

**UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL**

**LA DICHOTOMIE AUTONOMIE/PROTECTION DU MAJEUR PROTÉGÉ  
DANS LES ACTES ÉMINEMMENT PERSONNELS**

**MÉMOIRE  
PRESENTÉ COMME EXIGENCE FINALE DU  
PROGRAMME DE MAÎTRISE EN DROIT ET SOCIÉTÉ (1627)**

**PAR  
NAHIMA CHIKOC BARREDA  
Mars 2019**

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL  
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

## **REMERCIEMENTS**

Tout d'abord, je tiens à remercier la professeure Anne Saris et ma directrice de recherche Léa Fontaine pour tout le soutien inconditionnel qui m'ont offert tout au long du processus de recherche.

Merci aux professeurs du programme de maîtrise pour m'avoir montré avec intérêt des stratégies de recherche en droit québécois.

Merci à ma famille, notamment à mes parents, à ma sœur et à mon fils pour leur amour, confiance et fidélité.

## TABLE DE MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES.....	i
RÉSUMÉ.....	ii
INTRODUCTION .....	3
CHAPITRE I. FONDEMENTS JURIDIQUES ET CARACTÉRISTIQUES DES ACTES ÉMINEMMENT	
PERSONNELS.....	12
1.1. Un regard nécessaire à la théorie de droits subjectifs .....	12
1.2. Analyse des fondements juridiques et des caractéristiques des actes éminemment personnels : La référence au modèle français .....	18
1.3. Une approche des règles québécoises en matière de droits des personnes.....	22
1.4 Le statut juridique des actes éminemment personnels .....	25
1.4.1 Généralités .....	25
1.4.2. Illustrations.....	26
1.4.2.1 L'exemple des actes relatifs aux soins médicaux et à la garde en établissement Des exceptions au principe du consentement strictement personnel. ....	26
1.4.2.2. L'exemple du mariage. Analyse de la législation et de la jurisprudence.....	33
1.4.2.3 L'exemple du divorce. Analyse de la législation et de la jurisprudence.....	40
CHAPITRE II. Quelle solution à la dichotomie autonomie/protection dans les actes éminemment personnels ? Vers un nouveau modèle de protection du majeur à la lumière de la <i>Convention relative aux droits des personnes handicapées</i> .....	
2.1. Une approche des mécanismes traditionnels de représentation. Principales caractéristiques .....	60

2.2 Réconcilier l'autonomie et la protection du majeur protégé dans les actes éminemment personnels à l'aube de l'art 12 de la <i>Convention relative aux droits des personnes handicapées</i> , est-il possible ? .....	70
2.2.1 Un véritable changement de paradigme en matière de protection juridique des majeurs. La proposition de l'article 12 de la <i>Convention relative aux droits des personnes handicapées</i> .....	71
2.2.2 Une transition nécessaire dans la notion d'autonomie .....	76
2.2.3 Un regard sur la relation entre les différentes dimensions de la capacité et l'autonomie dans la formation du consentement .....	77
2.3. La position du Canada relative à l'application de l'art 12 de la CRDPH .....	80
2.4. Vers une reconstruction du système relatif à la capacité juridique, la tutelle et la prise de décision à la lumière de l'art 12 de la CRDPH. L'exemple de l'Ontario.....	81
2.4.1 Principaux mécanismes d'évaluation de la capacité juridique en Ontario .....	84
2.4.2 Synthèse des recommandations du projet de l'Ontario .....	86
CONCLUSION .....	88
BIBLIOGRAPHIE.....	91
LEGISLATION.....	91
JURISPRUDENCE .....	92
DOCTRINE: MONOGRAPHIES.....	93
DOCTRINE: ARTICLES .....	95
AUTRES SOURCES .....	97

## LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

CcQ	Code civil du Québec
CcBC	Code civil du Bas Canada
CcF	Code civil des français
Charte québécoise	Charte québécoise des droits et libertés de la personne
CRDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées
Loi C-81	Loi sur le curateur public
Loi 1992 c 30	Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui
LSM	Loi sur la Santé Mentale
LCSS	Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé
Loi P-38.001	Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui
CDO	Commission de droit de l'Ontario

## RÉSUMÉ

Au sein de cette recherche, nous envisageons de démontrer la nécessité d'harmoniser l'autonomie de la personne protégée et son besoin de protection, à partir d'une analyse des règles juridiques pertinentes, de la doctrine et de la jurisprudence. À cet égard, nous tenons d'aborder une notion émergente en tant que catégorie autonome en droit des personnes, particulièrement utile en matière de protection juridique des majeurs. Il s'agit des actes éminemment personnels ayant un impact direct sur la vie privée et familiale de la personne, tels les choix d'un lieu de résidence, le mariage et le divorce. La nature strictement personnelle de cette catégorie d'actes justifie que le droit leur réserve un régime légal spécial et différencié, en conférant au majeur placé sous mesure de protection une plus ample capacité d'agir par lui-même. Cette question s'inscrit dans l'esprit de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, visant à donner accès à l'accompagnement pour garantir le plein exercice de la capacité juridique. Bien que la *Convention* prévoie la mise en œuvre de mesures de soutien à la décision qui remplacent les régimes traditionnels axés sur la représentation, les règles légales internes ne répondent pas de manière satisfaisante à cette problématique. Ce projet se veut une réflexion sur l'importance d'adopter des mesures appropriées qui favorisent l'autonomie décisionnelle des personnes protégées dans les actes éminemment personnels, sans compromettre leur intérêt juridique de protection.

## INTRODUCTION

L'intérêt pour la protection juridique de la personne inapte de prendre soin d'elle-même et/ou de ses biens a toujours été au cœur des préoccupations du droit des personnes. Ainsi, on prévoit qu'une personne peut être déclarée juridiquement inapte si elle n'est pas en mesure de donner un consentement libre et éclairé<sup>1</sup>, en raison d'une perte ou d'une altération de ses facultés physiques ou cognitives. Du point de vue juridique, l'inaptitude<sup>2</sup> d'une personne est toujours déterminée par l'impossibilité à consentir aux actes qui la concernent<sup>3</sup>. Dans cet effort protectionniste, le droit garantit la protection du majeur devenu inapte, tant des actes qu'il pourrait poser contre lui-même que des actes posés par autrui<sup>4</sup>.

La protection opérée par le droit prend la forme de régimes de protection qui s'articulent autour de différentes formes de représentation. Dans ce sens, le titulaire des pouvoirs de représentation (curateur ou tuteur) agit au nom et à la place de la personne protégée, ce qui produit une dissociation entre le titulaire du droit et celui qui l'exerce. Or, bien que le

---

<sup>1</sup> Le consentement libre et éclairé est une exigence légale qui détermine la validité des actes juridiques, voir par exemple les art. 10, 372, 521.1 et 1399 *Code civil du Québec* (CcQ). Voir aussi les commentaires de l'article 10 CcQ dans Jean-Louis Baudouin et Yvon Renaud, *Code civil du Québec*, 21<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, ci-après « Baudouin/Renaud »

<sup>2</sup> « Au Québec, plus de 34 000 personnes majeures sont représentées par un tiers, dans le cadre d'une mesure de protection privée ou publique. Le Curateur public assure directement la protection et la représentation de plus de 13 000 d'entre elles, principalement en vertu d'un régime de curatelle ou de tutelle au majeur. Les autres, soit plus de 21 500 personnes, sont représentées par un parent ou par un proche. Le Curateur public surveille cependant l'administration de certaines de ces mesures de protection privées : Curateur public du Québec, en ligne : <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/majeur/index.html>.

<sup>3</sup> Centre Paul-André Crépeau, *Dictionnaire de droit privé - Les obligations*, Montréal, Université de McGill, 2003, *sub verbo*, « inaptitude ».

<sup>4</sup> En ce qui concerne le but de protéger la personne contre elle-même et contre les tiers, nous pouvons mentionner à titre illustratif la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes et pour autrui*, LRQ 1997, c P-38.001, ci-après « Loi P-38.001 ». Autre exemple de l'esprit protectionniste du législateur, l'article 283 CcQ, qui sanctionne de nullité relative de l'acte fait par le majeur en curatelle, sans besoin de démontrer l'existence d'une lésion quelconque.

représentant doit respecter l'intérêt du représenté<sup>5</sup>, ces mesures de représentation risquent de contraindre l'autonomie et la liberté de choix de la personne, car la volonté de cette dernière est substituée par celle du représentant.

De façon générale, lorsqu'une personne est placée sous un régime substitutif de la volonté personnelle, on renverse la présomption du droit qui reconnaît la capacité juridique<sup>6</sup> en tant qu'aptitude à être titulaire des droits et à les exercer à l'égard de toute personne. Dans ce contexte, la présomption d'incapacité d'exercice s'impose, dans la mesure où la personne sera dépourvue de la faculté d'exercer un droit dont elle est titulaire<sup>7</sup> et de conclure par elle-même des actes juridiques.

Or, les actes juridiques dans lesquels le majeur protégé est impliqué sont de nature diverse. Dépendant de leur objet ou de leur finalité, il peut s'agir d'actes visant à la protection de la personne ou à l'administration de son patrimoine. Nous envisageons d'aborder les actes personnels qui sont reliés à la sphère la plus intime de l'individu, dont leur nature *intuitu personae*<sup>8</sup> exclut la représentation dans le contexte des régimes de protection des majeurs. Ce qui nous amène à remettre en question la portée de la règle générale de la capacité juridique, en tant qu'aptitude à jouir des droits (capacité de jouissance)<sup>9</sup>. En prenant compte des enjeux exposés ci-dessus, notre étude vient soulever la problématique de la dichotomie autonomie/protection dans les actes relevant du domaine personnel des majeurs protégés. Leur accomplissement implique toujours la

---

<sup>5</sup> Madeleine Cantin Cumyn, « Le pouvoir juridique » (2007) 52 RD McGill 215, à la p 230.

<sup>6</sup> « Tandis que la capacité est l'aptitude à exercer ses propres droits, le pouvoir est l'aptitude à exercer les droits d'autrui, à agir pour le compte d'autrui et en son nom », Jean Carbonnier, *Droit civil, 2/ La Famille, les Incapacités*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, Thémis, Presses universitaires de France, 1979, à la p 527, ci-après « Carbonnier 1 ».

<sup>7</sup> Centre Paul-André Crépeau, *supra* note 2 *sub verbo* : « incapacité d'exercice ».

<sup>8</sup> Dominique Goubau, « Les actes qui exigent le consentement personnel du majeur protégé », (2014) 378 *La protection des personnes vulnérables* 3, à la p 5.

<sup>9</sup> « [...] c'est une incapacité de jouissance qui lui est infligée pour le protéger puisqu'il est peu vraisemblable qu'il puisse valablement consentir sans au moins une assistance » : Pascale Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art 458. L. n° 2007-308, 5 mars 2007): une catégorie à revoir d'urgence » (2009) 3 *Dr fam* 17, au para 2.

prise en compte de leur « capacité naturelle »<sup>10</sup> à exprimer un consentement personnel. Cela se veut une réflexion sur l'importance d'adopter des solutions particulières qui favorisent l'autonomie décisionnelle<sup>11</sup> de la personne dans ce genre d'actes, sans compromettre son besoin de protection en droit.

Avant d'annoncer le cadre théorique de notre recherche, il faut souligner d'abord que les actes qui engagent le domaine purement personnel, ne font pas l'objet d'une catégorie autonome dans la législation québécoise. Cette lacune législative, au cœur de notre problématique, n'est pas synonyme de ce type d'actes dans le régime juridique québécois. Aux fins de cette analyse nous nous inspirons du rapport étroit entre le CcQ et la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>12</sup>. Nous allons identifier les actes ayant un impact direct sur la vie privée et familiale de l'individu, par l'entremise de la charte québécoise, qui reconnaît dans la catégorie des droits de la personnalité, le droit à la vie privée à l'égard de toute personne. Bien que ces actes puissent être nombreux, afin d'illustrer l'analyse de leurs caractéristiques et fondements, nous aborderons : d'une part, les actes visant à l'exercice des droits de la personnalité<sup>13</sup>, en particulier le choix du lieu de résidence qui découle du respect de la vie privée; et d'autre part, nous mettrons l'accent sur des actes de nature familiale qui affectent l'état civil de la personne, en particulier le mariage et le divorce.

Or, dans le cadre de cette recherche, il est particulièrement intéressant de recourir au droit étranger. En l'espèce, nous analyserons les passages pertinents du *Code civil français*<sup>14</sup>, car les actes objets d'analyse y sont expressément reconnus en tant qu'actes dont la

---

<sup>10</sup> « Il s'agit d'une consécration de la théorie de la capacité naturelle, selon laquelle certains actes sont rebelles à toute immixtion d'un tiers » : Thierry Fossier, « La protection de la personne, un droit flexible » (2007) 5 Dr fam 15 au para 2 (« Fossier 1 »)

<sup>11</sup> Dans l'arrêt *L.P. c F.H.*, (2009) [2009] RJQ 1255 (CA), le juge « impose le respect de l'autonomie décisionnelle résiduelle en permettant de s'exprimer à la personne que l'on prétend inapte et en imposant aux personnes chargées de prendre des décisions à sa place, de l'écouter », voir le commentaire dans Denise Boulet. « Hébergement des personnes "protégées" : pour éviter les dérapages », (2011) 330 La protection des personnes vulnérables 153, à la p 177.

<sup>12</sup> Ci-après : « Charte québécoise »; Art 5 Charte québécoise.

<sup>13</sup> Art 3 CcQ.

<sup>14</sup> *Code civil des français* (1804-1807); ci-après « CcF ».

nature implique un consentement strictement personnel. Ils sont aussi qualifiés notamment par la doctrine française<sup>15</sup> comme « actes éminemment personnels ». Cette qualification mise en avant par la *loi 2007-308*, portant réforme sur la protection juridique des majeurs, a permis de leur appliquer un régime juridique particulier axé sur la primauté du consentement personnel. L'article 458 du CcF mentionne comme faisant partie de cette catégorie d'actes, la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. En termes de méthodologie, nous adopterons une approche comparée entre le droit français et le droit québécois, sous l'angle fonctionnel. Cette façon de faire est très nourricière pour un sujet comme le nôtre qui comporte des dimensions nationales, mais aussi internationale. Nous sommes conscients que l'approche comparée comporte des avantages et ne nous préserve pas d'écueils. Ainsi cette discipline juridique permet une meilleure compréhension et une meilleure appréhension du droit national, mais aussi des systèmes juridiques étrangers en les comparant dans leur propre cadre historique, politique, économique, sociologique, etc. Selon David et Jauffret-Spinosi :

« Le droit comparé a toujours été indispensable pour toute tentative d'uniformisation ou d'harmonisation du droit. Il a aussi toujours été pratiqué dans le but d'étudier les différentes cultures juridiques, de remettre en question ou de mieux connaître et améliorer son propre droit national, d'élargir son horizon, ou encore de découvrir des notions de justice dépassant les frontières (le droit comparé est utilisé ici en tant qu'école de vérité). »<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Référons quelques exemples : France, Commission du rapport et des études de la Cour de cassation, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, Rapport annuel n° 36 par Jean-Pierre Gridell, 2000; Jean Hauser, « Le majeur protégé, acteur familial », (2011) 2 Dr fam 6; Nathalie Peterka, « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé » (2014) 1 JCP 14; Pascale Salvage-Gerest, *supra* note 9.

<sup>16</sup> René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2002.

Quant aux écueils, ils peuvent donner des résultats catastrophiques<sup>17</sup>. Ainsi, il convient de demeurer sur nos gardes, en tout temps, pour éviter la superficialité de la comparaison. L'approche fonctionnelle du droit comparé nous permet d'éviter bien des pièges : En effet, il convient de ne pas se fier aux dénominations qui présentent une similitude ou ressemblance pour entreprendre une comparaison. Il faut éviter l'écueil d'une approche institutionnelle et lui préférer une approche fonctionnelle. La fonction est l'élément essentiel. En effet, il ne s'agit pas de comparer des institutions, qui serait chose quasiment impossible, car telle institution est propre à tel pays et ne se retrouve pas telle quelle à l'étranger. Il convient, au contraire, de s'intéresser aux fonctions de cette institution de tel pays, si institution il y a, et de les étudier comparativement avec telles fonctions dans tel autre pays<sup>18</sup>. Dans le même sens, aborder un système juridique étranger avec l'idée pleinement consciente ou non de le transposer dans notre propre système juridique court dans la grande majorité des cas à l'échec. Une transposition d'un système juridique à un autre mérite de profondes réflexions sur les mises en contexte. De même il convient de s'interroger qu'il devient toujours impossible en l'absence d'adaptation. De ce fait, il y a des risques de contresens surtout si les sociétés sont de nature différente dans leur mœurs par exemple.

---

<sup>17</sup> Voir par exemple : Yves-Marie Laithier, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009; Éric Agostini, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988; Johannes Schregle, « Étude comparée des relations professionnelles: écueils et promesses », (1981) 120:1 *Revue internationale du travail* 17; Johannes Schregle, « Comparative Industrial Relations: Pitfalls and Potential », (1981) 120 *International Labour Review* 15; Laurence Lea Fontaine, *Le service minimum et les services essentiels : approches française et québécoise*, Thèse de doctorat en droit, 2004, à la p 36.

<sup>18</sup> Exemple d'illustration : Fontaine, *supra* note 17, aux pp 41-42 : Il existerait trois degrés de services essentiels : « Le premier correspond à la notion étroite des services essentiels, conforme à la position par le BIT : ce sont les services nécessaires à la protection de la vie, de la santé et de la sécurité du public en cas de grève; le deuxième degré est celui de la notion plus large : aux services nécessaires à la protection de la vie, de la santé et de la sécurité du public, sont ajoutés certains services pour lesquels une grève serait susceptible de causer des perturbations graves pour l'économie nationale ou pour l'approvisionnement en biens essentiels [ex. Suède]; le troisième degré représente la notion la plus large [France] : les citoyens ont droit non seulement aux services des premier et deuxième degré mais aussi d'une manière générale à « certains services dont l'interruption peut entraîner certains inconvénients ou certains inconforts qui sont perçus, par la population, comme indésirables, voire inacceptables. ». Voir aussi, Jean BERNIER, « La détermination des services essentiels dans le secteur public et les services publics de certains pays industrialisés », dans Jean BERNIER, dir, *Grèves et services essentiels*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval et le Conseil des services essentiels du Québec, 1994, 49. Voir aussi : Bureau international du travail, *Compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale*, 6<sup>ème</sup> éd, BIT, Genève, 2018.

Dans le cas qui nous intéresse, la comparaison fonctionnelle nous permettra de comparer deux systèmes juridiques proches en matière de droit de personnes et de protection des majeurs, afin d'en dégager les différentes solutions retenues au problème<sup>19</sup> de la reconnaissance d'une catégorie propre aux actes éminemment personnels. Au fil de l'analyse nous parviendrons à une connaissance critique<sup>20</sup> du système québécois, ce qui montrera l'utilité de construire une catégorie des actes éminemment personnels pour leur réserver un traitement législatif spécial et homogène.

Qui plus est, l'étude comparatiste s'élargira au droit international à partir de l'analyse de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*<sup>21</sup>, laquelle soulève un enjeu en droit interne à caractère universel, celui de garantir le plein exercice de la capacité juridique. Dans ce contexte, on entend par personnes handicapées, celles qui présentent des incapacités physiques ou intellectuelles notamment déterminées par leur interaction avec « les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (voir le préambule de la CRDPH). Ainsi, la notion de personnes handicapées mise en avant par la Convention fait partie du cadre conceptuel du mémoire, dans la mesure où elle fait appel aux personnes qui nécessitant de protection, ont aussi besoin d'exercer leur l'autonomie dans la prise de décisions personnelles. En ce sens, l'article 12 de la CRDPH vise à en donner accès aux personnes handicapées sous l'angle du principe d'égalité. Il établit ainsi:

« Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique. » (Alinéa 1.)

---

<sup>19</sup> « Pour le fonctionnaliste, les règles remplissent une fonction, répondent à un problème. » : Stefan Goltzberg, *Le droit comparé*, Paris, Que sais-je, 2018, à la p 12.

<sup>20</sup> R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, à la p 175.

<sup>21</sup> *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (ci-après : « CRDPH »), 13 décembre 2006, 2010 RTNU 8.

*« 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. » (Alinéa2.)*

*«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. » (Alinéa 3).*

Cette disposition de la CRDPH suppose un changement de paradigme<sup>22</sup> dans les régimes de protection dans la mesure où ils rejettent l'application du mécanisme de la représentation par celui de l'accompagnement à la décision. Ainsi, on permet de concilier l'autonomie du majeur avec la nécessité de protection adaptée au degré de ses capacités. Cette stratégie s'inscrit dans un modèle collaboratif de protection où la personne conserve l'autonomie dans la prise des décisions qui la concernent<sup>23</sup>. C'est ainsi qu'à la lumière de la CRDPH, le recours au droit comparé<sup>24</sup> nous permettra de contribuer aux débats sur le sujet de l'accomplissement en droit interne au problème de l'accomplissement des actes éminemment personnels par le majeur protégé.

Il est pertinent de montrer ici, une synthèse des aspects clés de notre problématique. Il s'agit d'une part, de souligner le besoin de reconnaissance formelle des actes éminemment personnels en droit québécois, et d'autre part, de rechercher des solutions en droit à la dichotomie autonomie/protection du majeur protégé dans ce genre d'actes, sans négliger son besoin de protection. À cet égard nous avons formulé deux questions de recherche entourant cette problématique : Quels sont les fondements juridiques qui permettent de faire émerger la catégorie des actes éminemment personnels afin de leur réserver un régime spécial dans le système juridique québécois ? Comment le droit peut-

---

<sup>22</sup> « [...] l'interprétation de la portée de l'article 12 de la Convention était, aux yeux de plusieurs pays, nouvelle et ce modèle de prise de décision substituée est incompatible avec le contenu de l'article 12 de la Convention », Chantal Caux et Jocelin Lecomte, « Naviguer les représentations et contourner les impasses : connaissances et compétences en matière de soutien à la prise de décision », (2014) 378 *La protection des personnes vulnérables* 123 à la p 127-28.

<sup>23</sup> « [...] la responsabilité des actes protégés est d'abord assumée par le "je" de la personne protégée » : Benoît Eyraud, *Protéger et rendre capable, La considération civile et sociale des personnes très vulnérables*, Toulouse, Erès, 2013, à la p 385.

<sup>24</sup> « La comparaison des droits peut servir à unifier le droit ou à élaborer de nouvelles solutions en droit interne », Catherine Haguenu-Moizard, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 2018, à la p 4.

il répondre à l'impératif d'autonomie, exigé par les actes éminemment personnels, sans pour autant négliger son besoin de protection ?

En ce qui concerne la doctrine concernant l'état actuel du sujet, nous avons pu constater qu'à la suite de la *Loi 2007-308*, les actes éminemment personnels ont fait l'objet d'analyse parmi, notamment française. En revanche, dans le cadre de la doctrine juridique québécoise, l'étude du sujet est très limitée. De façon ponctuelle, il importe de souligner les travaux de Goubau<sup>25</sup> et Deschamps<sup>26</sup> dont ils ont abordé la problématique du besoin d'autonomie du majeur dans l'exercice des actes purement personnels. Bien qu'il existe une multiplicité d'articles et de travaux de recherche orientés à l'analyse d'actes personnels médicaux, les autres actes qui intègrent la catégorie d'éminemment personnels ont été généralement négligés. Nous allons faire référence à l'ensemble des sources doctrinales françaises et québécoises tout au long de cette recherche, ainsi qu'à celles relevant de la jurisprudence, lesquelles conforment le cadre théorique et conceptuel du présent mémoire.

Il s'agit maintenant d'indiquer que le plan de notre étude se compose de deux grands chapitres. La première partie de la recherche a pour but de dégager les fondements juridiques qui justifient, que soit reconnue en droit québécois une catégorie des actes éminemment personnels. Ainsi, nous aurons recours à l'analyse des éléments autour de la théorie des droits subjectifs tels le pouvoir et l'intérêt juridique, ce qui fait partie du cadre théorique de notre recherche.

Conformément à la méthode de comparaison avec le droit *français* nous envisageons de soulever l'importance de construire en droit québécois une typologie non exhaustive et propre aux actes dont la nature implique un consentement strictement personnel. Par ailleurs, une étude de leurs principales caractéristiques et du droit des personnes au Québec favorisera leur identification dans le *corpus* de règles du *Code civil*, malgré l'absence de qualification expresse. Après avoir fait état du statut juridique des actes

---

<sup>25</sup> Dominique Goubau, *supra* note 8.

<sup>26</sup> Pierre Deschamps, « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection », (2013) 359 *La protection des personnes vulnérables* 67.

objet de notre recherche, nous mettons l'accent sur le rôle du consentement strictement personnel, lequel détermine la nécessité de prendre en compte la capacité de fait du majeur protégé. Dans le but de mettre en exergue les enjeux qui posent les actes éminemment personnels, nous entamons une analyse au niveau législatif et de la jurisprudence des actes reliés aux soins, le mariage, le divorce et le choix du lieu de résidence. Ces exemples nous permettront de soulever la problématique de la dichotomie autonomie/protection qui se produit dans l'accomplissement de ce genre d'actes par le majeur protégé.

Dans le deuxième chapitre, nous abordons l'aspect qui constitue le noyau dur de notre problématique, lequel est axé sur la nécessité de concilier l'autonomie et la protection de la personne, dans le cadre des actes éminemment personnels. Nous mettons en relief en premier, les caractéristiques de pouvoirs de représentation, visant à encadrer l'agissement du représentant en vue de protéger et prévenir la personne représentée de l'exercice abusif des pouvoirs. Partant de ces éléments, nous montrons un changement de paradigme dans la protection des majeurs, soulevé par le modèle proposé par l'art 12 de la CRDPH impliquant l'adoption des mesures d'accompagnement à la décision personnelle. Cela nous amène à questionner la notion individualiste de l'autonomie, en mettant l'accent sur le modèle relationnel et d'assistance à son exercice dans la prise de décisions. Ainsi, nous mettons en exergue la pertinence d'appliquer l'art 12 de la CRDPH en contexte d'actes éminemment personnels, dans la mesure où il permet de privilégier l'autonomie décisionnelle du majeur sans pour autant négliger son besoin de protection. Finalement, nous montrons l'exemple de l'Ontario visant à la réforme générale de son régime de protection dans l'esprit de la CRDPH. À cet égard, nous soulignons l'utilité de la proposition ontarienne qui met en avant un système des mesures d'aide à la décision personnelle, favorisant en tout temps l'exercice de la capacité de la personne ayant besoin de protection.

Une conclusion générale synthétise les points principaux de notre travail de recherche.

## CHAPITRE I. FONDEMENTS JURIDIQUES ET CARACTÉRISTIQUES DES ACTES ÉMINEMMENT PERSONNELS

Avant d'étudier le statut juridique des actes éminemment personnels (1.4), il faut s'imprégner des règles québécoises en droit de la personne (1.3), et du régime français (1.2.). Dans l'immédiat il convient de passer en revue la théorie des droits subjectifs (1.1).

### 1.1. Un regard nécessaire à la théorie de droits subjectifs

Il y a lieu de construire notre argument dès maintenant. À partir de la notion des droits subjectifs, car cela nous permettra de faire ressortir les fondements juridiques d'une certaine catégorie d'actes visant l'exercice des droits subjectifs de nature éminemment personnelle. À titre illustratif, nous mentionnons les droits de la personnalité, lesquels constituent selon le législateur québécois des droits fondamentaux dont toute personne est titulaire, tel le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée<sup>27</sup>. Ce genre des droits ont pour objet des attributs de la personne elle-même qui sont reconnus comme faisant partie des droits subjectifs, c'est-à-dire, sur lesquels « le droit objectif reconnaît à son titulaire, dans son propre intérêt, l'existence d'une prérogative »<sup>28</sup>.

Les droits subjectifs ont été définis comme un « pouvoir reconnu et consacré par le droit objectif, comme un intérêt légitime ou encore [...] comme un "intérêt juridiquement protégé" »<sup>29</sup>. Nous constatons à cet égard la concurrence de deux éléments qui composent la théorie des droits subjectifs : le pouvoir et l'intérêt. Pour poursuivre notre analyse, il

---

<sup>27</sup> Hubert Reid, dir, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5<sup>e</sup> éd, édition abrégée, Québec, Wilson & Lafleur, 2016, *sub verbo* : « droits de la personnalité ».

<sup>28</sup> Sylvain Bourassa, dans *Collection de droit 2017- 2018, Personnes, famille et successions*, École du Barreau du Québec, vol 3, Montréal, Cowansville, Yvon Blais, 2017, à la p 72.

<sup>29</sup> Centre Paul-André Crépeau, *supra note*2, *sub verbo* : « droit subjectif ».

est pertinent de revisiter le débat classique du pouvoir de volonté soutenu par Savigny<sup>30</sup> *versus* l'intérêt juridique défendu par Ihering<sup>31</sup>. À la manière d'une synthèse, selon la perspective volontariste savignienne, les droits subjectifs sont déterminés par l'attribution d'un pouvoir individuel à la disposition de la volonté du titulaire qui est reconnu par le droit positif. Ihering pour sa part les conçoit comme des intérêts protégés, comportant une certaine utilité ou avantage à caractère matériel ou moral pour être consacrés par le droit<sup>32</sup>. Or, les théories du pouvoir et de l'intérêt ont fait l'objet de nombreuses controverses.

D'abord, nous allons jeter un regard sur la conception savignienne du pouvoir dans la définition des droits subjectifs. En mettant l'accent sur le pouvoir comme élément constitutif des droits subjectifs, le sujet est conçu comme étant la source de droit qui détermine la validité des droits subjectifs<sup>33</sup>. Dans ce sens, les droits subjectifs relèvent du pouvoir d'en disposer individuellement.

Toutefois, bien que dans de nombreux droits subjectifs, la faculté d'en disposer<sup>34</sup>, limite leur contenu, voire leur perte, dans d'autres situations, leur existence ne relève pas du pouvoir d'en disposer du titulaire. Nous pensons notamment aux droits de la personnalité qui découlent de la dignité humaine<sup>35</sup>, en étant par nature inaliénables<sup>36</sup>. Certes, certains

---

<sup>30</sup> Pour approfondir ce sujet, voir : Friederich Karl von Savigny, *Traité de droit romain*, Paris, Panthéon-Assas, 1840.

<sup>31</sup> Voir Rudolf von Ihering. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, 3<sup>ème</sup> éd, Paris, A. Marescq, 1886.

<sup>32</sup> « La définition célèbre que Ihering donne du droit subjectif procède de la même démarche, qui repose essentiellement sur la recherche du but poursuivi par le législateur », Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, à la p 220.

<sup>33</sup> Niklas Luhmann, « De la fonction des "droits subjectifs" », traduit par Olivier Manoni, 3 Trivium (15 avril 2009), en ligne: Trivium , <[journals.openedition.org/trivium/3265](http://journals.openedition.org/trivium/3265)> .

<sup>34</sup> On peut se référer aux droits de propriété (voir art 947 CcQ) et à l'ensemble des droits réels, lesquels généralement ont pour objet des choses corporelles susceptibles d'appropriation.

<sup>35</sup> « On n'admet pas que le sujet puisse disposer en tout, en partie, ou en fonction de la situation, de sa dignité humaine », pour approfondir cette analyse; voir : Niklas Luhmann, supra note 33, au para 3.

<sup>36</sup> À cet égard, voir l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. En outre, dans l'article 3 du CcQ, réservé aux droits de la personnalité, le législateur a voulu consacrer leur caractère d'inaliénable, lorsqu'il mentionne expressément à l'alinéa 2 que « ces droits sont incessibles ».

d'entre eux peuvent faire l'objet d'actes juridiques de nature onéreuse, tel le droit à l'image, sans pour autant entraîner sa perte<sup>37</sup>. Dans ce cas, le titulaire du droit transfère lui-même la faculté de diffuser son image par un tiers de façon temporaire et dans le cadre d'un contrat préalablement déterminé par les parties.

En outre, la notion du pouvoir de volonté comme élément définissant des droits subjectifs, risquait de dénier aux incapables, la condition de sujets de droit<sup>38</sup>, compte tenu de leur impossibilité de consentir. Or, la théorie d'Ihering qui privilège l'intérêt juridique sans tenir compte de l'élément volitif qui oriente l'exercice du droit, ne semble non plus être suffisant pour définir les droits subjectifs.

Face à la dichotomie pouvoir/intérêt, il est important d'harmoniser ces deux éléments dans la définition des droits subjectifs. En ayant à l'esprit cette intégration de concepts, des auteurs plus contemporains, tel Thierry Leonard, soutiennent que les droits subjectifs comportent de pouvoirs spécifiques du titulaire sur son objet, attribués par le droit positif, en vue de satisfaire ses intérêts<sup>39</sup>. Ainsi, le pouvoir au sens large, pourra être assimilé aux droits subjectifs, en tant que prérogative juridique permettant au titulaire d'accomplir des actes juridiques, selon ses propres intérêts légitimement reconnus.

Or le pouvoir juridique ne se limite pas à la notion de droit subjectif. En effet, c'est la notion de « l'intérêt », l'élément clé qui conduit à la distinction entre les catégories juridiques « pouvoir » et « droit subjectif ». Ainsi, on articule comme dans un vrai jeu de mots les termes « droit subjectif », « pouvoir » et « intérêt », pour bien cerner leurs contenus et leurs limites. Le droit subjectif donne au titulaire la possibilité réelle d'agir directement sur l'objet de son droit ayant par finalité la satisfaction de ses propres

---

<sup>37</sup>Les droits de la personnalité sont extrapatrimoniaux, intransmissibles, incessibles, insaisissables et imprescriptibles : *Savard c Curtin-Savard*, 2012 QCCS 3523 au para 50.

<sup>38</sup> Gaillard souligne que la notion de pouvoir de volonté peut entraîner une certaine indécence si les mineurs ou les aliénés sont privés de droits, Emmanuel Gaillard, *supra* note 32, à la p 211.

<sup>39</sup>Voir la définition de droits subjectifs donnée par Thierry Leonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, 1<sup>er</sup> éd, Bruxelles, Larcier, 2005 à la p 482.

intérêts<sup>40</sup>, tandis que le pouvoir au sens *stricto sensu* donne au titulaire le pouvoir d'agir dans l'intérêt d'autrui. Dans les deux cas, l'intérêt doit être légitime<sup>41</sup>, c'est-à-dire il doit être prévu par les règles juridiques en vigueur.

La polysémie du terme « pouvoir » a contribué à un usage excessif par les auteurs et les professionnels du droit. Cette situation a été qualifiée par Cantin Cumyn comme « frappante »<sup>42</sup>, étant donné la non-prise en considération des distinctions techniques entre « droit » et « pouvoir ». Au niveau doctrinal, le droit a été qualifié comme une prérogative égoïste et le pouvoir comme une prérogative altruiste<sup>43</sup>, compte tenu de l'intérêt en jeu. Cette distinction vient soutenir l'indépendance de ces deux catégories du point de vue de leur finalité, en soulignant que le droit s'exerce selon l'intérêt intrinsèque du titulaire (prérogative égoïste), tandis que le pouvoir le fait dans l'intérêt intrinsèque d'autrui.

Ainsi, Cantin Cumyn met l'accent sur l'autonomie de la notion de pouvoir en comparant le titulaire du droit subjectif et l'attributaire du pouvoir. Le premier jouit généralement d'un libre arbitre pour s'occuper de ses propres affaires, tandis que le deuxième a l'obligation, la charge et le devoir juridique d'agir dans l'intérêt d'autrui. Le pouvoir alors se conçoit en tant qu'une faculté juridique attribuée pour la réalisation des intérêts

---

<sup>40</sup> L'exemple classique est celui du droit de propriété, en vertu duquel le propriétaire a le pouvoir de disposer du bien objet de son droit.

<sup>41</sup> « Comme tous les intérêts légitimes, le pouvoir a été subsumé dans la catégorie du droit subjectif », Cantin Cumyn, *supra* note 4, à la p 219.

<sup>42</sup> *Ibid.* L'auteure analyse certains facteurs qui ont fait obstacle à la reconnaissance de l'autonomie du pouvoir en droit privé québécois, tels que l'élargissement de la sphère du mandat, la dénaturation des catégories structurantes en droit civil, les théories de l'abus de droit et l'influence de la *common law*.

<sup>43</sup> Michelle Stork, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, dans Madeleine, Cantin Cumyn, *supra* note 4 à la p 225; Voir la qualification des « droits à esprit égoïste » et des « droits à esprit altruiste » : Luis Josserand. *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie de l'abus des droits*, Dalloz, 1939; Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

d'autrui<sup>44</sup>. S'agissant des pouvoirs de représentation, l'immixtion dans une sphère juridique distincte à celle de l'attributaire du pouvoir devient légitime<sup>45</sup>.

En matière des pouvoirs de représentation, il convient de préciser que le représentant accomplit l'acte juridique non seulement dans l'intérêt du représenté, mais au nom de celui-ci. Ce dernier aspect constitue le but ultime de la représentation, ayant pour objet la transmission directe des effets de l'acte à la sphère juridique du représenté<sup>46</sup>, comme si lui-même l'aurait accompli. Ainsi, on produit une situation juridique dans laquelle l'auteur de l'acte (attributaire du pouvoir d'agir au nom et dans l'intérêt d'autrui) est dissocié du sujet du droit.

La finalité du pouvoir constitue l'élément clé qui permet d'établir une distinction entre pouvoir de représentation et pouvoir propre<sup>47</sup>. Tel qu'on a analysé, le pouvoir de représentation doit être exercé au nom et dans l'intérêt exclusif du représenté, parce que telle est sa finalité<sup>48</sup>. Par contre, l'attributaire du pouvoir propre n'agit pas au nom de personne, mais vise la réalisation d'un autre but, par exemple l'administrateur de la fiducie<sup>49</sup>. Nous pouvons conclure donc que toute représentation implique obligatoirement l'exercice d'un pouvoir, mais tout pouvoir ne donne pas lieu à la représentation.

En ce qui concerne les pouvoirs qui découlent du mécanisme de la représentation, le droit attribue exceptionnellement une sorte d'habilitation pour intervenir dans les affaires d'autrui. Ainsi, ils sont classifiés comme suit en raison de leur origine : légaux dont la source est la loi<sup>50</sup> ou le tribunal<sup>51</sup> et conventionnels, dont la source est l'autonomie de la

---

<sup>44</sup> À ce sujet, voir Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014; Voir les arts 256 et 2138.2 CcQ.

<sup>45</sup> « Dans le mécanisme de la représentation, l'acte juridique réunit trois types de parties que sont le titulaire de la prérogative, l'auteur de l'acte et le sujet d'imputation, le premier et le troisième sont une même personne, dite *représenté*, et l'auteur de l'acte, dit "*représentant*" ». Voir aussi Fossier 1, *supra* note 10, au para 2.

<sup>46</sup> Centre Paul-André Crépeau, *supra* note 2, *sub verbo* : « représentation ».

<sup>47</sup> Cantin Cumyn, *supra* note 4, à la p 227.

<sup>48</sup> *Ibid*, à la p 230.

<sup>49</sup> A'rt 1306 CcQ ainsi que arts 778 et 837 CcQ (Pouvoir du liquidateur d'une succession).

<sup>50</sup> Arts 192 et suivants CcQ (tutelle légale des parents), 'art 281 (curatelle au majeur).

volonté<sup>52</sup>. Or, il existe une catégorie d'actes, notamment ceux qui relèvent du droit à la vie privée et familiale de la personne (tel le mariage, le divorce ou le choix du lieu de résidence), lesquels sont réputés « trop intimes pour supporter la représentation »<sup>53</sup>.

Revenons à l'analyse sur la nature des droits subjectifs, en mettant en relief la théorie de Dabin qui continue les débats débutés par Savigny et Ihering. Dabin reprend plutôt la position de Savigny, tout en ajoutant des éléments nouveaux à la théorie des droits subjectifs. Dans ce sens, l'auteur définit les droits subjectifs comme une maîtrise et la maîtrise comme un pouvoir de décider, une liberté de choisir<sup>54</sup>.

Or selon Dabin, le « pouvoir de volonté » soutenu par Savigny n'est pas l'élément essentiel en matière de droit subjectif, mais la notion de « l'appartenance-maîtrise ». Ainsi, l'existence du droit relève exclusivement de son appartenance à son titulaire. Pour être pleinement cohérent avec ses fondements et dans l'esprit d'expliquer la jouissance des droits subjectifs à l'égard des personnes protégées, Dabin a soutenu l'idée de la « maîtrise virtuelle »<sup>55</sup>, en vertu de laquelle le titulaire jouira de ses droits civils qui lui appartiennent du seul fait d'être personne.

Aux fins de cette recherche, nous retenons l'apport de Dabin à la théorie des droits subjectifs. Il nous sera d'une grande utilité dans la compréhension des fondements des actes visant l'exercice des droits de nature éminemment personnelle et leur accomplissement par les personnes protégées. Bien que cette idée de la « maîtrise virtuelle » soit un peu ambiguë<sup>56</sup>, elle sert à désigner tout individu (même sous mesure de protection) comme maître potentiel de lui-même et de ses droits. Ce constat justifie la prise en compte de la capacité naturelle et l'autonomie décisionnelle du majeur protégé

---

<sup>51</sup> Art 86 CcQ (tuteur de l'absent).

<sup>52</sup> Arts 2130, 2135, 2136, 2137, 2142, 2145, 2158, 2175, 3116 CcQ (Le pouvoir de représentation dont la source est un contrat de mandat [représentation conventionnelle]).

<sup>53</sup> Pascale Salvage-Gerest, *supra* note 9', au para 4.

<sup>54</sup> Emmanuel Gaillard, *supra* note 32, à la p 214.

<sup>55</sup> Jean Dabin, *supra* note 43, à la p 498.

<sup>56</sup> Si le titulaire du droit subjectif a la qualité de faire valoir ses pouvoirs, en quoi consiste cette « virtualité », dans l'exercice des droits subjectifs. N'est-ce pas contradictoire avec l'effectivité du droit ? Gaillard *supra* note 32, à la p 215.

lors des actes éminemment personnels dont leur nature exclue la représentation, tout en assurant le plein exercice de l'ensemble des droits subjectifs qui relèvent du domaine personnel<sup>57</sup>. Dès lors il convient de s'interroger sur ses fondements juridiques et ses caractéristiques.

## **1.2. Analyse des fondements juridiques et des caractéristiques des actes éminemment personnels : La référence au modèle français**

Tel qu'avancé, la notion des actes éminemment personnels visent l'exercice des droits subjectifs qui relève de la sphère la plus privée de l'individu. La personne, tout au long de son existence entreprend naturellement des choix de vie qui répondent à ses préférences, croyances, valeurs, sentiments et souhaits les plus intimes. Ils constituent l'expression des fondements philosophiques et juridiques inhérents à la personne humaine<sup>58</sup>, telle la liberté, l'autonomie et la maîtrise de soi et de ses droits suivant la vision dabinienne sur la nature des droits subjectifs. Les actes éminemment personnels, même si le *Code civil québécois* les prévoit, et ce, de façon éparse, le législateur ne les a pas expressément qualifiés ni en droit des personnes ni dans les règles relatives à la protection des majeurs. Par conséquent, il ne leur a pas attribué de règles particulières et analogues à l'ensemble de ceux-ci. En 2007, à l'aube de la réforme du régime légal de protection des majeurs, le législateur français a adopté une catégorie d'actes juridiques pour lesquels aucune représentation n'est admissible. Il les a qualifiés en actes dont la nature implique le consentement strictement personnel prévu à l'article 458 du CcF. Compte tenu de

---

<sup>57</sup> Ainsi, l'exercice des droits qui relèvent du domaine personnel doit s'inscrire dans un processus d'émancipation des personnes vulnérables. Il est alors nécessaire de reconstruire les rapports de pouvoir représentant/représenté, pour ainsi inverser le sens de cette affirmation : « Le pouvoir parental, ou encore la tutelle sont remodelés pour devenir un rapport d'obligation qui n'a plus à être compensé, dans son intérêt propre, par des droits de domination », Niklas Luhmann, *supra* note 33, au para 15.

<sup>58</sup> Les célèbres philosophes John Locke et Jean-Jacques Rousseau conçoivent que toute personne humaine jouit de la liberté et de l'égalité avec les autres. Ces valeurs lui permettent d'avoir l'autorité personnelle pour régler sa conduite et sa façon d'être dans la vie, pour approfondir à ce sujet voir : Peter Laslett, *Treatise on Government*, London Cambridge University Press, 1988; Victor Gourevitch, *The Social Contract and Other Later Political Writings*, London, Cambridge University Press, 1997.

l'importance de cette règle et dans le but de bien saisir cette analyse comparée avec la France, nous la reproduisons comme suit :

458. « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.*

« *Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant* ».

Cette reconnaissance explicite permet de distinguer, d'une part, ce genre d'actes de l'ensemble d'actes juridiques, et d'autre part, de leur réserver un traitement législatif homogène. Bien qu'avant la réforme de 2007, la doctrine ait qualifié certains actes d'éminemment personnels, la loi du 3 janvier 1968, ne leur avait pas prévu un régime juridique spécial à l'égard du majeur protégé<sup>59</sup>. Concernant l'article 458, son premier alinéa nous présente une caractéristique définitoire des actes éminemment personnels : la non-admissibilité d'assistance ou représentation de la personne protégée. Autrement dit, seule la personne concernée en aura la maîtrise<sup>60</sup> pour pouvoir les accomplir en exprimant son propre consentement. Quel est le fondement qui justifie que l'exigence du consentement strictement personnel ?

Dans ce sens, la doctrine nous invite à réfléchir sur la nature des actes éminemment personnels. Étant donné qu'ils relèvent du domaine purement personnel, ils expriment la personnalité de l'individu en ce qu'elle a de plus intime, laquelle ne saurait être étouffée par l'existence d'une tutelle<sup>61</sup>. Par ailleurs, suivant les mêmes fondements, Gridell les définit comme « ceux qui affectent directement et principalement l'être dans son intimité

---

<sup>59</sup> « La loi n° 2007-38 du 5 mars 2007 a eu l'ambition de régler de façon plus précise les règles applicables aux actes à caractère personnel » : Jacques Massip, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle » (2010) 7 Dr fam 18, au para 3.

<sup>60</sup> Se référer aux fondements de la théorie de Dabin, notamment l'idée de l'appartenance-maîtrise pour expliquer la nature des droits subjectifs. (Dabin, *supra* note 43.)

<sup>61</sup> À cet égard voir Jean Carbonnier, *supra* note 6.

corporelle ou psychique, indépendamment des éventuels retentissements patrimoniaux tirés de leurs coûts »<sup>62</sup>.

À la lumière de cette dernière définition, nous pouvons mettre en lumière deux caractéristiques propres aux actes objet de notre étude. Premièrement, il s'agit des actes essentiellement extrapatrimoniaux, étant donné que leur objet n'est pas un bien en dehors de la personne, mais la personne elle-même dans sa dimension physique et psychique. Deuxièmement, ils exigent l'expression du consentement strictement personnel. Par conséquent, en principe<sup>63</sup>, ils ne peuvent être accomplis que par la personne elle-même car la représentation ne serait même pas envisageable<sup>64</sup>.

Il est pertinent de souligner que le CcF a préféré d'utiliser le terme « actes dont la nature implique un consentement strictement personnel »<sup>65</sup> au lieu d'« actes éminemment personnels ». Nous considérons ainsi que le législateur a voulu consacrer la primauté du consentement personnel en tant que principe recteur de ces actes.

Après avoir donné un aperçu des fondements juridiques des actes éminemment personnels<sup>66</sup>, il est nécessaire d'en exposer des exemples concrets. Le deuxième alinéa de l'article 458 CcF mentionne de façon expresse : la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. Or, est-ce que ces seuls actes mentionnés ici sont susceptibles d'être qualifiés comme étant éminemment personnels ? En effet, la

---

<sup>62</sup>Jean-Pierre Gridell, *supra* note 15.

<sup>63</sup> Dans certaines situations d'urgence et/ou de danger pour le majeur et pour autrui, notamment en contexte de soins médicaux, la loi prévoit des exceptions au principe de la primauté du consentement personnel. Voir les arts 11 et suivants du CcQ et la Loi P-38.001. Nous dédions une partie de notre analyse à ce sujet.

<sup>64</sup> Dominique Goubau, *supra* note 8 à la p 5.

<sup>65</sup> Cette terminologie a été qualifiée comme « alambiquée » et comme un « excès d'exégèse ». À ce sujet, voir : Nathalie Peterka, *supra* note 15, à la p 16.

<sup>66</sup> La Loi n° 2007-308 a érigé la recherche constante de l'équilibre entre, d'une part, la préservation de la dignité, des libertés individuelles, des droits fondamentaux ainsi que de l'autonomie de la personne vulnérable et, d'autre part, la protection de son intérêt, en un principe directeur de la protection des majeurs. Voir : Nathalie Peterka, *supra* note 15, à la p 16.

doctrine affirme de manière générale le caractère non-exhaustif<sup>67</sup> de la liste d'actes éminemment personnels fournie par le législateur. Leur nomenclature non-limitative implique la possibilité d'appliquer le principe de la primauté du consentement personnel à l'ensemble d'actes qui relèvent du domaine personnel.

Nous considérons que sous l'expression « sont réputés strictement personnels », le législateur a voulu revêtir d'une présomption de droit<sup>68</sup> les actes éminemment personnels qui relèvent de la filiation, privilégiant ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, en faisant une analyse critique de cette règle, nous considérons que le but poursuivi par le législateur de privilégier l'autonomie dans la prise de décisions strictement personnelles n'est pas complètement satisfait. Seul le consentement donné à sa propre adoption concerne la personne elle-même, les autres actes sont particulièrement liés à l'enfant de celle-ci<sup>69</sup>. Alors, quel statut juridique pour les autres actes de nature personnelle ? Certes, il existe de nombreux actes de nature éminemment personnelle qui échappent de la liste de l'article 458 CcF, tel le mariage, le divorce et le choix du lieu de résidence<sup>70</sup>. C'est ainsi que le législateur laisse la possibilité que tels actes puissent être accomplis par des mécanismes judiciaires et d'assistance, dans le seul cas où l'état de la personne ne lui permet pas de prendre elle-même une décision<sup>71</sup>. Toutefois, on constate que si la personne est empêchée d'exprimer valablement son consentement lors des actes prévus à l'article 458 CcF, la protection y réservée par se tourne dans une sorte d'incapacité de jouissance<sup>72</sup>, compte tenu de l'interdiction d'accomplir tels actes par assistance ou représentation<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> « La Loi du 5 de mars 2007 qui a modifié l'article 458 CcF vise à proposer aux praticiens, de manière schématique et non-exhaustive, quelques points de repères utiles lors de la conclusion d'actes personnels » : Alain Delfosse, *supra*, note 19, au para 7; Pascale Salvage-Gerest, *supra* note 9 aux para 4, 8; Dominique Goubau, *supra* note 8, à la p 6.

<sup>68</sup> « [...]les actes prévus à l'alinéa 2 ne posant que des présomptions non-exhaustives » : Jean Hauser, *supra* note 15, au para 17.

<sup>69</sup> Pascale, Salvage-Gerest, *supra* note 9, au para 2.

<sup>70</sup> Arts 249, 459.2 et 460.2 CcF.

<sup>71</sup> Art. 459 CcF.

<sup>72</sup> « Deux idées sont sous-jacentes: que ces actes juridiques expriment la personnalité en ce qu'elle a de plus intime, laquelle ne saurait être étouffée par l'existence d'une tutelle; qu'ils ne peuvent être accomplis par représentant, de sorte que, si l'on ne permet pas à l'incapable de les accomplir lui-même, personne ne pourra les accomplir à sa place, l'incapacité d'exercice s'aggravant ainsi en incapacité de jouissance. Bien

Par ailleurs, bien que le législateur français ait convenablement considéré le caractère « *numerus apertus* » d'actes éminemment personnels, l'omission d'y encadrer d'autres actes touchant plus précisément la sphère privée et familiale du majeur protégé (au-delà des actes relatifs à son enfant) produit une situation incertaine<sup>74</sup>. Ce statut ambigu donne lieu à une interprétation plus large qui permet d'y inclure d'autres actes ayant la même nature, en les appliquant par analogie les règles juridiques établies pour la liste d'actes éminemment personnels, expressément mentionnés dans la loi. Cet enjeu théorique qui découle d'une lecture critique du droit français demande la mobilisation de la théorie du droit, tout en servant de point de départ à l'analyse du droit des personnes et de la protection du majeur au Québec.

Il est maintenant temps d'étudier le droit québécois en la matière.

### **1.3. Une approche des règles québécoises en matière de droits des personnes**

Après avoir introduit la catégorie des actes éminemment personnels à l'aide de la méthodologie comparée, tels qu'ils sont saisis par la doctrine et la législation françaises, nous ferons une approche des règles québécoises en droits des personnes afin d'analyser le statut juridique de ce genre d'actes en droit québécois. Il s'agit donc maintenant de faire une revue à partir des dispositions générales du *Code civil du Québec*, tout en jetant un regard historique sur le *Code civil du Bas Canada*. En outre, il convient de souligner, le rôle de complémentarité qui joue la *Charte québécoise* par rapport au *Code civil* du Québec. Les dispositions en matière de droit des personnes sont inspirées tout d'abord par la règle générale de la reconnaissance de la personnalité juridique à l'égard de la personne physique, du seul fait de la naissance. Le *Code civil* québécois attribue à la personne la qualité du sujet de droit, e reconnaissant la pleine capacité de jouissance de ses droits civils « dont il ne peut se départir et dont on ne peut le priver. »

---

entendu, pour que la question puisse être soulevée utilement, il faut supposer que l'acte a eu lieu dans un intervalle lucide » : Jean Carbonnier, *supra* note 6, à la p 698.

<sup>73</sup> Dominique Goubau, *supra* note 8, à la p 6.

<sup>74</sup> « S'il est évidemment soucieux des droits et libertés de l'intéressé, ce texte plonge aussi les acteurs de la protection des majeurs dans un abîme d'interrogations. » : Natalie Peterka, *supra* note 15, à la p 3.

Les dispositions en matière de droit des personnes sont inspirées tout d'abord par la règle générale de la reconnaissance de la personnalité juridique à l'égard de la personne physique, du seul fait de la naissance. Le *Code civil québécois* attribue à la personne la qualité de sujet du droit, en reconnaissant la pleine capacité de jouissance de ses droits civils « dont il ne peut se départir et dont on ne peut le priver »<sup>75</sup>. Compte tenu de l'impossibilité de renoncer à cet attribut essentiel de la personne humaine, cette règle de droit revêt – un caractère d'ordre public<sup>76</sup>.

À la lumière de ces fondements, l'article 4 du *Code civil du Québec* consacre la présomption générale de l'aptitude à exercer les droits civils, cela se traduit en sens opposé, dans le caractère exceptionnel de l'incapacité. Ainsi, le *Code civil* est allé de l'avant par rapport au précédent Code antécédent, lequel proposait certaines réserves ayant tendance à minimiser la présomption générale de droit concernant la capacité d'exercice<sup>77</sup>.

À ce point de l'analyse, nous porterons un regard sur les actes visant à exercer certains droits subjectifs de nature strictement personnelle reconnus dans le *Code civil du Québec*. En effet, le législateur québécois énonce à l'article 3 de façon non-limitative (tel que les actes éminemment personnels mentionnés à l'article 458 CcF), le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne, au respect du nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ils sont interprétés en regard de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*<sup>78</sup>,

---

<sup>75</sup> Commentaire du ministre de la Justice de l'article 1 CcQ, dans, *supra* note 1.

<sup>76</sup> À cet égard, l'article 8 « pose implicitement le principe selon lequel on ne peut renoncer à la jouissance des droits civils alors qu'on peut renoncer à l'exercice de ses droits dans les limites permises par l'ordre public», - Commentaire du ministre de la Justice au sujet de l'article 8 du CcQ, *Ibid*; .L'ordre public est conçu comme un « ensemble des règles de droit d'intérêt général qui sont impératives et auxquelles nul ne peut déroger par une convention particulière », Hubert Reid, *supra* note 27, *sub verbo* « ordre public ».

<sup>77</sup> Les règles 324 et 985 CcBC soulignent des conditions à l'exercice de la capacité juridique. Il s'agit de la majorité d'âge et de l'exception de la déclaration légale d'incapacité. « L'article 985 énonçait une réserve concernant les dispositions expresses de la loi; cette réserve n'est plus nécessaire, car l'article 4 CcQ pose une règle générale qu'une disposition particulière peut toujours modifier dans un contexte particulier », *Ibid*, Commentaire du ministre de la Justice au sujet de l'article 4 CcQ, note 14.

<sup>78</sup> Voir aussi la Disposition préliminaire du CcQ concernant les articles 1, 4 et 5 de la *Charte québécoise*.

acquérant ainsi le caractère des droits fondamentaux<sup>79</sup>. Il est pertinent de souligner que ces règles constituent un apport important en droit de personnes dans la mesure où le *Code civil du Bas Canada* ne faisait aucune mention concernant la catégorie de droits de la personnalité.

En les liant indissolublement à la personnalité de son titulaire, la doctrine dominante souligne le caractère extrapatrimonial et incessible<sup>80</sup> de ces droits. Leur intransmissibilité et le fait que ce genre de droits a pour contenu des attributs inhérents à la personne, conduisent à classer les actes dont ils sont objet comme « *intuitu personae* »<sup>81</sup>, intégrant donc la catégorie des actes éminemment personnels. C'est ainsi qu'on peut affirmer que même si le législateur ne leur réserve pas une place particulière, ils existent de façon éparse dans le système juridique québécois.

---

<sup>79</sup> Édith Deleury et Goubau Dominique, *Le droit des personnes physiques*, 5e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014, au para 79.

<sup>80</sup> Commentaires du ministre de la justice au sujet de l'article 3 CcQ, *supra* note 1. À ce sujet, voir entre autres : Monique Ouelette, *Livre premier des personnes*, Barreau du Québec et Chambre des notaires, *La réforme du Code Civil*, Laval, Les presses de l'Université de Laval, 1993, au para 17.

<sup>81</sup> Le caractère *intuitu personae* des droits de la personnalité ressort aussi de l'interprétation de l'article 1610; « Le caractère *intuitu personae* d'une convention conduit à l'intransmissibilité des droits qui en font l'objet », Maurice Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, au para 1019; Hubert Reid, *supra* note 27 *sub verbo* « *intuitu personae* ».

## 1.4 Le statut juridique des actes éminemment personnels

Il est temps d'aborder quelques généralités sur le sujet, puis de l'illustrer à l'aide des exemples.

### 1.4.1 Généralités

Nous considérons que l'omission des règles spéciales destinées à la catégorie des actes éminemment personnels au *Code Civil du Québec* entraîne « une situation juridique incertaine »<sup>82</sup>. Mais, de quoi s'agit-il ? Cette problématique risque de nuire à la pleine jouissance de droits civils du majeur protégé, et par conséquent, à la finalité des régimes de protection<sup>83</sup>. Nous argumenterons cette affirmation dans les lignes suivantes. En effet, si le droit ne laisse pas de place à l'autonomie décisionnelle du majeur protégé, personne ne pourra agir dans sa représentation, et donc on risque de vider de contenu les actes éminemment personnels.

Étant donné que la présomption générale de la capacité juridique est consacrée notamment aux articles 4 et 154CcQ; l'incapacité étant exceptionnelle, elle doit obligatoirement faire l'objet d'une disposition expresse de la loi<sup>84</sup> ou d'un jugement qui donne lieu à un régime de protection<sup>85</sup>. Or l'incapacité à consentir à des actes strictement personnels comme ceux établis à l'article 458 CcF emporterait une incapacité de jouissance<sup>86</sup>. Au Québec, le vide législatif en matière d'actes éminemment personnels déclenche aussi le débat sur l'effectivité de la règle générale de la capacité juridique, plus

---

<sup>82</sup> Cette qualification a été mis en relief par Dominique Goubau dans le but de désigner le statut juridique indéfini des actes éminemment personnels au Québec, *supra* note 8.

<sup>83</sup> L'art 256 CcQ établit que la finalité des régimes de protection et celle de respecter l'intérêt, l'administration de son patrimoine et l'exercice de ses droits civils tout en assurant sa protection.

<sup>84</sup> « Il n'y a pas d'incapacité sans texte de loi. La capacité se présume », au sens de l'arrêt *Union des artistes c Société Radio-Canada*, 1980 QCCS 1009.

<sup>85</sup> Voir le commentaire de l'article 154 CcQ du ministre de Justice, *supra* note 1.

particulièrement, la capacité de jouissance<sup>87</sup>. En effet, si on prend par acquis que les actes éminemment personnels n'admettent aucune représentation, la non-exigence légale de prendre en compte l'autonomie décisionnelle de la personne protégée, entraîne l'impossibilité de faire valoir ses droits à caractère purement personnel<sup>88</sup>.

Or peut-il exister une telle interdiction si contraignante à l'égard des droits de la personne dans l'absence d'une source légale expresse ? Dans tous les cas, est-ce que la loi peut priver une personne de la jouissance de l'ensemble de droits de nature strictement personnelle ? L'analyse de ces questions dénote une grande incertitude juridique, ce qui nous conduit à mettre l'accent sur l'importance de construire une typologie des actes éminemment personnels en les prévoyant un régime juridique spécial.

#### **1.4.2. Illustrations**

Les exemples qui suivent sont destinés à illustrer notre propos. Ainsi seront abordés les actes relatifs aux soins médicaux et à la garde en établissement, le mariage, le divorce et le choix du lieu de résidence.

##### **1.4.2.1 L'exemple des actes relatifs aux soins médicaux et à la garde en établissement Des exceptions au principe du consentement strictement personnel.**

Une revue des arguments exposés ci-dessus permet de conclure que la primauté du consentement personnel et par conséquent le respect à l'autonomie décisionnelle

---

<sup>86</sup> « L'acte interdit à l'individu atteint d'une incapacité d'exercice pourra être fait pour son compte par son représentant, au lieu que l'acte interdit frappé d'une incapacité de jouissance ne pourra être fait d'aucune manière », Jean Carbonnier, supra note 6, à la p 523.

<sup>87</sup> « La privation de la capacité de jouissance équivaut à une privation de la personnalité juridique, l'entité étant alors privée de sa qualité de sujet de droit », France Allard, dans *Collection de droit 2017- 2018, Personnes, famille et succession*, École du Barreau du Québec, vol 3, Montréal, Cowansville, Yvon Blais, 2017, à la p 43.

<sup>88</sup>En ce qui concerne ces actes purement personnels, la personne doit toujours agir elle-même pour que ces actes soient valides. Voir par exemple, Philippe Malaury, *Droit civil. Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Defrénois, 2009, à la p 230.

constitue les fondements qui régissent la catégorie des actes éminemment personnels. Or dans certaines situations qui doivent être préalablement établies dans la loi, l'inviolabilité du consentement à la base des actes relevant du domaine « éminemment personnel » peut entrer en conflit avec la préservation de l'intégrité du majeur évalué inapte à consentir à des soins<sup>89</sup>.

Pour procéder à cette analyse, nous prenons comme référence les actes visant l'exercice au droit à l'intégrité de la personne, notamment ceux qui concernent les soins de santé et la garde en établissement<sup>90</sup>. Lagarde en établissement participe à la catégorie d'acte éminemment personnel, au même titre que les actes relatifs aux soins médicaux, dans la mesure où ils participent directement aux droits de la personnalité, dont celui relatif à l'intégrité de la personne<sup>91</sup>. Dans le cas précis des actes éminemment personnels que constitue le consentement aux soins, contrairement à d'autres actes de la même nature, le législateur a pris le soin de privilégier l'autonomie résiduelle de la personne à consentir à des soins<sup>92</sup>, même si celle-ci fait l'objet de mesures de protection légales ou conventionnelles. Il rend nécessaire donc le consentement de la personne concernée, à tel point que le représentant ou la personne autorisée à agir en son nom ne peut passer outre son refus d'être traité<sup>93</sup>.

Dans ces actes, une fois constatée l'incapacité de fait, c'est-à-dire, l'inaptitude à consentir, le consentement personnel est substitué par celui du représentant légal

---

<sup>89</sup> « Le processus de soins imposés s'inscrit dans le droit à l'intégrité de la personne, lequel peut primer sur le droit à l'inviolabilité dans le cas d'une personne inapte dans des conditions bien contrôlées : Annie Rainville et Lafleur Marie-Claude, « L'absence de mécanismes de révision dans le cadre des requêtes en autorisation de traitements: une violation du principe de sauvegarde de l'autonomie ? Réflexion, pistes de solutions et difficultés » (2011) 330 La protection des personnes vulnérables 43, à la p 49.

<sup>90</sup> Arts 10 et suivants. CcQ.

<sup>91</sup> « La garde en établissement et les autorisations de soins constituent toutes deux des mesures qui portent atteinte aux droits à l'intégrité et à l'inviolabilité de la personne », Vincent Beaumont et Marie-Nancy Paquet, « Hospitalisation et autorisation de soins : soigner pour garder ou hospitaliser pour ne pas garder » (2012) 153 à la p 163.

<sup>92</sup> Voir en particulier les arts 15 et 26 CcQ. Pour approfondir à ce sujet voir : *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*, 1994 QCCA 6105, [1994] RJQ. 2523 (CA).

<sup>93</sup> « Le seul fait pour une personne de ne pas être en accord avec son médecin sur le diagnostic et sur le traitement proposé ne permet pas de conclure à son inaptitude à consentir », *F.D. c Centre universitaire de santé McGill, (Hôpital Royal-Victoria*, 2015 QCCA 1139), voir art 26 CcQ.

(mandataire, curateur, tuteur) ou à défaut, par une personne autorisée par la loi<sup>94</sup>. Ainsi, l'incapacité de fait n'entraîne pas une incapacité de jouissance, compte tenu du fait que le consentement relatif aux soins pourrait être donné exceptionnellement par un tiers. Étant donné la nature éminemment personnelle de la décision de consentir à des soins et les effets pour l'intégrité physique et morale de la personne, la prise de parole au nom d'autrui doit être expressément encadrée par la loi. Or quels sont les fondements qui déterminent la nécessité de l'intervention exceptionnelle du représentant dans ces actes éminemment personnels ?

Reprenons la comparaison avec le droit français. À cet égard, le législateur établit comme principe l'autonomie décisionnelle du majeur protégé dans les actes qui concernent sa personne. Ainsi, l'article 459 CcF, dans son premier alinéa, prévoit que « hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Toutefois, lorsque l'état de la personne ne permet pas d'exprimer la volonté de façon autonome, il autorise pour le reste des actes relatifs à sa personne (par exemple le choix du lieu de résidence)<sup>95</sup>, de recourir à un mécanisme d'assistance, voire de représentation<sup>96</sup>.

En ce qui concerne le Québec, le droit prévoit que certains acteurs puissent prendre de décisions de nature éminemment personnelle au nom d'autrui, lorsque la personne n'est pas en mesure de donner un consentement libre et éclairé. Mais, tel que soulevé ci-dessus, contrairement à la France, le principe de prendre en compte la capacité de fait dans les décisions personnelles du majeur n'est pas formellement consacré. En outre, la mention expresse de l'agissement à la place de la personne concernée ne s'éteint pas aux autres actes éminemment personnels, mais ceux concernant les soins médicaux. Ces

---

<sup>94</sup> Arts 11 et 15 CcQ.

<sup>95</sup> Art 459.2 CcF :

« La personne protégée choisit le lieu de sa résidence.

« Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci.

« En cas de difficulté, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué statue ».

<sup>96</sup> Arts 459 alinéas 2, 3 et 4 CcF.

lacunes dans la législation civile québécoise viennent renforcer les limbes juridiques existant en la matière.

Lorsqu'en matière des soins le consentement de la personne concernée est substitué, celle habilitée par la loi à consentir pour autrui, doit suivre strictement le principe d'agir dans l'intérêt de la personne, en restant fidèle dans la mesure du possible à la volonté propre de la personne concernée<sup>97</sup>. Les critères permettant d'établir que la décision prise pour autrui correspond à l'intérêt de la personne inapte s'apprécie en fonction de son bien-être<sup>98</sup>. En outre, il s'agit aussi de constater la nécessité de la mise en place de soins et de prévoir raisonnablement que les effets qui en découlent soient plus avantageux que les risques possibles qu'on peut y subir<sup>99</sup>.

Par ailleurs, dans le cadre des actes concernant la garde en établissement, il faut analyser de façon coordonnée les dispositions du *Code civil du Québec* en matière de soins et celles de la *Loi sur la protection de la personne dont l'état mental représente en danger pour elle-même et pour autrui*<sup>100</sup>. Le législateur établit des conditions strictes pour pouvoir imposer à une personne la privation de la liberté personnelle en raison de son état mental<sup>101</sup>. On peut constater que le législateur a ainsi limité les possibilités de forcer un individu à se soumettre à une ingérence déraisonnable au droit à l'intégrité personnelle.

Après avoir abordé les enjeux principaux des actes éminemment personnels relatifs aux soins, qui sont associés au droit de la personnalité concernant l'intégrité corporelle et

---

<sup>97</sup> Art 12 CcQ.

<sup>98</sup> Il est nécessaire d'évaluer la situation au-delà de l'aspect physique, en prenant aussi compte de l'aspect affectif, les aspects intellectuel et spirituel, les aspects moral et religieux, dans cet ordre hiérarchique d'importance, *In Re Goyette*, (1983) C.S. 429.

<sup>99</sup> Voir l'arrêt *CHU de Québec c M.G.*, 2014 QCCS 1404.

<sup>100</sup> « C'est l'absence de consentement de la personne visée qui déclenche tout le processus de protection que l'on retrouve dans le Code Civil dans la *Loi sur la protection de la personne dont l'état mental représente en danger pour elle-même et pour autrui* » : *Hôpital Jean Talon c. S.S.*, 2008 QCCQ 3850.

<sup>101</sup> « Si la personne concernée est majeure et qu'elle n'est pas légalement représentée, l'autorisation du tribunal s'avère nécessaire, le consentement des proches du majeur n'étant pas suffisant. En toute hypothèse, même si son représentant légal a consenti, le tribunal doit intervenir si la personne concernée manifeste son opposition, sous réserve des dispositions de l'art 27 al. 2 CcQ sur la garde préventive » : Élise Charpentier et al, *Code civil du Québec, annotations - commentaires*, 2e éd, Québec, Yvon Blais, 2017-2018 à la p 59.

psychique de la personne, il est pertinent de préciser les critères qui justifient l'intervention exceptionnelle des tiers, sans la recherche préalable du consentement de la personne visée. Il s'agit de l'urgence et la dangerosité lesquels constituent une limite légale au respect du domaine « éminemment personnel » du majeur protégé.

- Urgence

L'urgence est une notion qui sert à qualifier une situation problématique dont la vie ou l'intégrité de la personne est soumise à un danger réel et irréparable. L'article 13 CcQ, axé sur le droit à la vie privée, prévoit l'exceptionnalité de l'intervention médicale sans le consentement personnel, lorsque la vie d'une personne est en danger ou son intégrité menacée<sup>102</sup>. Or, il faudra en tout temps évaluer le degré d'urgence de la situation et l'impossibilité d'obtenir le consentement de la personne en temps utile. Toutefois, le principe de la primauté du consentement personnel s'impose, lorsque la personne aurait manifesté préalablement son refus au traitement. En outre, la manifestation de volonté est toujours nécessaire lors des interventions thérapeutiques invasives et de longue durée dont ses effets ne sont autres que le maintien de la vie sous conditions inacceptables<sup>103</sup>.

Par ailleurs, le législateur français à l'article 16.3 de son *Code civil* établit aussi une mesure d'exception au principe du consentement personnel dans le contexte d'actes personnels médicaux. Il s'agit des cas où l'état de santé d'une personne rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir. Ainsi, le législateur a préféré utiliser le critère de la nécessité plutôt que celui de l'urgence, pour faire appel à une même situation, celle qui entraîne un danger réel et immédiat pour la vie ou l'intégrité de la personne. Dans d'autres cas, le critère de l'urgence constitue une condition pour l'application immédiate des mesures en fonction de la situation visée<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> « Cet article reprend en partie l'article 43 de la *Loi sur la protection de la santé publique* », commentaire du ministre de la Justice sur l'art 13 CcQ, dans J.-L. Baudouin et Y. Renaud, *supra* note 1.

<sup>103</sup> « Cette règle vise à éviter l'acharnement thérapeutique. » : *Ibid.*

<sup>104</sup> « L'urgence [...] est habituellement visée dans la loi, soit pour qualifier une mesure nécessaire, même importante (C. civ., art. 220-1, 257 et 815-6), soit comme quasi-synonyme d'acte conservatoire (C. civ., art.

- Dangersité

Nous constatons qu'en matière de soins, la situation que l'on qualifie d'urgente selon la loi est toujours associée à la notion du danger<sup>105</sup>. Le critère de la dangersité revêt aussi un caractère essentiel dans l'application de la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*.

En ce qui concerne la garde en établissement, seul le tribunal sur la base du critère de la dangersité pour la personne elle-même ou pour autrui pourra l'autoriser sur avis du médecin<sup>106</sup>. Lorsque le danger revêt un caractère grave et immédiat pour la personne ou pour autrui, la mise en place d'un mécanisme de détention légale dans un établissement de santé. Cette mesure de nature exceptionnelle se justifie par la présence d'un danger réel et prévisible à court terme, ayant des effets irréparables pour soi-même ou pour autrui. Ainsi, l'état de dangersité lié à l'état mental doit être évalué de façon objective dans la mesure où il atteint la vie, la santé, l'intégrité, la sécurité de la personne ou celles d'autrui. Cependant, certains auteurs soulignent que la source principale de la dangersité de la personne, émane de l'état social. En effet, lorsque celui-ci présente une carence, cette personne devient plus vulnérable, et pas nécessairement plus perturbée mentalement<sup>107</sup>.

En droit français, la notion du danger dans le contexte des actes qui relèvent du domaine personnel du majeur protégé est aussi prévu à l'article 459 alinéa 4 du CcF. La personne chargée de la protection du majeur est habilitée à prendre à l'égard de celui-ci des mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que l'intéressé

---

784,810- 4, 815-2, 1029, 1724 et 1890), soit encore pour justifier une procédure d'exception (C. civ., art. 9, 375-5, 391, 414, 448 et 1780) », Fossier 1, *supra* note 10, au para 38.

<sup>105</sup>Arts 13, 27 et 29 CcQ.

<sup>106</sup> Art. 27 CcQ. La Cour d'appel, en 2009, a refusé une demande de garde en établissement en soutenant qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes pour confirmer l'état de dangersité de la personne pour soi-même ou pour autrui : *Centre de santé et de services sociaux Pierre-Boucher c A.G.*, 2009 QCCA 2395.

<sup>107</sup> Marcelo Otero, « Qu'est-ce que la "folie civile" aujourd'hui ? L'alliance volatile des dimensions sociales et mentales » (2013) 359 *La protection des personnes vulnérables* 33, à la p 62.

ferait courir à lui-même, du fait de son comportement. Dans ce sens, il a l'obligation d'informer sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué.

Afin d'illustrer des situations dangereuses, nous pouvons mentionner des manifestations suicidaires, des absences de jugement face au danger grave et imminent, des situations conflictuelles tels des gestes menaçants et des comportements agressifs – compromettant la sécurité de la personne ou d'autrui<sup>108</sup>. Face à ces situations problématiques, le juge détermine si la personne vulnérable a un besoin réel de demeurer dans un centre d'hébergement, à tel point que la sortie de l'établissement pourrait la rendre sans protection lors d'une situation réelle de danger.

Après avoir abordé les actes concernant les soins médicaux de la personne, nous envisageons d'illustrer d'autres actes éminemment personnels, en particulier le mariage, le divorce et le choix du lieu de résidence. Nous les avons choisis pour l'analyse car ceux-ci sont aussi une expression de l'exercice des droits subjectifs de la personnalité en ce qui concerne le droit à la vie privée et familiale de l'individu. Suivant cet argument, nous considérons que le législateur québécois doit y prévoir expressément l'exigence du consentement personnel en assurant le respect à l'autonomie décisionnelle du majeur placé sous mesure de protection.

Or bien que ces actes aient des effets patrimoniaux considérables pour la personne, ceux-ci ne sont pas visés pour notre étude. Notre objectif est d'illustrer et de démontrer qu'ils rejoignent les principales caractéristiques des actes éminemment personnels, compte tenu leur impact direct dans le for intérieur du majeur touchant donc à son intimité. Soulignons à cet égard les définitions déjà évoquées au chapitre précédant notamment celle de Gridell, en tant que ces actes affectent directement et principalement l'être dans son intimité corporelle ou psychique, *indépendamment des éventuels retentissements patrimoniaux tirés de leurs coûts* (nos italiques).

---

<sup>108</sup> « Quant au caractère “dangereux” des “situations problématiques” gérées dans le cadre de la loi, il semble s'appliquer de manière restreinte à deux situations précises : “risque de suicide” (danger pour soi-même) et “conflit avec étranger” » (danger pour autrui), *Ibid.*

#### 1.4.2.2. L'exemple du mariage. Analyse de la législation et de la jurisprudence.

Bien qu'au sens juridique-social le mariage constitue une institution en droit familial, nous visons à l'aborder du point de vue d'un contrat, acte juridique dont sa nature implique l'existence d'un consentement strictement personnel. Ainsi, le contrat du mariage constitue l'un des actes les plus intimes et personnels<sup>109</sup>, impliquant des effets importants dans la vie privée et le statut familial de l'individu qui y consent. Il est donc un acte éminemment personnel qui découle du choix de vie de chacun et chacune de fonder une famille. Il relève « de l'exercice d'un droit naturel, un authentique droit subjectif »<sup>110</sup>.

Nous visons dans cette partie à parcourir les règles relatives à l'acte de se marier, à partir d'une analyse historique de la législation au Québec. L'article 148CcBC reconnaissait déjà le consentement libre et personnel des époux comme élément essentiel pour la validité du mariage. Ainsi, le législateur leur a attribué de façon exclusive, la faculté d'entamer une action en nullité du mariage, au cas d'existence des vices de consentement<sup>111</sup>. En ce qui concernait les personnes privées de la capacité d'exercice (enfants âgés de moins de 18 ans ou personnes placées sous mesure de protection), il était nécessaire le consentement du représentant légal au mariage, compte tenu de l'intérêt juridique de protection. Néanmoins, l'acte de mariage sanctionné d'annulable à défaut du consentement pertinent, pouvait être confirmé expressément ou tacitement par les personnes légitimées à l'autoriser. En outre, la nullité ne pouvait être intentée si une

---

<sup>109</sup> « L'impossibilité d'un mariage par représentation n'a jamais sérieusement été remise en question tant le consentement au mariage est considéré comme un des actes les plus personnels, voir intimes, qu'il soit », Dominique Goubau, *supra* note 8 à la p 7.

<sup>110</sup> Jean Hausser, *supra* note 15, au para 2.

<sup>111</sup> Art 148 CcBC ; « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur ».

réclamation dans ce sens n'avait pas été produite dans les six mois de leur prise de connaissance de la célébration du mariage<sup>112</sup>.

Par ailleurs, en 1980 le mariage a fait l'objet d'une régulation spéciale dans le nouveau *Code Civil du Québec* qui a réformé le droit de la famille. Il envisageait l'application de deux principes fondamentaux : d'une part, l'égalité totale des époux entre eux et devant la loi, et d'autre part, le respect de la liberté des personnes. C'est ainsi que parmi les conditions requises pour contracter le mariage, la première et principale a été celle relative au consentement des époux. Cette fois, le législateur a prévu des règles précises pour définir la notion du consentement à l'acte de se marier, en tant que manifestation de volonté libre et éclairée entre un homme et une femme afin de se prendre pour époux<sup>113</sup>.

Il convient de souligner que parmi les conditions établies par le *Code civil du Québec* de 1980, il n'y avait aucune limitation concernant l'accès au mariage d'un majeur protégé. Or, une requête en nullité de la part du curateur ou de l'un ou l'autre des époux pouvait être accueillie par le juge, au cas de défaut de discernement de l'une des parties du contrat de mariage<sup>114</sup>. Toutefois, cette demande de nullité relative était irrecevable, lors de l'existence de la cohabitation entre les époux pendant un an depuis le rétablissement du discernement<sup>115</sup>. Le terme « discernement »<sup>116</sup> dans l'échange de volontés était bien employé par le législateur, car il s'agit d'une question de fait ne susceptible d'être évaluée qu'au seul moment de l'accomplissement de l'acte de se marier.

Or, lors de la mise en vigueur du nouveau *Code civil* de 1991, le *projet de loi 125*<sup>117</sup> a proposé une modification nouvelle du régime juridique du mariage, en tant qu'il faisait

---

<sup>112</sup> Arts 150 et 151 CcBC.

<sup>113</sup> Arts 400 et 401 CcQ de 1980.

<sup>114</sup> Art 425 CcQ de 1980.

<sup>115</sup> Art 427 CcQ de 1980.

<sup>116</sup> « En droit privé, la faculté de discernement est une question de fait laissée à l'appréciation du tribunal », voir *supra* note 13, *sub verbo* « discernement ».

<sup>117</sup> Québec, Assemblée Nationale, Commission des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 125 Code civil du Québec », dans *Journal des débats*, vol 31, n° 35, (12 décembre 1991).

l'objet de la compétence fédérale<sup>118</sup>, échappant alors de la législation québécoise. C'est ainsi que selon le principe de constitutionalité<sup>119</sup>, le législateur québécois a considéré pertinent de supprimer les dispositions relatives aux questions de fond sur le contrat de mariage, telle la notion du consentement et la capacité des parties.

La *Loi sur le mariage* régissant l'ensemble du Canada établit expressément l'exigence du consentement libre et éclairé des époux lors de l'accomplissement de l'acte. Rappelons aussi que l'acte de se marier est l'une des décisions les plus intimes qui touchent la vie privée et familiale de la personne. En relevant du droit à la vie privée reconnue par le *Code civil* et la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*<sup>120</sup>, l'accès au mariage constitue l'expression d'une liberté individuelle qui fait partie des droits fondamentaux et dont l'autonomie dans la prise de décision ne peut dans aucun cas être négligée. Nous pouvons affirmer donc que malgré l'oubli relatif à la catégorie des actes éminemment personnels, le législateur a reconnu *implicitement* (nos italiques) le mariage comme étant un acte de nature strictement personnelle dont le consentement des époux est tout à fait insubstituable.

Quant à la législation civile québécoise, les règles réservées au mariage se restreignent donc aux aspects formels et à la question de la nullité de l'acte. Or, en ce qui concerne le mariage chez les personnes protégées, la seule limitation expressément prévue par le *Code civil québécois* est celle relative au choix du régime matrimonial. Ainsi, le

---

<sup>118</sup> *Loi sur le mariage civil*, LC 2005, c. 33.

<sup>119</sup> « Dans l'état du droit actuel, [...] nous n'avons aucun intérêt à proposer l'adoption de mesures qui sont, à leur face même, inconstitutionnelles et ce serait là très mal servir les intérêts du Québec, étant donné les objectifs du projet de loi qui consistent notamment à doter les Québécois et les Québécoises d'une loi qui leur assure une sécurité juridique. C'est dans ce contexte [...] que nous avons décidé d'éliminer certaines possibilités que nous aurions de légiférer dans un domaine qui n'est pas de notre responsabilité, selon la Constitution canadienne, en ce qui regarde, entre autres, le mariage et le divorce. [...]. Cette mesure découle d'une réalité qui est donc juridique, constitutionnelle, mais ne signifie pas pour autant que nous renoncions à des démarches formelles avec le gouvernement fédéral pour que nous puissions, dans la prochaine réforme constitutionnelle, avoir pleine juridiction dans ces domaines importants : Québec, Commission des institutions, Québec, Assemblée Nationale, Commission des institutions « Étude détaillée du projet de loi n° 125 Code civil du Québec », dans *Journal des débats*, vol 31, no 3, 27 août 1991, au para 3.

<sup>120</sup> Le droit au respect de la vie privée est reconnu par l'article 5 de la *Charte québécoise* à l'égard de toute personne, sans distinction en raison de l'âge ou du handicap mental ou physique.

législateur établit le caractère obligatoire de l'assistance du tuteur ou du conseiller lors de l'acte de passer de conventions matrimoniales<sup>121</sup>.

En ce qui concerne la validité de l'acte, le législateur québécois reconnaît le caractère essentiel du consentement libre et éclairé, en considérant que celui-ci implique directement l'ordre public<sup>122</sup>. Autrement dit, si le tribunal constate que la personne au moment de l'acte n'avait ni la capacité ni le discernement requis (capacité de fait) pour donner un consentement libre et éclairé, l'ordre public est en cause et donc, le mariage peut être déclaré nul, donnant lieu à entamer l'action, même en dehors des délais de prescription<sup>123</sup>. À cet égard, qui peut saisir le tribunal ? Le législateur actuel a enlevé aux époux l'exclusivité de l'action, en légitimant toute personne intéressée à demander la nullité du mariage. Or la question du consentement libre et éclairé lors du mariage a été source d'importantes contradictions, notamment dans le cas du mariage d'un époux sous mesure de protection. Il est généralement accepté que si une personne sous tutelle au moment de la conclusion de l'acte avait la capacité de fait, la nullité ne pourrait être obtenue que si celle-ci en subit en préjudice. Par contre, cette capacité de fait et par conséquent l'autonomie décisionnelle du majeur en curatelle dans l'acte éminemment personnel de se marier pourront être négligées, en invoquant la règle générale de l'art 283 CcQ<sup>124</sup>. Il semble que ce fondement a été à l'origine de la décision *R.G. c A.G.* de 2000 de la Cour Supérieure<sup>125</sup>, où le tribunal a accueilli l'action en nullité du mariage en considérant que l'intimé placé sous curatelle était inapte à y consentir de façon libre et éclairée<sup>126</sup>. D'après certains arguments donnés par le juge, les troubles de mémoire, ajoutés aux changements de comportement de monsieur A. G. et à la décision de se marier sans en informer sa famille indiquent qu'il était inapte à prendre des décisions

---

<sup>121</sup> Art 436 CcQ.

<sup>122</sup> L'ordre public est conçu comme un « ensemble des règles de droit d'intérêt général qui sont impératives et auxquelles nul ne peut déroger par une convention particulière » : Hubert Reid, *supra* note 27, *sub verbo* « ordre public ».

<sup>123</sup> Art. 380 CcQ; *R.C c Feu D.CL*, 2007 QCCS 4133.

<sup>124</sup> Voir les commentaires des arts 373 et 380 CcQ, Élise Charpentier et al *supra* note 104, à la p 300 et 309.

<sup>125</sup> *R.G c G.A.*, 2000 QCCS 18052.

<sup>126</sup> Au moment du mariage, l'intimé n'était pas sous régime de protection.

dans son intérêt<sup>127</sup>. À notre avis, bien que ces faits puissent favoriser l'ouverture d'une mesure de protection dans l'intérêt d'A.G., ces seuls motifs ne semblent pas appropriés pour fonder en droit l'annulation du mariage. Le seul fondement qui a la force en droit pour rendre nul en contrat (y compris le mariage), est celle de l'incapacité de fait de donner un consentement libre et éclairé<sup>128</sup>. Compte tenu de la nature strictement personnelle de l'acte concerné, la reconnaissance au moment de l'acte de la capacité naturelle du majeur placé sous mesure de protection, voire sous curatelle est suffisante pour reconnaître la validité du mariage<sup>129</sup>.

Dans l'arrêt analysé, le tribunal a appliqué l'article 284 CcQ pour déclarer la nullité, en assimilant l'acte de se marier à tous les actes juridiques<sup>130</sup>, sans d'abord tenir compte de sa nature éminemment personnelle. Une analyse du contrat de mariage à partir des caractères propres aux actes strictement personnels, obligerait aux tribunaux à porter une attention particulière aux souhaits et à la volonté interne de la personne protégée. Nous considérons que ce fondement dans le cadre du mariage marquerait notamment la différence de traitement par rapport à l'ensemble d'actes antérieurs à l'ouverture de la mesure.

La jurisprudence aussi confirmé le caractère fondamental et purement personnel de l'acte de mariage<sup>131</sup>. Il a été souligné que l'acquisition du statut de personne mariée ne peut

---

<sup>127</sup> Une pareille interprétation a été appliquée par la Cour Supérieure dans l'arrêt *RC c Feu. D. CL 2007 QCCS 4133* : lorsque le juge exprimait que le fait de célébrer le mariage dans l'absence du curateur et des autres membres de la famille permettait de soupçonner que l'acte contrevenait aux intérêts du majeur et à l'ordre public.

<sup>128</sup> En matière de validité du contrat de mariage, l'article 380 CcQ doit s'appliquer conjointement avec les dispositions relatives aux conditions de formation du contrat, notamment l'article 1398. L'application de ce dernier s'avère nécessaire, car qu'il précise que le consentement doit être évalué au temps de sa manifestation.

<sup>129</sup> Les tribunaux possèdent un très large pouvoir discrétionnaire en la matière qui pourrait bien jouer en faveur de la validité d'un mariage dès lors qu'il est démontré que la personne sous curatelle jouissait de la capacité naturelle nécessaire au moment de la célébration, Goubau, *supra* note 8, à la p 8; « Le majeur en tutelle peut se marier valablement dans un intervalle lucide », Jean Carbonnier, *supra* note 6, à la p 699.

<sup>130</sup> « D'ailleurs, l'article 284 CcQ prévoit que les actes faits antérieurement à la curatelle peuvent être annulés, ce qui inclut le mariage fait dans les circonstances de la présente affaire », *R.C c Feu. D. CL supra* note 127, au para 45.

<sup>131</sup> « La décision de se marier ou non peut, en effet, être la décision la plus personnelle qu'une personne prendra au cours de sa vie. Elle peut être aussi fondamentale, voire capitale, et aussi personnelle qu'un choix,

avoir lieu que par l'expression d'un choix libre et personnel<sup>132</sup>, lequel constitue l'élément essentiel de l'acte. Tel qu'il a déjà été mentionné, l'expression du consentement libre et éclairé doit être évalué au moment de l'accomplissement de l'acte, sans présumer au préalable l'incapacité de fait, sur la seule prémisse que la personne est placée sous régime de protection. Ainsi, compte tenu de la présomption générale de capacité d'exercice, la charge de la preuve incombe à la partie demanderesse<sup>133</sup>. Ces enjeux relatifs à l'autonomie décisionnelle des époux ont été aussi abordé dans la jurisprudence ancienne. En assurant un accès égal au droit de se marier, on a défendu l'idée de la validité du consentement personnel des conjoints, si la partie concernée a eu un intervalle lucide (prise en compte de la capacité de fait ou de la capacité naturelle) au moment du mariage<sup>134</sup>.

Contrairement au Québec, dans le *Code civil français*, les conditions d'accès au mariage pour les personnes protégées sont explicitement établies à l'articles 460, qui a fait partie du processus de réforme de règles de protection des majeurs. Cette disposition prévoit la possibilité que le majeur en curatelle puisse se marier s'il a l'autorisation du curateur ou du tribunal, le cas échéant. Dans le cas du majeur sous tutelle, la loi lui impose le fait d'avoir l'autorisation du juge ou du conseil de famille, s'il a été constitué. Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille<sup>135</sup>.

---

par exemple, en matière de citoyenneté ou même de religion », *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, au para 95.

<sup>132</sup> *Ibid* au para 46.

<sup>133</sup> « Il appartient à la demanderesse de prouver que son mari était incapable de donner un consentement au moment du mariage », *Bergeron c Proulx*, 1967 QCCS 579 à la p 74.

<sup>134</sup> « On doit dire qu'il n'y a pas de contrat lorsque le consentement a été donné sous l'empire de la folie. Mais, chacun sait que la folie a des degrés, et qu'elle laisse souvent à celui qui en est atteint des intervalles lucides pendant lesquels le véritable consentement est possible. D'où il suit qu'un consentement exprimé après une première manifestation d'un trouble mental n'est pas nécessairement nul, même si le mal s'est par la suite aggravé au point de justifier l'internement; dans ces conditions, il n'est pas possible de conclure que le jour de la célébration du mariage, la défenderesse était incapable d'un acte de volonté conscient », *Quincey c Kedroskie*, 1951, BR 593 aux pp. 601, 02, note 138.

<sup>135</sup> Art. 460 al. 2 CcF : Pour la tutelle, la législation exige aussi : « après audition des futurs conjoints et recueils, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage ».

Nous constatons alors l'existence des conditions légales à l'acte strictement personnel de se marier, lesquelles constituent des limitations à la liberté du mariage. Dans ce sens une question a été soulevée, est-ce que cette règle de droit correspond au principe général du respect aux libertés individuelles, aux droits fondamentaux et à la dignité de la personne ? À cet égard, en 2012, le Conseil constitutionnel français a été saisi de la constitutionnalité de l'article 460 du *Code civil* français<sup>136</sup>. Après s'être penché sur les fondements qui régissent les régimes de protection (nécessité, subsidiarité et proportionnalité), le Conseil constitutionnel a décidé que ledit article était conforme à la Constitution. Étant donné les effets personnels et matériels de l'acte visé, ces restrictions au mariage sont nécessaires dans la mesure où elles visent non pas l'empêchement de celui-ci, mais à assurer l'intérêt général de protection du majeur<sup>137</sup>.

En guise de synthèse, nous constatons que le législateur français a donné ainsi la possibilité de faire valoir l'autonomie de la personne, en demandant l'autorisation du juge en cas de refus du curateur. Suivant cet argument, nous pouvons conclure que ces atteintes à la liberté du mariage sont proportionnelles à la situation du majeur ayant besoin de protection, lequel jouit des garanties légales pour faire valoir l'acte éminemment personnel de se marier. Mais, le débat n'est pas complètement clos. Compte tenu de la nature purement personnelle de l'acte, dans chaque cas particulier, on peut se demander s'il est légitime de subordonner la volonté certaine de consentir à son propre mariage à l'intervention d'un tiers? Cependant, après avoir identifié une dichotomie autonomie/protection dans le contexte du contrat mariage, nous concluons que le législateur français a prévu une solution générale visant à respecter l'équilibre entre le consentement de la personne et son besoin de protection.

---

<sup>136</sup> Cons Const, 29 juin 2012, *Mariage d'une personne en curatelle* [2012] QPC 2012-260 DC.

<sup>137</sup> « Considérant qu'en égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent, le mariage est "un acte important de la vie civile"; qu'en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut à celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales; que les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée », *Ibid* au para 8.

### 1.4.2.3 L'exemple du divorce. Analyse de la législation et de la jurisprudence.

Force est de constater que le divorce en tant qu'acte juridique partage la même nature que celui de se marier. Toute personne peut exercer la liberté fondamentale de choisir le mode de vivre sa vie privée et familiale par exemple, en consentant au mariage et en prenant la décision de le dissoudre par divorce. Le divorce constitue aussi une expression du droit fondamental à la vie privée, reconnu par la *Charte québécoise* et le *Code civil québécois*.

Il est pertinent de souligner les questions associées à l'état civil familial font partie du statut personnel<sup>138</sup> de chaque individu. Le législateur du Bas-Canada déjà prévoyait le divorce comme l'une des causes de dissolution du mariage<sup>139</sup>. Mais, c'est le législateur du *Code civil de 1980* qui a considéré le besoin de mettre en place des règles particulières relatives au divorce, dans le but de reformer le droit de la famille en vigueur. Ainsi, il a été plus précis que son antécédent, en mettant en relief la volonté de dissoudre le mariage comme le fondement qui donne lieu au jugement du divorce<sup>140</sup>. En outre, il reconnaissait le caractère purement personnel de l'action en divorce, en établissant que la demande en divorce ne peut être présentée que par les époux ou l'un d'eux<sup>141</sup>.

Or, pareillement au mariage, le régime juridique du divorce en vigueur au Québec a dû aussi laisser sa place à la législation canadienne. Lors de l'application du *Code civil de 1991*, le législateur a reconnu la primauté de la *Loi canadienne sur le divorce* et par conséquent, le caractère supplétoire des règles du code civil et celles du code de la procédure civile dans la matière<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> « Le statut personnel vise également les questions liées à la famille (mariage, union civile, filiation, adoption, régimes matrimoniaux), ce qui étend considérablement son domaine »; Patrick Ferland et Guillaume Laganière, dans *Collection de droit 2017-2018*, vol 7, Cowansville, Yvon Blais, 2017, à la p 257.

<sup>139</sup>Art 185 CcBC.

<sup>140</sup> Art 538 CcQ 1980 : « Le divorce est prononcé lorsque la volonté de maintenir le lien du mariage est irrémédiablement atteinte ».

<sup>141</sup>Art 544 CcQ.

<sup>142</sup>Art 517 CcQ.

En tant que choix intime relevant du droit subjectif à la vie privée et familiale de la personne, la décision de divorcer constitue un acte strictement personnel qui ne pourra être accompli que par les conjoints. Ainsi que la *Loi sur le divorce* attribue l'exclusivité de l'action aux époux<sup>143</sup>, ce qui constitue le fondement juridique pour refuser la présentation d'une demande de divorce par le représentant légal d'une personne, malgré ses bonnes intentions de protéger le majeur<sup>144</sup>.

Après avoir introduit l'analyse de l'action en divorce quant à la législation, il s'agit maintenant d'en soulever certains enjeux au niveau de la jurisprudence. Tout d'abord, la nature éminemment personnelle de l'acte juridique de divorcer a été soulignée à plusieurs reprises par les juges. Dans ce sens, ils ont affirmé que le recours en divorce fait partie d'un ensemble des droits strictement personnels, tel le mariage, la reconnaissance de paternité, les pouvoirs découlant de l'exercice de l'autorité parentale, entre autres<sup>145</sup>.

À cet égard, la jurisprudence a cité à plusieurs reprises le critère du juge Senécal concernant le caractère personnel du recours en divorce. Les tribunaux ont déclaré que dans ces actes de nature purement personnelle<sup>146</sup>, il existe une limite aux pouvoirs de représentants légaux des personnes protégées, étant donné qu'ils ne peuvent agir dans ce domaine trop *intuitu personae* du titulaire du droit<sup>147</sup>. L'action en divorce est ainsi la

---

<sup>143</sup> Voir la définition de l'action en divorce à l'article 2 de la *Loi sur le divorce*, et l'article 8.1 du même texte légal.

<sup>144</sup> « Il ne serait pas illogique de qualifier le démariage de la même manière que le mariage et de considérer, dès lors, que tant le divorce que l'annulation du mariage ou la séparation de corps ne peuvent être demandés par le représentant du majeur », Dominique Goubau, *supra* note 8, à la p 9.

<sup>145</sup> « Ainsi en est-il de l'action en contestation de paternité, en nullité de mariage ou encore des recours en divorce ou en séparation de corps ou plus simplement du droit de passer outre à l'opposition d'un parent au mariage d'un enfant mineur. Tous ces droits, même s'ils peuvent, dans certains cas, avoir une incidence économique certaine et donc servir à augmenter la valeur économique du patrimoine du failli, sont, en effet, trop intimement liés à la personne ou au statut personnel de l'individu pour que la loi en dépouille le débiteur failli » : *Malenfant (Faillite de) c Samson Bélair/Deloitte&Toucheinc*, 1997 QCCA 10201, au para 2110.

<sup>146</sup> « L'action en divorce tout comme l'action en séparation de corps est purement personnelle. Le curateur, bien qu'il pourvoie à la pleine administration des biens du majeur protégé, ne pourrait jamais tenter ni continuer des procédures de divorce en ses lieu et place », *M. (J.) c G. (A.)*, 1997, QCCS 8066, au para 22.

<sup>147</sup> « Mais, avant toute chose, il faut comprendre qu'entreprendre des procédures en divorce est un acte personnel. Une personne ne peut pas décider pour une autre de le faire. D'ailleurs, les pouvoirs des tuteurs et curateurs ne s'étendent pas aux actes personnels », *B.D c J.D.*, 2012 QCCS 5063, au para 5.

conséquence du choix libre et personnel des époux, excluant en principe, une telle action du domaine qui relèvent des pouvoirs légaux de représentation.

Or en cas d'incapacité d'exercice, la jurisprudence a souligné l'existence d'une sorte d'exception au principe de non-admissibilité de la représentation lors de la présentation d'une demande de divorce<sup>148</sup>. Cela n'est-il pas une contradiction légale évidente compte tenu du caractère éminemment personnel de l'acte en cause ? Est-ce que l'inaptitude d'une personne permettrait au curateur ou au tuteur d'entreprendre une procédure de divorce au nom de celle-ci ? Il s'agit maintenant d'analyser les conditions exceptionnelles qui ont conduit à justifier l'intervention du représentant dans le recours en divorce. Dans l'affaire *R.L c M.L* de 20 février de 2013 de la Cour d'appel du Québec<sup>149</sup>, le requérant porte en appel un jugement de la Cour supérieure qui accueille une action en divorce présentée par l'intimée, agissant en qualité de mandataire de sa mère. L'appelant s'appuie sur la nature trop personnelle de l'acte en question, mais la juge considère que si l'autre conjoint avant de devenir inapte avait l'intention de mettre fin à son mariage, son représentant légal pouvait alors présenter la demande en donnant au tribunal les preuves pertinentes d'une telle intention.

Le critère jurisprudentiel *supra* mentionné est novateur au Québec, car il suppose une mise en question de la notion dominante concernant le caractère essentiellement personnel<sup>150</sup> de l'action en divorce. Dans le cas qu'on analyse, la juge a préféré de mettre l'accent sur l'intention de divorcer, préalablement manifestée par le majeur devenu inapte dans le but de faire valoir ses droits civils<sup>151</sup>. Cette décision a été inspiré de l'arrêt

---

<sup>148</sup> Nous aimerons ici attirer l'attention au sens des premiers mots de cette référence (nous les soulignons) : Sous réserve des cas d'inaptitude la demande en divorce ne peut être présentée et poursuivie que par l'un des époux et par personne d'autre. C'est un recours essentiellement personnel, c'est-à-dire exclusivement attaché à la personne des époux. Aucun autre individu ne peut présenter la demande ou la continuer à la place des conjoints. D'ailleurs, la *Loi sur le divorce* renvoie toujours aux «époux », jamais à leurs représentants ou ayants droit, *G. (Ma.) c G.T. (L.)*, 2001 QCCS 25241 au para 37.

<sup>149</sup> *R.L c M.L*, 2013 QCCA 316.

<sup>150</sup> Il faut prendre en compte que dans un arrêt récent *B.D c J.D*, 2012, QCCS 5063 *supra* note 151, le tribunal rejette la demande en divorce présentée par le mandataire aux biens et à la personne de sa mère car le consentement du principal intéressé était absolument requis.

<sup>151</sup> « En effet le régime de protection des droits prévu au C.C.Q, dont le mandat pour cause d'inaptitude devrait en principe permettre à une personne devenue inapte totalement comme ici, de néanmoins faire

*Calvert c. Calvert* de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>152</sup> dans laquelle représentant légal d'une personne devenue inapte à consentir, a demandé le divorce au nom de celle-ci. La personne représentée étant apte avait vécu séparément de son conjoint durant une période d'un an avant le jugement de divorce, sans manifester son intention de recommencer la cohabitation avec lui. Était ainsi prouvé l'une des causes d'échec du mariage prévues par la loi<sup>153</sup>, l'enjeu de la décision se posait alors autour du fait de démontrer si le divorce répondrait aux intérêts de la personne inapte<sup>154</sup>. Après avoir analysé les faits et les éléments de preuve présentés, le tribunal a décidé en faveur de la partie intimée. Il a conclu que le jugement de divorce satisfaisait le « meilleur intérêt » de madame à recevoir une égalisation des biens familiaux nets, en vertu de l'article 5 de la *Loi sur le droit de la famille*<sup>155</sup>. Or, bien qu'il soit important de cibler en droit les intérêts en jeu au niveau patrimonial, on constate que la notion de l'intérêt supérieur de la personne protégée a été réduite à la question économique. Dès notre point de vue aux fins de cette recherche, le discernement de l'intérêt intrinsèque<sup>156</sup> ainsi que la prise en compte du

---

valoir ses droits tant ceux qui concernent la personne que les biens », *R.L c M.L.*, 2013 QCCA 316, *supra* note 160, au para 9.

<sup>152</sup> *Calvert c. Calvert*, 1998, ONCA 3001.

<sup>153</sup> Dans l'arrêt en analyse, il a été considéré que le fait de devenir incapable ne constitue pas un motif d'interruption de la période de séparation des conjoints, prévu aux arts 8 (2) a) et 8 (3) b) (i) de la *loi*.

<sup>154</sup> «Did the trial judge err by granting the divorce and making an equalization award without additional findings that the respondent's litigation guardian was acting in her best interests? (...) The trial judge explicitly found that the litigation guardian "diligently pursued the best interests of Mrs. Calvert in the litigation, namely her entitlement to a substantial equalization payment." In our view, that was the appropriate standard to apply in the circumstances and we find no error on the part of the trial judge with respect to this issue»; voir le deuxième fondement du juge dans l'arrêt *Calvert c Calvert supra* note 156, à la p 5.

<sup>155</sup> *Loi sur le droit de la famille* LRO 1990, c F.3.

<sup>156</sup> C'est dans l'intérêt véritable des personnes innaptes qu'il faut agir ou décider pour elles ou en leur nom, c'est-à-dire en tenant compte de leur qualité de vie et en favorisant leurs valeurs, leurs croyances et leurs souhaits. Ainsi, la notion de l'intérêt intrinsèque au-delà du « meilleur intérêt » a été récemment accueillie par la Commission de droit de l'Ontario, en tant que fondement des fonctions du mandataire ou représentant. Pour l'essentiel, la Commission demande au mandataire spécial d'essayer de se mettre à la place de cette personne, de s'inspirer de ses valeurs et de ses préférences dans la mesure où il les connaît et les comprend et de prendre la décision que la personne aurait prise si elle avait été en mesure de comprendre et d'utiliser tous les renseignements pertinents, Ontario, Commission de droit de l'Ontario, *Capacité juridique, prise de décision, tutelle* : rapport final, 2017 à la p 50 et 64 respectivement.

caractère éminemment personnel du divorce devions être au cœur du débat en tant que fondements déterminant la décision de la Cour.

En ce qui concerne le droit français en matière de divorce, la règle générale est celle de la présentation de la demande par le tuteur, suivie de l'avis médical et de l'audition de l'intéressé si possible. Il faut aussi y avoir l'autorisation du conseil de famille ou du juge de tutelles<sup>157</sup>. Or, même avec les conditions encadrant le pouvoir du tuteur, l'initiative de présenter l'action en divorce au nom et place du majeur semble encore déconcertante<sup>158</sup>, compte tenu de la nature éminemment personnelle de l'acte en cause<sup>159</sup>. Pareil traitement juridique est réservé au cas où l'action est formée contre l'époux en tutelle où l'action en divorce s'exerce contre le tuteur<sup>160</sup>. Ces règles ne s'appliquent pas au majeur en curatelle<sup>161</sup>, dont le curateur joue seulement un rôle d'assistance à l'égard du majeur protégé qui peut en principe, entreprendre personnellement l'action pour mettre fin à son mariage.

Par ailleurs, la personne sous mesure de protection ne peut pas s'engager dans un divorce par consentement mutuel ni sur demande acceptée selon l'article 249.4 CcF. Rappelons ici que les incapacités en droit doivent être établies de façon strictement exceptionnelle, compte tenu que la capacité est « l'état habituel de l'être humain »<sup>162</sup>. Toutefois, dans ce genre de divorce, le législateur français a établi une sorte d'incapacité de jouissance<sup>163</sup>, en

---

<sup>157</sup> Art 249 CcF.

<sup>158</sup> « Serait-il inconcevable que, dans ce mécanisme de totale représentation, soit requis, au moins en demande, le consentement personnel de l'incapable, lorsqu'il peut être recueilli dans des termes suffisants de certitude et de discernement ? », Jean-Pierre Gridell, *supra* note 15, à la p 5.

<sup>159</sup> « [...] la capacité naturelle de consentir à un acte strictement personnel doit trouver, de manière cohérente, son prolongement sur le terrain du refus d'y consentir, et sur le plan procédural, sur celui de la faculté de contester en justice les restrictions apportées à l'exercice d'un droit revêtant une telle nature », Nathalie Peterka, *supra* note 15 à la p 16.

<sup>160</sup> Art 249.1 CcF.

<sup>161</sup> À cet égard, il est bien de préciser que contrairement au Québec, la curatelle en France est un régime d'assistance prévu pour protéger les personnes qui n'ont pas besoin d'être représentées de façon continue dans tous les actes importants de la vie civile, voir l'article 440 CcF.

<sup>162</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil. Les personnes*, 20<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1996, à la p 13.

<sup>163</sup> « Les incapacités de jouissance visent l'absence ou la privation de certains droits. Les personnes frappées d'une telle incapacité ne pourront donc poser certains actes juridiques déterminés ni par elle-même, ni par l'intermédiaire d'une autre personne, en raison de motifs précis généralement liés à leur fonction ou à leur

assumant davantage la présomption d'incapacité chez le majeur protégé. Il n'a pas pris en considération dans ce cas le degré d'inaptitude de la personne, car cette règle s'étend aux régimes de protection les plus souples fondés sur les mécanismes d'assistance, telle la curatelle<sup>164</sup>, voire la sauvegarde de justice<sup>165</sup>. Nous constatons donc une contradiction légale évidente, notamment eu égard de la sauvegarde de justice. Le législateur va à l'encontre du fondement soutenant cette mesure qui tient compte de la conservation de la capacité d'exercice pour accomplir personnellement des actes juridiques<sup>166</sup>. En outre, la proportionnalité et la subsidiarité, principes qui régissent le système de protection des personnes inaptes<sup>167</sup>, qui permettent de laisser une place à l'autonomie décisionnelle de la personne sont négligés par le législateur lui-même.

Dans le but de faire une synthèse de cette partie, nous pouvons conclure que dans le contexte français concernant le divorce impliquant un majeur en tutelle, on assiste à une sorte de « dépersonnalisation » (nos guillemets). Tandis que pour l'accès au mariage, le législateur cherche un équilibre entre la protection et le consentement du majeur, quant au divorce la balance est inclinée du côté de la protection. Dans ce contexte, ce souci protecteur de la loi produit l'effet inverse dans la mesure où on restreint abruptement l'autonomie personnelle du majeur. Cela est confirmé par le fait de présumer l'impossibilité pour un majeur sous tutelle d'entreprendre une procédure en divorce, sans d'abord considérer l'aptitude factuelle qu'il peut avoir lors de l'existence d'un éventuel intervalle lucide.

---

état ou, parfois, à la nature de l'acte », France Allard. *Personnes, famille et succession* par Barreau du Québec, Collection de Droit 2008-2009, vol 3, Montréal, Cowansville, Yvon Blais, à la p 43; Jean Hausser *supra* note 15.

<sup>164</sup> Le régime de curatelle en France équivaut à celui de la tutelle québécoise, lequel est destiné à la protection juridique des majeurs dont son incapacité est partielle ou temporaire. Voir les arts 440 al.1 CcF et 285 CcQ.

<sup>165</sup> « L'impossibilité du divorce par consentement mutuel ou sur demande acceptée comprend une personne sous sauvegarde de justice, puisqu'il faudrait y consentir » : Jean Hausser *supra* note 15, au para 10. Se référer à l'art 249.4 CcF.

<sup>166</sup> Dans le cadre d'une mesure de sauvegarde de justice, seulement certains actes préalablement déterminés sont susceptibles d'être accomplis par un représentant ou mandataire spécial, voir les arts 433 et suivants du CcF.

<sup>167</sup> Se référer à l'art 428 CcF.

En ce qui trait au droit québécois, suivant la même logique d'analyse, il est bien de remarquer que l'aptitude de la personne doit être constatée impérativement au moment précis de l'accomplissement de l'acte juridique<sup>168</sup>, sans être préjugée à l'avance. Il ne faut pas oublier que dans certaines maladies mentales la personne peut jouir de ces facultés durant des intervalles lucides plus ou moins prolongés. À l'issue de cette analyse, nous concluons que son aptitude factuelle à y consentir ne peut pas être méprisée<sup>169</sup>. Ainsi, étant donné la nature strictement personnelle de la décision de divorcer, la prise en compte de la capacité naturelle au moment de l'acte est particulièrement inéluctable.

#### **1.4.2.4 L'exemple du choix du lieu de résidence. Analyse de la législation et de la jurisprudence**

L'acte de choisir le lieu de résidence suppose le fait d'exercer pleinement la liberté personnelle de déterminer notre mode de vie. Cela implique une manifestation de volonté qui découle aussi du droit au respect de la vie privée<sup>170</sup>, reconnu par l'article 3 du CcQ et l'article 5 de la *Charte québécoise*.

En droit québécois, le *Code civil* de 1991 introduit le concept de résidence pour désigner le lieu où demeure de façon habituelle une personne. Il fait l'objet d'une règle de droit nouveau, étant donné que le *Code Civil du Bas Canada* n'avait pas établi une telle définition<sup>171</sup>. Or le législateur utilise une autre catégorie que l'on pourra opposer à la notion de résidence. Il s'agit du domicile, lequel détermine le lieu où la personne a son principal établissement pour l'exercice de ses droits. Il y a donc une distinction à remarquer entre les termes domicile et résidence. Le domicile est plutôt associé au

---

<sup>168</sup> Art 1398 CcQ.

<sup>169</sup> « [...] il semble raisonnable de permettre à cette personne de faire elle-même la demande de divorce lorsqu'il est démontré qu'en dépit du régime de protection, cette personne a l'aptitude naturelle à prendre une telle décision » : Dominique Goubau, *supra* note 8, au para 9.

<sup>170</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>171</sup> Cette règle reconnaît pour la première fois la notion de résidence habituelle et courante en droit québécois en faisant référence à la situation factuelle d'habiter dans un lieu déterminé, voir le commentaire de l'article 77 CcQ du ministre de la Justice, *supra* note 1

caractère légal de l'occupation, tandis que la résidence renvoie au lieu d'habitation effective de la personne impliquant sa décision de choisir son mode de vie<sup>172</sup>. En outre, nous soulignons que s'agissant du majeur protégé, la loi a préféré déterminer son domicile (chez son tuteur ou son curateur)<sup>173</sup>, en restant muet en ce qui concerne la question factuelle de sa résidence. La jurisprudence pour sa part a aussi contribué dans l'interprétation de la notion de résidence en tant que question de fait<sup>174</sup>. Ainsi, la Cour d'appel du Québec a déterminé qu'il faut comprendre par lieu d'habitation habituel de la personne, l'endroit où elle projette de se rendre fréquemment dans le but d'y vivre<sup>175</sup>. Dans ce sens, la détermination ou le changement de la résidence requiert le consentement du majeur qui relève de son choix libre et éminemment personnel.

Nous proposons maintenant d'illustrer l'analyse de l'acte de choisir le lieu de résidence, en se servant de l'étude des deux cas extraits des expériences réelles de vie des personnes placées sous régime de protection. Notre objectif dans cette étude de cas vise, d'une part, de mettre en relief le caractère éminemment personnel de cet acte tout en comparant les règles juridiques pertinentes de la France et du Québec, et d'autre part, d'analyser les rapports de pouvoir produits dans le cadre de régimes de protection traditionnels. Ce dernier enjeu nous permettra d'introduire le prochain chapitre qui vise à répondre notre problématique de recherche. Il s'agit de trouver des solutions à la dichotomie autonomie/protection du majeur protégé, en ayant démontré le besoin urgent de prendre en compte son consentement en matière des actes éminemment personnels. D'ailleurs ces exemples pratiques permettront aussi d'intégrer l'acte de choisir son lieu de résidence aux autres actes éminemment personnels déjà abordés, notamment la garde en établissement dans le contexte de soins médicaux.

Les situations factuelles que l'on présente ci-dessous correspondent aux cas remis par l'Union Départementale des Associations familiales de la France UDAF 31 et UDAF 82,

---

<sup>172</sup> *J.C. c. T.L.*, 2006 QCCS 5348; Dominique Goubau, *supra* note 8, à la p 12.

<sup>173</sup> Art 81 CcQ.

<sup>174</sup> *Rees c Convergia*, 2005 QQCCA 353.

<sup>175</sup> *Droit de la famille -132433*, 2013 QCCA 1529; *Vallaincourt c Dion*, 2010 QCCA 348.

dans le cadre du projet CIDERNA<sup>176</sup>, qui est conçu dans le but de créer un programme transfrontalier axé sur la mise en application effective de la CRDPH.

---

<sup>176</sup> Le projet CIDERNA relève du Centre interrégional pour la garantie des droits des personnes ayant besoin de soutien, voir le document France-Espagne, FTCEG, FCAE, Ajuntament de Girona, UDAF 31, UDAF 65, Direction Régionale de la Jeunesse et des Sports et de la Cohésion Sociale d'Occitanie, *CIDERNA, Centro interregional de garantia para las personas con necesidad de apoyo, Proyecto transfronterizo para la implementación efectiva de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* (26 juillet 2017).

## Situation 1

### Résumé

Majeur sous tutelle à la personne et aux biens (équivalent à la curatelle au Québec) placé dans un centre hospitalier. Il a exprimé sa volonté de choisir son lieu de résidence et son refus d'être hébergé à l'hôpital. Cependant, malgré une amélioration de son état psychiatrique, le représentant légal s'oppose au choix de monsieur.

### Présentation de la situation

Depuis le 13 mai 1998, monsieur D., âgé de 39 ans, est placé sous mesure de curatelle renforcée. En raison de la détérioration de son état psychique au cours des années, le tribunal a ordonné une mesure plus contraignante sur sa liberté individuelle. Ainsi, le 20 décembre 2012, monsieur D. a fait l'objet d'un régime de tutelle à la personne et aux biens, pour une période de 60 mois, dont la tutelle a été conférée à l'une des Unions Départementales des Associations familiales de la France (UDAF).

Monsieur D. est né dans une famille de six enfants dont les parents sont divorcés. Il est décrit par son entourage comme une personne « peu contenant ». Depuis la fin de sa scolarité, il semblait être hors de la réalité présentant des idées à thèmes mystiques et ésotériques. Cette situation problématique l'a conduit à une première hospitalisation en soins psychiatriques en juillet 1996.

Par la suite, les médecins spécialistes ont posé un diagnostic de schizophrénie paranoïde, lequel s'avérait plus sérieux à cause de la consommation de stupéfiants provoquant des dommages psychiques et de la difficulté à prendre conscience de sa pathologie. Il a alors fait plusieurs rechutes, c'est qui a aggravé son état psychique allant jusqu'à à l'arrêt du traitement. Cela a mené à la mise en place de soins toujours plus fréquents et longs pour le patient.

Depuis l'année 2012 et jusqu'en 2015, monsieur D. a passé trois contrats de bail auprès de bailleurs privés, plus précisément en 2010, 2011 et 2012. Pendant qu'il a habité ces logements, plusieurs problèmes sont survenus. À titre illustratif, nous pouvons mentionner des sinistres récurrents, la vente du mobilier appartenant aux logements, le

bricolage sur les installations existantes, la détérioration progressive du logement en général, des actes d'exhibition, des agressions verbales contre les voisins, parmi d'autres. Cette conduite évaluée d'inadéquade a donné lieu à la cessation des baux et par conséquent, à l'hébergement de monsieur D. dans un établissement spécialisé en soins psychiatriques<sup>177</sup>.

Monsieur D. a porté en appel la décision du juge de première instance autorisant la garde dans le centre hospitalier, mais la Cour d'appel l'a confirmé. À la suite du jugement, malgré les propositions de réévaluation de sa situation, en raison de sa stabilité psychique et de son adhésion aux traitements, monsieur D. a été hébergé de manière quasi permanente. Il a aussi profité des sorties dans l'enceinte de l'hôpital et de la possibilité de signer un contrat de bail en 2015 ayant des services d'un infirmier au quotidien. Cependant, des comportements impropres tels l'usage de stupéfiants, le non-respect du cadre de permissions de sorties et du protocole de soins ont stoppé toutes les stratégies d'autonomisation mises à l'égard de monsieur D. Il a aussi refusé les propositions d'orientation en hébergement collectif.

Par ailleurs, une nouvelle amélioration de l'état psychique a été constatée. Monsieur D. a encore manifesté sa volonté de quitter le centre hospitalier, dans le but de choisir son lieu de résidence et de vivre de façon autonome. La nature de cet acte impose de faire valoir le consentement personnel de la personne protégée, exprimé de façon libre et éclairé. On préserve ainsi son autonomie décisionnelle, le respect à la liberté individuelle et l'exercice de ses droits civils. Dans la situation problématique qui nous occupe, le cœur du débat est axé, d'une part, sur la prise en compte de la capacité de fait de la personne, et d'autre part, sur son besoin de protection.

---

<sup>177</sup> Dans le contexte québécois, la garde en établissement est considérée en tant que soin médical. « L'autorisation d'hébergement est motivée par le fait que son milieu de vie actuel, son domicile, ne permet pas à l'intimée de recevoir les soins que nécessite son état. L'hébergement de l'intimée intervient comme un soin dont la réalisation permettra la dispensation des autres soins que requiert sa condition physique et mentale » : Michel T. Giroux, « Opposition du patient à une rencontre entre ses proches et son médecin dans un contexte psychiatrique » (2011) 330 La protection des personnes vulnérables 3, à la p 8.

Étant donné la non-stabilité de son état psychique et les échecs à répétition des tentatives d'autonomisation, le tuteur s'oppose au choix personnel de monsieur D. En considérant qu'il représente un danger pour lui-même et pour autrui, le représentant légal a préféré de privilégier le besoin de protection de la personne protégée plutôt que son autonomie décisionnelle. Cependant, l'équipe soignante du centre de santé a évalué qu'il avait la capacité suffisante pour vivre dans un logement hors du milieu hospitalier.

### Questionnements suscités par la situation

Est-ce que le fait de retenir une personne dans un établissement de santé, contre son consentement constitue une détention illégale ? Est-elle une attaque à la liberté individuelle ? Peut-on justifier en droit cette ingérence dans la vie privée d'une personne ? Comment peut-on résoudre la dichotomie volonté du représentant/volonté du représenté lors du choix du lieu de résidence ?

### Analyse des fondements juridiques applicables à la situation présentée

En vertu de l'article 459.2 CcF établissant que la personne protégée choisit seule son lieu de résidence, on considère qu'il s'agit d'un acte éminemment personnel<sup>178</sup>, même s'il n'est pas inclus dans la liste non-exhaustive dressée dans l'article 458CcF. La nature de cet acte justifie la prise en compte de la capacité de fait et l'attribution d'un « pouvoir de suggestion »<sup>179</sup> à l'égard du majeur placé sous mesure de protection. Le principe de la

---

<sup>178</sup>« [...]la liberté de choisir le lieu de sa résidence ainsi que celle d'entretenir des relations personnelles avec tout tiers de son choix (C. civ.,art. 459-2), si elles ne se confondent pas avec eux, ces trois dernières dispositions n'en puisent pas moins leur source dans la doctrine des actes éminemment personnels. Reposant sur l'idée selon laquelle, en matière extrapatrimoniale, chaque personne - qu'elle soit mineure ou majeure protégée - doit bénéficier d'une sphère irréductible de capacité naturelle » : Nathalie Peterka, *supra* note 15, à la 16.

<sup>179</sup>« Vecteur de suggestion, la parole du majeur en tutelle est aussi, mais dans des hypothèses légales spécialement visées, un empêchement à réaliser ce que ses représentants légaux, même animés des meilleures intentions, avaient projeté pour lui»; « Un pouvoir de suggestion est juridiquement reconnu au majeur en tutelle quant à sa soumission au régime, et quant à la détermination de son lieu de vie », Jean-Pierre Gridell, *supra* note 15, aux pp 2, 3 du *Rapport*.

conservation du logement de la personne protégée s'impose aussi face à l'ingérence des tiers<sup>180</sup>. En ce qui concerne le Québec, malgré l'absence de qualification juridique expresse concernant ce genre d'actes, nous pouvons intégrer le choix du lieu de résidence dans la catégorie d'actes éminemment personnels. Il découle du droit de la personnalité à la vie privée<sup>181</sup>.

Le respect du choix de monsieur D. d'habiter où il préfère, constitue une exigence qui relève de la liberté fondamentale de choisir son propre cadre de vie<sup>182</sup>. Rappelons que monsieur D. a fait preuve d'une progression de sa capacité, en exprimant son consentement libre et éclairé de vivre dans un logement. Toutefois, force est de constater dans ce cas, l'existence d'une limite imposée par le tuteur à l'autonomie décisionnelle du majeur, lors de l'exercice du droit de choisir son lieu de résidence<sup>183</sup>.

Rappelons que le législateur québécois donne la priorité au consentement personnel lors des actes relatifs aux soins<sup>184</sup>. La légitimité de l'intervention exceptionnelle du représentant légal ou de la personne autorisée par la loi réside dans la constatation de l'inaptitude à y consentir. Par ailleurs, tout en respectant la liberté individuelle du patient, le législateur québécois à l'article 26 CcQ interdit la garde en établissement sans le

---

<sup>180</sup> « [...] il ne peut être modifié sans intervention de la personne ou du juge des tutelles, le majeur protégé étant désormais considéré comme seul habilité à pouvoir choisir son logement (C. civ., art. 459-2) » : Jean-Marie Plazy et Gémignani Florence, « Le logement de la personne vulnérable », (2012), 17 JCP N, au para 3.

<sup>181</sup> « Le *Code civil du Bas Canada* ne contenait aucune disposition concernant le respect de la réputation et de la vie privée. Le *Code civil du Québec*, conformément à la *Charte des droits et libertés de la personne* et de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* réaffirme ce principe et en aménage l'exercice » : Marcel Guy, « Le *Code civil du Québec* un peu d'histoire, beaucoup d'espoir » (1993) 23 RDUS à la p 478.

<sup>182</sup> « Les individus se voient offrir le droit de choisir [...] leur propre philosophie de vie, de choisir [...] comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien », *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand* (1996) 3 RCS 211, au para 103)

<sup>183</sup> « Il importe de s'éloigner de cette approche quelque peu paternaliste et reconnaître résolument que le majeur protégé, quel que soit le régime de protection, conserve la faculté de prendre des décisions éminemment personnelles, soit celles qui touchent à des droits fondamentaux inaliénables, dans la mesure où ses facultés le lui permettent », Pierre Deschamps, *supra* note 26, à la p 110.

<sup>184</sup> Se référer à l'article 11 CcQ.

consentement préalable de celui-ci<sup>185</sup>, sauf les cas dûment autorisés par le tribunal. Or, dans l'impossibilité du patient de manifester sa volonté en temps utile, le consentement peut être donné par le représentant, sauf refus catégorique de la personne protégée. Il faut rappeler que malgré le refus, le tribunal peut ordonner la garde en établissement, que dans la mesure où la personne représente un danger pour elle-même et/ou pour autrui<sup>186</sup>.

À la lumière du droit québécois, il faudra articuler les fondements juridiques mentionnés ci-dessus avec les principes qui régissent les régimes de protection, dans l'esprit de donner une solution plus respectueuse aux droits civils de la personne. Il s'agit du respect des droits, des intérêts intrinsèques et de la sauvegarde de l'autonomie des personnes protégées<sup>187</sup>. Nous soutenons que la prise en compte de leur capacité de fait, tout en respectant leur autonomie décisionnelle dans les actes éminemment personnels y compris le choix du lieu de résidence, constitue le seul moyen pour rendre effectif le droit fondamental à la liberté individuelle et à la vie privée<sup>188</sup>.

#### Recommandations, changement de regards, esquisse de solutions

Nous considérons qu'en cas d'hébergement forcé, le majeur sous tutelle a droit d'interjeter une requête en *habeas corpus*<sup>189</sup>. La limitation de la volonté de choisir le lieu de résidence porte atteinte au droit fondamental à la liberté et au respect de sa vie privée,

---

<sup>185</sup>« [...] le législateur québécois a choisi d'avoir, en matière de privation de liberté, un régime strict et d'application exceptionnelle » : Doris Provencher et Annie Rainville, « Mythes en droit de la santé mentale: enjeux sociaux et juridiques » (2010), 315 La protection des personnes vulnérables 143, à la p 168.

<sup>186</sup> « La garde et l'examen prive la personne de sa liberté physique [...] Il convient d'encadrer rigoureusement ces interventions et d'en garantir la légalité par l'omniprésence du tribunal, gardien des libertés fondamentales » : Monique Ouelette, *supra* note 83 au para 68.

<sup>187</sup> Voir les principes qui découlent de l'article 257 CcQ.

<sup>188</sup> La jurisprudence a aussi souligné le besoin du respect de l'autonomie dans l'acte objet de cette analyse. [...] en raison des considérations intimes qui motivent le choix du lieu où l'on veut vivre et des répercussions extrêmement importantes que ce choix entraîne inévitablement sur les affaires personnelles, j'estime que le droit de décider sans intervention injustifiée où l'on veut établir et maintenir sa demeure est clairement visé par la garantie du droit au « respect de la vie privée » : énoncée par la *Charte québécoise*, *Godbout c Ville de Longueuil*, [1997] 3 RCS 844 au para 99.

<sup>189</sup> Voir l'arrêt *L. (F.A.) c Centre d'hébergement Champlain*, [1997] RJQ 807 (CA).

reconnu dans la *Charte québécoise*. Cela constitue le fondement juridique d'ordre public soutenant le recours en *habeas corpus*, afin de déterminer si une telle « détention » de la personne protégée est légalement justifiée.

À cet égard, une stratégie d'autonomisation et d'accompagnement, auprès d'une équipe spécialisée composée de travailleurs sociaux, intervenants et professionnels de la santé, visant à offrir le service de soutien à domicile, pourra être envisagée. Cette politique mettant en valeur l'autonomie de la personne a été mise en pratique par les institutions québécoises du domaine de la santé et des services sociaux<sup>190</sup>, dans le but de respecter ses décisions personnelles de conserver son cadre de vie.

## **Situation 2**

### **Résumé de la situation**

Personne sous tutelle sans entourage familial, laquelle est vulnérable aux addictions de stupéfiants. Elle habite dans un logement, dans lequel elle produit des nuisances donnant lieu aux multiples plaintes. Cette situation problématique a favorisé son internement de façon régulière dans un hôpital psychiatrique. Lors de l'ouverture de la tutelle, le juge a remarqué la nécessité de la mesure, dans le sens où elle permettrait le maintien du logement et l'administration des ressources financières. En fait, le rapport avec son représentant légal se résume à la mise à disposition de l'argent.

### **Présentation de la situation**

Madame X, née en 1980, est placée sous mesure curatelle depuis 2008. En 2016, le tribunal a ordonné un changement de régime de protection en ouvrant à l'égard de

---

<sup>190</sup> « L'intervention d'autonomisation vise d'abord à améliorer le fonctionnement physique, social et psychologique d'une personne au lieu de compenser ses incapacités », pour approfondir à ce sujet, voir Québec, Institut national d'excellence en santé et en services sociaux, L'autonomisation des personnes en perte d'autonomie, par Annie Tessier, Fiche synthèse de l'avis produit par l'Institut national d'excellence en santé et en services sociaux, 2016.

madame X, un régime de tutelle. Son contexte social et familial défavorable l'a placée dans des situations de vulnérabilité. Elle souffre des addictions causées par une consommation habituelle des drogues et des stupéfiants. L'existence de plusieurs dégâts, des lourdes nuisances sonores et le fait de vivre dans un entourage toxique ont contribué à une dégradation progressive du logement. Les perturbations fréquentes ont conduit les voisins à porter plainte à plusieurs reprises. Cette situation conflictuelle l'a amenée à la garde dans un établissement des soins psychiatriques. Or, la jurisprudence en matière de soins a remarqué que le mauvais choix de vie d'une personne ne suppose aucune sorte d'inaptitude à l'égard de celle-ci<sup>191</sup>.

Étant donné le contexte personnel de la madame, le juge des tutelles en France a estimé nécessaire la mesure de tutelle afin de pourvoir à la protection de cette personne vulnérable, au maintien du logement et à l'administration de ses biens. Le régime de la tutelle a permis d'administrer diligemment les ressources de la madame, afin de les rendre disponibles de façon régulière pour satisfaire ses dépenses quotidiennes. Nous soulignons que dans le cadre de la tutelle, les relations entre madame X et le tuteur sont axées notamment sur la gestion de l'argent.

En principe, les régimes de la curatelle et la tutelle visent à la protection de la personne déclarée inapte à prendre soin d'elle et de ses biens, en veillant à son bien-être moral et matériel. Or, dans la situation qui nous occupe, on constate que le régime tutélaire n'a pas conduit à une amélioration de l'état psychosocial de la personne. Madame X semble ne pas s'interroger pour son avenir. Étant donné que l'analyse de sa propre situation est presque inexistante, il s'avère difficile de rechercher davantage son consentement aux actes qui la concernent. D'ailleurs, la non-adhésion aux traitements et les échecs des tentatives d'accompagnement constituent des facteurs de risque pour la personne protégée dont son rétablissement est menacé.

---

<sup>191</sup> « L'entêtement d'une personne à persister à avoir un comportement autodestructeur ne signifie pas nécessairement qu'elle est inapte à consentir aux soins ou à son hébergement » : *Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke – Hôtel Dieu c G.D 2009 QCCS 4034* au para 19.

### Questionnements suscités par la situation

La mesure de tutelle permet-elle d'attribuer le pouvoir au tuteur d'imposer le cadre de vie à la personne protégée ? Faut-il continuer à rechercher le consentement de la personne protégée, même si elle n'analyse pas sa propre situation ? Que faire quand les choix ou les non-choix conduisent les personnes à se placer dans des situations indignes ?

### Pistes de réflexion

Conformément à la mission des régimes de protection, le but de la fonction du tuteur est axé sur la protection de la personne et sur l'administration de ses biens, afin de lui procurer des conditions de vie adéquates. Cependant, la fonction des représentants légaux qui décident à la place de la personne est souvent limitée à la question du contrôle de l'argent. Nous questionnons ainsi l'utilité des mesures de protection substitutives de l'autonomie décisionnelle du majeur protégé. Ce modèle de protection suffit-il pour assurer le bien-être et la dignité de la personne protégée ? Qu'est-ce qu'il faut entendre par dignité ? Comprend-elle la liberté de faire des mauvais choix ?

Il est bien répandu que le principe de la dignité humaine est à la base de tout l'ensemble des droits fondamentaux. La Commission de droit de l'Ontario, dans le but de réformer l'état du droit en matière de capacité juridique, de prise de décision et de tutelle a mis en avant la notion de la « dignité du risque ». Celle-ci « met en relief le rapport étroit souvent établi entre l'autonomie – le droit de choisir pour soi-même, à sa façon, même si les autres ne sont pas d'accord, même s'il peut en résulter des conséquences négatives graves – et la notion d'être une personne et d'être respecté en tant que tel »<sup>192</sup>.

La possibilité de faire nos propres choix relève du respect de la liberté personnelle, laquelle appartient à tous les êtres humains sans aucune distinction. Nous questionnons

---

<sup>192</sup> Ontario, Commission de droit de l'Ontario, *supra* note 160, à la p 42.

ainsi la vision paternaliste dominant les régimes traditionnels de représentation qui ne laissent pas de place à la volonté interne et aux préférences de la personne protégée<sup>193</sup>.

### Recommandations, changement de regards, esquisse de solutions

Bien que le tuteur agisse dans l'intérêt de la personne protégée<sup>194</sup>, le régime de tutelle contraint les choix de vie de la personne, car il est axé sur le mécanisme de substitution de la volonté de cette dernière<sup>195</sup>. Or dans le cas des actes juridiques de nature éminemment personnelle, tels ceux relatifs aux soins et au choix du lieu de résidence, il est exigé de rechercher le consentement de la personne protégée plutôt que celui du tuteur. Il s'agit de réserver un espace de non-ingérence aux actes relevant du domaine strictement personnel face à l'agissement des tiers, voire des représentants légaux<sup>196</sup>.

La CRDPH reconnaît le plein exercice de la capacité juridique et de la liberté à choisir le lieu de résidence et le milieu de vie dans des conditions d'égalité<sup>197</sup>. S'inscrivant dans ce contexte, le dialogue entre les différents acteurs aux niveaux social et juridique devient essentiel, afin de mettre en place des mesures de soutien à l'exercice des droits des personnes vulnérables.

Les mesures d'accès à l'accompagnement, permettant de laisser la place à l'autonomie décisionnelle des majeurs protégés dans les décisions strictement personnelles, s'avèrent très utiles dans le but de donner une effectivité réelle à la pleine jouissance de leurs droits

---

<sup>193</sup> « Le respect des désirs et des volontés d'une personne majeure protégée, qui est en mesure de s'exprimer de façon cohérente et sensée, n'emporte-t-il pas le respect par le représentant légal du majeur de ses désirs et de ses volontés ? » : Pierre Deschamps, *supra* note 26, à la p 93-94.

<sup>194</sup> « Le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine Il est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée » : art 496 du CcF.

<sup>195</sup> « La mission du protecteur a-t-elle été accomplie dans le respect des souhaits du majeur, de son bien-être, de ses intérêts ? », Fanny Vasseur-Lambry, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme » (2011) 2 Dr fam 3, au para 23.

<sup>196</sup> «This non interference respects the capable person's right to make objectively "bad" or foolish decisions», Margaret Isabel Hall, «Mental capacity in the (civil) law: capacity, autonomy and vulnerability» (2012) 58:1 McGill L.J 61, au para 84.

<sup>197</sup> Arts 12 et 9 de la CRDPH.

civils. Dans cet esprit, la Commission de droit de l'Ontario a proposé certaines mesures, comme l'intégration de la notion d'accommodement liée aux droits de la personne dans le concept de la capacité juridique. Ainsi, elle propose la rédaction des autorisations d'accompagnement, pour obtenir le soutien de personnes de confiance à l'égard des décisions relatives aux questions courantes du majeur protégé. Ces enjeux sont abordés dans le second chapitre.

## **CHAPITRE II. Quelle solution à la dichotomie autonomie/protection dans les actes éminemment personnels ? Vers un nouveau modèle de protection du majeur à la lumière de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*.**

Ce chapitre vise une nouvelle modélisation de la protection du majeur à l'aune de la CRDPH. À l'aide d'une analyse théorique et comparée, nous identifions les fondements qui définissent les actes objet de notre recherche, en tant qu'actes juridiques dont leur nature intrinsèquement attachée à la sphère privée de la personne impose son consentement éminemment personnel. Par ailleurs, nous avons soulevé la dichotomie autonomie/protection en contexte des actes éminemment personnels, qui vient se renforcer par un manque des règles régissant cette catégorie d'actes à l'égard du majeur protégé au Québec. Dans cette dernière partie de notre recherche, il s'agit de répondre à notre problématique de départ, en proposant des solutions à cette dichotomie qui visent l'exercice de l'autonomie décisionnelle y requise, tout en sauvegardant le besoin de protection du majeur. Or, après avoir analysé l'état du droit en matière de représentation, nous proposons une étude comparée en montrant comment le droit a fait l'objet de développements récents pour mieux répondre au besoin d'autonomie de la personne. Dans ce sens, la CRDPH propose un changement du modèle de protection en prévoyant la mise en œuvre des mesures d'aide à la décision pour éviter que la personne soit privée de l'exercice de la capacité juridique<sup>198</sup>. Notre travail de recherche impliquant les personnes protégées, nous oblige à nous attarder plus en détail sur le fonctionnement des mesures juridiques protectrices sous lesquelles elles sont placées.

L'intérêt d'approfondir la notion de la représentation pour comprendre le passage à un nouveau modèle de protection à la personne est de première importance pour les personnes en ayant besoin. Tout d'abord, bien qu'ayant parcouru sur les fondements de la représentation, il est pertinent de continuer à approfondir sur ceux-ci, en analysant les caractéristiques de tout pouvoir de représentation qui relèvent du mandat et des régimes de protection. Cette analyse nous permettra de dégager les fondements communs des

---

<sup>198</sup> Alternative to guardianship arrangements is the supported decision-making model », Devi Nandini, Jerome Bickenbach et Gerold Stucki, «*Moving towards substituted or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*» (2011) 5: 4 ALTER, 249 à la p 254.

mécanismes de représentation visant à assurer la protection du majeur. En outre, nous mettrons l'accent sur leur fonction de garantie dans la prévention des situations abusives qui pourraient se produire lors de l'exercice des pouvoirs de représentation.

Ce chapitre est découpé en 5 sections toutes indispensables pour pouvoir esquisser une réponse à la question : « Quelle solution à la dichotomie autonomie/protection dans les actes éminemment personnels ? » D'abord, il faut approfondir les connaissances sur la représentation pour pouvoir adopter un nouveau régime de protection de la personne. S'en suit une présentation des mécanismes traditionnels de représentation et de leurs principales caractéristiques (2.1); Puis il est question de la réconciliation de l'autonomie et de la protection du majeur protégé dans les actes personnels sous le prisme de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (art 12) (2.2.) et de la position canadienne de cette disposition (2.3.). Enfin, nous proposons une reconstruction du système relatif à la capacité juridique, la tutelle et la prise de décision à l'aide du projet de réforme proposé par l'Ontario dans l'esprit de la CRDPH (2.4).

Pour le moment, traitons de l'approfondissement de la représentation pour comprendre le passage à un nouveau modèle de protection axé sur l'autonomie décisionnelle du majeur.

### **2.1. Une approche des mécanismes traditionnels de représentation. Principales caractéristiques**

Dans le cadre d'un contrat de mandat ou d'une mesure de représentation légale, on poursuit la même finalité, celle d'accomplir des actes juridiques au nom et pour autrui par le biais de la représentation<sup>199</sup>. Sans l'intention de reproduire les idées déjà exposées au sujet de la distinction entre « droit subjectif » et « pouvoir », il s'avère pertinent de reprendre la catégorie du pouvoir de représentation. En s'attardant sur les caractéristiques régissant la relation représentative représentant/représenté, nous visons à soulever les fondements à la base de tout pouvoir de représentation tant en cas de mandat, que de

---

<sup>199</sup> Commentaire du ministre de la Justice de l'article 2130, *supra* note 1.

régimes légaux de protection. Pour y arriver, il est nécessaire de recourir à l'interprétation analogue des règles juridiques relatives au mandat et au régime juridique de l'administration du bien d'autrui<sup>200</sup>. C'est dans cette optique que nous présentons ci-dessous les trois caractéristiques principales qui orientent les pouvoirs de représentation: (A) la nature *intuitu personae* du rapport représentant/représenté; (B) le respect de la volonté propre du représenté et (C) l'agissement dans l'intérêt du représenté.

- (A) La nature *intuitu personae* du rapport représentant/représenté

Tout d'abord, l'attribution de pouvoirs relevant du mandat est un acte axé sur la confiance, dont le mandant confie l'accomplissement des actes juridiques à autrui. Le rapport mandat/mandataire est donc fondé sur une relation *intuitu personae*<sup>201</sup>. En d'autres mots, il est interdit au mandataire de se faire remplacer dans l'exercice de ses fonctions, sauf si le mandant l'autorise ou l'intérêt du mandat l'exige, sous certaines conditions préalablement établies dans la loi<sup>202</sup>. Toutefois, le mandataire peut se faire assister ou déléguer<sup>203</sup> l'exercice de certains pouvoirs à un tiers, dans l'absence de stipulation contraire. C'est ainsi que la volonté du mandant de façon expresse ou tacite détermine la possibilité de substituer ou déléguer les pouvoirs du mandataire<sup>204</sup>.

---

<sup>200</sup>« [...] dans la mesure où les règles de l'administration du bien d'autrui précisent davantage le contenu de ces obligations, ces dispositions sont pertinentes et peuvent, par analogie, s'appliquer de façon aussi contraignante à l'exercice de tout pouvoir de droit privé, qu'il découle d'une charge ou d'une fonction, ou quelle qu'en soit la source », Madeleine Cantin Cumyn, *supra* note 4, à la p 230.

<sup>201</sup>Le caractère *intuitu personae* ressort de l'article 2140, lequel prévoit l'exceptionnalité de la substitution sans le consentement préalable du mandant, aux seules fins de satisfaire son intérêt, lorsque des circonstances imprévues empêchent le mandataire d'accomplir le mandat et qu'il ne peut pas en avertir le mandant en temps utile. Pour approfondir sur ce sujet, voir Marie-Josée Normand-Heisler, « L'encadrement des procurations accordées par les personnes âgées au Québec : une appréciation critique » (2016) 46 RGD 341, à la p 349.

<sup>202</sup> Arts 2140 et 2141 CcQ.

<sup>203</sup> Art 2142 CcQ.

<sup>204</sup> La substitution a pour effet la transmission de la responsabilité du mandataire à la personne substituée, tandis que dans la délégation ou l'assistance, le mandataire reste responsable des actes faits par le délégué ou par la personne assistante. En cas de substitution, le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi son substitut et lui a donné les instructions : art 2141 al.1 CcQ.

Quant aux régimes de représentation légale au majeur, il importe de souligner dorénavant le caractère supplétif des règles relatives à la charge tutélaire du mineur, lesquels s'appliquent par analogie à la curatelle et à la tutelle du majeur<sup>205</sup>. En tenant compte de ces fondements juridiques, nous adressons particulièrement l'attention sur l'article 179 qui détermine le caractère personnel de la tutelle.

La nature *intuitu personae* du rapport représentant- représenté ressort du devoir juridique de maintenir une relation étroite avec le majeur<sup>206</sup>, dans laquelle le curateur ou le tuteur<sup>207</sup>, tiennent compte de ses besoins et de sa situation personnelle. Toutefois, ils peuvent déléguer le cas échéant, l'exercice de la garde et l'entretien dans un tiers, lequel doit aussi maintenir une relation personnelle directe avec le majeur protégé<sup>208</sup>.

Pour bien illustrer le caractère personnel de la relation représentant- représenté, nous mettons l'accent sur la fonction du Curateur public du Québec<sup>209</sup>, lequel assume la charge tutélaire lorsqu'un régime à caractère privé n'est pas possible. Dans ce sens, l'un des facteurs de qualité guidant sa fonction de représentation est celui de la personnalisation<sup>210</sup>. Ainsi, le curateur public est appelé à établir une relation personnelle avec le majeur concerné, afin de respecter dans la mesure du possible ses préférences, ses souhaits et ses intérêts internes lors de la prise de décision pour lui.

---

<sup>205</sup> Les dispositions 266 et 287 CcQ en matière de régimes de protection renvoient au régime de la tutelle au mineur.

<sup>206</sup> Art 260 CcQ.

<sup>207</sup> Le curateur et le tuteur du majeur déclaré inapte, sont nommés expressément par le tribunal, voir les articles 281 et 285 CcQ.

<sup>208</sup> Art 260 al 2 CcQ.

<sup>209</sup> Art 260 CcQ; Art 12 de la *Loi C-81* relatif aux fonctions du Curateur public du Québec. Le Curateur public assure directement la protection et la représentation de plus de 13 000 personnes, principalement en vertu d'un régime de curatelle ou de tutelle au majeur. Information extraite du site du Curateur public du Québec <<http://www.curateur.gouv.qc.ca>>.

<sup>210</sup> « Le *Guide des valeurs* 1 du Curateur public insiste sur l'importance de prendre le temps d'écouter, de comprendre et de connaître la réalité de la personne visée par une demande d'ouverture d'un régime de protection public », Curateur public du Québec, *Cadre d'intervention de qualité pour les personnes représentées par le Curateur public du Québec*, Québec, Publications du Québec, 2010 à la p 2.

- (B) Le respect de la volonté propre du représenté

Conformément à l'étendue de pouvoirs, le contrat du mandat est qualifié en tant que spécial ou général<sup>211</sup>. On constate alors que le principe de l'autonomie de la volonté du mandant détermine le contenu et les limites des pouvoirs de représentation. Or, bien que le mandant prévoit se revêtir d'une sorte de protection en habilitant le mandataire pour la plupart des actes dont il puisse avoir de l'intérêt, cette donation de pouvoirs peut constituer un facteur de risque des situations d'exploitation<sup>212</sup>. Il convient alors d'interpréter de façon restrictive<sup>213</sup> les pouvoirs attribués au mandataire, dans le but d'éviter des situations abusives dans l'exercice des procurations.

D'une lecture de l'article 2136 CcQ qui contribue à interpréter l'étendue des pouvoirs des mandataires on constate qu'il n'y a pas d'interdiction expresse quant à leur usage excessif. Cependant, cette prohibition était explicitement établie par le législateur du CcBC qui prévoyait à l'article 1704 que le mandataire ne pouvait rien faire au-delà de ce qui était porté dans son mandat ou pouvait s'en inférer. En l'absence d'une pareille mention, le ministre de la Justice vient pallier cette lacune législative en soutenant que la règle juridique actuelle reprend le droit antérieur<sup>214</sup>. Nous considérons que l'obligation de ne pas excéder les limites du mandat est implicitement prévue, étant donné que la loi établit que l'exercice des pouvoirs comprend tout ce que le mandant a voulu exprimer, voire ce qui pourrait en découler. Le législateur permet donc d'interpréter les pouvoirs au-delà des mots exprimés par le mandant, habilitant ainsi le mandataire pour accomplir d'autres actes dans la mesure où on favorise l'objet de la procuration. Or, ce dernier doit toujours respecter les limites imposées par la volonté du représenté expressément

---

<sup>211</sup> Art 2135 CcQ.

<sup>212</sup> Marie-Josée Normand-Heisler, *supra* note 209, à la p 345.

<sup>213</sup> Dans l'arrêt *Paré c Paré (Succession de)*, 2014 QCCA 1138, au para 2, la Cour réaffirme le caractère restrictif de l'interprétation du pouvoir lorsqu'il souligne que l'administrateur du bien d'autrui, même ayant des pouvoirs de pleine administration n'est pas légitimé à donner les biens du mandant.

<sup>214</sup> Voir le commentaire du ministre de la Justice sur l'article 2136 CcQ, *supra* note 1.

manifestée dans le *corpus* de la procuration<sup>215</sup>. C'est ainsi que les pouvoirs de représentation peuvent s'élargir en fonction de rechercher la volonté intrinsèque du mandant, afin de satisfaire ses intérêts personnels et/ou patrimoniaux.

En matière de représentation légale, la sauvegarde de l'autonomie, le respect de l'intérêt et les droits de la personne protégée<sup>216</sup> constituent les principes qui en régissent<sup>217</sup>. Or, comment peut-on respecter effectivement le besoin d'autonomie de la personne déclarée juridiquement inapte à prendre soin d'elle-même et/ou à administrer ses biens? Bien que les régimes de protection soient principalement axés sur la représentation, il est essentiel de rechercher dans la mesure du possible la volonté interne de la personne visée pour assurer le respect de ses intérêts et de ses droits. En respectant la volonté et l'autonomie résiduelle du majeur protégé, le législateur a légitimé en premier lieu le majeur lui-même pour demander l'ouverture d'un régime de protection à son égard. Il lui a aussi donné la possibilité d'être entendu sur la nécessité de la demande, sur la nature du régime et sur la personne qui sera chargée de la représentation ou l'assistance<sup>218</sup>.

Par ailleurs, le Comité des droits des personnes handicapées de Nations Unies a souligné la problématique qui suppose la présomption d'incapacité juridique (associée aux régimes de représentation légaux), pour le plein exercice des droits fondamentaux au niveau universel<sup>219</sup>. Cet enjeu sert de fondement pour entreprendre une analyse critique de notre

---

<sup>215</sup> Même sans être prévus au contrat, le mandat général comme le mandat spécial octroient au mandataire les pouvoirs nécessaires à l'exécution du mandat, voir à cet égard *Montplaisir c Gobeille*, 2015 QCCQ 13926.

<sup>216</sup> Art 257 CcQ.

<sup>217</sup> « La protection de la personne et le respect de son autonomie résiduelle constituent les deux principes éthiques qui fondent les régimes de protection », Édith Deleury et Dominique Goubau, *supra* note 83, au para 700.

<sup>218</sup> Art 276, al. 2 CcQ. Le droit du majeur inapte d'être entendu, de contre-interroger ou d'être représenté lors de l'ouverture d'un régime de protection est une garantie fondamentale qui doit être respectée, voir l'arrêt *J.C. c Québec (Curateur public)*, 2010 QCCA1113.

<sup>219</sup> « Dans de nombreux cas, le déni de la capacité juridique aux personnes handicapées a eu pour conséquence de les priver de nombreux droits fondamentaux, notamment le droit de vote, le droit de se marier et de fonder une famille, les droits en matière de procréation, les droits parentaux, le droit de consentir aux relations intimes et aux traitements médicaux et le droit à la liberté », *Observation générale no 1 sur l'article 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, Doc off CRPD, 11<sup>e</sup> sess, DocNU C/GC/1, (2014), au para 8.

système juridique, afin de chercher des solutions visant à privilégier la volonté réelle de la personne au moment de l'accomplissement de l'acte juridique<sup>220</sup>.

- (C) L'agissement dans l'intérêt du représenté

Dans certains cas, le fait d'attribuer des pouvoirs au mandataire pour s'occuper des affaires place le mandant qui devient la « partie invisible » (nos guillemets) de la relation juridique, dans une situation de vulnérabilité. Le représentant pourrait donc profiter de sa position de force en agissant au nom du représenté, mais dans son propre intérêt. Ainsi, en détournant les pouvoirs de représentation qui lui sont attribués, l'agissement du mandataire pourrait entraîner par conséquent une situation d'abus eu égard du représenté. Dans ce sens, nous pouvons mentionner le défaut de conserver ou de fournir des pièces justificatives requises pour l'acte en question; le défaut ou refus d'effectuer une reddition de comptes; le manque de transparence dans la gestion; les dépenses non justifiées; les rémunérations inappropriées<sup>221</sup>; etc. Ces actions constituent des causes de manquements des pouvoirs de représentation, car le mandataire agit contraire à la finalité de la représentation, celle de faire valoir l'intérêt de son représenté<sup>222</sup>.

Pour prévenir l'abus de pouvoir, le législateur a établi à l'article 2138 CcQ, l'obligation du mandataire d'agir avec prudence, diligence et loyauté<sup>223</sup>. Le fait d'agir avec prudence et diligence a été prévu au *Code civil du Bas Canada*, lorsqu'il réfère le devoir du mandataire d'exercer ses pouvoirs avec « l'habileté convenable et tous les soins d'un bon

---

<sup>220</sup> « L'inaptitude ou l'incapacité de consentir à un acte s'apprécie au moment où cet acte est consenti. Le vieillissement ou la dépendance affective ne sont pas en soi suffisants. Il faut véritablement une inaptitude mentale à consentir, c'est-à-dire une incapacité mentale d'apprécier la nature de l'acte que l'on signe, sa portée, la raison pour laquelle on le signe, les conséquences qui en découlent », *Arpin c Arpin*, 2009 QCCS 6126, au para 22.

<sup>221</sup>Ces exemples sont extraits du tableau 1, Marie-Josée Normand-Heisler, *supra* note 209, à la p 369-370.

<sup>222</sup>Voir Madelaine Cantin Cumyn, *supra* note 4.

<sup>223</sup> « Les obligations de prudence, de diligence et de loyauté, applicables généralement à l'exercice de pouvoirs, veulent assurer que la mise en œuvre de cette prérogative exceptionnelle soit adéquate dans les circonstances et compatible avec sa finalité » : *Ibid*, à la p 231.

père de famille »<sup>224</sup>. En outre le mandataire doit aussi agir avec honnêteté et loyauté en fonction du meilleur intérêt du mandant, afin d'éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant<sup>225</sup>. Dans le cas contraire, le fait d'être déloyal constitue un manquement de l'obligation essentielle du mandataire d'agir dans l'intérêt du représenté, devenant ainsi une cause de « détournement de pouvoir »<sup>226</sup>. Le mandataire doit toujours rester fidèle aux intérêts intrinsèques du bénéficiaire ou mandant.

Le respect au meilleur intérêt du représenté et la règle générale de l'art 2147 CcQ, visant à éviter le conflit d'intérêts<sup>227</sup>, constituent les fondements derrière l'interdiction au mandataire d'agir tant comme représentant que comme partie lui-même de l'acte<sup>228</sup>. Ainsi, le législateur actuel a adopté une position plus radicale que son ancien homologue, en étendant l'interdiction de se porter partie aux contrats dont il représente le mandant, sans distinction de sa nature juridique<sup>229</sup>. Or, ladite règle comporte une exception, au cas

---

<sup>224</sup> Art 1710 CcBC. L'expression « bon père de famille » qui vient du latin *bonus pater familias* a été supprimée du Code civil parce que celle-ci pourrait entraîner une conception sexiste d'un paradigme familial qui n'est plus adapté à la réalité contemporaine. Or, en tant qu'elle évoque la notion d'agir avec la prudence et la diligence essentielles d'un parent responsable, peut être encore utilisée pour évaluer et déterminer la norme de conduite applicable dans le cadre des rapports de représentation. Dans l'arrêt *Raymond c Biron*, [1997] R.R.A. 1089 (CSQc), un juge y fait référence en soulignant les devoirs d'un avocat envers son client.

<sup>225</sup> *Matte-Thompson c Salomon*, 2017 QCCA 273.

<sup>226</sup> « Tout acte déloyal de l'administrateur du bien d'autrui est constitutif d'un détournement de pouvoir. Sont entachés de déloyauté les décisions et les actes entrepris à l'égard des biens administrés qui ne concordent pas avec l'intérêt du bénéficiaire ou le but à poursuivre, ou les contrarient », Cantin Cumyn, *supra* note 4, à la p. 290. Cette référence est utilisée dans l'arrêt *Houle (Succession de) c Houle*, 2014 QCCS 1205 au para 196.

<sup>227</sup> Arts 2138 et 1310 CcQ.

<sup>228</sup> Arts 2147, 1709 al.1 et 1312 CcQ. Par ailleurs, l'article 2143 CcQ illustre la règle générale du devoir d'information du mandataire, au cas où ce dernier se placerait dans une situation de double mandat. Le devoir juridique d'en informer trouve son fondement dans la relation personnelle et de confiance mandant-mandataire. L'article 1312 al.1 suit aussi en principe, le fondement d'éviter le conflit d'intérêts, en évitant que l'administrateur ne se place pas volontairement dans une position où il pourrait privilégier son intérêt personnel, en dépit de celui du bénéficiaire, voir le commentaire du ministre de la Justice de l'article 1312 CcQ, *supra* note 1.

<sup>229</sup> « L'article reprend une interdiction déjà contenue partiellement dans les articles 1484 et 1706 CcBC, mais plutôt que de restreindre son application au domaine de la vente, il l'étend à tout acte que le mandataire a accepté de conclure », commentaire du ministre de la Justice de l'article 2147 CcQ, *Ibid.*

où le mandant autorise ou accepte la qualité de cocontractant du mandataire, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté.

Pareil traitement juridique est aussi prévu en matière d'administration du bien d'autrui ayant pour but de prévenir des situations de conflit d'intérêt entre l'administrateur ou mandataire chargé de l'administration des biens du mandant et son représenté<sup>230</sup>. Par ailleurs, le législateur prévoit à l'article 1309 CcQ des normes de conduites subordonnées au meilleur intérêt du bénéficiaire requérant le devoir d'agir avec prudence, diligence, honnêteté et loyauté<sup>231</sup>. Cela se traduit aussi par une sorte d'engagement moral<sup>232</sup> de l'administrateur ou mandataire, envers celui qui lui a confié ses affaires. Tel que remarqué par Cantin Cumyn être diligent signifie exclure l'inaction dès lors que l'intérêt du représenté ou la fin à réaliser impose qu'une action soit entreprise<sup>233</sup>. L'obligation de prudence et diligence dans l'exercice des pouvoirs de représentation implique donc la prise des mesures appropriées pour satisfaire l'intérêt interne du représenté.

L'une des autres obligations du mandataire en consonance avec l'intérêt du représenté est celle d'informer le mandant sur l'exécution de ses fonctions<sup>234</sup>. D'abord, cela suppose que l'attributaire des pouvoirs ne peut pas utiliser l'information pour ses propres intérêts, en tirant un avantage personnel de sa position de représentant. Cette obligation constitue sans doute une mesure préventive de protection face aux possibles situations d'exploitation.

En matière de protection des majeurs, l'obligation d'agir dans l'intérêt du représenté<sup>235</sup> est aussi l'un des fondements régissant les pouvoirs de représentation des tuteurs et

---

<sup>230</sup> On applique ainsi l'art 1310 et 1299 CcQ.

<sup>231</sup> « Le caractère fondamental de ces éléments du régime de l'administration pour autrui est confirmé par leur réitération dans le titre sur les personnes morales et dans le mandat », Madeline Cantin Cumyn, *supra* note 4, à la p 230.

<sup>232</sup> L'administrateur du bien d'autrui doit agir avec une éthique stricte, voir l'arrêt *Groupe Poupart, de Blois inc. c. Max Stra-T-J inc.*, J.E 2004 QCCA 21550.

<sup>233</sup> Voir Madeline Cantin Cumyn, *supra* note 4, à la p 233.

<sup>234</sup> Voir l'article 2139 CcQ.

<sup>235</sup> L'intérêt de la personne majeure qui est soumise dans une mesure de protection doit être au centre de la mesure dès l'ouverture de la mesure, *Curateur public du Québec c D.S.*, 2016 QCCS 6762.

curateurs<sup>236</sup>. Or, dans ce contexte, le fondement de l'intérêt revêt un sens particulier. D'une part, on remarque « l'intérêt interne de la personne, déterminé par ses souhaits et ses préférences, et d'autre part, la sauvegarde de l'intérêt de la protection face au danger pour elle-même ou pour autrui<sup>237</sup>.

La mission protectrice du représentant d'assurer le bien-être moral et matériel du majeur qui relève de l'article 260 CcQ doit nécessairement s'accomplir en respectant les besoins et l'autonomie d'initiative des personnes protégées. Nous nous apercevons ainsi que le législateur a privilégié « l'intérêt interne » (nos guillemets), lequel trouve sa pleine satisfaction dans le respect de la capacité de fait de la personne. En revanche, la non prise en compte de l'intérêt véritable du majeur protégé<sup>238</sup> donne lieu à un exercice abusif de la représentation, ce qui dénature le but de la protection.

Dans un autre ordre d'idées, il est pertinent de soulever que le législateur ne fait pas mention du devoir de prudence et diligence, en tant que normes de conduite à suivre par le représentant légal. Toutefois, on applique par analogie les règles relatives à l'administration du bien d'autrui, tel que le prévoit l'article 1299 CcQ, ce qui permet le transfert de l'obligation d'agir prudent et diligemment à la gestion du tuteur et curateur. Par ailleurs, il s'avère opportun de faire recours aux règles relatives à la tutelle au mineur, à partir des dispositions du *Code civil du Bas Canada*, afin de suppléer le manque des normes de conduite qui guident la charge tutélaire. À cet égard, l'article 290 CcBC imposait au tuteur l'obligation d'administrer les biens avec la diligence d'un « bon père de famille ». En employant cette expression juridique, on désignait les caractéristiques de la conduite ou le comportement d'une « personne normalement prudente et raisonnable qui serait placée dans une situation identique ou similaire »<sup>239</sup>. Le devoir de maintenir une telle conduite pendant l'exercice de la tutelle revêtait un caractère essentiel, au point

---

<sup>236</sup> Arts 256, 257 du CcQ. Ceux-ci reprennent le droit antérieur (art 326 CcBC).

<sup>237</sup> « L'intérêt d'une personne inclut son bien-être moral et psychologique et permet au tribunal de maintenir un mandat d'inaptitude, même si le mandataire a commis plusieurs erreurs », *H.B. c. B.P.* 2008 QCCS 2483 au para 25.

<sup>238</sup> Dans ce sens, il est pertinent de revisiter la notion de l'intérêt véritable développée par la Commission de droit de l'Ontario, voir *supra* note 160.

<sup>239</sup> Hubert Reid, *supra* note 27, *sub verbo* « bon père de famille ».

de sanctionner avec l'exclusion ou la destitution, le tuteur ayant une inconduite notaire ou infidèle aux intérêts de son représenté<sup>240</sup>. Ainsi, le recours aux sources légales historiques devient utile pour évaluer le bon exercice des pouvoirs du représentant dans le seul intérêt du majeur protégé.

En ce qui concerne la validité des actes juridiques accomplis par les personnes protégées, le législateur est resté fidèle au principe du respect de leur intérêt, tout en sauvegardant leur autonomie. Ainsi, il n'a pas sanctionné de nullité absolue les actes conclus seuls par le majeur placé sous curatelle (comme il l'a fait à l'égard du mineur), mais de nullité relative<sup>241</sup>. Toutefois, ceux qui font l'objet d'interdiction légale expresse et qui constituent des incapacités de jouissance sont frappés de nullité absolue, tel l'acte de tester, de passer de conventions matrimoniales et de faire des donations (sauf celles concernant des biens de peu de valeur et des cadeaux d'usage)<sup>242</sup>.

En matière de tutelle, en faisant valoir les règles relatives à la protection du mineur en vertu de l'article 287 CcQ, nous concluons que les actes faits seuls par le majeur, lorsque la loi ne lui permet pas d'agir seul ou représenté, sont nuls de nullité absolue<sup>243</sup>. En revanche, l'acte fait seul par le majeur ou par le tuteur sans autorisation du conseil de tutelle ne peut être annulable à la demande du majeur que s'il a subi en préjudice<sup>244</sup>. Pareil traitement est prévu lorsque le majeur ayant besoin de l'assistance de son conseiller pose un acte seul<sup>245</sup>. En outre, le majeur en exerçant son autonomie pourra demander la nullité de l'acte (indépendamment de l'existence d'un préjudice), en cas

---

<sup>240</sup> Art 285 CcBC.

<sup>241</sup> « L'incapacité, mesure de protection, est établie seulement en faveur du majeur incapable et par conséquent, l'acte fait seul par le majeur en curatelle ne peut être sanctionné que par la nullité relative, nullité de protection », commentaire du ministre de la Justice de l'art 283 du CcQ, dans J.-L. Baudouin et Y. Renaud, *supra* note 1.

<sup>242</sup> Arts 710, 436 et 1813 CcQ.

<sup>243</sup> Art 161 CcQ.

<sup>244</sup> Art 163 CcQ.

<sup>245</sup> Art 294 CcQ

d'abus de pouvoirs de représentation du tuteur lorsqu'un acte est fait sans l'autorisation nécessaire du tribunal <sup>246</sup>.

## **2.2 Réconcilier l'autonomie et la protection du majeur protégé dans les actes éminemment personnels à l'aube de l'art 12 de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, est-il possible ?**

Après avoir présenté les principales caractéristiques et fondements des pouvoirs de représentation, il importe de souligner les fondements généraux qui déterminent la pertinence de la mesure judiciaire à appliquer, au moment de l'ouverture du régime de protection. Ainsi, le recours à la *ratio* qui est à la base de toute mesure protectrice servira de point de départ dans le processus de renouvellement des régimes traditionnels. Cette rénovation vise à faire émerger le nouveau modèle de protection à la personne axé dans l'accompagnement à la décision personnelle qui est proposé par l'art 12 CRDPH. Ces deux modèles (d'une part, la représentation et d'autre part, l'accompagnement ou l'assistance) poursuivent le même objectif, celui de la protection de la personne et le respect de ses droits civils. Or, les moyens pour y arriver s'avèrent antagoniques. Le changement de paradigme proposé vise à privilégier l'autonomie personnelle, en rendant disponibles des mécanismes suffisants d'accompagnement à la décision, plutôt que de la faire remplacer par celle d'un représentant. C'est ainsi que ce nouveau modèle constitue la solution appropriée pour faire face à notre problématique, celle de concilier l'autonomie et la protection dans le cadre des actes éminemment personnels, dont le consentement personnel devient strictement nécessaire.

---

<sup>246</sup> Art 162 CcQ.

### 2.2.1 Un véritable changement de paradigme en matière de protection juridique des majeurs. La proposition de l'article 12 de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*

Rétablir le respect des principes a été l'un des objectifs de la réforme du *Code civil* sur la protection juridique des majeurs en France<sup>247</sup>. Il s'agit des fondements motivant le choix d'une mesure de protection à savoir : la nécessité, la proportionnalité et la subsidiarité<sup>248</sup>. Le législateur québécois pour sa part, en privilégiant l'intérêt, les droits subjectifs et l'autonomie des personnes inaptes a pris en considération ces fondements, en tant que critères justifiant le bien fondé et le choix de la mesure<sup>249</sup>, malgré leur manque de nomination expresse. Ainsi, la mesure de protection choisie doit être précédée de la nécessité et du besoin du majeur déclaré inapte d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils. Ce fondement est aussi à la base du caractère révisable de la mesure<sup>250</sup>, dans le sens de déterminer s'il est nécessaire le maintien de la mesure ou si par contre la modification ou la fin du régime est bien justifiée<sup>251</sup>. En outre, le choix de la mesure doit être d'une part, proportionnée au degré d'inaptitude du majeur<sup>252</sup> et d'autre part,

---

<sup>247</sup>Alain Delfosse, *supra* note 19, au para 3.

<sup>248</sup> Arts 428 et 440 CcF.

<sup>249</sup> Arts 259, 281, 285 et 291 CcQ. « L'intérêt du majeur inapte, de même que le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie, est un principe applicable tant aux régimes de protection qu'au mandat de protection (v. 2166 et s. C.c.Q). Le principe entre en jeu non seulement lors de l'ouverture du régime de protection ou de l'homologation du mandat de protection (...), mais à l'occasion des décisions qui seront éventuellement prises à l'égard de la personne inapte », Élise Charpentier et al, *supra* note 104, Code civil du Québec, annotations- commentaires, à la p 228.

<sup>250</sup> « Le législateur entend préserver l'autonomie du majeur et lui fournir un cadre de protection susceptible d'évoluer de la même manière et au même rythme que son degré d'inaptitude. Aussi les jugements relatifs aux régimes de protection du majeur sont-ils essentiellement révisables », Alain Roy et Michel Beauchamps, *Les régimes de protection du majeur inapte*, Répertoire de droit nouvelle série, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 à la p 54.

<sup>251</sup> Les mesures de tutelle et du conseil sont réévaluées tous les trois ans, tandis que pour la curatelle en tant que régime impliquant une incapacité permanente, le législateur prévoit un délai de chaque cinq ans. Art 278 CcQ.

<sup>252</sup> « [...] la résolution de cette équation : autonomie = degré de la mesure de protection, se résoudra ultimement dans le choix du régime choisi par le tribunal, lequel prendra en compte les prescriptions cardinales de l'article 257 C.c.Q » : François Dupin, « Vers la reconnaissance d'un principe

subsidaire, ce qui permet de privilégier l'autonomie de la volonté du majeur, par exemple en cas d'avoir donné un mandat de protection<sup>253</sup>. La curatelle et la tutelle<sup>254</sup> seront seulement ordonnées que si la situation de la personne et ses intérêts ne permettent pas l'application d'une autre mesure moins contraignante, telle celle du conseil au majeur<sup>255</sup>.

Dans le cadre des régimes absolus de protection (telle la curatelle au Québec et la tutelle en France), les personnes protégées ont fréquemment un sentiment de dévalorisation de soi. En substituant la volonté du majeur protégé par celle de son représentant, on cause une sorte de « violence symbolique »<sup>256</sup> qui vient s'accroître par l'encadrement du représenté dans la catégorie de « personnes inaptes ».

Au Québec, en matière des mesures de protection, notamment quant à la tutelle, il est opportun de souligner l'existence d'une contradiction légale. Le législateur dans l'article 258 CcQ assimile la tutelle à la curatelle en tant que régimes exclusifs de représentation, en laissant la fonction d'assistance au conseiller du majeur. Toutefois, il ajoute au tuteur à l'article 288 CcQ la possibilité d'assister le majeur dans certains actes préalablement déterminés par le tribunal. La mesure de tutelle au Québec possède une nature hybride à la fois de représentation et d'assistance, dépendant du degré d'inaptitude de la personne. Ainsi, lors de l'ouverture du régime de tutelle, le tribunal indique les actes que la personne peut accomplir elle-même ou avec l'assistance du tuteur. Nous considérons que cette règle va à l'encontre de la présomption générale de capacité juridique qui est un

---

d'individualisation d'une mesure de protection légale à l'égard d'un majeur vulnérable » (2016) 409 La protection des personnes vulnérables 3, à la p 5.

<sup>253</sup> Art 276 CcQ. Il est généralement dans l'intérêt du majeur que le tribunal procède à l'homologation de son mandat de protection, lequel incarne l'expression de sa propre volonté, plutôt qu'à l'ouverture d'un régime de protection, voir l'arrêt *A.D. et O.P.*, 2016 QCCS 1216.

<sup>254</sup> Rappelons que lors de l'ouverture d'une mesure de protection, le tribunal évalue si la personne possède une incapacité totale et permanente, et si c'est le cas, on ouvre un régime de curatelle. Par contre, la tutelle est choisie pour la personne ayant une incapacité temporaire ou partielle, voir les arts 281 et 285 CcQ. C'est ainsi que la mesure de tutelle doit être préférée à celle de la curatelle, tout en respectant le besoin d'autonomie du majeur concerné, *Curateur public du Québec c. M.B.*, 2016 QCCA 1230.

<sup>255</sup> La mesure du conseil au majeur est adressée au majeur, qui sans être privé de sa capacité d'exercice, il a besoin de se faire assister lors de l'accomplissement de certains actes, voir l'art 291 CcQ.

<sup>256</sup> Benoît, Eyraud, supra note 23 à la p 397.

fondement essentiel du droit des personnes reconnu à l'article 4 CcQ. En vertu du caractère exceptionnel de la limitation à l'exercice de la capacité, si la personne en conservant son autonomie résiduelle, a besoin d'être assistée ou représentée dans certains actes le tribunal ne doit nommer que les actes dont l'assistance ou la représentation est nécessaire<sup>257</sup>. Une pareille réflexion est aussi pertinente dans le cadre du régime du conseiller au majeur<sup>258</sup>.

Il est nécessaire de remarquer que la figure du conseiller<sup>259</sup> en tant qu'assistant du majeur protégé constitue le régime le plus proche à l'esprit de la Convention de droits des personnes handicapées. Cependant, malheureusement, cette mesure qui est appliquée aux actes concernant les biens du majeur est actuellement sous-utilisée au Québec. Selon ce qui a souligné le curateur public les données sont assez alarmantes car il n'a été nommé que deux fois un conseiller au majeur dans une période de 15 ans<sup>260</sup>. Il faudra donc promouvoir et élargir la fonction d'assistance à la décision donnée par le conseiller non seulement au domaine patrimonial, mais personnel.

Une fois introduit les fondements régissant les régimes de protection prévus par la loi, il s'agit maintenant de présenter les principaux enjeux qui suppose le nouveau paradigme proposé par l'article 12 de la CRDPH. Cette analyse devient particulièrement utile pour la recherche des solutions à la dichotomie autonomie/protection qui relèvent des actes éminemment personnels.

L'article 12 de la CRDPH reconnaît d'abord que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans des conditions d'égalité. Elles exercent leur capacité sans aucune limitation dans tous les domaines, tant au niveau personnel qu'au niveau

---

<sup>257</sup> « Le législateur a ainsi envisagé que la personne majeure puisse, à certains égards, continuer à faire des choix personnels et exercer certains de ses droits civils », Pierre Deschamps, *supra* note 26, à la p 78.

<sup>258</sup> « La personne est donc, en principe, capable comme tout majeur, sous réserve des restrictions imposées par le tribunal (art. 293 CcQ) », Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais 2013, au para 295.

<sup>259</sup> « Le régime de conseiller au majeur est le moins contraignant des régimes de protection », Pierre Deschamps, *supra* note 26, à la p 76.

<sup>260</sup> M. Normand Jutras, curateur public du Québec, « Le Curateur public du Québec: régimes de protection et mandat en cas d'incapacité », allocation présentée à l'Institut universitaire en santé mentale de Québec, 16 avril 2015 en ligne sur le site du CIUSSS de la Capitale-Nationale - Santé mentale.

patrimonial. En étant axé sur ce principe, les États parties sont engagés à prendre les mesures d'accompagnement<sup>261</sup> appropriées pour rendre effectif le plein exercice de la capacité juridique.

En matière d'actes éminemment personnels, nous constatons l'urgence de privilégier le besoin d'autonomie, sans pour autant négliger la protection de la personne vulnérable. Une approche de la capacité juridique à la lumière de l'art 12 de la CRDPH, qui respecte l'autonomie personnelle, contribuera à mettre en avant des stratégies en droit visant à privilégier la capacité de fait de la personne protégée.

D'abord, nous allons soulever les points-clés contenus à l'art 12 de la CRDPH, pour ensuite revisiter le débat sur l'exercice de la capacité juridique. Cette règle de droit international soulève les principales caractéristiques qui doivent posséder ces mesures (voir le tableau ci-dessous), lesquelles prennent leur source des fondements des régimes de protection traditionnels.

**Tableau mettant en lien les caractéristiques et les mesures nécessaires**

Caractéristiques	Les mesures doivent:
Nécessité	Être appliquées de façon ponctuelle, lorsqu'elles soient nécessaires pour l'accomplissement d'un ou certains actes selon l'intérêt de la personne concernée
Proportionnalité	Être proportionnées au degré d'inaptitude de la personne concernée
Adaptabilité	Être individualisées et adaptées à la situation particulière de la personne concernée

<sup>261</sup> « Alternative to guardianship arrangements is the supported decision-making model », Devi Nandini, Jerome Bickenbach et Gerol Stucki, *supra* note 204, à la p 254.

Prévention des situations abusives	Être respectueuses des droits, de la volonté et des préférences selon les intérêts personnels de la personne concernée
Contrôle périodique	Être assujetties à un contrôle régulier par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire

Tableau réalisé par Nahima Chikoc 2019 ®

La CRDPH souligne l'importance d'assurer la pleine jouissance des droits et libertés personnelles en rendant disponibles les mécanismes d'accompagnement nécessaires. Dans le souci de garantir le plein exercice des droits civils dans tous les domaines, la Convention n'évoque pas la dissociation classique entre « capacité de jouissance » et « capacité d'exercice » défendue par la tradition civiliste qui sert de fondement à l'application des régimes de représentation. En revanche, elle envisage la suppression des mesures telles la tutelle et la curatelle qui sont axées sur des rapports de pouvoirs où la volonté de la personne « inapte » est substituée par celle du représentant.

En mettant en avant les mesures d'accompagnement à la décision, l'article 12 de la CRDPH contribue particulièrement au respect du principe de l'autonomie décisionnelle des personnes handicapées qui suppose la liberté de faire ses propres choix. Cela entraîne le droit de circuler librement, les choix de nature éminemment personnels, tels le choix du lieu de résidence, la décision de se marier ainsi que tous les autres actes relevant des droits de la personnalité.

### **2.2.2 Une transition nécessaire dans la notion d'autonomie**

L'un des principaux enjeux relevant du nouveau modèle de la protection juridique des majeurs proposé par la CRDPH, est celle de privilégier l'autonomie personnelle dans la prise de décisions. Cela suppose la non-ingérence des tiers dans la sphère privée de tout individu pour garantir sa liberté de faire ses propres choix de vie. Il importe de souligner que la notion d'autonomie personnelle a fait l'objet de plusieurs regards philosophiques. En étant l'un des principaux défenseurs de l'individualisme libéral, Locke concevait la notion d'autonomie comme « une capacité de se conduire ou de se gouverner par soi-même (self-government) ». Ainsi, en s'inspirant de la théorie libérale, Feinberg soutient qu'il s'agit de la capacité de se gouverner ou encore comme le moyen de création de soi, le noyau du processus par lequel nous découvrons qui nous sommes, ce que nous nous soucions et ce que nous voulons pour nos vies. Dans cette optique, le fait de prendre une décision suppose « l'empowerment comme reconstruction de l'identité », ce qui implique le pouvoir d'être les auteurs de notre propre existence.

En revanche, le modèle relationnel de l'autonomie<sup>262</sup> offre une alternative à la notion individualiste libérale, pouvant servir de cadre théorique aux mesures d'accompagnement dans la prise de décision envisagées par l'art 12 de la CRDPH. Alors que du point de vue individualiste l'autonomie est essentiellement ancrée sur la capacité de la personne à prendre des jugements indépendants dans l'isolement et la non- influence des autres, le modèle relationnel met l'accent sur la « connexité ». Son application devient pertinente dans le contexte des personnes protégées, plus particulièrement lors de l'accomplissement des actes dont leur nature exige un consentement strictement personnel. Dans ce sens, on peut souligner à titre illustratif les actes concernant les soins médicaux où la prise de décision a souvent lieu au sein de la famille ou des proches, dont leur rôle est celui d'accompagner la personne dans des choix transcendants pour sa vie. C'est ainsi que le modèle relationnel vise donc une « autonomie partagée »<sup>263</sup> permettant l'assistance des personnes vulnérables dans l'exercice de leur capacité afin de les accompagner dans les différentes étapes de formation du consentement.

### **2.2.3 Un regard sur la relation entre les différentes dimensions de la capacité et l'autonomie dans la formation du consentement**

Lors d'avoir présenté les différentes approches sur la notion d'autonomie, il est nécessaire de mettre l'accent sur le rapport autonomie- capacité dans le processus de formation du consentement personnel. La capacité, en tant que présomption générale de droit<sup>264</sup> constitue le fondement qui permet de prendre en compte l'autonomie de toute personne. Ainsi, les différentes dimensions de la capacité, (« capacité de jouissance », « capacité d'exercice et « capacité de fait ») restent étroitement reliées à celles concernant l'autonomie telles que « l'autonomie décisionnelle », « l'autonomie d'initiative » et «

---

<sup>262</sup> Voir Ashley Viv, *supra* note 252, à la p 18.

<sup>263</sup> « Il s'agit aussi sécuriser le jugement de la personne sur ses initiatives en rendant accessibles des outils appropriés pour garantir son rapport à la réalité, de l'aider à mieux juger par elle-même », Benoît Eyraud, *supra* note 23 à la p 384.

<sup>264</sup> « La capacité se présume et le fardeau de preuve incombe à celui qui allègue ou invoque l'incapacité d'une personne », *Institut Philippe-Pinel de Montréal c Blais*, [1991] RJQ 1969 au para 19 (disponible sur la référence) (CSQc).

l'autonomie résiduelle »<sup>265</sup>. De façon caractéristique, cette gamme de catégories viennent évoquer le respect d'une sphère irréductible de liberté à l'égard de toute personne<sup>266</sup>.

Il importe de remarquer le caractère ponctuel du consentement, ce qui justifie la prise en compte de la capacité de fait au moment de l'accomplissement de l'acte. C'est ainsi que l'exercice de la capacité juridique aboutit à l'expression du consentement, lequel constitue la source de l'acte juridique au moment de sa manifestation de manière libre et éclairée. La prise de conscience de la situation personnelle et des conséquences qui en découlent constitue la première des étapes du processus de raisonnement interne et intellectuel, laquelle conditionne la faculté extérieure d'exprimer le consentement. La volonté de la personne doit se manifester donc en toute connaissance de cause et libre des vices du consentement telle l'erreur, la crainte ou la lésion<sup>267</sup>.

La capacité de la personne concernée sera évaluée au moment précis de l'accomplissement de l'acte juridique. La capacité de fait<sup>268</sup>, celle qui s'exerce au moment de l'acte en question est constatée selon le résultat d'un ensemble de trois éléments : la faculté de comprendre, la faculté d'apprécier la portée des conséquences attachées à la décision et la faculté de communiquer la volonté. Nous pouvons ainsi réaffirmer que la capacité de fait constitue l'aptitude factuelle d'une personne à donner

---

<sup>265</sup> « Le principe du respect de l'autonomie résiduelle suppose que malgré le degré d'inaptitude d'une personne, celle-ci peut jouir d'une certaine autonomie qui doit être préservée », Édith Deleury et Dominique Goubau, *supra* note 83 au para 694.

<sup>266</sup> Cependant, la doctrine a souligné avec esprit critique que « l'impression de fragilité et d'incertitude domine le traitement juridique du gouvernement de la personne incapable majeure et de ses libertés », Thierry Fossier, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », (1985), 24 La Semaine Juridique au para 36 (Fossier 2).

<sup>267</sup> Voir les arts 1398 et 1399 CcQ ainsi que les respectifs commentaires du ministre de la Justice, J.-L. Baudouin et Y. Renaud, *supra* note 1.

<sup>268</sup> « Dans un avis du 12 juin 1998 (*Avis n° 58, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins et de recherche* : [...] le Comité montre que seule la réunion de "la capacité de droit" – juridique – et de "la capacité de fait" – mentale – permet d'aboutir à un consentement véritablement libre et éclairé », *Juris-classeur administratif*, « Droits des personnes malades et autres usagers du système de santé », Fasc. 229-50, 2014, par Johane Saison-Demars au para 30 (disponible sur LEXISNEXIS).

un consentement libre et éclairé au moment de l'acte, qu'il s'agisse ou non d'une personne protégée.

Dans le cadre d'un processus d'ouverture d'une mesure de protection, les critères pour évaluer la capacité de la personne visée rejoignent ceux exposés ci-dessus. À cet égard, les professionnels de la santé cherchent à déterminer si la maladie a affecté les fonctions cognitives de l'individu, selon les éléments suivants : la compréhension de sa situation, l'appréciation des conséquences prévisibles et sa capacité de raisonner et d'exprimer un choix<sup>269</sup>.

Revenons à notre sujet de recherche pour insister sur l'importance de prendre en compte de la capacité de fait du majeur protégé, en matière des actes dont la nature exige un consentement éminemment personnel. Cette exigence permet l'exercice d'une plus ample capacité d'agir, assurant ainsi la sauvegarde de l'autonomie résiduelle de la personne qui est l'un des fondements des régimes de protection au Québec. Il importe de clarifier ici l'existence de la multiplicité des termes, à savoir « autonomie résiduelle »<sup>270</sup>, « capacité naturelle »<sup>271</sup>, « capacité de fait »<sup>272</sup>, ou encore « autonomie d'initiative »<sup>273</sup>. Ces notions sont certainement des catégories connexes compte tenu qu'elles contribuent à la réalisation d'un même but, celui du respect de l'autonomie du majeur protégé dans les choix les plus personnels de sa vie.

---

<sup>269</sup> Information extraite du formulaire d'évaluation médicale dans le cadre d'une demande d'ouverture d'un régime de protection, Curateur public du Québec.

<sup>270</sup> « Le principe du respect de l'autonomie résiduelle suppose que malgré le degré d'inaptitude d'une personne, celle-ci peut jouir d'une certaine autonomie qui doit être préservée », Édith Deleury et Dominique Goubau, *supra* note 83 au para 694.

<sup>271</sup> La capacité naturelle emporte d'abord pleinement l'approbation en ce qu'elle constitue le bras armé de l'autonomie du majeur protégé, Nathalie Peterka, *supra* note 15 à la p 17.

<sup>272</sup> La portée de la notion de la capacité de fait a été soulevée au niveau doctrinal par Dominique Goubau, *supra* note 8 au para 9. Compte tenu le vide législatif concernant la reconnaissance de la capacité de fait et l'autonomie décisionnelle de la personne protégée, l'auteur propose l'application extensive de l'article 15CcQ qui privilégie l'aptitude factuelle de consentir aux soins à l'ensemble des actes éminemment personnels.

<sup>273</sup> Dans cette conception, « la protection vise à préserver l'initiative de la personne à demi capable », Benoît Eyraud, *supra* note 23, à la p 383.

### 2.3. La position du Canada relative à l'application de l'art 12 de la CRDPH

À ce stade de la recherche, il faut préciser la position du Canada face à la CRDPH, notamment quant à l'application de son article 12 afin d'analyser les possibles solutions à adopter en droit interne pour y répondre. Tout d'abord, l'application d'un instrument international exige sa ratification au préalable. Par ailleurs, les différentes provinces ou territoires partout au Canada doivent entamer leurs procédures internes de ratification, en faisant les modifications pertinentes à leurs législations respectives pour les adapter au texte du droit international en cause.

Il s'agit maintenant d'analyser la position du Canada lors de la ratification en 2010 de la CRDPH, plus particulièrement en ce qui concerne l'application de l'article 12, objet d'étude. À cet égard, le Canada a émis une réserve, car il considérait convenable de préserver, les régimes de protection substitutifs de la volonté des personnes inaptes<sup>274</sup>.

Il a paru donc essentiel de clarifier le sujet. C'est ainsi qu'en reconnaissant l'existence d'un « malentendu » avec les pays signataires sur la portée exacte de l'article 12 de la Convention, le Comité des droits des personnes handicapées a adopté une « Observation générale » en 2014. Le Comité a admis ainsi qu'en général, il n'a pas été compris par les États Parties que la conception du handicap axée sur les droits de l'homme suppose le passage d'un système de prise de décisions substitutives à un système de prise de décisions assistées<sup>275</sup>. En effet, le Comité critique et postule pour l'abolition des régimes absolus de protection qui sont en vigueur dans la plupart des législations des pays signataires<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup>« Le Canada comprend que l'article 12 permet des mesures d'accompagnement et de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique [...] se réserve le droit de continuer l'utilisation de telles mesures [...] et se réserve le droit de ne pas soumettre toutes ces mesures à un contrôle périodique effectué par un organe indépendant », Canada, Note explicative sur la CRDPH des Nations Unies, Ottawa, 2009, à la p 18.

<sup>275</sup> Comité des droits des personnes handicapées, *supra* note 227.

<sup>276</sup> « Depuis toujours, les personnes handicapées sont privées de leur droit à la capacité juridique dans de nombreux domaines de manière discriminatoire dans le cadre de systèmes de prise de décisions substitutives comme la tutelle, la curatelle et les lois relatives à la santé mentale qui permettent le traitement forcé. Ces pratiques doivent être abolies afin que les personnes handicapées retrouvent une pleine capacité juridique, sur la base de l'égalité avec les autres. [...] Élaborer des régimes de prise de

#### **2.4. Vers une reconstruction du système relatif à la capacité juridique, la tutelle et la prise de décision à la lumière de l’art 12 de la CRDPH. L’exemple de l’Ontario.**

Nous aimerions souligner la notion d’aide à la décision, même si elle est en vigueur comme mesure d’assistance, elle est très récente en tant que modèle unique régissant la protection juridique des majeurs. Dans le contexte du nouveau paradigme de protection axé sur l’accompagnement à l’exercice de la capacité, il est important de définir le rôle des accompagnateurs dans la formation du consentement personnel. Nous considérons que les caractéristiques de la relation entre mandant/mandataire et représentant/représenté (à savoir le caractère *intuitu personae* qui favorise la connaissance des préférences du majeur dans un climat de confiance), le respect de sa volonté et l’agissement dans son propre intérêt<sup>277</sup> peuvent être appliqués au rapport accompagnateur- personne ayant besoin de protection. Contrairement aux régimes privatifs de la capacité d’exercice, la mise en œuvre des mesures d’aide à la décision à la lumière de la Convention ne requiert pas une déclaration judiciaire qui détermine l’incapacité juridique du majeur. Or, quels sont les moyens appropriés pour rendre disponible l’assistance à la personne dans la prise des choix de vie ? Les outils et les mécanismes pour y parvenir peuvent être très variés selon le contexte socio-juridique et économique dont elles s’appliquent. Ainsi, une ou plusieurs personnes pourraient être désignées pour jouer le rôle d’accompagnateurs dont leur mission sera celle d’aider la personne au besoin, dans les étapes de formation de son propre consentement. À titre d’exemple, les accompagnateurs peuvent rendre accessible et compréhensible l’information pour que la personne puisse mieux discerner la portée de sa décision. En outre, leur participation en tant qu’interprètes, peuvent s’avérer très utile dans le but de communiquer la volonté interne de la personne concernée au moment de l’acte, tout en préservant l’autonomie décisionnelle de celle-ci.

---

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 », *Ibid* au para 7.

<sup>277</sup> À ce sujet, se référer au sous-titre 2.2 ci-dessus.

Aux fins de mieux illustrer le sujet, nous allons montrer l'exemple de l'Ontario qui a pris les devants en proposant un projet novateur visant la réforme du système de protection juridique des majeurs, eu égard aux exigences de l'article 12 de la CRDPH. L'analyse comparée basée sur le projet ontarien, nous conduit à formuler quelques solutions pratiques en droit pour répondre à la dichotomie autonomie/protection du majeur protégé dans les actes éminemment personnels.

Nous introduisons maintenant l'analyse *du Rapport final* sous la charge de la Commission de droit de l'Ontario (CDO)<sup>278</sup>, ayant pour objet de réformer la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*<sup>279</sup> [Loi 1992 c 30] et la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*<sup>280</sup> [LCSS]. Il met l'accent sur l'accès aux droits des personnes vulnérables, en mettant en lumière les mesures concernant le soutien à la décision proposées au gouvernement ontarien. Dans l'esprit de rapprocher le cadre législatif en la matière à l'article 12 de la CRDPH, la CDO propose de donner accès aux stratégies concrètes d'accompagnement dans la prise de décision. Leur prise en considération servira de référence pour la mise en place d'une possible réforme du régime québécois de protection des majeurs, notamment en matière de droits personnels, tout en prenant compte des différences existantes entre les deux systèmes de droit.

Les principes tels que le respect de l'intérêt véritable et de la volonté de la personne, et la promotion de l'autonomie décisionnelle inspirent les propositions de la réforme ontarienne<sup>281</sup>. À la lumière de l'article 12 de la CRDPH, le *Rapport final de la CDO* vise à proposer d'autres modèles décisionnels fondés sur l'assistance et la codécision, pouvant remplacer ceux axés sur la prise de décision au nom d'autrui. Il propose aussi la déjudiciarisation de la protection juridique des majeurs, en faisant recours aux modes de règlement extrajudiciaire.

---

<sup>278</sup> « La CDO a pour mandat de recommander des mesures de réforme du droit afin d'accroître la pertinence, l'efficacité et l'accessibilité du système juridique », Commission de droit de l'Ontario, *supra* note 160.

<sup>279</sup> *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, LO 1992, c 30 [Loi 1992 c 30].

<sup>280</sup> *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, LO 1996, c 2, [LCSS].

<sup>281</sup> Pour approfondir à ce sujet voir la p 37 et suivants *du Rapport final de la CDO*, *supra* note 160.

Dans la législation ontarienne, il existe des règles qui limitent l'autonomie personnelle, ce qui va à l'encontre d'un égal accès à l'exercice des droits subjectifs<sup>282</sup>. Parmi les insuffisances du système de l'Ontario, on peut mentionner l'existence d'un mécanisme décentralisé pour évaluer la capacité, la prééminence de la tutelle comme régime de protection et une excessive judiciarisation pour régler les différends dans l'application de la *Loi 1992 c 30*.

La capacité juridique<sup>283</sup> selon le système ontarien est conçue dans une dimension cognitive et fonctionnelle<sup>284</sup>. Nous pouvons ainsi l'associer à la notion de la capacité de fait, dans la mesure où cette conception permet à la personne de prendre des décisions ponctuelles en assumant leurs conséquences.

Le processus d'évaluation de la capacité en Ontario est complexe, car il existe plusieurs systèmes d'analyse selon la nature de la décision en cause. La capacité juridique est déterminée alors selon des critères propres correspondant au domaine auquel correspond l'acte en question, par exemple : les biens, les traitements médicaux, les soins de la personne (incluant l'admission à des soins de longue durée et aux services d'aide personnelle). Fondée sur ces considérations, la législation prévoit une variété d'exams à effectuer et de moyens d'évaluation de la capacité.

---

<sup>282</sup> « Les personnes directement visées par la législation et leur famille peuvent être confrontées à des graves difficultés pour comprendre leurs droits, les exercer et les faire valoir », *Ibid* à la p 5.

<sup>283</sup> « Il faut distinguer la « capacité juridique » de la « capacité mentale » : la première désigne la capacité de détenir et d'exercer certains droits, et la seconde, des capacités mentales ou cognitives précises qui ont été définies comme des pré requis pour exercer la capacité juridique », *Ibid* Sommaire général.

<sup>284</sup> « Elle s'attache aux exigences fonctionnelles des décisions, et non au diagnostic médical, aux conséquences probables de celles-ci, ni à l'évaluation abstraite de la capacité. Les critères de détermination de la capacité sont fondés sur la faculté de comprendre et d'évaluer les renseignements pertinents à une décision particulière ou à un type de décision ainsi que les conséquences de la décision (ou de la non-décision) », *Ibid*, à la p 15.

### **2.4.1 Principaux mécanismes d'évaluation de la capacité juridique en Ontario**

Il s'agit maintenant d'identifier d'une part, les cinq systèmes d'évaluation de la capacité existants selon le domaine qui vise la décision<sup>285</sup>, en soulignant les principaux points faibles qui en relèvent :

#### **1. Évaluation informelle de la capacité dans le cadre de la prestation d'un service ou de l'établissement d'un contrat.**

Les évaluateurs (par ex : les praticiens de la santé, les avocats parajuristes, les institutions financières) n'ont aucune formation spéciale en ce qui concerne l'évaluation. Certains ont exprimé leur préoccupation, en disant que ces praticiens font l'évaluation avec une prudence excessive ou en se fondant sur des hypothèses ou des stéréotypes associés à certains groupes, pouvant obliger la personne à recourir sans nécessité à des arrangements officiels de prise de décision au nom d'autrui. Cette situation porte atteinte à l'autonomie personnelle et à l'égal accès aux droits civils.

#### **2. Examen de la capacité de gérer ses biens au moment de l'admission en établissement psychiatrique, selon la *Loi sur la Santé Mentale*<sup>286</sup>.**

Points faibles : L'évaluateur est le médecin traitant (ordinairement un psychiatre), lequel a la qualification adéquate pour faire l'évaluation. Cependant, la LSM ne définit pas explicitement l'incapacité à gérer ses biens, et le règlement ne comporte pas d'indications additionnelles à cet égard.

#### **3. Évaluation de la capacité de prendre des décisions pour gérer ses biens ou prendre soin de sa personne en vue d'une mise sous tutelle, selon la *Loi de 1992 c 30*.**

Points faibles : La capacité de la personne est évaluée par un seul évaluateur, ce qui peut porter atteinte à l'impartialité du processus d'évaluation. L'évaluateur formé à cet égard

---

<sup>285</sup> Pour approfondir à ce sujet voir le tableau sur les principaux mécanismes d'évaluation, à la p 119 ainsi que les pages suivantes du *Rapport final* de la CDO.

<sup>286</sup> *Loi sur la Santé Mentale*, L.R.O 1990, c M.7, ci-après [LSM].

se trouve dans une liste des évaluateurs agréés du Bureau de l'évaluation de la capacité du ministère du Procureur général. Bien que celui-ci soit une personne qualifiée, l'existence d'une multiplicité des professionnels formés dans différents domaines habilités par la loi pour faire l'évaluation contribue à la décentralisation du système.

#### **4. Évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard d'un traitement, selon la LCSS.**

Points faibles : L'évaluateur est membre d'une profession de la santé réglementée, mais sans aucune formation spéciale concernant l'évaluation. La modalité de l'avis et les garanties procédurales des patients dépendent de l'endroit où ils se trouvent et des règles établies par l'ordre auquel appartient l'évaluateur. En pratique, les ordres professionnels exigent en général que celui-ci informe la personne jugée inapte du nom de son mandataire spécial, des exigences relatives à la prise de décision au nom d'autrui ainsi que de son droit de présenter une requête en révision à la Commission du consentement de la capacité (CCC), dans la mesure où elle est capable de comprendre l'information. Toutefois, ces exigences ne sont pas uniformes et elles ne sont pas non plus imposées par la législation.

#### **5. Évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins de longue durée ou à des services d'aide personnelle, selon la LCSS.**

Points faibles : La LCSS établit une procédure d'évaluation spécifique pour les décisions concernant l'admission à un foyer de soins de longue durée et pour le consentement aux services d'aide personnelle. Les évaluateurs sont membres de certaines professions réglementées du milieu de la santé et ils font partie d'une catégorie spéciale appelée « apprécieurs de la capacité ». Ceux-ci n'ont pas l'obligation de suivre une formation spéciale concernant l'évaluation. La LCSS et les règlements connexes ne donnent aucune indication quant à la conduite des évaluations de la capacité. On constate alors une absence de lignes directrices, de politiques officielles, de documents de formation ou de formules obligatoires. Or, les experts et les intervenants ont établi de nombreux guides, mais les évaluateurs ne sont pas tenus de les suivre. Il y a cependant un questionnaire de l'appréciateur, dont son statut juridique est incertain. La CCC et les tribunaux ont soutenu

que le fait de poser les cinq questions figurant dans le questionnaire ne constitue pas une évaluation adéquate de la capacité. Par ailleurs, les personnes évaluées ne bénéficient pas des mêmes garanties procédurales que dans d'autres contextes, par exemple le droit à l'information du patient n'est pas officiellement reconnu. Toutefois, la formule d'évaluation normalisée comprend une fiche de renseignements qu'il faut remettre aux personnes jugées inaptes avec le résultat de l'évaluation et l'information sur le droit de présenter une requête en révision à la CCC

#### **2.4.2 Synthèse des recommandations du projet de l'Ontario**

La CDO dans son *Rapport final* a formulé de nombreuses recommandations à mettre en place dont certaines d'entre elles nous montrerons ci-dessous.

- Redéfinir les objets et les principes de la législation concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, en conformité avec les « Cadres de la CDO »<sup>287</sup>.
- Intégrer la notion d'accommodement liée aux droits de la personne dans le concept de la capacité juridique, en précisant l'obligation qu'ont les prestataires de services et les évaluateurs de prévoir des mesures d'accommodement lors de l'évaluation de la capacité juridique des personnes qu'ils desservent.
- Travailler avec d'autres entités à l'élaboration par voie législative d'un cadre juridique pour la prise de décision en réseau.
- Rendre possible aux personnes la donation des autorisations d'accompagnement, dans lesquelles elles pourront nommer les accompagnateurs, ainsi que ceux qu'ils ne veulent pas dans ce rôle. Elles pourront aussi nommer un surveillant qui exerce ses fonctions avec impartialité.
- Renforcer la vulgarisation de l'information à l'intention des personnes touchées, des familles, des spécialistes et des prestataires de services concernés par la

---

<sup>287</sup> « Les Cadres de la CDO en ce qui concerne le droit qui touche aux personnes âgées et le droit qui touche aux personnes handicapées précisent dans les deux cas le principe de promotion de la participation et de l'inclusion », Commission de droit de l'Ontario, *supra* note 160, à la p 312.

législation sur la capacité juridique et la prise de décision. Cela favorise les approches de la qualité dans l'évaluation de capacité au milieu de la santé ou autres, comprenant le respect de l'autonomie dans la prise de décisions personnelles, la compréhension approfondie des fondements juridiques à la base de la notion de la capacité juridique.

- Créer un guichet unique pour les affaires liés à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle au moyen d'un tribunal spécialisé, ayant une compétence étendue dans le domaine de la capacité juridique pour rendre des décisions dans le cadre d'un système global de mécanismes de soutien.
- Élargir l'accès à la médiation et à d'autres formes de règlement des différends.
- Faire en sorte que le processus de règlement des questions liées à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle soit plus souple, plus efficace et plus accessible.
- Habilitier les arbitres engagés dans le processus de nomination d'un tuteur pour les questions reliées aux biens ou aux soins de la personne, à demander l'établissement d'un rapport sur la situation de la personne, notamment quant à la nature de ses besoins en matière de prise de décision, les mesures de soutien dont elle dispose déjà et sur celles dont elle pourrait disposer et qui élimineraient la nécessité d'une tutelle.
- - Habilitier les arbitres à nommer un représentant pour la prise de décisions ponctuelles relatives aux biens ou aux soins de la personne.

Après avoir donné un bref aperçu du régime relatif à la capacité en Ontario, nous constatons la nécessité d'uniformiser et modifier les règles pour mieux répondre au besoin de l'accès à l'exercice de la capacité juridique dans des conditions d'égalité, selon l'art 12 de la CRDPH. Ce fondement fait du projet final de réforme du régime ontarien de capacité, tutelle et prise de décision, un référent important pour élaborer des stratégies en droit interne, afin de respecter pleinement l'autonomie et la liberté des choix de la personne. La mise en place des mécanismes concrets d'accompagnement proposés par la CDO garantie la prise en compte de la capacité de fait et par conséquent, le plein exercice des droits de la personne ayant besoin de protection. Nous considérons le modèle de

soutien à la décision inspiré par l'art 12 de la CRDPH comme étant la solution principale, face à la dichotomie autonomie/protection produite en matière d'actes éminemment personnels<sup>288</sup>. Dans ce sens, es mesures de soutien à la décision permettent au majeur protégé de les accomplir, tout en conciliant son autonomie décisionnelle et son besoin de protection.

## CONCLUSION

Nous souhaitons maintenant donner une vue d'ensemble d'un certain nombre de conclusions que nous avons dégagé du présent mémoire. Après avoir consulté les sources légales, doctrinales et jurisprudentielles pertinentes, (à partir d'une étude comparée France/Québec), nous avons soulevé les principales caractéristiques permettant d'identifier la catégorie des actes éminemment personnels. Ainsi, nous résumons qu'ils relèvent du domaine personnel ayant pour but des décisions qui touchent la vie privée et familiale de la personne.

D'abord, une approche sur la nature des droits subjectifs nous a conduit à en tirer les fondements généraux derrière la jouissance des droits subjectifs de nature personnelle à l'égard de toute personne. La notion des actes éminemment personnels est fondée sur l'exigence du consentement personnel du titulaire du droit subjectif. En tant que problématique nous avons identifié en premier lieu, l'absence de qualification expresse de la catégorie des actes éminemment personnels dans la législation québécoise. Néanmoins, le législateur a reconnu un certain nombre d'actes qui relèvent de l'exercice des droits de la personnalité tel le droit à la vie privée et à l'intégrité de sa personne. Cela nous amène à conclure que malgré leur reconnaissance formelle, ils sont prévus même de façon dispersée dans la législation québécoise.

---

<sup>288</sup> À titre illustratif, nous pouvons souligner les actes abordés dans ce travail, il s'agit du mariage, du divorce et du choix du lieu de résidence, sans pour autant négliger l'ensemble d'actes éminemment personnels tel le testament, les actes relevant de l'exercice de l'autorité parentale, le consentement à la diffusion de son image, le consentement à divulguer ses renseignements personnels, etc.

Pour illustrer ce travail, nous avons choisi parmi la multiplicité d'actes de nature éminemment personnelle, les actes relatifs aux soins médicaux, le mariage, le divorce et le choix du lieu de résidence. Tout au long de cette recherche, notre analyse a été axé sur les principaux enjeux qui soulèvent l'accomplissement des actes éminemment personnels chez les personnes protégées. Le caractère essentiel du consentement personnel qui exclut la possibilité d'agir par représentation risque d'entraîner une sorte d'incapacité de jouissance, en matière d'actes éminemment personnels à l'égard du majeur protégé. Ainsi, nous constatons que l'omission des règles adressées à la catégorie d'actes strictement personnels fait ressortir une dichotomie entre l'autonomie et la protection, en rendant déficient l'exercice des droits relevant d'une telle nature par le majeur protégé. En tenant compte de ces arguments, il est nécessaire, voire urgent de privilégier l'autonomie décisionnelle du majeur protégé dans ce genre d'actes. À cet égard, l'exigence du consentement personnel justifie la prise en compte de la capacité de fait dans les décisions qui touchent la vie privée et familiale de la personne. Nous concluons donc à la création d'un ensemble de règles spéciales et différenciées pour la catégorie d'actes éminemment personnels, fondées sur le respect de l'autonomie décisionnelle de la personne concernée.

La dernière partie de notre recherche a comme finalité la proposition des solutions juridiques à la dichotomie autonomie/protection du majeur protégé, dans le cadre des actes éminemment personnels. À cet égard, nous avons souligné la pertinence de l'article 12 de la CRDPH qui met en question les régimes de représentation qui substituent le consentement de la personne protégée, en proposant des mécanismes d'aide à la décision personnelle. Dans ce sens, l'analyse du projet de l'Ontario est certainement utile dans la mesure où il propose des mesures concrètes d'accompagnement dans l'esprit de la Convention, pour réformer l'état du droit existant en matière de capacité, tutelle et prise de décisions.

Ce changement de paradigme dans la protection des majeurs vise par la CRDPH s'avère particulièrement pertinent en matière d'actes éminemment personnels. Nous considérons que la mise en place d'un système de mesures d'accompagnement à la décision des personnes ayant besoin de protection donne la primauté à l'exercice de la capacité de fait de la personne favorisant ainsi l'expression du consentement éminemment personnel.

Ainsi, tout en assurant le besoin de protection de la personne, le droit peut répondre à l'impératif d'autonomie décisionnelle dans les actes dont leur nature strictement personnelle ne permet pas de passer outre le consentement du titulaire du droit.

Malgré la faible production doctrinale sur le sujet au Québec (ce qui a constitué une limite dans notre recherche documentaire), nous espérons avoir fourni des pistes de réflexion permettant de développer d'autres recherches au sein des étudiants et des

chercheurs en droit.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **LEGISLATION**

*Code civil des français*, (1804-1807).

*Code civil du Bas-Canada*.

*Code Civil du Québec*.

*Code Civil du Québec* (1980).

*Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2010 RTNU 8.

*Charte des droits et libertés de la personne*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c11.

*Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, LO 1992, c 30.

*Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, LO 1996, c 2.

*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, JO, 7 mars 2007, 4325, (2007) texte n° 12.

*Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, LRQ 1997, c P-38.001.

*Loi sur la Santé Mentale*, LRO 1990, c M.7.

*Loi sur le curateur public*, LRQ 1990, c C-81.

*Loi sur le divorce*, LRC 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

*Loi sur le droit de la famille*, LRO 1990, c F.3.

*Loi sur le mariage civil*, LC 2005, c. 33.

*Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*, LRQ 2017, c. L-6.3.

## **JURISPRUDENCE**

### **Cour suprême du Canada**

*Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 RCS 844

*Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418

*Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211418

### **Cour d'appel du Québec**

*Matte-Thompson c. Salomon*, 2017 QCCA 273.

*Paré c Paré (Succession de)*, 2014 QCCA 1138.

*R.L cM.L*, 2013 QCCA 316.(CanLII).

*Droit de la famille -132433*, 2013 QCCA 1529.

*J.C. c Québec (Curateur public)*, 2010 QCCA 1113.

*Vallaincourt c Dion*, 2010 QCCA 348.

*L.P. c F.H.*, [2009] RJQ 1255 (CA).

*Centre de santé et de services sociaux Pierre-Boucher c A.G.*, 2009 QCCA 2395.

*F.D. c Centre universitaire de santé McGill, (Hôpital Royal-Victoria, 2015 QCCA 1139 )*.

*Vallée c Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2005 QCCA 316, [2005] R.J.Q. 961(CA).

*Rees c Convergia*, 2005 QCCA 353 .

*Groupe Poupart, de Blois inc.cMax Stra-T-J inc.*, J.E 2004 QCCA 21550.

*Malenfant (Faillite de) c Samson Bélair/Deloitte&Toucheinc*, 1997 QCCA 10201.

*L. (F.A.) c. Centre d'hébergement Champlain*, [1997] RJQ 807 (CA).

*Institut Philippe-Pinel de Montréal c G. (A.)* [1994] RJQ 2523 (CA).

### **Cour d'appel de l'Ontario**

*Calvert c Calvert*, 1998, ONCA 3001.

### **Cour Supérieure du Québec**

*Curateur public du Québec c D.S.*, 2016 QCCS 6762.

*Houle (Succession de) c Houle*, 2014 QCCS 1205.  
*B.D c J.D*, 2012 QCCS 5063.  
*Savard c. Curtin-Savard*, 2012 QCCS 3523.  
*Arpin c Arpin*, 2009 QCCS 6126.  
*Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke – Hôtel Dieu c G.D* 2009, QCCS 4034  
*H.B. c B.P.*, 2008 QCCS 2483.  
*R.C c Feu D.CL*, 2007 QCCS 4133.  
*J.C. c T.L.*, 2006 QCCS 5348.  
*G. (Ma.) c G.T. (L.)*, 2001 QCCS 25241.  
*R G c G.A.*, 2000 QCCS 18052.  
*M. (J.) c G. (A.)*, 1997 QCCS 8066.  
*Raymond c Biron*, [1997] R.R.A 1089 (CS Qc).  
*Institut Philippe-Pinel de Montréal c Blais*, [1991] RJQ 1969 (CS).  
*Union des artistes c Société Radio-Canada*, 1980 QCCS 1009(CanLII)  
*Bergeron c Proulx*, 1967 QCCS 579.

#### **Cour du Québec**

*Montplaisir c Gobeille*, 2015 QCCQ 13926.

#### **Cour du Banc de la Reine**

*Quincey cKedroskie*, [1951]BR 593 (SOQUIJ).

#### **Conseil constitutionnel français**

Cons Const, 29 juin 2012, *Mariage d'une personne en curatelle*, [2012] QPC 2012-260 DC.

#### **DOCTRINE: MONOGRAPHIES**

Agostini, Éric, *Droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1988

Baudouin, Jean-Louis et Yvon Renaud, *Code civil du Québec annoté*, 21<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018.

Cantin Cumyn, Madeleine et Michelle Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014.

Carbonnier, Jean, *Droit civil. Les personnes*, 20<sup>e</sup> éd, Paris, P.U.F, 1996.

- Carbonnier, Jean, *Droit civil, 2/ La Famille, les Incapacités*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, Thémis, Presses universitaires de France, 1979.
- Charpentier Élise et al, « Code civil du Québec 2017- 2018, annotations - commentaires, 2e éd, Québec, Yvon Blais, 2017.
- Dabin, Jean, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.
- David René et Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2002.
- Deleury Édith et Goubau Dominique, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>e</sup> éd Montréal, Yvon Blais, 2014.
- Drapeau, Maurice, *Contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées*, Montréal, Yvons Blais, 2014.
- Eyraud, Benoît, *Protéger et rendre capable. La considération civile et sociale des personnes très vulnérables*, Toulouse, Erès, 2013.
- Ferland, Patrick et Guillaume Laganière, dans *Collection de droit 2017-2018*, vol 7, Cowansville, Yvon Blais, 2017.
- Gaillard, Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Économica, 1985.
- Goldstein, Pierre, *Vulnérabilité et autonomie dans la pensée de Martha C. Nussbaum*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.
- Gourevitch, V, *The Social Contract and Other Later Political Writings*, London, Cambridge University Press, 1997.
- Haguenau-Moizard, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 2018.
- Ihering, Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, 3 éd, Paris, A. Marescq, 1886.
- Ingrid, Maria, *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, tome 44, Paris, Défrénois, 2010.
- Jobin, Pierre-Gabriel et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais 2013Défrénois, 2010.
- Josserand, Luis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie de l'abus des droits*, Dalloz, 1939.
- Laithier, Yves-Marie, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009.
- Laslett, Peter. *Treatise on Government*, London Cambridge University Press, 1988
- Leonard, Thierry, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, 1<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Larcier, 2005.
- Maillard, Nathalie, *La vulnérabilité, une nouvelle catégorie morale*, Genève, Labor et Fides, 2011.
- Malaury, Philippe, *Droit civil. Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Defrénois, 2009.

Massip, Jacques, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle » (2010) 7 Dr fam 18.

Ouelette, Monique, *Livre premier des personnes*, Barreau du Québec et Chambre des notaires, La réforme du Code Civil, Laval, Les presses de l'Université de Laval, 1993.

Oxford University Press, *Relational Autonomy. Feminist Perspective on Autonomy, Agency and the Social Self*, par Catriona Mackenzie et Natalie Stoljar, Oxford, , , 2000.

Laslet, Peter, *Treatise on Government*, London, Cambridge University Press, 1988.

Roy, Alain et Michel Beauchamps, *Les régimes de protection du majeur inapte*, Répertoire de droit nouvelle série, Montréal, Wilson&Lafleur, 2015.

Sacco, R. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.

Savigny, Friederich Karl von, *Traité de droit romain*, Paris, Panthéon-Assas, 1840.

Tancelin, Maurice, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> ed, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

Taylor, Charles, *Les sources du moi. La formation de l'identité moderne*, traduit par Charlotte Melançon, Montréal, Boréal, 2003.

## DOCTRINE: ARTICLES

Allard, France, dans *Collection de droit 2017- 2018, Personnes, famille et succession*, École du Barreau du Québec, vol 3, Montréal, Cowansville, Yvon Blais, 201

Barrier, Philippe, « Le patient autonome » (2014), collection « Questions de soin » 76.

Boulet, Denise, « Hébergement des personnes "protégées": pour éviter les dérapages », (2011) 330 La protection des personnes vulnérables 153.

Bernier, Jean « La détermination des services essentiels dans le secteur public et les services publics de certains pays industrialisés », dans Jean Bernier, dir, *Grèves et services essentiels*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval et le Conseil des services essentiels du Québec, 1994, 49.

Sylvain Bourassa, dans *Collection de droit 2017- 2018, Personnes, famille et successions*, École du Barreau du Québec, vol 3, Montréal, Cowansville, Yvon Blais, 2017.

Bruey, Carol et al, « Participation et prise de décisions des personnes âgées, l'expertise internationale » (2012) 143:4 *Gérontologie et société* 137.

Cantin Cumyn, Madeleine, « Le pouvoir juridique » (2007) 52 RD McGill 215.

Caux, Chantal et Lecomte, Jocelin, « Naviguer les représentations et contourner les impasses : connaissances et compétences en matière de soutien à la prise de décision », (2014) 378 La protection des personnes vulnérables 123.

- Delfosse Alain, « La protection des intérêts personnels et patrimoniaux de la personne vulnérable. - Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », 25 JCP N 1196.
- Deschamps, Pierre, « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection », (2013), 359 La protection des personnes vulnérables 67.
- Dupin, François, « Vers la reconnaissance d'un principe d'individualisation d'une mesure de protection légale à l'égard d'un majeur vulnérable » (2016) 409 La protection des personnes vulnérables 3.
- Feinberg, Joel, « Autonomy » dans John Christman, dir, *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, New York & Oxford, Oxford University Press, 1989.
- Fineman Martha A, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human condition», (2008) 20:1 YJLF, art 2.
- Fossier, Thierry, « La protection de la personne, un droit flexible » (2007) 5 Dr fam 15.
- Fossier, Thierry, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », (1985), 24 J.C.P (disponible sur LexisNexis).
- Giroux, Michel T, « Opposition du patient à une rencontre entre ses proches et son médecin dans un contexte psychiatrique », (2011), 330 La protection des personnes vulnérables 3.
- Grégoire, Marie Annick, « La personne vulnérable, une oubliée du Code civil du Québec? Quand l'effectivité du droit ne rime pas avec efficacité », dans Vincent Caron et al, dir, *Les oubliés du Code Civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, 31.
- Goubau, Dominique, « Les actes qui exigent le consentement personnel du majeur protégé », en ligne (2014) 378 La protection des personnes vulnérables 3.
- Gourevitch, Victor, *The Social Contract and Other Later Political Writings*, London, Cambridge University Press, 1997.
- Guy, Marcel, « Le *Code civil du Québec* un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 RDUS.
- Hall, Margaret Isabel, « Mental capacity in the (civil) law: capacity, autonomy and vulnerability » (2012) 58:1 McGill LJ 61.
- Hauser, Jean, « Le majeur protégé, acteur familial », (2011) 2 Dr fam 6.
- Luhmann, Niklas, « De la fonction des "droits subjectifs" », traduit par Olivier Manoni, 3 Trivium (15 avril 2009), en ligne: Trivium , <[journals.openedition.org/trivium/3265](http://journals.openedition.org/trivium/3265)>.
- Morin, Christine et al, « L'article 48 de la *Charte québécoise* et le Code civil du Québec pour contrer l'exploitation de la personne âgée : pour une lecture harmonieuse », (2016) 46 RG 51.
- Morin, Christine, « Libéralités et personnes âgées: entre autonomie et protection » (2013) 59:1 RD McGill 141.

Nandini, Devi et Jerome Bickenbach et Gerold Stucki, « Moving towards substituted or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2011) 5:4 ALTER, 249.

Nedelsky, Jennifer, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities », (1989) 1 YJLF 7.

Normand-Heisler, Marie-Josée, « L'encadrement des procurations accordées par les personnes âgées au Québec : une appréciation critique » (2016), 46 RGD 341.

Otero, Marcelo, « Qu'est-ce que la « folie civile » aujourd'hui? L'alliance volatile des dimensions sociales et mentales », (2013), 359 La protection des personnes vulnérables 33.

Peterka, Nathalie, « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé » (2014) 1 JCP 14.

Plazy, Jean-Marie et Gémignani Florence, « Le logement de la personne vulnérable », (2012) 17 JCP N.

Provencher Doris et Annie Rainville, « Mythes en droit de la santé mentale : enjeux sociaux et juridiques », (2010) 315 La protection des personnes vulnérables 143.

Rainville, Annie et Lafleur Marie-Claude, « L'absence de mécanismes de révision dans le cadre des requêtes en autorisation de traitements : une violation du principe de sauvegarde de l'autonomie ? Réflexion, pistes de solutions et difficultés », (2011) 330 La protection des personnes vulnérables 43.

Salvage-Gerest, Pascale, « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. L. n° 2007-308, 5 mars 2007): une catégorie à revoir d'urgence » (2009) 3 Dr fam 17.

Schregle, Johannes, « Étude comparée des relations professionnelles: écueils et promesses », (1981) 120:1 Revue internationale du travail 17.

Johannes Schregle, « Comparative Industrial Relations : Pitfalls and Potential », (1981) 120 International Labour Review 15.

Vasseur-Lambry, Fanny, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », (2011) 2 Dr fam 3.

Viv Ashley, « Philosophical Models of Personal Autonomy » (4 octobre 2012) EAP en ligne: < [autonomy.essex.ac.uk/philosophical-models-of-autonomy](http://autonomy.essex.ac.uk/philosophical-models-of-autonomy)>.

## **AUTRES SOURCES**

Canada, Note explicative sur la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies, Ottawa, 2009.

Centre Paul-André Crépeau, *Dictionnaire de droit privé,- Les obligations*, Montréal, Université de Mc Gill, 2003.

Curateur public du Québec, *Cadre d'intervention de qualité pour les personnes représentées par le Curateur public du Québec*, Québec, Publications du Québec, novembre 2010.

France, Commission du rapport et des études de la Cour de cassation, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, Rapport annuel n° 36 par Jean-Pierre Gridell, 2000

France-Espagne, FTCEG, FCAE, Ajuntament de Girona, UDAF31, UDAF65, Direction Régionale de la Jeunesse et des Sports et de la Cohésion Sociale d'Occitanie, CIDERNA, Centro interregional de garantía para las personas con necesidad de apoyo, *Proyecto transfronterizo para la implementación efectiva de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* (26 juillet 2017).

Fontaine, Laurence Léa, *Le service minimum et les services essentiels : approches française et québécoise*, Thèse de doctorat en droit, 2004.

*Juris-classeur administratif*, « Droits des personnes malades et autres usagers du système de santé », fasc. 229-50, par Johane Saison-Demars.

Me Hubert Reid, dir, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5<sup>e</sup> éd, édition abrégée, Québec, Wilson & Lafleur, 2016.

Me Normand Jutras, curateur public du Québec, « Le Curateur public du Québec: régimes de protection et mandat en cas d'inaptitude », allocation présentée à l'Institut universitaire en santé mentale de Québec, 16 avril 2015 en ligne sur le site du CIUSSS de la Capitale-Nationale - Santé mentale.

*Observation générale no 1 sur l'article 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, Doc off CRPD, 11<sup>e</sup> sess, Doc NU -C/GC/1, (2014).

Ontario, Commission de droit de l'Ontario (COD), *Capacité juridique, prise de décision, tutelle*, Rapport final, mars 2017.

Québec, Assemblée Nationale, Commission des institutions « Étude détaillée du projet de loi n° 125 Code civil du Québec », *Journal des débats de la Commission des institutions*, vol 31, n° 35 (12 décembre 1991).

Québec, Assemblée Nationale, Commission des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 125 Code civil du Québec », *Journal des débats de la Commission des institutions*, vol 31, n°3 (27 août 1991).

Québec, Institut national d'excellence en santé et en services sociaux, *L'autonomisation des personnes en perte d'autonomie*, par Annie Tessier, Fiche synthèse de l'avis produit par l'Institut national d'excellence en santé et en services sociaux, 2016.