y a maintenant 25 ans. C'est pour cette raison que des spécialistes étrangers s'intéressent à notre dispositif de protection. »

Source : Jörg Siebels, « [Signal gegen Entmündigung](#) » [Un signal fort contre la curatelle], *BdB-Aspekte*, 112/2017, p. 21.

Les recommandations de l'Association professionnelle interdisciplinaire relative à la *Betreuung*

À la suite de l'adoption par le Comité de l'ONU de son observation générale sur l'article 12 de la Convention en mai 2014, le principal regroupement d'experts du secteur de la *Betreuung* a approuvé plusieurs recommandations concernant la promotion de la prise de décisions assistée :

- 1) Les services sociaux et les autorités tutélaires devraient privilégier des solutions de rechange non judiciaires lorsqu'il existe un besoin de protection.
- 2) Dans le cas des mandats de protection, il n'est pas souhaitable qu'on introduise un statut de mandataire professionnel. Une *Betreuung* est une meilleure solution pour des majeurs isolés qui n'ont aucune personne de confiance qui pourrait agir à titre de mandataire.
- 3) L'introduction d'un régime de protection sans pouvoir de représentation, comme il en existe en droit helvétique, ne devrait pas être envisagée par le gouvernement allemand. Cela aurait pour effet de renforcer la fausse idée selon laquelle la *Betreuung* restreint la capacité juridique des personnes handicapées.
- 4) La coexistence des pouvoirs de représentation et d'assistance dans un régime de protection comme la *Betreuung* est souhaitable. L'assistant (*Betreuer*) assiste le majeur protégé dans sa prise de décisions et ne peut recourir à ses pouvoirs de représentation que lorsque cela devient nécessaire. Dans ce cas, l'assistant doit respecter la volonté et les préférences du majeur protégé, comme prévu à l'article 12 de la Convention.
- 5) Il faut réviser la tarification des services offerts par des assistants professionnels, car le système actuel donne de fausses incitations et sous-estime **le temps nécessaire pour la prestation d'une assistance de qualité** à une personne protégée. On devrait aussi créer des incitations similaires pour les assistants familiaux et bénévoles.
- 6) Le législateur doit prévoir une formation continue pour tous les intervenants du domaine (assistants, professionnels, employés des autorités tutélaires, juges, greffiers et évaluateurs).

Source : *Betreuungsgerichtstag e. V.*, [Soutenir et représenter : Position de l'association déclarée BGT](#), Bochum, *Betreuungsgerichtstag*, 2016, 6 p. Le texte original allemand a été publié en septembre 2014.

La conformité de la *Betreuung* à l'article 12 de la Convention

L'adoption par le Comité de l'ONU en mai 2014 d'une observation générale sur l'article 12 de la Convention a contribué à relancer le débat sur la conformité du Code civil allemand aux nouvelles dispositions du droit international(1). Ainsi, peu de temps après sa publication, le principal regroupement d'experts du secteur de la *Betreuung* a pris position en faveur du renforcement de la prise de décisions assistée (voir l'encadré).

À la fin de 2015, le ministère fédéral de la Justice a commandé une étude générale sur le fonctionnement du dispositif de protection des personnes inaptes. Deux rapports d'étape ont été préparés à ce jour et le rapport final est attendu à la fin de 2017 (2).

Finalement, le ministère du Travail et des Affaires sociales a **commandé un rapport sur l'exercice** du droit de vote par les personnes handicapées en **Allemagne et à l'étranger. Le rapport porte, entre autres, sur l'exclusion** des personnes protégées du système électoral en Allemagne, **c'est-à-dire** les personnes **bénéficiant d'une *Betreuung* renforcée**. Selon les experts consultés, le fait de bénéficier d'une telle *Betreuung* « *ne signifie pas nécessairement une incapacité fondamentale de prendre des décisions rationnelles complexes* » (3). La ministre fédérale du Travail et des Affaires sociales se montre **aujourd'hui** favorable à la révision des règles concernant le droit de vote dans son pays (4).

– Préparé par André Bzdera

1. ONU. Comité des droits des personnes handicapées, [Observation générale n° 1 \(2014\)](#), Genève, mai 2014, 15 p.

2. Dagmar Brosey et autres, *Qualität in der rechtlichen Betreuung*, Cologne, Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik, mars 2017 ([Erster Zwischenbericht](#), 46 p. [1^{er} rapport d'étape] et [Zweiter Zwischenbericht](#), 154 p. [2^e rapport d'étape]).

3. Heinrich Lang et autres, [Studie zum aktiven und passiven Wahlrecht von Menschen mit Behinderung](#) [Étude sur le suffrage des personnes handicapées], Berlin, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2016, p. 31.

4. «[Keine Wahl für 85.000 Klient/innen](#)» [Pas de suffrage pour 85 000 personnes protégées], *BdD-Aspekte*, 112/2017, p. 4.

Vers une réforme des tutelles en Ontario

La Commission du droit de l'Ontario a publié en mars 2017 son rapport final sur la réforme des lois ontariennes en matière de prise de décisions pour autrui, c'est-à-dire les lois portant sur les tutelles au majeur, les procurations et le consentement aux soins(1). Fruit de nombreuses années de travail et de consultations publiques, ses 58 recommandations visent à renforcer l'autonomie et les droits fondamentaux des personnes inaptes. La Commission ne remet pas en question cependant les grandes orientations du dispositif de protection actuel de l'Ontario adopté au début des années 1990.

Le rapport aborde par ailleurs la question de la prise de décisions assistée et plus généralement l'impact de l'article 12 de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées(2) dans le contexte canadien.

Le projet sur la capacité juridique

Le processus de consultation du public a été lancé en 2014 lors de la diffusion d'un important document de travail (3). Plus de 300 organismes et experts se sont manifestés pendant les consultations. Certains ont remis un mémoire écrit alors que d'autres ont échangé avec le personnel de la Commission ou participé à l'un des 35 groupes de discussion organisés par la Commission à travers la province. De nombreux citoyens ont aussi répondu à des questionnaires ou participé aux mêmes groupes de discussion.

Au début de 2016, la Commission a diffusé une version préliminaire de son rapport afin de recueillir d'autres réactions des milieux concernés(4).

En dépit de ces efforts, la Commission a rencontré de nombreuses difficultés à engager un dialogue soutenu avec la société civile. La plupart des personnes et groupes consultés n'ont qu'une compréhension limitée des lois ontariennes sur la prise de décisions pour autrui. La Commission a constaté que les représentants légaux abordent leurs responsabilités de très nombreuses façons, sans nécessairement tenir compte des règles juridiques.

1. Ontario, [Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui](#) ; et Ontario, [Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé](#).

2. ONU, [Convention relative aux droits des personnes handicapées et Protocole facultatif](#), 2007, article 12.

3. CDO, [Capacité juridique, prise de décision et tutelle: document de travail](#), Toronto, 2014, 406 p.

4. CDO, [Capacité juridique, prise de décision et tutelle: rapport préliminaire](#), Toronto, 2016, 488 p.



La Commission du droit de l'Ontario est un organisme indépendant qui étudie des enjeux et qui recommande des mesures de réforme du droit pour faciliter l'accessibilité à la loi pour tous les groupes de la société ontarienne.

Son conseil d'administration est composé de professeurs de droit, d'avocats émérites et de juges ontariens. La Commission est soutenue financièrement par le gouvernement provincial, la Fondation du droit de l'Ontario, le Barreau du Haut-Canada, les doyens des facultés de droit en Ontario ainsi que l'Université York, où elle a ses locaux.

Le dispositif de protection ontarien

De l'avis de la Commission, son rapport final représente l'analyse la plus complète du cadre législatif ontarien depuis près de 30 ans. La Commission dresse un bilan positif du dispositif de protection actuellement en vigueur en Ontario.

Un bilan positif

Les principes sur lesquels se fonde la législation ontarienne depuis les années 1990 demeurent, dans leur ensemble, valables :

- le dispositif de protection actuel valorise l'autonomie de la personne;
- il favorise une conception nuancée de la capacité juridique;
- les obligations légales des représentants légaux sont claires et dans l'ensemble appropriées;
- les garanties juridiques sont nombreuses;
- les procurations (*powers of attorney*) sont simples et accessibles;
- la législation reconnaît l'importance du rôle des familles;
- le Bureau du Tuteur et curateur public (BTCP) est une institution nécessaire et importante.

Source :

Commission du droit de l'Ontario, [Capacité juridique, prise de décision, tutelle : rapport final](#), Toronto, mars 2017, 498 p.

Mesures de prise de décisions substitutive en Ontario

<p>Tutelle légale (<i>statutory guardianship</i>)</p>	<p>La plupart des tutelles en Ontario sont des tutelles légales qui sont ouvertes automatiquement lorsqu'un évaluateur constate l'incapacité d'une personne à gérer ses biens. Le Bureau du Tuteur et curateur public (BTCP) devient alors son tuteur aux biens. Le BTCP peut sur demande déléguer ses pouvoirs de représentation à un proche de la personne protégée. Des honoraires de 432 \$ sont payables par le requérant.</p>
<p>Tutelle judiciaire (<i>court ordered guardianship</i>)</p>	<p>Un tuteur aux biens ou à la personne peut également être désigné par le tribunal. La tutelle judiciaire est moins utilisée en raison de son coût élevé (environ 10 000 \$ selon la Commission du droit de l'Ontario).</p>
<p>Procuration (<i>power of attorney</i>)</p>	<p>Aucune homologation d'une procuration n'est requise en Ontario. On l'appelle aussi procuration perpétuelle. Le mandant doit indiquer par écrit que sa procuration prend effet, ou que son effet se poursuit, quand il devient inapte.</p>
<p>Consentement aux soins pour autrui (<i>consent on incapable person's behalf</i>)</p>	<p>Le conjoint ou un proche parent, selon une priorité de rang (enfant majeur, père ou mère, frère ou sœur, autre parent), peut d'office consentir aux soins ou les refuser au nom d'une personne inapte.</p>

De nombreux sujets de préoccupation

Le rapport de la Commission détermine également de nombreux « *sujets de préoccupation majeurs* » :

- le dispositif ontarien est complexe et mal coordonné;
- les évaluations de la capacité manquent de clarté;
- les mesures de protection ne sont pas adaptées à la diversité des besoins des personnes concernées;
- les tutelles ne sont pas assez modulées;
- la surveillance des représentants légaux est inadéquate;
- les procédures judiciaires ne sont pas facilement accessibles à la population;
- il manque de garanties procédurales en matière de consentement aux soins.

On constate également que la tutelle légale aux biens – dont l'ouverture est déclenchée automatiquement lorsqu'un évaluateur agréé constate l'incapacité d'une personne à s'occuper de ses biens – n'offre pas les mêmes garanties procédurales qu'un processus judiciairisé, comme celui en vigueur au Québec depuis 1990. La Commission est pourtant favorable au maintien du processus actuel en raison de sa rapidité et de son coût peu élevé (voir l'encadré).

De plus, les tutelles judiciaires à la personne ne sont jamais assujetties à une réévaluation, ni même à une surveillance par le tribunal ou par une instance administrative.

Quant aux tutelles judiciaires aux biens, l'examen périodique des comptes financiers n'est pas à présent assuré en droit ontarien. Il faut qu'une personne

impliquée demande au tribunal d'examiner les comptes du tuteur. On conseille cependant aux tuteurs de conserver soigneusement toutes les pièces justificatives au cas où le tribunal procède à une vérification des comptes.

Les recommandations

Les faits saillants des 58 recommandations de la Commission sont présentés dans l'encadré de la page suivante, mais trois d'entre elles méritent notre attention. Elles concernent l'encadrement de la procuration, la fin de la tutelle légale et la révision périodique des tutelles.

1) Mieux encadrer l'usage de la procuration

Dans la tradition de la common law, la procuration **s'éteint lorsque le mandant n'est plus capable de surveiller son mandataire. S'il veut qu'il en soit autrement**, le mandant ontarien doit préciser dans une procuration écrite, signée en présence de deux **témoins, qu'il souhaite que la procuration survive** à son incapacité. La procuration peut entrer en vigueur immédiatement, à la discrétion du mandataire ou selon les modalités prévues par le mandant.

La Commission recommande au gouvernement de l'Ontario de mieux encadrer l'usage de cette procuration perpétuelle. Le mandataire devrait être obligé de signer une « déclaration d'engagement » qui précise ses responsabilités ainsi que les conséquences qui les accompagnent.

Faits saillants des 58 recommandations adressées au gouvernement de l'Ontario

- Établir des projets pilotes pour examiner les meilleurs moyens de favoriser l'autonomie des personnes protégées;
- Autoriser les citoyens à accorder une « autorisation d'accompagnement » (procuration spéciale) à des personnes de confiance;
- Améliorer la qualité, le contrôle et la surveillance des évaluations de la capacité juridique;
- Mieux encadrer l'usage de la procuration;
- Créer un tribunal administratif spécialisé pour traiter les différends en matière de prise de décisions substitutive;
- Examiner la possibilité de remplacer la tutelle légale par un processus décisionnel;
- Limiter la durée des tutelles ou prévoir leur révision périodique;
- Autoriser la modulation des tutelles aux biens;
- Étudier la possibilité d'autoriser des professionnels et des associations communautaires à devenir tuteur ou mandataire.

Au moment de la mise en œuvre de la procuration, le mandataire devrait aviser le mandant, son conjoint (le cas échéant) et toute autre personne nommée par le mandant dans sa procuration. Le mandant devrait aussi être encouragé à nommer un surveillant.

La Commission considère que la procuration est aussi une solution intéressante pour les individus qui ne sont pas d'accord avec la priorité de rang que prévoit la législation ontarienne en matière de consentement aux soins (conjoint, enfant majeur, père ou mère, **frère ou sœur, autre parent**). On devrait avoir le droit de choisir cette personne.

De plus, l'individu qui préfère ne pas désigner un mandataire devrait pouvoir, à l'aide d'une déclaration écrite, interdire à un ou à plusieurs de ses proches de prendre des décisions concernant ses traitements médicaux ou son hébergement dans un établissement de soins de longue durée, afin que seules les personnes avec qui il entretient de bonnes relations puissent prendre de telles décisions.

2) Envisager le remplacement de la tutelle légale

La Commission reconnaît que l'ouverture automatique de la tutelle légale fait abstraction du besoin de protection. Le Bureau du Tuteur et curateur public de l'Ontario devient ainsi tuteur en premier ressort, et les membres de la famille sont découragés d'assumer ce rôle. De plus, la portée et la durée de la tutelle légale ne peuvent être modulées aux besoins de la personne concernée et des mesures moins contraignantes ne peuvent pas être prises en considération.

La Commission recommande donc que le gouvernement examine le remplacement de la tutelle légale par un « processus décisionnel accessible » dans le cadre duquel les évaluations de la capacité conduisent à une requête en tutelle plutôt qu'à la nomination automatique d'un tuteur.

3) Introduire la révision périodique des tutelles

La Commission recommande également que les tutelles judiciaires d'une durée limitée et les tutelles légales fassent l'objet d'une révision périodique. Pour appuyer sa recommandation, la Commission cite la pratique des États australiens et des autres provinces canadiennes.

La Commission ne croit pas toutefois qu'il serait souhaitable de prévoir le réexamen de toutes les tutelles, notamment lorsque la condition médicale de la personne protégée n'est pas susceptible de changement significatif.

Les recommandations en matière de prise de décisions assistée

Quelques recommandations du rapport concernent aussi la prise de décisions assistée et la promotion de l'autonomie des personnes représentées, deux idées maitresses de la Convention relative aux droits des **personnes handicapées de l'ONU**

La Commission remarque que la plupart des experts, groupes et particuliers consultés par la Commission **n'ont fait aucune référence à la Convention, à l'exception toutefois de la Coalition on Alternatives to Guardianship**. Créé en 1992, ce regroupement milite **en faveur de l'introduction de nouvelles mesures d'assistance**(1) et il est, par ailleurs, **à l'origine du concept de la prise de décisions assistée (supported decision-making)** (2).

1. Coalition on Alternatives to Guardianship, [The Right to Legal Capacity and Supported Decision Making for All](#), Toronto, 2016, 113 p.

2. Voir Anna Arstein-Kerslake et autres, « [Future Directions in Supported Decision-Making](#) », *Disability Studies Quarterly*, 37:1 (2017).

La procuration spéciale

La Commission associe la prise de décisions assistée aux procurations spéciales inspirées par l'expérience de la Colombie-Britannique⁽¹⁾. Dans cette province de l'Ouest canadien, un majeur peut désigner une personne de confiance pour l'assister dans ses décisions financières ou personnelles. La procuration spéciale peut être utilisée par des personnes à qui on refuse le droit de préparer une procuration ordinaire, en raison d'une déficience intellectuelle légère ou modérée. En principe, cette procuration spéciale peut favoriser une plus grande autonomie de la personne handicapée.

La Commission rapporte toutefois que la société civile de l'Ontario a manifesté une forte polarisation au sujet de telles procurations spéciales. Les associations du secteur de la déficience intellectuelle – comme la Coalition on Alternatives to Guardianship – se montrent généralement favorables à cette nouvelle forme d'assistance. Pour elles, une procuration spéciale est une excellente solution de rechange à la tutelle traditionnelle, jugée trop privative de droits.

Par contre, des représentants d'un groupe œuvrant auprès des aînés faisaient état de graves préoccupations au sujet des risques d'abus que pose une telle procuration spéciale pour les personnes âgées.

Quant à elle, la Commission se montre très préoccupée par un autre aspect du problème, à savoir la responsabilité juridique de la personne assistée (mandant) et de son assistant (mandataire). Si le mandant et son assistant peuvent tous les deux agir et signer des contrats, comment peut-on s'assurer que l'assistant n'abuse pas de ses pouvoirs?

Puisqu'il s'agit du droit privé, la Commission croit qu'il serait presque impossible d'exercer des contrôles pour éviter des abus financiers et de la maltraitance quand le mandant est, ou devient, inapte. La Commission conclut que l'introduction d'une procuration spéciale remettrait en question des principes fondamentaux du droit contractuel ontarien.

Par conséquent, la Commission recommande au gouvernement de l'Ontario d'agir avec prudence. Les particuliers devraient pouvoir préparer une procuration spéciale, ou « autorisation d'accompagnement », mais **uniquement s'ils sont** en mesure de « *comprendre et d'évaluer la nature* » de cette procuration spéciale.

De plus, le mandant devrait être obligé d'utiliser un formulaire officiel et de nommer un surveillant afin

1. La Commission préfère l'usage de l'expression « prise de décision accompagnée », qui correspond à une traduction littérale de *supported decision-making*. En droit international, on parle désormais de « prise de décisions assistée ». La procuration spéciale de la Colombie-Britannique porte le titre *representation agreement* (on écrit également « entente de représentation »).

de prévenir des abus éventuels. Le gouvernement devrait stipuler que les décisions prises au moyen de cette autorisation seraient légalement celles de la personne assistée.

L'autonomie chez les personnes protégées

La Commission constate également que les représentants légaux familiaux doivent à présent s'acquitter de leur tâche difficile et souvent complexe « *presque sans soutien et sans information* ». La Commission croit qu'il faut leur offrir une formation sur les meilleures pratiques en matière de prise de décisions pour autrui dans le but « *de privilégier les approches favorables à l'autonomie* » de la personne protégée.

La Commission recommande au gouvernement de l'Ontario d'élaborer des « *projets pilotes destinés à évaluer des moyens de promotion de l'autonomie en matière de prise de décision* » chez les personnes protégées qui ont des « *capacités décisionnelles amoindries* ». Ces projets devraient avoir pour but de recueillir des données pour déterminer de bonnes pratiques et pour créer des outils et des ressources pouvant aider les tuteurs, les mandataires et, plus généralement, tous les aidants informels en Ontario.

L'amélioration de la prise de décisions substitutive

La Commission croit qu'il faudrait aussi valoriser la volonté de la personne protégée dans la mesure où celle-ci ne met pas en danger son bien-être matériel.

La common law prévoit la règle de la prise de décisions **dans l'intérêt supérieur** de la personne, mais en droit ontarien, on demande au représentant légal d'envisager la décision que la personne inapte aurait prise si elle avait été en mesure de comprendre et d'utiliser tous les renseignements pertinents, en s'appuyant notamment sur ses valeurs.

La Commission suggère au législateur ontarien d'apporter des précisions à cette règle. Elle rappelle que l'objet de la prise de décisions pour autrui à l'égard des biens est de « *permettre de prendre les décisions nécessaires pour assurer le bien-être et la qualité de vie de la personne [protégée]* ». Dans un deuxième temps, lorsque des ressources de la personne protégée ont été affectées à cette première priorité, le représentant légal devrait pouvoir tenir **compte des vœux exprimés par le majeur avant son incapacité** au sujet de son bien-être et de sa qualité de vie.

La Commission veut toutefois que le gouvernement de l'Ontario maintienne la règle fondamentale de la prise de décisions substitutive en matière de tutelles.

Les solutions de rechange aux tutelles

La Commission considère que de nombreuses tutelles sont ouvertes sans que le juge ou l'évaluateur agréé ne tienne compte des solutions de rechange moins privatives de droits. On observe dans tous les secteurs de la société, notamment dans le réseau des services sociaux et dans les institutions financières, « *une tendance marquée à la formalisation et à l'application d'une conception restrictive des questions de capacité juridique* ». Les responsables de ces services exigent de leurs clients une capacité juridique d'une manière inopportune ou sans nécessité.

Dans de telles circonstances, la Commission recommande au législateur ontarien de définir la portée et le contenu d'une obligation d'accommodement, afin que des personnes assistées informellement puissent plus facilement accéder à ces services.

Conclusions

La Commission recommande de nombreuses modifications législatives visant à favoriser un plus grand respect de la volonté des personnes protégées et à renforcer des garanties procédurales et la surveillance des tutelles légales et judiciaires. Elle propose

également que l'Ontario introduise une procuration spéciale pour les personnes qui se trouvent près du seuil d'aptitude traditionnel et qu'il établisse des projets pilotes pour évaluer les moyens de promotion de l'autonomie chez les personnes protégées.

Les auteurs du rapport sont toutefois conscients que leurs recommandations ne répondent que partiellement aux nouvelles normes du droit international. La Commission préfère insister sur la protection accordée par la réserve canadienne à l'égard de l'article 12 de la Convention. Le gouvernement de l'Ontario n'est pas obligé de tenir compte de la Convention.

La Commission croit cependant qu'il faut poursuivre la réflexion sur l'ensemble des questions soulevées dans son rapport. En effet, l'analyse juridique présentée dans ce rapport est centrée sur l'Ontario et les pays de tradition anglo-américaine. Consciente des limites de son approche, la Commission recommande au gouvernement de l'Ontario de développer l'expertise nécessaire pour suivre les développements ailleurs au Canada et dans le monde en matière de prise de décisions pour autrui.

– *Préparé par André Bzdera*

Bulletin de veille

Pour vous abonner par courriel ou télécharger la version PDF du bulletin : www.curateur.gouv.qc.ca/bulletindeveille.

Comité de rédaction : Nathalie Lefebvre,
André Bzdera et Mylène Des Ruisseaux

Bulletin de veille
Curateur public du Québec
600, boulevard René-Lévesque Ouest
Montréal (Québec) H3B 4W9

Téléphone : 514 873-4074
Sans frais : 1 800 363-9020
Site Web : www.curateur.gouv.qc.ca
Courriel : bulletindeveille@curateur.gouv.qc.ca



/CurateurPublic



/CurateurPublic

La reproduction des textes est autorisée
à la condition d'en mentionner la source.

Curateur public
Québec 