

LA PROTECTION DES INCAPABLES ET LA REFORME DU CODE CIVIL

par Edith DELEURY*

Après avoir situé la réforme du droit des incapacités en regard de l'esprit dans lequel a été entreprise la réforme de notre Code civil, l'auteure, dans un premier temps, dégage les principes qui sous-tendent l'ouverture et l'organisation des régimes de protection des incapables, pour s'arrêter ensuite sur les structures mises en place par le législateur.

Dans la première partie de son article, l'auteure s'arrête tout d'abord sur le concept d'incapacité à partir duquel s'articule la protection de la personne et du patrimoine, une unification qui n'est pas, cependant, sans soulever de problèmes dans la mesure où elle conduit non pas à l'osmose, mais à la superposition d'institutions entre lesquelles il n'est pas toujours facile d'opérer la jonction: c'est le cas, notamment, de la tutelle légale des mineurs et de l'autorité parentale. L'incapacité se présentant comme une mesure de protection, mais aussi un régime d'exception, l'auteure met ensuite en relief le souci manifesté par le législateur de s'assurer que les personnes en besoin de protection bénéficient des mesures mises en place par la loi à leur intention, tout en évitant les risques d'arbitraire.

Un souci qui a pour corollaire celui du respect de l'autonomie de la personne et dont témoigne la souplesse qui préside à l'organisation des régimes de protection des personnes majeures, alors que l'incapacité dont sont frappées les personnes mineures se gradue au fil de la minorité.

En ce qui a trait aux structures qui font l'objet de la deuxième partie, l'auteure s'arrête d'abord sur le choix opéré par le législateur qui, entre la famille et l'Etat, a privilégié la famille; une famille entendue ici à la fois dans un sens plus étroit, si l'on considère les liens de droit, mais aussi dans un sens plus large, puisque viennent s'y superposer les liens de fait. De là le nouveau visage du conseil

*. Professeure titulaire, Université Laval

de famille qui devient le conseil de tutelle, un organe à la fois fixe et permanent, mais aussi un organe décisionnel. Dans la mesure toutefois où ce dernier peut parfois être unicéphale et être représenté par quelqu'un d'extérieur à la famille, dans la mesure aussi où ses décisions peuvent être révisées par le tribunal, n'eût-il été plus heureux, plutôt qu'introduire ces tempéraments, de choisir une voie moyenne, réduisant par le fait même la lourdeur du processus qu'on entendait pourtant assouplir? C'est sur cette réflexion que l'auteure termine son analyse.

After situating the rights of incapable persons within the general framework of Civil code reform, the author underscores the opening and organization of the regimes for protecting incompetent persons and then expands on the structures implemented by the legislator.

In the first part of her article, the author examines the concept of incapacity upon which is based the protection of the person and his or her patrimony, a combination which does not occur without raising some difficulty since it does not lead to osmosis, but rather to an overlapping of institutions out of which it is not always easy to grasp the relationship between them. This is especially the case in the legal tutorship of minors and parental authority. Incapacity is presented as a protection, but also as an exceptional measure. The author then proceeds to emphasize the legislator's will to insure that persons in need of protection right benefit from legal measures that have been set in place for their intention, while avoiding the risks of arbitrary measures. The corollary to this legislative will lies in the respect for the person's independence as seen in the flexibility characterising the protective regime for persons of full age, whereas the incapacity of minors remains proportionate to the degree of minority.

With regard to structures described in the second part, the author first analyses the choice made by the legislator who, between the state and the family, favours the latter. Here family is taken both in its narrower meaning if legal ties are considered and also in its broader meaning if the factual ties joined thereto are considered. Hence, the family council takes on a new appearance as the tutorship council, a body both determined and permanent that is also capable of making decisions. To the extent, however, that this body may only have one head and be represented by a person outside the family and insofar also as such decisions may be reviewed

by the Court, would it not have been more appropriate, rather than adding these halfway measures, to choose a middle-of-the-road approach, thereby reducing the ponderous nature of the process which was meant to be more flexible? The authors concludes her analysis by considering this last point.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.	61
1. LES POINTS SAILLANTS DE LA REFORME.	62
1.1 L'incapacité de la personne: un régime d'exception, établi pour sa protection	63
1.1.1 Le respect de l'autonomie de la personne	63
1.1.2 Une protection efficace.	65
1.1.3 Des garanties contre l'arbitraire.	67
1.2 Systématisation et modernisation du droit	68
1.2.1 Systématisation	68
1.2.2 Modernisation.	69
2. L'ORGANISATION DE LA PROTECTION DES INCAPABLES.	74
2.1 La tutelle légale du mineur	76
2.2 Le conseil de tutelle	77

INTRODUCTION

Parler de la réforme du droit des incapacités oblige d'abord à situer nos propos en regard de l'ensemble de la construction qui nous est proposée par le législateur dans cette dernière mouture du Projet de loi 20, sanctionné le 15 avril 1987¹. Ce projet de loi, il convient de le rappeler, porte *réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, un rappel qui justifie la division qui a été adoptée pour les fins de ces journées, puisqu'on distinguera, d'une part, les fondements et les principes qui gouvernent l'organisation de la protection des incapables, régis par

-
1. Rappelons que le premier projet de loi a été déposé en décembre 1982 (Projet de loi no 106, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, *Journal des débats*, 17 décembre 1982, vol. 26, no 104, p. 7381). Suite aux auditions qui ont eu lieu devant la Commission permanente de la justice au mois d'avril 1983 (*Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 12, 13, 14 et 28 avril 1983, nos 7, 8, 10 et 29), ce projet a fait l'objet d'une réécriture. C'est ainsi que le 20 décembre 1984, le ministre de la Justice déposait devant l'Assemblée nationale une nouvelle version, englobant, cette fois-ci, le droit des successions et le droit des biens qui, eux-mêmes, avaient préalablement fait l'objet de projets de lois distincts (Projet de loi no 20, *Loi portant réforme au Code civil du Québec, du droit des personnes, des successions et des biens*, *Journal des débats*, 20 décembre 1984, vol. 28, no 34, p. 2163). Adopté dans son principe le 26 mars 1985 et déposé le même jour à la Commission des institutions (*Journal des débats*, vol. 28, no 41, 2668, p. 2696), puis à une sous-commission (*Journal des débats*, Commissions parlementaires, 2 mai 1985, no 12, p. CI-407) pour étude détaillée, le projet, nonobstant la dissolution de la trente-deuxième législature, fut réinscrit au feuillet, en son état, à la fin de l'année 1985 (*Journal des débats*, 19 décembre 1985, vol. 29, no 4, p. 298). Déposé le 18 décembre 1986 (*Journal des débats*, 18 décembre 1986, vol. 29, no 81, p. 5726), le rapport de la Commission fut adopté par l'Assemblée nationale le 14 avril 1987 et le projet de loi adopté et sanctionné le lendemain (*Journal des débats*, vol. 29, no 98, p. 6852, vol. 29, no 99, p. 6890).

le titre IV du Livre I portant réforme du droit des personnes², des règles de fonctionnement des différents régimes mis en place, d'autre part. Ces règles en effet, font appel, dans une large mesure au Livre IV, introduit par le même projet, et portant réforme du droit des biens, plus particulièrement son titre 7, consacré à la gestion des biens d'autrui³.

Nous nous efforcerons donc, pour notre part, de dégager, dans un premier temps, les points saillants de la réforme pour nous arrêter ensuite sur quelques particularités des régimes mis en place par le législateur.

1. LES POINTS SAILLANTS DE LA REFORME

Pour ce faire, il faut s'en rapporter au contexte, c'est-à-dire à l'ensemble du Livre I, consacré aux personnes, ainsi qu'aux modifications déjà apportées par l'entrée en vigueur de la *Loi 89, loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*⁴ avec lequel le Projet de loi 20 s'inscrit en continuité.

Que ce projet de loi participe de la même philosophie n'a rien d'étonnant - ceci est d'ailleurs plutôt rassurant⁵ - si l'on considère

-
2. Le titre IV du Livre I est divisé en trois chapitres qui traitent respectivement de la majorité et de la minorité (ch. I art. 168 à 191), de la tutelle au mineur (ch. II, art. 192 à 279) et des régimes de protection du majeur (art. 280 à 321).
 3. Arts 1338 à 1441 du projet. Pour une analyse de ces dispositions, voir A. FRENETTE, *infra*, p. 81.
 4. L.Q. 1980, c. 39. Sur l'esprit de cette réforme, voir M.J. LONGTIN, «Les lignes de force de la loi 89 instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille», (1981) 22 *C. de D.* 297-307.
 5. La politique de révision du Code, une révision amorcée il y a plus de vingt ans, est elle-même contingente de la vie politique; privilégiant tout d'abord une politique étagée, dangereuse pour la cohérence, le gouvernement nous propose maintenant une politique d'ensemble (sur cette question, voir les commentaires du ministre de la Justice, M. Herbert Marx in *Journal des débats*, 15 avril 1987, vol. 29, no 99, pp. 6887 et ss). Mais c'est aujourd'hui la lenteur avec laquelle sont assemblés les matériaux qui nous laisse songeurs. Ne nous a-t-on pas promis en effet que l'édifice serait livré en 1989?

qu'un Code civil constitue et s'interprète comme un tout, puisqu'il se veut la loi fondamentale applicable aux rapports de droit privé. C'est donc l'émergence de la notion de personne qu'il convient en premier lieu de souligner, mais surtout, sa primauté. La personne, en effet, est au centre de la réforme; elle en constitue, en quelque sorte, la pierre d'angle. Harmonisation avec les valeurs privilégiées par notre société, harmonisation aussi avec les principes inscrits dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶, tels sont donc les axiomes premiers de la réforme. Au-delà de cette volonté, c'est aussi le souci d'assurer l'unité organique du droit civil, de nous doter d'un Code qui soit un instrument complet, cohérent, mais aussi un instrument qui soit vivant, fonctionnel, qui a guidé le législateur⁷: systématisation et modernisation, tels sont donc les deux autres postulats sur lesquels repose le projet. En ce sens donc, le Parlement est resté fidèle aux principes qui ont gouverné les travaux de l'Office de révision du Code civil, tels qu'exposés dans son rapport en 1977⁸.

1.1 L'incapacité de la personne: un régime d'exception, établi pour sa protection

1.1.1 Le respect de l'autonomie de la personne

Dans la mesure où l'incapacité se définit comme une limite à l'autonomie qui fonde la conception juridique de la personne humaine, elle nous ramène, en premier lieu, à la notion de personnalité⁹. En ce sens, il faut savoir gré au législateur d'avoir fait la jonction, dans le titre premier de ce Livre consacré aux personnes, entre la personnalité et la capacité juridique. «Toute personne, dispose l'article 4, est apte à exercer ses droits civils; dans certains cas, la loi prévoit un régime de représentation ou d'assistance». La pleine

6. L.R.Q., c. C-12

7. Voir, sur l'adoption de principe du projet de loi, les commentaires de M. Pierre-Marc Johnson, alors ministre de la Justice, in *Journal des débats*, 12 mars 1985, vol. 28, no 35, p. 2336.

8. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Editeur officiel du Québec, 1977, vol. I, pp. XXV à XXXIX.

9. «Restreindre la capacité, écrit Jean Carbonnier, c'est toujours diminuer la personnalité, dont la plénitude est en soi une liberté civile»: *Essais sur les lois*, ch. 3, Les incapables majeurs, Evreux, Répertoire du notariat Defresnois, 1979, p. 61.

capacité, en effet, n'est que l'un des aspects de la personnalité: «Elle est, écrit Christian Atias, la situation normale pour toute personne humaine»¹⁰. On comprend aussi que les incapacités qui désignent un ensemble de règles qui aménagent les conséquences d'une restriction à l'autonomie de la personne soient de droit strict. Elles ne peuvent être édictées que par le législateur¹¹ avec, comme seule finalité, la protection de la personne, envisagée à la fois dans son unicité et dans son altérité, un principe qui trouve son affirmation tant dans l'article 192 qui figure au chapitre de la tutelle¹² que dans l'article 280 qui chapeaute les dispositions générales relatives aux régimes de protection des majeurs. Qu'il s'agisse de la minorité ou de la majorité, donc, les régimes de protection établis par la loi sont, nous dit-on, établis dans l'intérêt de la personne, ils sont destinés à en assurer la protection, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils. Toute décision qui la concerne doit être prise dans son intérêt¹³, le respect de ses

-
10. C. ATIAS, *Les personnes, Les incapacités*, Paris, P.U.F., 1985, Collection Droit fondamental, no 81, p. 125.
 11. Article 4, par. 2 cité *supra*. Voir également l'article 169 qui vient le compléter.
 12. Article qui vient lui-même compléter les dispositions des articles 32 et 33 du Projet, le premier intégrant dans le *Code civil du Québec* le principe énoncé à l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, (*supra*, note 6), le second reprenant, dans son essence, le principe actuellement affirmé à l'article 30 du *Code civil du Bas-Canada*, mais précisant cependant, le concept d'intérêt de l'enfant. Devront ainsi être pris en considération, «outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve».
 13. Qui inclut leur bien-être. Voir *supra*, note 12, nos remarques à propos du respect des droits de l'enfant et, pour le majeur, les devoirs des tuteurs et curateurs définis comme suit: «Le curateur ou le tuteur au majeur protégé a la responsabilité de sa garde et de son entretien; il a également celle d'assurer le bien-être moral et matériel du majeur, en tenant compte de la condition de celui-ci, de ses besoins et de ses facultés, et des autres circonstances dans lesquelles il se trouve» (art. 286). Dans le cas particulier où ces fonctions sont exercées par le curateur public, voir les articles 285 à 291 relatifs à la garde du majeur protégé.

droits et la sauvegarde de son autonomie¹⁴. Toute relative que puisse être cette dernière, on doit la respecter et permettre à l'incapable de participer, dans la mesure de ses possibilités, à la vie juridique, ne serait-ce qu'en l'impliquant, dans une perspective qui se veut d'ailleurs plus large que le simple respect du droit à une audition impartiale¹⁵, dans l'organisation même de sa protection¹⁶.

Tels sont donc les fondements et les principes qui sous-tendent l'organisation des régimes de protection.

Il ne suffit pas cependant d'organiser la protection de l'incapable, encore faut-il s'assurer que celui-ci bénéficie des mécanismes de protection mis en place par la loi. Il faut aussi éliminer les risques d'arbitraire.

1.1.2 Une protection efficace

Alors que le *Code civil du Bas-Canada* s'en remet exclusivement à la famille¹⁷, avec, peut-être, une arrière pensée successorale¹⁸, le *Code civil du Québec* élargit le cercle des personnes habilitées à demander l'ouverture d'un régime de protection. Ainsi, outre le

-
14. Article 281, une disposition qui, au même titre que celle qui la précède et son corollaire, l'article 192, constitue un principe d'interprétation.
 15. Suivant, en cela, un modèle médical: «Car la psychiatrie moderne écrit Jean Carbonnier, insiste sur cette espérance: une participation aux actes juridiques peut avoir des vertus de psychothérapie. Il y va sans doute du bon usage du droit». (*Essais sur les lois, supra*, note 9, pp. 57-58).
 16. Ainsi, l'article 300, dans son paragraphe 2, fait devoir au tribunal appelé à établir, dans le cas d'un majeur, un régime de protection, de l'entendre personnellement ou par représentant si son état de santé l'exige, sur le bien-fondé de la demande et, le cas échéant, sur la nature du régime, et sur la personne qui sera chargée de le représenter ou de l'assister. De même, l'article 301, oblige le tribunal, sauf motifs graves, à tenir compte de la volonté exprimée antérieurement par le majeur, quant à l'administration de ses biens, dans l'éventualité où il deviendrait incapable.
 17. Art. 327 C.c.B.C.
 18. Ne se préoccupe-t-il pas avant tout, de la protection du patrimoine?

majeur lui-même - une précision qui ne nous paraît pas inutile¹⁹ -, son conjoint, ses parents les plus proches²⁰, la loi autorise-t-elle toute personne qui témoigne à son endroit d'un intérêt particulier ou toute autre personne, y compris le curateur public, à demander l'ouverture d'un régime de protection²¹. Aux liens de droit donc, qui ne relèvent pas toujours de l'affectivité et qui, de nos jours, sont aussi plus ténus²², viennent s'ajouter les liens de fait²³: l'ami de longue date²⁴, l'infirmière ou l'aide-soignante qui côtoie régulièrement la personne, le bénévole qui lui apporte aide et réconfort pourront - qui pour le sans famille, qui pour le laissé-pour-compte, voire même l'exploité - se porter demandeurs.

On oblige par ailleurs le directeur général d'un établissement de santé ou de services sociaux où est traité ou réside un majeur qui a besoin d'être représenté ou assisté, à en faire rapport au tribunal²⁵, une obligation qui vise, ici encore, à s'assurer que si besoin il y a²⁶, celui-ci puisse être rencontré²⁷. Cette obligation constitue, en quelque sorte, le pendant et aussi le complément, des dispositions

-
19. Parce qu'il est, au premier chef, concerné et que sont aussi beaucoup moins rares qu'on ne le pense les majeurs qui sont conscients de leur besoin de protection.
 20. Et aussi ses alliés.
 21. Art. 294.
 22. Un phénomène auquel le passage de la famille souche à la famille nucléaire n'est pas étranger.
 23. Voir *infra*, nos remarques à propos de l'accroissement du rôle de la famille.
 24. Et peut-être aussi l'ami (e) de coeur.
 25. «Ce rapport est établi sur la recommandation écrite de l'expert qui a examiné le majeur; il porte sur la nature et le degré d'incapacité du majeur ainsi que sur l'opportunité d'ouvrir à son égard un régime de protection» (art. 283). Une fois le rapport déposé, la loi précise que le protonotaire doit en informer le majeur, ainsi que tous ceux qu'elle autorise à demander pour lui l'ouverture d'un régime de protection (art. 284).
 26. Il ne s'agit cependant que d'une présomption, l'identification du besoin, son diagnostic, relevant du seul pouvoir du tribunal (Arts 295 et 300).
 27. Encore faut-il s'interroger sur la sanction d'une telle obligation et connaître les mécanismes qui, au plan de la procédure, permettront de faire le lien entre le besoin et la protection.

relatives à la garde en établissement et à l'examen psychiatrique²⁸, protectrices, pour leur part, de la liberté.

1.1.3 Des garanties contre l'arbitraire

Qu'il s'agisse de la liberté physique ou de l'exercice de ses droits, l'individu ne peut s'en voir privé qu'après une audition impartiale²⁹ ce qui implique donc, l'intervention des tribunaux judiciaires que la tradition, mais aussi l'expérience, désignent comme les meilleurs garants de la protection des personnes³⁰. Or si tel est le cas, dans le droit positif, pour la protection de la liberté physique, il en va différemment par contre, de l'exercice des droits puisque, de nos jours, la seule production d'un rapport médical autorise à nous en priver³¹. A l'avenir donc, le curateur public n'exercera, d'office, les fonctions de tuteur ou de curateur, qu'à l'endroit du majeur qui, placé sous un régime de protection, n'en a pas été pourvu ou lorsque ces derniers n'ont pu être remplacés³².

Il y aura donc, préalablement, ouverture d'un régime de protection. Le tribunal, au surplus, n'est pas lié par la demande: au-delà

28. Arts 23 à 31 qui figurent dans le titre II, au chapitre de l'intégrité physique et qui reprennent, avec, peut-être, un peu plus de rigueur, les dispositions des articles 6, 10 à 15 et 21 de la *Loi sur la protection du malade mental*, (L.R.Q., c. P-41). La conjugaison de ces deux catégories de dispositions, jointes à celles qui sont relatives aux soins (arts 11 à 22) constituent, de fait, un véritable statut du malade. Sur cette question, voir PRADEL, *La condition civile du malade*, Thèse, Poitiers, 1961, et R. SAVATIER, «Un attribut essentiel de l'état des personnes: la santé humaine», *D*, 1958, ch. 2, 95.

29. Articles 295 et 300, par. 2, reproduit *supra*, note 16.

30. Nous référons ici, plus particulièrement, au concept de *parens patriae*. En témoigne également, au plan procédural, le recours au bref *d'habeas corpus* (art. 851 C.p.c.).

31. Ceci résulte de l'effet conjugué des articles 2, 6, 7, 9 et 10 de la *Loi sur la protection du malade mental* (*supra*, note 28) et des articles 6 et 7 de la *Loi sur la curatelle publique*, (L.R.Q., c. C-80), dispositions qui au surplus, constituent une violation flagrante des principes énoncés aux articles 23 et 24 de la *Charte des droits et libertés* (*supra*, note 6).

32. Fonctions qui demeurent, donc, supplétives, l'idée étant d'éviter un vacuum au niveau des organes de protection (art. 287).

de l'opportunité, la loi, en effet, lui confie le soin de l'aménagement du régime de protection³³.

Si la protection contre l'arbitraire implique la mise en place de mécanismes préalables, elle exige également qu'on s'assure d'un suivi. Ici, le projet innove, puisque, à l'avenir, le jugement qui ouvre ou maintient un régime de protection, sera systématiquement révisé. Dans le cas du majeur sous tutelle ou pour celui pourvu d'un conseiller, le délai prévu est de trois ans; dans le cas de la personne sous curatelle, il est de cinq ans. Le tribunal, cependant, peut fixer un délai plus court et, demeure, bien sûr, toujours susceptible d'être saisi lorsque la condition de la personne s'est modifiée³⁴. Le projet fait également devoir au directeur de l'établissement où le majeur réside ou est traité de faire rapport au tribunal, lorsque l'inaptitude justifiant le régime de protection a cessé³⁵.

1.2 Systématisation et modernisation du droit

1.2.1 Systématisation

Systématisation d'abord, parce que le projet consacre le principe de l'unité de la protection personnelle et du patrimoine³⁶. Le projet intègre, on l'a vu, ou plutôt rapatrie, partiellement, un certain nombre de lois statutaires qui se sont développées en marge du Code, et qui, parce que limitatives de sa liberté, intéressent au premier chef la personne³⁷. Il est difficile, il est vrai, à la seule lecture du projet de loi, de cerner les liens entre les dispositions rapatriées et les régimes propres à ces mêmes lois qui devront, elles

33. Art. 293, par. 2 et 300. Voir également les articles 304, 308 et 314 et *infra*, nos commentaires à propos de l'organisation des régimes de protection.

34. Art. 302.

35. Art. 303, disposition qui, ici encore, devra être complétée par des mécanismes procéduraux.

36. Ce qui participe aussi d'une harmonisation avec la définition du sujet de droit de l'article 1 («tout être humain possède la personnalité juridique, il a la pleine jouissance des droits civils»), complétée par l'article 2 («toute personne est titulaire d'un patrimoine»). Nous verrons cependant que cette unification des deux régimes n'est pas sans faille (*supra*, partie 2).

37. Voir *supra*, nos remarques à propos de la *Loi sur la protection du malade mental* et de la *Loi sur la curatelle publique*.

aussi ou qui le sont peut-être déjà, réformées. Le principe n'en est cependant pas moins affirmé.

Le projet nous présente également une vision cohérente des règles gouvernant la capacité³⁸, les exceptions ne se limitant plus au seul énoncé des mécanismes de protection des personnes incapables mais incluant et les causes³⁹ et les sanctions⁴⁰ des incapacités⁴¹.

1.2.2 Modernisation

Le *Code civil du Bas-Canada*, il faut l'avouer, est à bien des égards désuet quant aux règles régissant la capacité. Une touche de modernisation s'imposait et, à ce titre, on doit admettre que le législateur s'est livré à un effort sérieux pour adapter notre droit aux réalités économiques et sociales de notre époque.

Ce qui frappe d'abord, dans le projet, c'est l'éclatement dont fait l'objet le concept d'incapacité puisque, dans les critères qui autorisent à demander l'ouverture d'un régime de protection, on retrouve non seulement l'inexpérience ou l'immaturation, la déficience, l'affaiblissement ou l'altération des facultés mentales, - critères

-
38. Tel était d'ailleurs le cas dans sa première mouture (Projet de loi no 106, *supra*, note 1). Pour une analyse de ce projet, voir notre article: «Le projet de loi no 106 et les droits de la personnalité: perspective et analyse prospective», (1984) 25 *C. de D.* 699-718.
 39. Art. 173, 183, 186, 192, 280, 304, 308 et 314.
 40. Art. 176 à 180, 188, 189, 306, 307, 310, 313, 317 et 320. Rappelons que, dans le Livre I du *Code civil du Bas-Canada*, la minorité n'est considérée que dans ses rapports avec la tutelle et que les pouvoirs des tuteurs comme des curateurs y sont en grande partie intégrés. Les règles relatives à la minorité, les incapacités qui en découlent et leurs sanctions sont regroupées au titre des obligations dans le Livre troisième (titre III), consacré au droit des biens; les droits, pouvoirs et obligations des tuteurs et, partant, des curateurs au majeur incapable sont répartis à l'intérieur des Livres I (titre IX, c. 2) et III (titre II, c. 4.b).
 41. On se souviendra également qu'on a élagué ce Livre I du Code, des dispositions concernant les pouvoirs conférés aux tuteurs et curateurs pour les rapatrier dans le livre IV, au titre de l'administration des biens d'autrui.

classiques⁴², - mais aussi l'incapacité d'exprimer sa volonté pour des raisons d'ordre physique⁴³. C'est donc, l'inaptitude à prendre soins de soi-même et/ou de pourvoir seul à ses intérêts qui devient le critère déterminant⁴⁴, un critère subjectif⁴⁵ certes, mais qui autorise par ailleurs une certaine individualisation des limites qui pourront être assignées à l'autonomie personnelle. Car on introduit en effet une certaine gradation dans l'appréciation de l'inaptitude (ou l'aptitude) dont peut être affectée la personne et, corrélativement donc, dans celle de l'aménagement du régime de protection qui la régira⁴⁶.

-
42. Exprimés cependant dans des termes plus respectueux de la personne.
 43. En ce sens, le système reste fidèle à la philosophie volontariste du *Code civil du Bas-Canada*, fidèle lui aussi à son modèle, le *Code Napoléon*.
 44. Article 282, par. 1, qui se lit comme suit: «Il est nommé au majeur un curateur ou un tuteur pour le représenter, ou un conseiller pour l'assister; dans la mesure où il est inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté».
 45. Voir sur ce point les commentaires de Madeleine CARON, «La personne», in *Les enjeux de la révision du Code civil*, Faculté de l'éducation permanente, Université de Montréal, Montréal, 1979, pp. 144-145. Il ne s'agit pas cependant de n'importe quelle inaptitude. Celle-ci en effet, doit être assez grave, assez durable pour que la personne puisse se voir privée de l'exercice de ses droits (Art. 304 et 308), car c'est un principe coutumier, écrit J. Carbonnier, que ce qui est insignifiant n'est pas juridique (*Droit civil*, t. 2, *La famille, les incapacités*, Paris, P.U.F., 10e édition, 1977, no 188, p. 543). De plus, l'autorité judiciaire n'est pas habilitée à décider seule de l'opportunité de l'ouverture d'un régime de protection et du choix de ses modalités. Sa décision doit être éclairée d'un certain nombre d'avis autorisés: le tribunal appelé à établir un régime de protection, dispose l'article 300, prend en considération, outre l'avis des personnes normalement appelées à former le conseil de tutelle, les expertises et les preuves médicales, ainsi que le degré d'autonomie de la personne pour laquelle on demande l'ouverture d'un régime. (par. 1, voir également le par. 2 cité *supra*, note 16).
 46. Art. 285.

Celui-ci, en effet, peut procéder de la juxtaposition et de la pondération de différentes techniques, autorisant ainsi son individualisation⁴⁷.

Décor nouveau donc, qui laisse place à la souplesse et l'individualisation⁴⁸ ceci tant à l'endroit du majeur, le principe en étant édicté à l'article 285, qu'à l'endroit du mineur, puisque ce dernier, par le biais de l'émancipation, se verra reconnaître une plus grande autonomie - c'est la simple émancipation⁴⁹ - ou même une pleine capacité - c'est la pleine émancipation - ou, si l'on préfère, l'accès anticipé à la majorité⁵⁰.

De même, si le mineur non émancipé, demeure frappé d'une incapacité générale d'exercice⁵¹, cette incapacité ne doit pas non

-
47. C'est le cas, notamment, du majeur placé sous tutelle. (Articles 310 et 311 du projet). Ce principe de limitation de la protection aux besoins de l'incapable vient aussi renforcer le principe mis de l'avant, en 1972, avec l'adoption de la *Loi sur la protection du malade mental* (*supra*, note 28), de l'indépendance du traitement médical et du statut civil.
 48. A la dimension relationnelle aussi, dans la mesure où la loi s'efforce de personnifier les rapports entre les organes individus des différents régimes avec leurs pupilles. Ainsi, l'article 186 fait-il devoir au tuteur et au curateur de maintenir une relation personnelle avec le majeur, d'obtenir son avis et, le cas échéant, de le tenir informé des décisions prises à son sujet. Voir également les articles 289 à 291, relatifs à la tutelle et à la curatelle du curateur public et l'article 25, propre à la garde en établissement.
 49. Qui correspond, quant à ses effets, à l'actuelle émancipation en justice, mais qui à l'avenir, pourra résulter du simple dépôt d'une déclaration du tuteur (le plus souvent donc, des parents), auprès du tribunal de son domicile, ce qui n'exclut pas, cependant, la voie judiciaire (Arts 183 à 190).
 50. Qui n'opèrera plus, cependant, du seul fait du mariage, mais sera prononcée par le tribunal. Seul un motif sérieux et légitime permettra au mineur, lequel est d'ailleurs le seul qui soit autorisé à en faire la demande, d'accéder à la majorité.
 51. Voir les articles 168 et 170. Sur cette question, voir P. AZARD, et A.F. BISSON, *Droit civil québécois*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1971, nos 146, pp. 276 à 279 et M. TANCELIN, *Les obligations*, Montréal, Wilson et Lafleur,

plus être entendue comme synonyme d'absolue: ce sont avant tout les actes de disposition⁵², et les actes d'administration lésionnaires⁵³ qui lui sont interdits. De tout temps, par ailleurs, la loi lui a reconnu une certaine sphère d'autonomie⁵⁴. Au-delà de ces dérogations légales qui sont fonction de la nature de l'acte⁵⁵, de son discernement⁵⁶, de son âge - avec, parfois, certains seuils⁵⁷ - ou de son activité⁵⁸, le projet consacre un certain nombre de tempéraments coutumiers⁵⁹ qui témoignent que, dans l'esprit du législateur, comme dans nos moeurs, il existe des paliers de capacité partielle vers la voie de la pleine capacité⁶⁰.

1986, no 65, p. 40.

52. Arts 176, 177 et 180.

53. Arts 178 et 180.

54. Voir les auteurs cités *supra*, note 51 et les articles 168, par. 2, 170 à 175.

55. Essentiellement, les actes à caractère personnel.

56. Le mineur doué de discernement a toujours été considéré responsable de ses délits et quasi-délits (arts 1007 et 1056 C.c.B.C. dont le principe est repris dans l'article 179, par. 2 du projet).

57. A cet égard, l'âge de 14 ans apparaît de plus en plus comme un âge frontière, celui où au discernement vient se juxtaposer la raison, ce qui n'emporte pas pour autant la maturité. Voir pour exemple l'article 13 par. 2 du projet qui reprend l'article 41 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, (L.R.Q., c. P-35) ou encore les articles 601 et 602 C.c.Q.

58. Art. 171.

59. Art. 172 selon lequel «le mineur peut, compte tenu de son âge et de son discernement, contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels».

60. Ce qui autorise d'autant plus à s'interroger sur la pertinence du maintien de l'émancipation, une institution qui, depuis l'abaissement de l'âge de la majorité, nous apparaît, exception faite du cas du mariage, difficilement justifiable (voir nos commentaires dans l'article précité *supra*, note 38, pp. 707-708). Qui plus est, on la complexifie, au motif qu'accéder à la majorité par la voie du mariage crée une discrimination à raison de l'état civil. Comme le soulignait fort à propos dans son mémoire le Barreau, bon nombre de dispositions du Code pourraient être considérées comme discriminatoires (*Journal des Débats*, Commission permanente des institutions, sous-commission, 25 mai 1985, no 2, pp. 12 et 20).

Dans un autre ordre d'idée, mais toujours en relation avec l'éclatement du concept, on soulignera la possibilité de faire nommer un tuteur à la personne qui, en cas de force majeure, est empêchée de paraître à son domicile et qui ne peut désigner un administrateur de ses biens⁶¹. On notera cependant, que dans cette version finale, et avec raison, pensons-nous, le législateur a réintégré dans le titre III, relatif à l'état des personnes, cette nouvelle forme de tutelle. Celle-ci, en effet, tire sa justification de la non présence et non d'une inaptitude personnelle à l'individu⁶².

De fait, les modifications qui nous sont proposées ne sont pas sans parenté avec les techniques de protection instituées, en droit français, pour les majeurs, par la loi du 3 janvier 1968, notamment la tutelle et la curatelle, proches parentes des règles relatives au conseiller au majeur, au tuteur et au curateur, dont les rôles désormais seront bien campés puisque propres à chacun des trois régimes de protection et au degré «d'inaptitude» qui leur correspond, i.e. capacité protégée⁶³, incapacité partielle⁶⁴, incapacité totale⁶⁵.

Ce lien de parenté avec le droit français se retrouve également au chapitre de la tutelle aux mineurs, les parents majeurs ou émancipés devenant les administrateurs légaux des biens de leurs enfants

-
61. Art. 97 qui figure au chapitre de l'absence.
 62. S'il est permis de parler d'incapacité du présumé absent, écrit Christian Atias, c'est parce que, de fait, son autonomie de gestion est restreinte et parce qu'un régime d'ensemble est mis en place par la loi pour pourvoir à ses intérêts, (*op. cit.*, *supra*, note 10, no 86, p. 140).
 63. Art. 314: «Le tribunal nomme un conseiller au majeur si celui-ci, bien que généralement ou habituellement apte à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens, a besoin, pour certains actes ou temporairement, d'être assisté ou conseillé dans l'administration de ses biens».
 64. Art. 308: «Le tribunal ouvre une tutelle s'il est établi que l'inaptitude du majeur à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens est partielle ou temporaire, et qu'il a besoin d'être représenté dans l'exercice des droits civils».
 65. Art. 304: «Le tribunal ouvre une curatelle s'il est établi que l'inaptitude du majeur à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens est totale et permanente, et qu'il a besoin d'être représenté dans l'exercice des droits civils».

mineurs non émancipés⁶⁶. On rompt ainsi avec la tradition ancestrale qui veut que, dans notre droit, toutes les tutelles soient datives⁶⁷, une rupture qui assure aussi la transition avec notre second point, consacré aux modes de protection.

2- L'ORGANISATION DE LA PROTECTION DES INCAPABLES

Sous cette rubrique, les innovations apportées par le projet ne visent pas tant les techniques - la représentation, l'assistance, l'autorisation, cumulées ou non, demeurent en effet privilégiées par la réforme - que les organes de protection.

Certes, le tuteur, le curateur et le conseil⁶⁸ demeurent en place, mais avec des pouvoirs différents dans le cas des deux premiers. En effet, si tous deux continueront, à l'avenir, exception faite du tuteur au mineur émancipé⁶⁹, à représenter l'incapable, le curateur, par contre, aura des pouvoirs de gestion beaucoup plus larges, sa nomination étant réservée aux personnes affectées d'une inaptitude totale et permanente à s'occuper d'elles-mêmes et/ou de leurs biens⁷⁰.

Le tuteur, pour sa part, n'aura que des pouvoirs de simple administration⁷¹, ce qui se comprend, puisqu'il sera l'organe de protection essentiel du mineur et du majeur affecté d'une inaptitude temporaire ou partielle: des personnes donc, qui seront appelées,

66. Art. 208.

67. Art. 249 C.c.B.C., une tradition qui remonte à l'ancien droit: la tutelle dative, écrivaient les codificateurs de 1866, «est la seule qui ait jamais existé dans le pays où elle a été reconnue et réglée par diverses lois provinciales, auxquelles il est nécessaire et opportun de se conformer» (*2e Rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada en matière civile*, livre 1, pp. 205-206).

68. Devenu le conseiller, une appellation qui, d'ailleurs, convient mieux que celle de l'actuel conseil judiciaire mais qui recouvre la même réalité. Notons également que, dans le cas du mineur émancipé, c'est le tuteur dont il était préalablement pourvu qui continuera en principe à l'assister, s'il s'agit d'une simple émancipation.

69. Arts 185 à 190 et nos remarques *supra*, note 68.

70. Arts 305, et 1345 *et seq.*

71. Arts 1340 à 1344.

dans un laps de temps plus ou moins long, à exercer sinon pleinement leurs droits, à pouvoir le faire, tout au moins, d'une manière partielle⁷². On notera cependant que la tutelle, dans son nouvel habit, nous est présentée comme une sorte de droit commun de la protection des personnes incapables⁷³.

Ce qui, cependant, nous retiendra plus particulièrement sous cette rubrique, c'est l'accroissement du rôle dévolu à la famille et ceci tant au niveau des organes individus que des organes collégiaux mis en place par le législateur. Le droit tutélaire⁷⁴ demeure ainsi de nature purement privée, encore qu'il n'échappe pas totalement à l'emprise du droit public⁷⁵; il devient aussi un véritable complément du droit de la famille.

Mais la famille étendue, devenue fantomatique, fait place ici à la famille étroite et concrètement vécue: la famille conjugale⁷⁶ d'abord, à qui la loi confie, on l'a vu, l'administration des biens de l'enfant mineur - c'est la tutelle légale -, mais aussi le petit groupe de ceux qui lui est uni par les sentiments et les habitudes - c'est la tutelle dative - qui peut résulter d'un acte de volonté⁷⁷ ou d'une décision du tribunal⁷⁸; la famille étroite aussi, avec le conseil de tutelle: communauté de droit, donc, mais aussi communauté de fait, les familiers étant maintenant inclus dans le cercle de famille⁷⁹.

-
72. Ceci nous amène d'ailleurs à souligner la possibilité de demander l'ouverture d'un régime de protection dans l'année qui précède la majorité de l'enfant mineur sous tutelle, une innovation qui facilitera grandement la transition d'un régime à un autre, (art. 295).
 73. Sous réserve, bien sûr, des adaptations nécessaires (arts 292 et 310).
 74. Puisqu'il est le droit commun.
 75. En témoigne le rôle de surveillance du curateur public: arts 263, 266, 268, 269, 271, 273 et 275.
 76. Entendue ici dans un sens large, i.e. incluant les parents non mariés.
 77. Testament ou déclaration au curateur public (arts 216 à 222).
 78. Arts 223 à 225.
 79. Voir, pour exemple, l'article 247 qui permet au tribunal de désigner, comme conseil de tutelle, une personne qui démontre un intérêt particulier pour le mineur.

2.1 La tutelle légale du mineur

Institution de protection, la tutelle légale des parents vient compléter l'autorité parentale, de là la similitude qui caractérise leur organisation: exercice conjoint⁸⁰, présomption de mandat confié par l'un des parents à l'autre à l'égard des tiers de bonne foi⁸¹, arbitrage du tribunal en cas de conflits les opposant⁸². Cette relation est encore plus étroite quand on fait le lien entre le retrait total de l'autorité parentale et la perte de la tutelle par les ou le parent qui en était titulaire⁸³. Le projet précise également que l'attribution de la garde à l'un des deux parents, voire même, à un tiers, n'entraîne pas, sauf motifs graves dont l'appréciation relève du tribunal, perte de la tutelle⁸⁴.

L'osmose entre les deux institutions n'en crée pas moins un certain malaise, car la tutelle, il convient de le rappeler, englobe la protection de la personne et du patrimoine. Il y a donc là une dimension qui apparaît superfétatoire. Dans ce contexte, on se demande quel est l'intérêt d'une institution comme l'autorité parentale.

Il nous apparaît en outre que si les deux institutions peuvent s'exercer en parallèle, elles n'en doivent pas moins être distinguées. L'incapacité et la protection de la personne ont des dimensions différentes. D'abord parce que, comme l'écrit Carbonnier, l'intelligence des affaires ne va pas nécessairement de pair avec l'aptitude à élever des enfants⁸⁵. En ce sens la vieille distinction entre tuteur honoraire et tuteur onéraire garde toute sa valeur, quand bien même il s'agit des parents⁸⁶. C'est ensuite un cumul qui, en cas de dissolution de la cellule conjugale, peut exiger certains aménagements: sur le plan pratique, on doit admettre qu'il peut présenter des

80. Art. 209.

81. Art. 210.

82. Art. 206.

83. Art. 212: le retrait partiel n'entraîne la perte de la tutelle que sur décision du tribunal.

84. Art. 211, une disposition en parfaite continuité avec la décision rendue au début de l'automne par la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Vignaux c. Chardon*, (Cour suprême du Canada, 17 septembre 1987).

85. *Op. cit.*, *supra*, note 45, no 176, p. 597.

86. Art. 264 C.c.B.C.

inconvenients, mais surtout, il risque d'amplifier ou de générer des conflits. Ce cumul nous apparaît encore moins garantir la recherche de l'intérêt de l'enfant dans des situations conflictuelles entre les tiers qui ont pu s'en voir confier la garde et le ou les parents, toujours détenteur(s) de l'autorité parentale.

Cette superposition des deux institutions gagnerait, selon nous, à être repensée. N'eut-il pas été plus simple, dans le cas du mineur, de distinguer autorité parentale et administration légale, et rendre ainsi à chacune des deux institutions, leur vocation véritable?

2.2 Le conseil de tutelle

Héritier direct du conseil de famille - organe intermittent⁸⁷ et de composition fort variable - dont il demeure d'ailleurs une émanation⁸⁸, le conseil de tutelle devient un corps fixe et permanent⁸⁹.

Structure plus souple, de par sa composition et sa vocation pour les uns⁹⁰, mais qui pour d'autres, alourdit le processus déci-

-
87. Pour ne pas dire non plus évanescent. Voir sur ce point les commentaires du Barreau, *Journal des débats*, Commission des institutions, sous-commission des institutions, no 2, 28 mai 1985, pp. S-CI 12, 13 et 16.
 88. Ce conseil est désigné par l'assemblée de parents «à laquelle doivent être convoqués les père et mère du mineur, à moins d'un motif grave, ses frères et soeurs majeurs et ses autres ascendants. Peuvent également y être convoqués, pourvu qu'ils soient majeurs, les autres parents et alliés du mineur et ses amis» (art. 248). Le conseil de famille retrouve ainsi son appellation d'origine. Composée au minimum de cinq (5) membres, cette assemblée devra, autant que faire se peut, maintenir un équilibre entre les branches paternelle et maternelle. (*Ibid.*) Il ne s'agit donc plus d'une obligation (comparer avec l'article 251 C.c.B.C.), l'accent étant mis sur l'effectivité des relations.
 89. Arts 243 et 260. L'assemblée de parents n'a plus guère qu'un rôle constituant.
 90. Voir les commentaires émis par les représentants de la Chambre des notaires devant la sous-commission des institutions, *Journal des débats*, Commission des Institutions, no 1, 22 mai 1985, p. S-CI 2.

sionnel⁹¹, ce conseil nous dit l'article 241, a pour rôle de surveiller la tutelle, afin de favoriser la protection du mineur, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils.

Soulignons cependant, que dans le cas de la tutelle légale, il n'est constitué que si les père et mère sont tenus, dans l'administration des biens du mineur, de fournir une sûreté ou de rendre un compte annuel de gestion⁹². C'est dire que, dans la plupart des cas, la tutelle légale des parents se présentera sous forme de cogestion, puisqu'ils ne seront requis d'obtenir l'avis du conseil de tutelle ou encore, celui du tribunal, que si la valeur des biens à administrer est supérieure à 7 000 \$⁹³.

Organisme restreint, puisque composé de trois personnes⁹⁴, voire même dans certains cas, unicéphale⁹⁵, le conseil de tutelle voit ses pouvoirs accrus; il devient, de fait, un organe décisionnel. En effet si, pour les actes de disposition, le tuteur ne pourra toujours pas agir sans l'autorisation du tribunal⁹⁶, le conseil de tutelle devient, pour les actes d'une certaine gravité, un organisme habilitant, dont les décisions donc, sont exécutoires par elles-mêmes⁹⁷. Il devient également, remplaçant ainsi le subrogé-tuteur, le censeur officiel de la gestion du tuteur⁹⁸ et l'archiviste des tutelles⁹⁹.

-
91. Comparer avec les commentaires émis par le Barreau, *supra*, note 87.
 92. Art. 242. Ce conseil n'est pas non plus constitué lorsque la tutelle est exercée par le directeur de la protection de la jeunesse ou par le curateur public.
 93. Art. 227. S'il est rare en effet qu'on trouve, au rang des mineurs, de nombreux millionnaires, on s'interroge par contre sur la raison du montant fixé par le législateur comme chiffre frontière: pourquoi 7 000 \$?
 94. Art. 250.
 95. Arts 246 et 247.
 96. Arts 231, 232 et 233. Comparer avec les articles 297 et 298 C.c.B.C. Voir également l'article 239 relatif à la détermination de la somme dont le mineur peut conserver la gestion.
 97. Voir notamment les articles 254 et 255 qui en édictent le principe et, pour des cas particuliers, les articles 229 et 230 du projet. Les décisions du conseil peuvent cependant être révisées par le tribunal (art. 259).
 98. Arts 257 et 258, 269, 271 et 275.
 99. Art. 262.

On peut s'interroger cependant sur la signification du rôle dévolu à ce conseil, notamment quand sa composition se réduit à une seule personne, laquelle ne sera pas nécessairement un membre de la famille¹⁰⁰. Ne serait-on donc pas autorisé à voir dans cette organisation, une résurrection du subrogé-tuteur? Ne peut-on pas y voir aussi une admission des difficultés que peuvent engendrer et le rétrécissement et l'éclatement de la famille? En ce sens, le projet nous semble comporter des contradictions puisqu'il admet, sans pour autant l'avouer que la *domus*, parce qu'aujourd'hui repliée sur elle-même et qu'elle procède d'une dynamique complexe, n'est peut-être pas le soubassement idéal de la tutelle.

Qui plus est, si la structure peut apparaître plus souple, plus expéditive et moins coûteuse que le recours aux tribunaux, ceux-ci, lorsqu'ils sont appelés à intervenir dans la gestion tutélaire, ne continueront pas moins à devoir solliciter l'avis du conseil de tutelle¹⁰¹. Nous sommes donc loin d'être certains, qu'au plan du fonctionnement, le système proposé ne maintiendra pas la lourdeur du processus décisionnel, d'autant plus que les décisions du conseil de tutelle sont appelables¹⁰².

Tels sont donc, les quelques points sur lesquels nous désirions attirer votre attention relativement à la réforme du droit des incapables. Il y aurait, bien sûr, beaucoup encore à dire. On nous accordera cependant, qu'il est difficile, en quelques pages, de couvrir quelque cent quarante articles. Il reste aussi à espérer, en concluant, que d'ici l'entrée en vigueur de la loi, on pourra procéder à certains réaménagements.

100. Ainsi: «Le Tribunal peut, sur demande ou d'office, décider que le conseil de tutelle sera formé d'une seule personne qu'il désigne lorsque la constitution d'un conseil formé de trois personnes est inopportune, en raison de l'éloignement, de l'indifférence ou d'un empêchement majeur des membres de la famille, ou en raison de la situation personnelle ou familiale du mineur.» De même, peut être désigné comme conseil de tutelle, un juge, un officier de justice ou une autre personne qui démontre un intérêt particulier pour le mineur. Il peut aussi désigner, s'il n'est pas déjà tuteur, le directeur de la protection de la jeunesse ou le curateur public.

101. Arts 231, 233 et 238.

102. Art. 259.