

## LE MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE : LA RÉCONCILIATION DES IDÉES

Kim Désilets

Volume 38, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107391ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/11587>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Désilets, K. (2008). LE MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE : LA RÉCONCILIATION DES IDÉES. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 38(2), 291–338. <https://doi.org/10.17118/11143/11587>

Article abstract

Since their introduction, mandates given in anticipation of the mandator's incapacity have given rise to certain interrogations regarding their application. The juridical nature of this type of mandate is an ongoing subject of debate. Is it a form of protective supervision or is it basically a contract? Legal writers and court decisions offer contradictory points of view. Nevertheless, a study of recent jurisprudence appears to suggest a preference for the contractual thesis. If indeed this trend persists, the writer proposes that legislation be passed in order to correct certain lacunae in the *Civil Code* chapter dealing with mandates given in anticipation of incapacity.

## **LE MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE : LA RÉCONCILIATION DES IDÉES**

par Kim DÉSILETS<sup>\*</sup>

*Depuis sa création, le mandat en cas d'inaptitude a suscité plusieurs interrogations quant à son application. En effet, la controverse entourant la nature juridique du mandat donné en prévision de l'inaptitude constitue toujours un débat d'actualité. Constitue-t-il un véritable régime de protection ou un contrat? Ni la doctrine ni la jurisprudence ne s'entendent sur ce point. Pourtant, les récents développements jurisprudentiels démontrent une tendance vers la thèse contractuelle. Si cette tendance devait se maintenir, l'intervention du législateur demeure souhaitable afin de combler les vides juridiques existants dans le Code civil du Québec au chapitre du mandat donné en prévision de l'inaptitude.*

---

*Since their introduction, mandates given in anticipation of the mandator's incapacity have given rise to certain interrogations regarding their application. The juridical nature of this type of mandate is an ongoing subject of debate. Is it a form of protective supervision or is it basically a contract? Legal writers and court decisions offer contradictory points of view. Nevertheless, a study of recent jurisprudence appears to suggest a preference for the contractual thesis. If indeed this trend persists, the writer proposes that legislation be passed in order to correct certain lacunae in the Civil Code chapter dealing with mandates given in anticipation of incapacity.*

---

\* . LL.B., LL.M., avocate, professionnelle de recherche et chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>293</b>
<b>A- LA NATURE JURIDIQUE DU MANDAT EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE : UNE PROBLÉMATIQUE EN VOIE DE RÉOLUTION .....</b>	<b>294</b>
1) Le mandat en cas d'incapacité : un régime de protection?.....	296
i) Les arguments juridiques .....	297
ii) Les conséquences liées à la thèse du régime de protection .....	301
2) La thèse contractuelle : la solution?.....	303
i) Les arguments juridiques .....	304
ii) Les conséquences liées à la thèse contractuelle .....	308
<b>B- VERS UNE NOUVELLE VISION DU MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE .....</b>	<b>312</b>
1) La voie à privilégier .....	312
i) Le mandat donné en prévision de l'incapacité : une institution inconnue.....	313
ii) La consolidation du mandat en prévision de l'incapacité par la jurisprudence.....	319
2) Une institution à améliorer .....	325
i) Les vides juridiques .....	325
ii) La voie notariale .....	332
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>336</b>

## INTRODUCTION

Le vieillissement démographique entraîne l'augmentation de la fréquence de maladies dégénératives comme l'Alzheimer<sup>1</sup>. Devant cette réalité, des groupes de personnes âgées ont demandé au gouvernement la mise sur pied d'un régime leur permettant de prévoir à l'avance la gestion de leurs affaires et du bien-être de leur personne advenant leur inaptitude<sup>2</sup>. Ainsi, en 1989, le législateur a adopté la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*<sup>3</sup>. Cette loi introduisait au *Code civil du Bas-Canada* les dispositions législatives concernant le mandat donné en prévision de l'inaptitude.

Le mandat en cas d'inaptitude constitue un acte juridique permettant à une personne d'organiser, alors qu'elle est encore apte à le faire, la gestion de ses biens et la protection de sa

- 
1. Pierre J. Durand, «La démence et la maladie d'Alzheimer : le malade, sa famille et la société» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Le droit des personnes inaptes (1992)*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 19 à la p. 19.
  2. Voir notamment les commentaires de Jean Lambert dans Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, «Consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations» dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, no 6, (8 novembre 1988) à la p. SCI-261 [Lambert, «Consultation générale»] et les auteurs Jean Pineau et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2001 [Pineau et Gaudet] [Les auteurs soutiennent que les régimes de protection au majeur doivent être revus en entier en raison du non respect des droits fondamentaux de la personne : «Il s'avérait urgent d'intervenir dans le cercle médico-hospitalier et celui de la curatelle publique, afin de mettre un terme à un désordre certain et à certains abus flagrants: il fallait mettre un peu moins d'intervention étatique et bureaucratique dans le «gouvernement» des régimes d'incapacités, un peu plus d'entourage familial ou amical, ainsi qu'un contrôle judiciaire sur lequel le Projet de loi 20 insistait énergiquement, destiné à préserver des droits fondamentaux qui n'avaient pas toujours été respectés» à la p. 236, n.112.1).
  3. *Loi sur curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54 [*Loi sur le curateur public*].

personne en prévision de son inaptitude<sup>4</sup>. Elle peut identifier à l'avance qui s'occupera de la gestion de ses biens et de son bien-être et quels pouvoirs elle accorde à cette personne. Le législateur a donc voulu créer une institution juridique utile et efficace comme mode d'organisation de ses affaires.

Ceci étant, le mandat en cas d'inaptitude est victime d'une crise d'identité profonde depuis sa création en 1989. En effet, un débat entoure sa véritable nature juridique. Est-ce un contrat ou un régime de protection? Tant en doctrine qu'en jurisprudence, il y a encore incertitude sur la question. Les conséquences juridiques sont bien différentes, que l'on considère le mandat en cas d'inaptitude comme un contrat ou comme un régime de protection.

De plus, la mise en œuvre du mandat donné en prévision de l'inaptitude ne garantit pas une protection à toute épreuve pour le mandant. Une étude approfondie de ses règles juridiques démontre que le mandant est insuffisamment protégé une fois qu'il est devenu inapte. Une intervention rapide du législateur est souhaitable à cet égard. Même si plusieurs problèmes découlent de la création du mandat en cas d'inaptitude, un intérêt particulier doit être porté à cette institution permettant de concrétiser les dernières volontés d'une personne lors de son inaptitude.

#### **A- LA NATURE JURIDIQUE DU MANDAT EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE : UNE PROBLÉMATIQUE EN VOIE DE RÉOLUTION**

La nature juridique du mandat en cas d'inaptitude constitue un débat juridique d'actualité. En effet, le processus d'identification de cette nouvelle institution juridique existe depuis sa création en 1989. D'une part, certains considèrent le mandat donné en prévision de l'inaptitude comme un régime de

---

4. Michel Beauchamp, «Le mandat en cas d'inaptitude : crise d'identité?» (2005) 1 C.P. du N. 335 à la p. 342 [Beauchamp].

protection<sup>5</sup>. D'autre part, quelques-uns<sup>6</sup> soutiennent que le mandat donné en prévision de l'inaptitude constitue un contrat.

La thèse retenue dépend du système de valeurs défendu. Si plusieurs associent le mandat en cas d'inaptitude aux régimes de

- 
5. Voir par ex. Monique Ouellette, «La Loi sur le Curateur public et la protection des incapables» (1989) C.P. du N. 108 à la p. 138; Claude Fabien, «Le nouveau droit du mandat» dans *La Réforme du Code civil*, t.2, Ste-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1993; Jean Lambert, «La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée? (2001)*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 83 aux pp. 95-96 [Lambert, «Mandat de protection»]. Concernant la jurisprudence : *M.(L.) c. M.(J.)*, (8 mars 1996), Joliette 700-14-000125-959, J.E. 96-971 (C.S.) [*M. (L.) c. M. (J.)*] («Dans ce contexte, il n'apparaît pas inutile au tribunal de rappeler que, le législateur, en adoptant la nouvelle Loi sur le Curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives (L.Q. 1989, c.54), a judiciarisé le processus de protection du majeur et a fait en sorte que l'ensemble des dispositions soient établies dans l'intérêt du majeur visé par la demande et soient destinées à assurer son intérêt, le respect de ses droits et *la sauvegarde de son autonomie* (art. 256 et suivants et 2166 et suivants C.c.Q.; art. 872, 877 et suivants, 878 et 884.1 et suivants C.p.c.) [nos italiques]» au para. 7). Voir également *B.(M.-P.) c. F.(R.)*, 1999-14637 (C.S.) (REJB) [*B.(M.-P.) c. F.(R.)*] («Quoique l'emplacement respectif de ces dispositions puisse être indicatif de l'intention du législateur, le Tribunal estime beaucoup plus significatif le fait que toutes ces dispositions aient été introduites par la même loi. C'est en même temps qu'il encadre les régimes de protection que le législateur permet à la personne majeure d'organiser son propre régime de protection» au para no 70-71), conf. par 2001-23874 (C.A.) (REJB); *J.P. c. L.B.*, [2001] R.J.Q. 393, (C.A.) (désistement d'appel) [*J.P. c. L.B.*].
6. *Beauchamp*, supra note 4; *Pineau et Gaudet*, supra note 2; Hélène Brassard, «La loi sur le curateur public : une loi centrée sur la personne», dans Barreau du Québec, *Congrès du Barreau (1991)*, Montréal, 1991, 617 [Brassard]. Voir également *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, (29 janvier 1997), Montréal 500-05-008305-953, J.E. 96-819 (C.S.), inf. par (29 janvier 1997), Montréal 500-09-002233-963, J.E. 97-458 (C.A.) [*Alloi-Lussier* avec renvois au R.J.Q.]; *G.(G.) c. B.(J.)*, (25 septembre 1997), Rimouski 100-14-000352-970 et 100-14-000357-979, J.E. 98-215 (C.S.); *Nault c. N. (M.H.)*, (7 juin 1999), Terrebonne (St-Jérôme) 700-14-001290-986, J.E. 99-1446 (C.S.) [*Nault c. N. (M.H.)*]; *L.M. c. T.M.*, (15 octobre 2001), Trois-Rivières 400-14-001199-010, J.E. 2001-2006 (C.S.).

protection, c'est principalement pour protéger le principe du respect de l'autonomie résiduelle de la personne. Pour les autres, le respect du principe de l'autodétermination de la personne s'avère plus important. Pour cette raison, ces derniers le considèrent comme un contrat.

### **1) Le mandat en cas d'inaptitude : un régime de protection?**

Le système de protection des personnes majeures inaptes a connu un profond bouleversement lors de l'adoption de la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*<sup>7</sup>. Autant les règles que la philosophie qui sous-tendent le système de protection de ces personnes ont été revues et corrigées. L'encadrement juridique des majeurs inaptes sous le *Code civil du Bas-Canada* faisait l'objet de vives critiques depuis l'essor des droits et libertés de la personne<sup>8</sup>.

Maintenant, les régimes de protection des majeurs<sup>9</sup> sont beaucoup plus respectueux de la personne et de l'autonomie de cette dernière<sup>10</sup>. Un tribunal qui ordonne l'ouverture d'un régime

---

7. *Loi sur le curateur public, supra* note 3.

8. Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008, à la p. 567, nn. 658 et s [Deleury et Goubau] (En effet, la situation existante sous l'ancien code ne respectait pas l'autonomie résiduelle de la personne : «Le mécanisme de l'interdiction n'offrait aucune souplesse : la personne y était entièrement soumise. C'était tout ou rien. Par conséquent, il était impossible d'obliger une personne à être représentée pour certains actes tout en lui permettant d'être juridiquement autonome pour d'autres actes» à la p. 549, n. 660). Voir également («On reprochait essentiellement au mécanisme d'interdiction automatique (c'est-à-dire au seul fait d'émettre un certificat d'incapacité) de rendre la personne incapable quant à ses biens et à sa personnes, alors que le certificat pouvait être émis sur la simple constatation qu'une personne était incapable d'administrer ses biens. Ce n'est pourtant pas parce qu'une personne ne peut pas administrer ses biens, qu'elle n'a plus la capacité, par exemple, de consentir à des soins ou de les refuser» à la p. 571, n. 662).

9. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64, art.256 et s [C.c.Q.]

10. *Ibid.* Art.257, 259 (L'article 257 stipule que «[t]oute décision relative à l'ouverture d'un régime de protection ou qui concerne le majeur protégé

de protection doit respecter le niveau d'autonomie de la personne et ajuster le régime de protection en fonction de son autonomie résiduelle<sup>11</sup>.

### **i) Les arguments juridiques**

Lors de la réforme générale sur les régimes de protection, les dispositions concernant le mandat donné en prévision de l'inaptitude ont été introduites au *Code civil du Bas-Canada*<sup>12</sup>. Suivant toute cette évolution en matière de protection du majeur inapte, il n'est pas étonnant de constater que le mandat en cas d'inaptitude soit spontanément associé à un régime de protection. D'ailleurs, plusieurs jugements considèrent important le fait que les règles du mandat donné en prévision de l'inaptitude aient été incluses dans une loi plus générale<sup>13</sup> visant la réforme des régimes de protection.

En matière de régime de protection, la position du législateur est claire : les articles 257 et 259 C.c.Q. spécifient que le respect de l'autonomie résiduelle du majeur devenu inapte est une obligation pour le tribunal. Cependant, il n'existe aucune obligation légale dans ce sens concernant le mandat donné en prévision de l'inaptitude. Alors, si le mandat en cas d'inaptitude

---

doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie.» Encore plus précis, l'article 259 expose que «[d]ans le choix d'un régime de protection, il est tenu compte du degré d'inaptitude de la personne à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens»). Voir également les auteurs Deleury et Goubau, *supra* note 8 («Cette réforme s'articule autour de deux idées maîtresses : (1) la protection dans le respect de la personne et (2) le respect de la volonté *et de l'autonomie des individus*. [notes omises] [nos italiques]» à la p. 572 au no 663); Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 («De ce nouvel esprit a découlé ce qu'on pourrait qualifier de protection modulée ou de régimes gradués de protection en fonction du degré d'inaptitude : c'est la relativité de l'incapacité [notes omises]» à la p. 94).

11. *Ibid.*

12. *Loi sur le curateur public*, *supra* note 3 (Par la suite, les règles sur le mandat en cas d'inaptitude ont été transférées au *Code civil du Québec* avec quelques modifications mineures).

13. *Supra* note 5.



accorde des pouvoirs de pleine administration au mandataire et que le mandant n'est que partiellement inapte, le tribunal pourrait tout de même prononcer l'homologation du mandat. Malgré tout, certains jugements et certains auteurs considèrent le mandat en cas d'inaptitude comme étant un régime de protection pour lui appliquer le principe du respect de l'autonomie au mandant devenu inapte<sup>14</sup>.

Afin de respecter ce principe, le tribunal ne serait pas lié par la demande qui lui est présentée et pourrait fixer le régime approprié au majeur devenu inapte<sup>15</sup>. Comme le souligne Me François Dupin, un certain courant de jurisprudence<sup>16</sup> soutient que le juge «[...] s'arroge le pouvoir de révoquer le mandat si les pouvoirs [...] évoqués sont inadéquats par rapport à la situation réelle du mandant. [...] [L]e tribunal (greffier ou juge) [...] jouit d'une discrétion souveraine pour l'approuver par rapport à la situation du majeur vulnérable»<sup>17</sup>.

---

14. *Ibid.*

15. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 aux pp. 101-102.

16. S. c. T., [1997] R.L. 254 (C.S.) [S. c. T] (Il s'agit d'une demande d'homologation de mandat et d'une requête en ouverture d'un régime de protection. La dernière option est retenue car le mandat ne concorde pas avec l'état de santé de la majeure); B. (M.P.) c. F. (R.), *supra* note 5 (Le mandat n'a pas préséance sur les régimes de protection. Il y a eu un appel et la Cour d'appel a refusé l'homologation en vertu du principe de la sauvegarde de l'autonomie de la personne); G.(R.) c. L. Ga., 2003-49914 (C.S.) (REJB) (Le mandat ne peut être homologué s'il accorde des pouvoirs de pleine administration alors que la mandante est partiellement inapte); A.D. et C.C. (31 mars 2004), Saint-Maurice (Shawinigan) 410-14-000741-043, AZ-50231040, B.E. 2004BE-498 (C.S.) (Il faut que le degré d'inaptitude de la personne soit conforme aux pouvoirs accordés dans le mandat (gradation de la protection). Le tribunal doit respecter le degré d'autonomie de la personne).

17. François Dupin, «Les matières non contentieuses» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit civil (2000)*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 59 à la p. 74 [Dupin, «Matières»]. Voir également François Dupin, «État de la jurisprudence en matière de régime de protection légale ou conventionnelle» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Être protégé malgré soi (2002)*, Cowansville, Yvon Blais, 2002 («Le devoir du tribunal est donc de jauger quelle forme doit revêtir la protection du majeur, en prenant en compte son intérêt et surtout son autonomie résiduelle» à la p. 63).

Effectivement, il semble inadmissible, dans notre société, de priver complètement le mandant de ses droits, alors qu'il pourrait être apte à en exercer certains. Au nom du respect du principe de l'autonomie de la personne, plusieurs jugements ont refusé l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude qui accorde des pouvoirs trop élargis par rapport au degré d'inaptitude du mandant<sup>18</sup>.

Dans le même sens, les articles 1 et 4 du C.c.Q. prévoient que toute personne a la personnalité juridique et est présumée apte à exercer ses droits civils. Ainsi, toute personne doit pouvoir jouir au maximum de sa personnalité juridique avec le moins de restrictions possible.

Bien sûr, les droits civils peuvent être restreints par l'ouverture d'un régime de protection<sup>19</sup>, mais notre premier devoir en tant que société est d'assurer à la personne devenue inapte le respect de son autonomie, ce que ne prévoient pas les dispositions sur le mandat en cas d'inaptitude. Pour Jean Lambert, il semble inconcevable «[...] que la déclaration d'exécution d'un mandat de protection puisse échapper à cette dynamique»<sup>20</sup>. Ainsi, les tribunaux et la doctrine passent par-dessus ce vide juridique dans le chapitre consacré au mandat donné en prévision de l'inaptitude.

Évidemment, le *Code civil du Québec* a réaménagé notre conception de la personne humaine. Ce virage philosophique a, toutefois, été amorcé par l'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>21</sup> en 1975 et en 1982 par la *Charte*

---

18. *Supra* note 16. Voir également *B(H.) et B.(Ri.)*, 2004-54346 (C.S.) (REJB) (La mandante a seulement besoin d'assistance selon le tribunal. On ne peut homologuer le mandat puisque les pouvoirs sont trop élargis (gradation de la protection)).

19. Art. 257, 259 C.c.Q.

20. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 95.

21. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1976, c. C-12 [*Charte québécoise*].

*canadienne des droits et libertés*<sup>22</sup>. Ces deux lois très importantes dégagent plusieurs valeurs fondamentales dont l'égalité de traitement des citoyens devant la loi<sup>23</sup>. Fort du principe de l'égalité, ne devrait-on pas abolir toutes ces distinctions inutiles entre le mandat en cas d'inaptitude et les régimes de protection afin de pouvoir appliquer le principe du respect de l'autonomie résiduelle au majeur devenu inapte? Si la réponse est affirmative, il est logique de considérer le mandat en cas d'inaptitude comme étant un régime de protection<sup>24</sup>.

De plus, la ressemblance entre le libellé des articles 256 et 2131 du C.c.Q. accentue le lien entre le mandat donné en prévision de l'inaptitude et les régimes de protection. En effet, ces deux articles stipulent que les régimes de protection au majeur et le mandat donné en prévision de l'inaptitude visent la protection de la personne dans son ensemble et l'administration des biens du majeur devenu inapte. Les deux institutions visent donc le même but. À une première lecture, ces deux institutions juridiques ont plusieurs points en commun et il est compréhensible de confondre le mandat donné en prévision de l'inaptitude aux régimes de protection.

Tous ces liens juridiques établis entre le mandat donné en prévision de l'inaptitude et les régimes de protection semblent adoptés par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence depuis son adoption en 1989. Pourtant, un revirement s'opère depuis le début du millénaire.

---

22. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

23. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 100.

24. *Ibid.*

**ii) Les conséquences reliées à la thèse du régime de protection**

En associant le mandat en cas d'inaptitude à un régime de protection, on permet l'application du principe du respect de l'autonomie et de la sauvegarde des intérêts de la personne inapte<sup>25</sup>. Ainsi, on pourrait moduler le mandat en cas d'inaptitude en fonction du degré d'inaptitude de la personne.

La problématique concernant le respect de l'autonomie de la personne découle du fait que certains mandats en cas d'inaptitude accordent des pouvoirs de pleine administration à leur mandataire alors que le mandant ne devient qu'inapte partiellement. Que faire dans une telle situation? Est-ce que le juge doit homologuer le mandat en cas d'inaptitude, le modifier pour respecter les principes établis par l'art. 257 C.c.Q. ou tout simplement refuser l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude et ouvrir un régime de protection? Certains juges ont refusé l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude si les pouvoirs d'administration n'étaient pas conséquents avec le degré d'inaptitude de la personne<sup>26</sup>.

Pour Claude Fabien, la volonté contractuelle ne doit pas surpasser l'objectif du mandat en cas d'inaptitude qui est de protéger la personne inapte, car «sa faculté de prévision a des limites»<sup>27</sup>. Ainsi, l'application des dispositions sur les régimes de protection permet de respecter des principes importants aux yeux du droit civil québécois, soit le respect de l'autonomie de la personne et la protection des intérêts de la personne inapte. Le mandat en cas d'inaptitude devrait être adaptable aux intérêts du mandat lors de la survenance de son inaptitude<sup>28</sup>. D'ailleurs,

---

25. Art. 256, 257, 259 C.c.Q.

26. *Supra*, note 16.

27. Claude Fabien, «Le mandat de protection : une institution à parfaire» (2007) 1 C.P. du N. 405 à la p. 412 [Fabien, «Mandat»].

28. *Ibid.* à la p. 427.

certains juges vérifient s'il est dans l'intérêt du mandant de rendre exécutoire le mandat en cas d'inaptitude<sup>29</sup>.

L'opinion de Claude Fabien et l'application des principes prévus aux articles 256, 257 et 259 C.c.Q. ne signifient pas pour autant que le mandat en cas d'inaptitude doit être modulé au bon vouloir du pouvoir judiciaire puisqu'il constitue un contrat dont le contenu dépend de la volonté du mandant. Le mandat en cas d'inaptitude demeure immuable<sup>30</sup>. La modulation de la protection est réservée aux régimes de protection<sup>31</sup>. En toute logique, si la personne n'a rien prévu relativement à son inaptitude, les mesures prises par le tribunal doivent être le moins invasives possible. Dans cette situation, il faut ajuster la protection en fonction du degré d'inaptitude de la personne. C'est pourquoi il existe des régimes de protection.

Par contre, dans le cas du mandat en cas d'inaptitude, le tribunal a le pouvoir d'homologuer le mandat ou de refuser son homologation. Toutefois, est-ce vraiment dans l'intérêt du mandant de refuser l'homologation de son mandat en cas d'inaptitude pour la raison que les pouvoirs d'administration ne concordent pas avec le degré d'inaptitude de la personne? Le but

---

29. Art. 257 C.c.Q. Voir également Lucie Laflamme, «Variations sur des thèmes connus : le mandat en prévision de l'inaptitude et la procuration générale» (2002) 2 C.P. du N. 103 aux pp. 123-124 [Laflamme] (Nous partageons l'opinion de Me Lucie Laflamme selon laquelle le juge n'a pas le pouvoir de se référer aux notions prévues dans le chapitre du *Code civil du Québec* concernant les régimes de protection aux majeurs (voir les articles 256 et suivants du C.c.Q.).

30. Fabien, «Mandat», *supra* note 27 aux pp. 426-427.

31. Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude – De l'expression de la volonté à la mise en œuvre*, Yvon Blais, Cowansville (Qc), 2008 aux pp. 108-112 [Laflamme, Kouri et Nootens] (Ces auteurs sont plutôt d'avis que la modulation de la protection doit être applicable dans le cas du mandat en cas d'inaptitude afin de respecter l'autonomie résiduelle de la personne sans toutefois recourir aux règles des régimes de protection. Ils proposent la rédaction de plusieurs mandats en fonction du degré d'inaptitude croissant et prévisible du mandant.).

du mandat en cas d'inaptitude n'est-il pas de permettre à une personne de prévoir à l'avance l'administration de ses biens et la protection de sa personne advenant son inaptitude sans qu'une tierce partie s'immisce dans ce processus? Les personnes qui rédigent un mandat en cas d'inaptitude désirent écarter l'ouverture d'un régime de protection. Ainsi, en refusant l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude parce que les pouvoirs octroyés ne concordent pas avec le degré d'inaptitude de la personne au profit de l'ouverture d'un régime de protection, le tribunal vient dénaturer l'essence même de cette institution juridique<sup>32</sup>.

Quoiqu'il en soit, le nouveau formulaire «Mon mandat en cas d'inaptitude» proposé par le Curateur public du Québec permet maintenant au mandant d'affirmer expressément qu'il désire l'homologation de son mandat même si l'équilibre entre l'inaptitude et les pouvoirs d'administration n'est pas atteint<sup>33</sup>. Sans nous pencher sur la légalité d'une telle clause, est-ce que son existence permettra aux juges de prononcer l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude malgré l'octroi de pouvoirs exorbitants par rapport au degré d'inaptitude du mandat?

## **2) La thèse contractuelle : la solution?**

On le sait, la liberté demeure une valeur fondamentale de notre société. La personne humaine est en droit de prendre des décisions relatives à son corps<sup>34</sup>, mais aussi sur tout ce qui concerne sa vie et le contrôle de ses affaires. La réforme sur les régimes de protection a prévu un véritable droit à

---

32. *Ibid.* aux pp. 108-109 (Ces auteurs ne peuvent concevoir que le tribunal puisse homologuer un mandat en cas d'inaptitude tel que rédigé indépendamment du degré d'inaptitude de la personne. Ils sont en désaccord avec cette façon de faire des tribunaux ces dernières années.).

33. Le Curateur public du Québec, «Mon mandat en cas d'inaptitude» (2007), en ligne : Les Publications du Québec <<http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/mandat.pdf>>.

34. Art. 11 C.c.Q.

l'autodétermination en créant le mandat donné en prévision de l'inaptitude<sup>35</sup>.

**i) Les arguments juridiques**

L'emplacement des dispositions sur le mandat donné en prévision de l'inaptitude n'est pas étranger à l'intention du législateur d'en faire un véritable contrat<sup>36</sup>. En effet, le chapitre sur le mandat en cas d'inaptitude se situe au chapitre neuvième du Livre V sur les «Obligations» dans le *Code civil du Québec*, livre entièrement consacré au droit des contrats<sup>37</sup>. Le respect de la liberté contractuelle et de l'autodétermination de la personne est au cœur de cette section du *Code civil*.

Dans la cause *G. (G.) c. B. (J.)*<sup>38</sup>, le tribunal soutient que l'homologation du mandat en cas d'inaptitude doit être préférée à l'ouverture d'un régime de protection vu l'importance accordée à ce contrat par le législateur :

Le tribunal partage l'opinion des auteurs Deleury et Goubau que le législateur a voulu consacrer le principe de la primauté du mandat sur le régime de protection puisqu'il permettait à un individu de désigner lui-même la personne qu'il désirait pour s'occuper de lui et de ses

---

35. Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 639, n. 732. Voir également Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 112, n. 71 [Baudouin et Jobin] («Dans l'ordre juridique établi par le droit civil, c'est le contrat qui représente, par excellence, la manifestation la plus caractérisée de la volonté humaine. [...] C'est pourquoi la philosophie de l'autonomie de la volonté et son pendant en droit positif, la liberté contractuelle, ont occupé une place de choix dans les droits civilistes, incluant celui du Québec, depuis fort longtemps.»).

36. Art 2166 et s. C.c.Q. Voir également Laflamme, *supra* note 29.

37. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 96 (Pourquoi le mandat est-il placé dans les contrats nommés? Jean Lambert soutient que le mandat n'est qu'une façon de prévoir à l'avance le représentant légal et l'étendue de ses pouvoirs.).

38. *G. (G.) c. B. (J.)*, *supra* note 6. Voir également *Nault c. N. (M.H.)*, *supra* note 6.

biens et de la façon qu'il le désire, et non pas de laisser ce choix à autrui, au tribunal ou à l'assemblée de parents.<sup>39</sup>

Toute l'importance accordée au mandat en cas d'incapacité milite en faveur du respect des dernières volontés exprimées par une personne dans son mandat donné en prévision de l'incapacité<sup>40</sup>.

L'emplacement des règles du mandat donné en prévision de l'incapacité est, sans aucun doute, déterminant sur la nature juridique de celui-ci. Cependant, Jean Lambert rétorque que les règles du mandat en cas d'incapacité devront éventuellement être déplacées dans le Livre I Des personnes à la section des « Régimes

- 
39. *G. (G.) c. B.(J.)*, *ibid.* (Le tribunal réitère qu'il ne possède pas de discrétion en matière de mandat en cas d'incapacité. Il doit se plier aux exigences législatives et respecter l'institution qu'est le mandat donné en prévision de l'incapacité: «De plus, l'article 884.3 C.p.c. ne semble donner aucune discrétion au greffier. Tout ce que le greffier peut et doit faire est de vérifier si le mandant est inapte par l'interrogatoire prévu de l'article 878 C.p.c. et par les expertises médicales et psychosociales, et si le document qu'on lui présente constitue bel et bien un mandat donné dans l'éventualité de son incapacité par le mandant. Dans l'affirmative, il doit homologuer ledit mandat» au para. 15).
40. *Nault c. N. (M.H.)*, *supra* note 6 (On doit préférer l'homologation du mandat à l'ouverture d'un régime de protection. L'incapacité du mandant au moment de la signature du mandat n'a pas été mise en doute. De plus, le notaire instrumentant a conclu à un consentement valide lors de la confection de l'acte); *Alloi-Lussier* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 6; *Clément c. Cartier*, 1999-14546 (C.S.) (REJB) (Le tribunal juge qu'il est important de respecter la volonté du majeur alors qu'il était apte); *R.S. c. J.B.*, (25 janvier 2000), Saint-François (Sherbrooke) 450-14-001276-995, J.E. 2000-674 (C.S.) [R.S. c. J.B.] (Appel rejeté, car aucune raison ne permet au juge de refuser l'homologation du mandat); *P.-J.T. c. Y.D.*, (19 avril 2002), Chicoutimi 150-14-000790-018, J.E. 2002-1300 (C.S.) [P.-J.T. c. Y.D.] (Le tribunal doit respecter les volontés librement exprimées dans un mandat à moins de circonstances particulières); *P.(D.) c. P.(M.)*, 2003-44124 (C.S.) (REJB) (Le Tribunal doit respecter la volonté clairement exprimée du mandant); *P.(L.) Re*, 2004-81257 (C.S.) (REJB) [P.(L.) Re] (Le respect des volontés du mandant est une priorité); *Québec (Curateur public) c. D.S.*, [2006] R.J.Q. 466 (C.A.), infirmant en partie 2005-93047 (C.S.) (REJB) [D.S. avec renvois au R.J.Q.] (Cette cause confirme l'attitude de non immixtion que les tribunaux doivent adopter face à un mandat donné en prévision de l'incapacité).



de protection du majeur»<sup>41</sup>. Ainsi, la référence au principe du respect de l'autonomie résiduelle en matière de mandat en cas d'inaptitude ne causerait aucune controverse juridique<sup>42</sup>.

De plus, les libellés des articles 2168 et 2169 du C.c.Q. militent en faveur de la thèse selon laquelle le mandat donné en prévision de l'inaptitude constitue un contrat et non un régime de protection. En effet, l'article 2168 permet de recourir aux règles de la tutelle au majeur si la portée du mandat donné en prévision de l'inaptitude est douteuse. On doit appliquer une interprétation restrictive à cette disposition puisque les règles du contrat de mandat sont supplétives en tout premier lieu<sup>43</sup>. Également, le tribunal a l'opportunité d'ouvrir un régime de protection dans les cas où le mandat donné en prévision de l'inaptitude serait incomplet<sup>44</sup>. Le législateur ne voulait donc pas faire du mandat donné en prévision de l'inaptitude un régime de protection, mais permettre au tribunal d'avoir recours aux articles prévus au chapitre «Des régimes de protection du majeur» en cas de protection incomplète du majeur devenu inapte. Donc, dans certains cas bien précis, le législateur nous permet d'avoir recours aux règles des régimes de protection, sans quoi les articles du mandat en cas d'inaptitude doivent recevoir application en priorité. Dans le même ordre d'idées, le ministre de la Justice indiquait que le principe nouveau allait permettre «[...] d'éviter l'ouverture d'un régime de protection [...] chaque fois que c'est possible, tout en assurant la protection des personnes»<sup>45</sup>.

---

41. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 92.

42. Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 (Voir la solution de la modulation de la protection proposée par les auteurs.).

43. Fabien, «Mandat», *supra* note 27.

44. Art. 2169 C.c.Q.

45. Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, «Étude du projet de loi 145», dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, vol. 30 au para. 38 (7 juin 1989) à la p. CI-2597. Voir également *M.(L.) c. M.(J.)*, *supra* note 5 («Ce n'est que par exception que le tribunal pourrait, dans certaines circonstances, fixer un régime différent de protection ou rendre tout ordonnance visant à protéger les intérêts du majeur visé par la demande, la sauvegarde de ses droits, de son intégrité et de son autonomie, le tout en fonction de chaque cas (art. 2166 et suivants et 273, 274, 276 C.c.Q.).»).

L'importance accordée au respect de l'autodétermination par le législateur ne fait, à notre avis, aucun doute.

Le mandat en cas d'inaptitude constitue une institution juridique où le droit à l'autodétermination prend toute son importance. On rend inactif ce droit à l'autodétermination si on considère le mandat en cas d'inaptitude comme un régime de protection<sup>46</sup>. Selon la majorité de la jurisprudence, on l'assimile à un régime de protection alors qu'on devrait considérer ce dernier comme étant un mécanisme subsidiaire<sup>47</sup>.

Finalement, l'avènement de l'article 2167.1 C.c.Q., en 2002, est venu confirmer la volonté du législateur de considérer le mandat en cas d'inaptitude comme une institution distincte des régimes de protection. On associait le mandat en cas d'inaptitude pour permettre le respect de l'autonomie résiduelle de la personne, mais également pour appliquer les principes dégagés par les articles 272 à 274 C.c.Q.. Ces articles permettent au juge de rendre jugement sur des requêtes interlocutoires pour protéger adéquatement la personne devenue inapte ainsi que son patrimoine. En ajoutant l'article 2167.1 C.c.Q., le législateur vient anéantir l'argument pour lequel certains juristes avaient recours aux règles des régimes de protection. Si les auteurs proposaient le recours à ces articles (et aux autres dispositions des régimes de protection en général), c'est simplement parce que le mandat était moins bien protégé entre la survenance de l'inaptitude et l'homologation du mandat donné en prévision de l'inaptitude. Par

---

46. Il est utile ici de faire un parallèle entre le mandat en cas d'inaptitude et le testament. Le principe de l'autodétermination de la personne doit être respecté en matière de mandat en cas d'inaptitude comme l'on respecte le principe de la liberté testamentaire. Voir Michel Grimaldi, *L'intention libérale*, Conférence Roger-Comtois, Montréal, Thémis, 2004 à la p. 19 [Grimaldi] («Il ne faut pas retirer la liberté de disposer à titre gratuit, et singulièrement la liberté testamentaire, à ceux auxquels elle est la plus secourable : aux personnes âgées. Il ne faut pas les priver de ce qui les occupe et qui leur permet de croire qu'elles se survivront à elles-mêmes : il serait inhumain d'imposer, à partir d'un certain âge, comme un permis de donner ou de tester.»).

47. Voir *M.(L.) c. M.(J.)*, *supra* note 5.

l'ajout de l'article 2167.1 C.c.Q., le législateur est venu remédier à ce vide juridique troublant<sup>48</sup>. L'utilité de recourir aux règles des régimes de protection à ce niveau devient maintenant désuète.

Le principe de l'autodétermination a certainement une place privilégiée dans notre droit. Par contre, il faut demeurer conscient des limites de ce concept lors de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude.

### **ii) Les conséquences reliées à la thèse contractuelle**

La réforme sur les régimes de protection s'articule, entre autres, autour de l'idée de la protection dans le respect de la personne. Dans ce cadre, lorsqu'il a créé le mandat en cas d'inaptitude, le législateur a voulu donner une plus grande place à la famille du majeur inapte plutôt qu'au curateur public<sup>49</sup>. Cet objectif est effectivement souhaitable pour le bien du mandant. Toutefois, l'homologation du mandat donné en prévision de l'inaptitude soulève parfois certaines difficultés pour le mandant ainsi que pour sa famille.

Tout d'abord, nous devons porter attention à l'espérance de vie humaine qui tourne maintenant autour de 80 ans<sup>50</sup>. En effet, le vieillissement d'une personne augmente les risques rattachés à diverses pathologies affectant les facultés mentales de celle-ci :

[L]es avancées de la science ont de beaucoup augmenté la longévité, mais en contrepartie, à la fin de la vie vient une période plus ou moins longue pendant laquelle nous serons inapte à décider par nous-mêmes.<sup>51</sup>

---

48. *Laflamme, supra note 29* aux pp. 110-113.

49. *B. (A.) c. L.(Y.)*, 2004-54321 (C.S.) (REJB) au para. 10 («[L]e but d'un mandat d'inaptitude ou d'homologation d'un mandat d'inaptitude est avant tout d'associer les proches dans la prise en charge des personnes inaptes.»).

50. *Ibid.*

51. Danielle Chalifoux, «Les obstacles à la mise en œuvre des directives de fin de vie en milieu institutionnel» dans Barreau du Québec, Service de la

Dans ce contexte, l'aptitude d'une personne âgée, au moment de la rédaction du mandat en cas d'inaptitude, peut davantage être mise en doute lors de l'homologation. En conséquence, l'audition de la requête en homologation peut s'avérer une situation stressante pour les membres de la famille du mandant.

Également, la structure familiale subit, depuis quelques années, de profonds bouleversements rendant difficile la prise en charge par les proches de la personne inapte. Lors de l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude, le tribunal doit demeurer conscient de la structure familiale d'aujourd'hui. En effet, la personne inapte peut se retrouver sous le contrôle d'une seule personne favorisant ainsi les risques d'abus de toutes sortes<sup>52</sup>.

Le contexte social dans lequel vivent plusieurs personnes âgées favorise également le risque d'abus de la part des proches du mandant :

[S]oit qu'elles vivent seules, et la menace vient d'un voisinage cupide; soit qu'elles vivent dans un établissement spécialisé, et la menace vient d'un personnel indélicat, soit enfin qu'elles vivent dans une famille recomposée, et la menace vient de cette famille-ci (d'un nouveau conjoint parfois beaucoup plus jeune), hostile à celle qui s'est défaite (aux enfants du premier lit). Dans toutes ces situations, les méthodes utilisées sont les mêmes : le dol, par suggestion ou captation, qui consiste tantôt à susciter chez le disposant l'animosité envers *ab intestat*, en distillant de fausses nouvelles ou des calomnies, tantôt à prendre sur sa volonté une emprise absolue en le coupant du monde extérieur; la violence, qui est menace de privation de soins ou d'envoi à l'hospice [nos italiques].<sup>53</sup>

---

formation permanente, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée?* (2001), Cowansville, Yvon Blais, 2001, 19 à la p. 21 [Chalifoux].

52. *Grimaldi*, *supra* note 46 à la p. 8.

53. *Ibid.* à la p. 18.

Plusieurs auteurs ont également soulevé d'autres problématiques qui entourent le respect du principe de l'autodétermination de la personne :

Quant au principe de l'autodétermination, pour quelle durée de temps peut-on s'autodéterminer? Les conséquences attachées à l'écoulement du temps (du moment de la confection du mandat à celui de son homologation), fait en sorte que le mandant a pu cheminer et penser différemment les soins à apporter à sa personne, ou, pour peu que la dynamique familiale qui présidait au moment de la désignation d'un mandataire particulier ait changé, toutes ces hypothèses sont des éléments qui peuvent saper la viabilité d'un mandat. De plus, comment prévoir ce qui peut nous arriver et les soins qui seront alors requis, avec en particulier les progrès de l'évolution technologique et médicale en sus?<sup>54</sup>

Ainsi, selon François Dupin, tout le processus d'homologation doit d'abord et avant tout être gouverné par le meilleur intérêt du mandant. Dans ce sens, il soutient que l'intérêt du majeur ne milite pas nécessairement en faveur du respect de ses volontés<sup>55</sup>. Nous sommes d'accord avec cette affirmation, particulièrement dans les cas où le mandataire a posé des gestes douteux dans le cadre de l'administration des affaires du mandant avant l'homologation<sup>56</sup>. Par contre, si le mandant était apte au

---

54. François Dupin, «État de la jurisprudence en matière de mandats en prévision de l'inaptitude» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée? (2001)*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 1 à la p. 5 [Dupin, «Mandat en prévision»]. Voir aussi Dupin, «Matières», *supra* note 17 à la p. 71; Jocelyne Girard, «L'évaluation psychosociale : un processus incontournable pour la sauvegarde de l'autonomie du majeur et complémentaire aux univers légal et médical» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée? (2001)*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 45 à la p. 46.

55. Dupin, «Mandat en prévision», *ibid.* aux pp. 13-14.

56. *R.S. c. J.B.*, *supra* note 40 (Dans ce cas-ci, aucune preuve suffisante n'est amenée, selon le juge, pour refuser l'homologation, et ce, malgré une augmentation de la marge de crédit de 5 000\$ à 95 000\$ en peu de temps, ainsi que des retraits bancaires de plus de 136 000\$ en 2 ans et

moment de la confection du mandat et que les agissements du mandataire sont irréprochables, nous croyons, comme le tribunal dans l'affaire *Alloi-Lussier*<sup>57</sup>, que le mandat donné en prévision de l'inaptitude doit être homologué. Même si l'écoulement du temps et l'évolution de la médecine peuvent engendrer différentes difficultés relativement à la viabilité du mandat, le principe de l'autodétermination de la personne doit être respecté. Comme dans le cas du testament, le juge n'a pas à vérifier la «qualité» du contenu de celui-ci<sup>58</sup>. Le testateur doit seulement avoir la capacité requise pour tester au moment où le testament a été rédigé<sup>59</sup>. Une fois les dispositions légales respectées, aucun pouvoir ne permet au tribunal d'intervenir dans l'ouverture de la succession. Il devrait en être de même pour le mandat en cas d'inaptitude<sup>60</sup>.

Même si l'on doit accorder au principe de l'autodétermination toute la place qui lui revient, la société a un devoir de protéger les personnes les plus vulnérables. Ainsi, on ne peut homologuer aveuglément un mandat donné en prévision de l'inaptitude sans prendre en considération toute la situation entourant le mandant<sup>61</sup>. Le mandat en cas d'inaptitude pourrait alors constituer une protection insuffisante pour le mandant comparativement à un régime de protection administré par le curateur public. À cet égard, les dispositions législatives sur le mandat donné en prévision de l'inaptitude demeurent

---

demi); *P.-J. T. c. Y.D.*, *supra* note 40; *M.B. c. D.B.*, (10 août 2005), Montréal 500-09-015665-052, J.E. 2005-1766 (C.A.). Voir également Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 aux pp. 105-107

57. *Supra* note 6.

58. *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 887-891 [C.p.c.].

59. Art. 707-711 C.c.Q.

60. Voir *D.S.*, *supra* note 40; *Alloi-Lussier* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 6.

61. Le tribunal est justifié de refuser l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude pour des raisons sérieuses, comme la mauvaise administration du mandataire ou les conflits d'intérêts du mandataire. Voir par ex. *P.-J. T. c. Y.D.*, *supra* note 40 (Dans cette cause, le tribunal respecte la volonté clairement exprimée par le mandant et homologue le premier mandat rédigé, puisque la preuve démontre l'administration déficiente du mandataire nommé dans le deuxième mandat donné en prévision de l'inaptitude).

insuffisantes et le législateur doit intervenir à tout prix pour corriger ces lacunes et assurer une protection minimum aux personnes qui en ont le plus besoin.

Finalement, la nature juridique du mandat en cas d'inaptitude ne fait toujours pas l'unanimité. Doit-on le considérer comme étant un régime de protection, un contrat ou comme une institution juridique à mi-chemin entre les deux? Plutôt que de remettre en question les fondements d'une institution complète qui mérite notre attention, nous vous proposons des solutions afin de répondre aux différentes inquiétudes soulevées par l'application des règles du mandat en cas d'inaptitude.

## **B- VERS UNE NOUVELLE VISION DU MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE**

Actuellement, la conception des juristes de l'ensemble des règles régissant le mandat en cas d'inaptitude progresse. Une nouvelle vision du mandat donné en prévision de l'inaptitude se dessine. En effet, les modifications législatives effectuées depuis l'adoption des dispositions sur le mandat en cas d'inaptitude en 1989 et la tendance jurisprudentielle de la dernière année démontrent que la tendance contractuelle se distingue.

Toutefois, si cette tendance devait se maintenir, le législateur devra intervenir afin de combler les vides juridiques existants au chapitre sur le mandat donné en prévision de l'inaptitude.

### **1) La voie à privilégier**

La crise d'identité du mandat en cas d'inaptitude amène les auteurs et les tribunaux à ne pas saisir le véritable sens de celui-ci. En comprenant davantage dans quel contexte le mandat en cas d'inaptitude a été créé et en étudiant son encadrement juridique, on arrive à mieux saisir sa raison d'être. De plus, les tribunaux semblent corriger le tir en ramenant davantage le mandat donné en prévision de l'inaptitude sur la voie contractuelle.

**i) Le mandat donné en prévision de l'incapacité : une institution incomprise**

Dans ses commentaires accompagnant le dépôt du mémoire de la Chambre des notaires lors des auditions de la sous-commission des institutions sur l'avant-projet de loi portant sur la réforme au *Code civil du Québec* du droit des obligations, Jean Lambert a soumis l'idée originale du mandat en cas d'incapacité. L'idée soutenue fut avancée comme suit :

Cela nous amène à reformuler [...] une suggestion au législateur voulant que la personne, lorsqu'elle signe une procuration ou un *mandat notarié* avec la stipulation expresse que ce mandat doit demeurer en force après constatation d'un état d'incapacité mentale du mandant, que cette procuration puisse donc continuer à être valide, qu'elle habilite le mandataire à agir au nom de la personne déficiente et que *le tribunal n'intervienne que s'il y a des problèmes dans la gestion*, et ce, sur demande des personnes de la famille ou d'un intéressé. Ce qui aurait pour effet, d'une part, de diminuer le coût pour l'État de toute cette gestion et, d'autre part, de diminuer aussi le coût que le justiciable doit assumer lorsqu'il doit s'engager dans le processus de la curatelle privée [nos italiques].<sup>62</sup>

Jean Lambert fut très surpris de constater «que l'idée originale allait être détournée au profit d'un objectif plus ambitieux, soit la déclaration d'incapacité du mandant»<sup>63</sup>. En effet, l'article 884.3 C.p.c. stipule que «[l]e juge ou le greffier saisi de la demande d'homologation vérifie l'incapacité du mandant». De plus, l'article 2166 C.c.Q. permet la rédaction d'un mandat en cas d'incapacité sous seing privé alors qu'il était suggéré un mandat sous forme notariée seulement<sup>64</sup>. Quoiqu'il en soit, nous devons

---

62. Lambert, «Consultation générale», *supra* note 2.

63. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 89.

64. Art. 2166 C.c.Q. («Le mandat donné par une personne majeure en prévision de son incapacité à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens est fait par acte notarié en minute ou devant témoins. Son exécution est subordonnée à la survenance de l'incapacité et à



maintenant accepter l'institution du mandat en cas d'inaptitude, différente de la proposition initiale, et tenter d'en comprendre sa nature à partir des règles établies.

Selon Jean Lambert, la nouvelle institution qu'est le mandat donné en prévision de l'inaptitude s'inscrit «dans un contexte de limitation, voire de retrait au mandant de l'exercice de ses droits civils [notes omises]»<sup>65</sup>. Un courant jurisprudentiel abonde dans ce sens<sup>66</sup>.

Or, le législateur a clairement voulu créer deux institutions ayant des effets juridiques fort différents. En effet, l'article 256 C.c.Q., prévu au chapitre des régimes de protection au majeur expose que :

Les régimes de protection du majeur sont établis dans son intérêt; ils sont destinés à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils. *L'incapacité qui en résulte est établie en sa faveur seulement* [nos italiques].

Un régime de protection crée donc une situation d'incapacité légale. Cependant, aucun article prévu au chapitre du mandat donné en prévision de l'inaptitude ne prévoit que

---

l'homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l'acte).

65. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 97. Voir également François Dupin, «La protection des personnes inaptes : l'intérêt et l'autonomie du majeur protégé» (1997) R. du B. 159; Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 660, n. 753 («Dès l'homologation, le mandataire acquiert sur la personne et/ou les biens du mandant les pouvoirs expressément prévus à l'acte. Dans la même mesure, le mandant devient juridiquement incapable [notes omises].»).
66. *Re Bédard*, (19 novembre 1990), Montréal 500-14-001920-909, Juge Nolin (C.S.) [*Re Bédard*]; *L.R. c. É.L.*, (5 décembre 2000), Saint-François (Sherbrooke) 450-14-001539-0004, J.E. 2001-342 (C.S.) (Les règles des régimes de protection s'appliquent *mutatis mutandis* au mandat en cas d'inaptitude); *B.(M.-P.) c. F.(R.)*, *supra* note 13 (Le tribunal souligne que le mandat en cas d'inaptitude est une forme de régime de protection. Ainsi, l'article 256 C.c.Q. lui est applicable).

l'homologation crée une situation d'incapacité juridique. Au contraire, l'article 2166 du *Code civil du Québec* prévoit que l'exécution du mandat est subordonnée à la survenance de l'inaptitude du mandant.

Le droit distingue clairement la notion d'inaptitude et d'incapacité juridique. En effet, l'article 1 C.c.Q. prévoit que «[t]out être humain possède la personnalité juridique» et qu'«il a la pleine jouissance des droits civils». En principe, si une personne naît vivante et viable, elle possède d'emblée tous ses droits civils<sup>67</sup>. Par contre, cela ne signifie pas qu'elle soit apte à les exercer elle-même. L'article 4 C.c.Q. prévoit effectivement que «[t]oute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils», mais que dans certains cas, «la loi prévoit un régime de représentation ou d'assistance». La tutelle, la curatelle et le mandat en cas d'inaptitude confèrent des pouvoirs de représentation. Toutefois, la situation juridique engendrée par les régimes de protection et le mandat donné en prévision de l'inaptitude reste différente.

À propos des concepts d'incapacité et d'inaptitude, voici les commentaires des auteurs Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens :

Le *Code civil du Québec* consacre clairement la distinction entre la capacité et l'aptitude, ces deux notions ayant néanmoins certains éléments connexes. [...] La capacité est la notion juridique qui désigne la faculté d'être titulaire de droits et de les exercer soi-même. [...] L'inaptitude est une situation de fait, qui peut [...] exister indépendamment d'un régime de protection, et inversement, une personne frappée d'incapacité peut être momentanément (ou redevenue) apte.<sup>68</sup>

---

67. Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 18, n. 9.

68. Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 2e éd., Yvon Blais, 2005 à la p. 204, n. 217. Voir également *M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*, [1996] R.J.Q. 229 (C.A.) (La Cour d'appel distingue l'inaptitude de l'incapacité).

Les auteurs Deleury et Goubau distinguent également ces deux notions juridiques en nommant l'inaptitude «incapacité naturelle» :

L'incapacité juridique vise les cas, prévus par la loi, où la personne fait l'objet d'un régime particulier de protection, que ce soit automatiquement par le fait même de son état (le mineur) ou par décision judiciaire (par exemple, l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle au majeur). On oppose parfois à cette notion celle d'incapacité «naturelle» ou «de fait». [...] En effet, l'incapacité naturelle vise les cas d'impossibilité factuelle à donner un consentement, indépendamment de l'ouverture d'un régime de protection [notes omises].<sup>69</sup>

Selon Jean Lambert, les termes «subordonn[és] à la survenance de l'inaptitude» contenus à l'article 2166 C.c.Q. signifient que le législateur a voulu retirer au mandant l'exercice de ses droits civils<sup>70</sup>. Cependant, les articles 2166 et 2131 C.c.Q. parlent d'inaptitude et non d'incapacité comme le prévoient les articles 154 et 256 C.c.Q.<sup>71</sup>. Comme l'expliquent pertinemment les auteurs Pineau et Gaudet, le législateur a voulu créer une situation d'inaptitude et non d'incapacité juridique, faisant ainsi du mandat donné en prévision de l'inaptitude un régime basé davantage sur les notions contractuelles :

[...] [L]homologation du mandat est différente de l'ouverture d'un régime de protection, ce n'est que la constatation de l'inaptitude de fait du mandant, qui donne au mandat son efficacité, qui prive le mandant de certains

---

69. Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 383, n. 435.

70. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 98.

71. L'article 154 C.c.Q. : «La capacité du majeur ne peut être limitée que par une disposition expresse de la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection.». Voir également Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 (Selon ces auteurs, la rédaction de l'article 154 C.c.Q. est non équivoque : l'ouverture d'un régime de protection retire la capacité légale à la personne inapte alors qu'aucune disposition semblable n'est prévue en ce qui concerne le mandat en cas d'inaptitude aux pp. 10-11.).

de ses pouvoirs – et non point de sa capacité -, qui ne permet aucunement au tribunal de contrôler ni le contenu du mandat, ni le choix du mandataire, ni les décisions de ce dernier. Il s'agit donc d'un procédé où le lien de confiance entre le mandant et son mandataire l'emporte sur la nécessité d'un contrôle et donc d'une protection judiciaire.<sup>72</sup>

En aucun cas le mandat en cas d'incapacité homologué n'engendre une situation d'incapacité d'exercice de ses droits civils. Le mandant aura un représentant légal pour gérer ses affaires et le bien-être de sa personne pendant la période d'incapacité. Nous pouvons donc observer une différence entre la situation juridique créée par les régimes de protection et le mandat en cas d'incapacité :

Il s'agit, là, d'un régime très particulier qui ne peut être assimilé aux régimes dits de protection et ne fait pas de cet inapte un «majeur protégé», un incapable au sens juridique du terme.<sup>73</sup>

De plus, le législateur a vraiment voulu faire du mandat en cas d'incapacité un régime répondant à des besoins distincts des régimes de protection. Comme le soulignent les auteurs Deleury et Goubau:

Innovation majeure de la réforme de 1989, le mandat donné en prévision de l'incapacité répond à une double préoccupation : d'abord, permettre à toute personne majeure de décider elle-même qui s'occupera d'elle en cas d'incapacité, puis simplifier les formalités au moment où survient cette incapacité.<sup>74</sup>

---

72. Pineau et Gaudet, *supra* note 2 à la p. 238, n. 112.1.

73. *Ibid.* à la p. 234, n.112; art. 2172 C.c.Q. (Toutefois, redevenu apte, le mandant ne peut révoquer le mandat sans le sceau du tribunal); Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 aux pages 10-11 (Les auteurs soulignent ce fait pour le moins paradoxal avec la position selon laquelle l'homologation du mandat en cas d'incapacité ne retire pas la capacité juridique du mandant.).

74. Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 639, n. 732.

En effet, le mandant dispose d'une liberté contractuelle lui permettant de prévoir, lors de la rédaction du mandat en cas d'inaptitude, la gestion de ses affaires et de son bien-être advenant son inaptitude. Toutefois, cette liberté ne peut s'exercer en outrepassant l'ordre public<sup>75</sup>.

Également, les pouvoirs législatifs accordés au tribunal en matière d'ouverture d'un régime de protection et ceux accordés lors de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude diffèrent. En effet, les articles 257 et 259 C.c.Q. obligent le tribunal à ajuster le régime de protection en fonction du degré d'inaptitude de la personne. Par contre, aucune disposition ne permet au juge d'ajuster la protection en fonction de l'autonomie résiduelle du mandant lors de l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude<sup>76</sup>.

Enfin, le régime de révision périodique des régimes de protection<sup>77</sup> prouve que le législateur a clairement voulu créer un effet juridique différent pour le majeur dans le cas des régimes de protection. En effet, l'article 278 C.c.Q. prévoit une révision du régime de tutelle tous les trois ans et tous les cinq ans dans le cas d'un régime de curatelle. La protection du majeur inapte est donc sans équivoque sous un régime de protection, alors qu'en matière de mandat en cas d'inaptitude, il existe un vide juridique sur cette question.

Il s'agit donc d'une erreur d'interprétation de considérer le mandat donné en prévision de l'inaptitude comme étant un régime de protection puisque les effets juridiques diffèrent. Ces deux institutions sont deux entités distinctes même si elles se ressemblent sur certains aspects. D'ailleurs, dans la cause *Québec (Curateur public) c. D.S.*<sup>78</sup>, la Cour d'appel réitère la distinction entre les régimes de protection et le mandat en cas d'inaptitude :

---

75. Art. 9 C.c.Q.

76. *M. (L.) c. M.(J.)*, *supra* note 5.

77. L'article 278 C.c.Q. prévoit une révision du régime de tutelle tous les trois ans et tous les cinq ans dans le cas d'un régime de curatelle.

78. *D.S.* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 40.

On pourrait donc, à première vue, être tenté d'assimiler ce régime de protection contractuel à une sorte de tutelle ou de curatelle et de l'assujettir, par analogie, à la surveillance décrétée par l'article 12 L.c.p. et à l'obligation de rendre compte énoncée par le Code civil du Québec et l'article 20 L.c.p. Cette interprétation ne peut cependant être retenue vu les autres dispositions d'une loi qui établit une différence très nette entre tutelle, curatelle et mandat de protection, différence dont témoignent notamment les articles 13, 22, 27 et 54 L.c.p.<sup>79</sup>

L'étude des jugements récents au sujet du mandat en cas d'inaptitude démontre maintenant une différence fondamentale entre celui-ci et les régimes de protection. D'ailleurs, les juristes semblent de plus en plus associer le mandat donné en prévision de l'inaptitude à un contrat plutôt qu'à un régime de protection.

**ii) *La consolidation du mandat en prévision de l'inaptitude par la jurisprudence***

Dès sa création en 1989, certains juristes<sup>80</sup> ont considéré le mandat donné en prévision de l'inaptitude comme étant un contrat. Effectivement, Me Hélène Brassard souligne que «[l]e mandat en cas d'inaptitude peut être assimilable à un régime de protection bien qu'il n'en soit pas un *puisque'il évite d'ouvrir un régime de protection*. [nos italiques]»<sup>81</sup>. Plus récemment, Michel Beauchamp souligne que l'intention du législateur renforce de plus en plus l'idée que le mandat en cas d'inaptitude constitue un contrat :

Le législateur aurait pu corriger le tir en 1991, au moment du dépôt de la loi créant le *Code civil du Québec*, mais il ne l'a pas fait. Les règles du mandat d'inaptitude se trouvent toujours au chapitre des contrats nommés du Livre cinq du Code civil, qui traite des obligations.<sup>82</sup>

---

79. *Ibid.* à la p. 470 au para. 22.

80. *Supra* note 6.

81. Brassard, *supra* note 6 à la p. 637.

82. Beauchamp, *supra* note 4 à la p. 344.

Les développements jurisprudentiels récents en matière de mandat en cas d'inaptitude semblent se détacher du courant majoritaire voulant qu'un mandat en cas d'inaptitude soit un régime de protection<sup>83</sup>. Effectivement, les tribunaux accordent de plus en plus d'importance aux dernières volontés exprimées par une personne dans son mandat donné en prévision de l'inaptitude.

Tout d'abord, le tribunal, dans l'affaire *D.(M.) c. V.(Ma.)*<sup>84</sup>, est saisi d'une requête en homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude et d'une requête en ouverture d'un régime de protection. Comme la preuve ne démontre aucune mauvaise administration des biens de la mandante ou un mauvais exercice du mandat en général, le tribunal souligne que le mandat doit être homologué de préférence à l'ouverture d'un régime de protection :

Les dispositions du Code civil concernant le mandat d'inaptitude indiquent que le législateur attache une grande importance à la liberté et à la volonté du mandant de choisir lui-même ce mode, de préférence à d'autres régimes déterminés par la loi à titre subsidiaire et en l'absence de mandat.<sup>85</sup>

Le tribunal donne donc préséance au mandat donné en prévision de l'inaptitude sur le régime de protection lorsqu'aucun motif sérieux ne permet la révocation du mandat et que l'homologation s'inscrit dans le meilleur intérêt de la mandante.

Également, la juge Bédard, dans la cause de *G. (D.) c. B. (T.)*<sup>86</sup>, est saisie d'une requête en homologation d'un mandat donné

---

83. Voir par ex. *P. (L.) Re*, supra note 40 au para. 20 (Le juge homologue le mandat accordant des pouvoirs de pleine administration alors que la mandante est partiellement inapte. Le juge souligne à juste titre que «le législateur n'a pas précisé que l'inaptitude de la personne visée devait nécessairement être en lien avec les pouvoirs qu'elle accorde à son mandataire».)

84. *D. (M.) c. V.(Ma.)*, 2005-90609 (C.S.) (REJB).

85. *Ibid.* au para. 55.

86. *G. (D.) c. B. (T.)*, 2005-91200 (C.S.) (REJB) [*G. (D.) c. B. (T.)*].

en prévision de l'inaptitude et d'une requête en ouverture d'un régime de protection. Le tribunal soutient l'importance que l'on doit accorder aux dernières volontés exprimées par la personne :

Comme l'indiquent les articles 276 et [11] C.c.Q., il y a lieu, lorsqu'un mandat a été donné, de tenir compte des intentions exprimées par le mandant. Il y a là manifestation de la volonté de la personne elle-même, alors qu'elle était apte, et qu'il faut, en général, respecter. C'est le but même d'un mandat en cas d'inaptitude et il y a lieu de reconnaître l'autodétermination de la personne elle-même. La doctrine et la jurisprudence vont dans ce sens.<sup>87</sup>

De plus, la juge souligne que, malgré la présence de conflits familiaux, le mandat en cas d'inaptitude doit être homologué<sup>88</sup>. La discorde entre les frères ne constitue pas un motif valable pour impliquer un représentant de l'État dans l'administration des affaires de madame. En effet, «[r]ien ne justifie de ne pas respecter son choix et de lui imposer un étranger qui verra à prendre les décisions la concernant»<sup>89</sup>. Cette intervention du tribunal est justifiée puisque la présence de querelles familiales semble animer la majorité des requêtes en homologation d'un mandat en cas d'inaptitude contestées. Dans ces circonstances, confier la protection du majeur au curateur public détourne l'objectif principal du législateur, soit d'impliquer davantage les

---

87. *Ibid.* au para.17.

88. *S. c. T.*, *supra* note 16 (La présence de conflits familiaux incitent le tribunal a préféré l'ouverture d'un régime de tutelle plutôt que l'homologation du mandat donné en prévision de l'inaptitude); *D.R. c. A.H.*, (9 octobre 2002), Hull 550-14-001755-011 et 550-14-001866-016, J.E. 2002-1942 (C.S.) (Même si le mandat en cas d'inaptitude est valide, le juge refuse l'homologation étant donné l'animosité existante entre la mandataire et la mandante juste avant que cette dernière ne devienne inapte); *Québec (Curateur public) c. H.(L.)*, (8 août 2003), Montréal 500-14-018665-026, J.E. 2003-1769 [*H. (L.)*] (La juge estime que l'ouverture d'une curatelle aux biens gérée par le curateur public respecte davantage l'intérêt de la mandante compte tenu du climat tendu existant entre les enfants et le conjoint de cette dernière).

89. *G. (D.) c. B. (T.)*, *supra* note 86 au para. 25.



proches dans les soins accordés à une personne devenue inapte. Si le mandat en cas d'incapacité a été rédigé dans un contexte dépourvu d'influence indue ou de captation et que le consentement du mandant s'avère libre et éclairé, le tribunal n'a d'autre choix que d'homologuer le mandat afin de respecter le principe de l'autodétermination de la personne. Le meilleur intérêt de la mandante milite donc en faveur du respect des dernières volontés<sup>90</sup>, si toutes les conditions de fond du mandat sont, bien sûr, respectées.

En revanche, le principe du respect de l'autonomie résiduelle du mandant semble perdre son intérêt en matière d'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité. En effet, dans la cause *Re P. (L.)*<sup>91</sup>, le juge homologue un mandat accordant des pouvoirs de pleine administration au mandataire, alors que la mandante est partiellement inapte. Selon le tribunal, la protection accordée à la mandante doit être établie dans le respect de ses droits. La juge Blondin précise toutefois ceci :

Cela ne veut pas dire que la demande doit automatiquement être rejetée parce que la mandante est partiellement inapte et que les pouvoirs conférés à ses mandataires sont l'équivalent de ceux attribués à un curateur quand une personne est totalement incapable. D'ailleurs, dans le cas du mandat d'incapacité, le législateur n'a pas précisé que l'incapacité de la personne devait nécessairement être en lien avec les pouvoirs qu'elle

- 
90. Voir par ex. *Québec (Curateur public) c. G. (M.)*, 2004-71583 (C.S.) (REJB) (Le tribunal accorde de l'importance aux dernières volontés de la mandante); *T. (R.) Re*, 2004-81452 (C.S.) (REJB) (Le tribunal souligne que le mandat d'incapacité consacre un véritable droit à l'autodétermination. Il accorde donc de l'importance aux volontés exprimées dans le mandat); *D.S.* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 40 (Le Tribunal souligne que «[m]ême si d'aucuns soutiennent que les mandats en cas d'incapacité ne sont qu'une des formes que peut prendre un régime de protection et que ces mandats n'ont pas de préséance sur les régimes prévus par la loi, le tribunal estime en l'espèce ici qu'il faut porter respect à la volonté et à l'autonomie de la personne à protéger, lorsque cette volonté s'est clairement exprimée, sans captation, ni influence indue» au para. 29).
91. *P. (L.) Re*, *supra* note 40.

accorde à son mandataire. Alors, il a sûrement considéré qu'au moment de la signature, la mandante était en mesure d'exprimer sa volonté de confier sa protection et l'administration de ses biens à qui elle voulait et avec quels pouvoirs [notes omises].<sup>92</sup>

Ainsi, lorsque rien dans la preuve ne nous permet de croire que le mandant n'a pas consenti au mandat d'une façon libre et éclairée, le mandat doit être homologué. Selon le tribunal, le respect des volontés de la mandante doit être une priorité lorsque la personne «a signé un mandat alors qu'elle était en état de manifester une opinion éclairée»<sup>93</sup>.

De plus, la juge Blondin, dans la cause *Re P. (L.)*<sup>94</sup> réitère que le tribunal n'a pas le pouvoir de s'ingérer dans le contrat de mandat :

Par ailleurs, le tribunal croit que la loi ne lui attribue aucun pouvoir pour modifier le contenu du mandat, il peut seulement le compléter par l'ouverture d'un régime de protection quand ces termes ne permettent pas d'assurer pleinement les soins de la personne ou de l'administration de ses biens (art. 2169 C.c.Q.).<sup>95</sup>

D'ailleurs les auteurs Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens soulignent le principe de non-immixtion du tribunal dans l'exécution du mandat en cas d'incapacité, renforçant ici l'idée que ce dernier ne constitue pas un régime de protection :

Certes les règles du mandat en cas d'incapacité comportent certaines dérogations aux conditions et aux effets «normaux» de tout contrat et la finalité de cette convention demeure le respect de la volonté anticipée du mandant et la protection de ses intérêts advenant son

---

92. *Ibid.* aux para. 19-20.

93. *Ibid.* au para. 35.

94. *Supra* note 91.

95. *Ibid.* au para. 36.

inaptitude. Mais il n'en demeure pas moins que le principe de la non-immixtion du tribunal dans la conduite des affaires du mandataire, tel que confirmé par l'arrêt *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain* ainsi que par l'article 2177 C.c.Q. selon lequel le tribunal peut prononcer la révocation du mandat et ordonner l'ouverture d'un régime de protection, suggère fortement que le mandat en cas d'inaptitude n'est pas un régime de protection.<sup>96</sup>

Le juge Baudouin, dans son ouvrage sur *Les obligations*<sup>97</sup>, abonde également dans ce sens :

En contractant, les parties déterminent et fixent leur loi propre, la loi qu'elles entendent suivre et ainsi les effets des obligations contractuelles sont nécessairement ceux prévus et désirés par celles-ci. [...] Enfin, le juge n'a en principe et, sauf cas exceptionnels, aucun pouvoir de modifier le contenu du contrat ou de le réviser.<sup>98</sup>

Dans la qualification de la nature juridique, la mauvaise orientation prise par le mandat en cas d'inaptitude au départ semble ainsi en partie corrigée par ces récents développements en jurisprudence. Il s'agit maintenant de voir si cette tendance se maintiendra afin de repositionner correctement la véritable nature du mandat donné en prévision de l'inaptitude. Toutefois, même si cette tendance jurisprudentielle se maintient, il demeure que le mandat donné en prévision de l'inaptitude constitue une institution juridique déficiente au niveau de la protection du mandant. Le législateur doit intervenir afin de restructurer ces règles et de corriger les erreurs glissées lors de son adoption en 1989.

---

96. Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 aux pp. 14-15 (Les auteurs qualifient plutôt le mandat en cas d'inaptitude de contrat hybride.).

97. Baudouin et Jobin, *supra* note 35.

98. *Ibid.* à la p. 117, n.77.

## **2) Une institution à améliorer**

L'association du mandat en cas d'inaptitude aux régimes de protection découle en partie des vides juridiques existants dans les règles du mandat en cas d'inaptitude. En effet, les règles relatives au mandat donné en prévision de l'inaptitude ne protègent pas adéquatement le mandant advenant son inaptitude. L'exploitation de la voie notariale peut s'avérer une solution intéressante aux diverses problématiques du mandat donné en prévision de l'inaptitude soumises plus haut.

### **i) Les vides juridiques**

La liberté contractuelle permet au mandant de rédiger un mandat en cas d'inaptitude dans lequel il peut prévoir ce qu'il désire, sous réserve de l'ordre public. Toutefois, si la rédaction du mandat en cas d'inaptitude s'avère inadéquate, les dispositions législatives actuelles sur le mandat donné en prévision de l'inaptitude ne protègent pas adéquatement un mandant devenu inapte. Le législateur doit donc intervenir afin d'assurer un seuil de protection minimal et ainsi pallier les injustices qui peuvent découler d'un tel mandat en cas d'inaptitude. Comme le soulignait justement le juge Baudouin :

[L] e principe de l'autonomie de la volonté a donné lieu à de légitimes critiques, parce qu'il a été poussé beaucoup trop loin, d'une part, et parce que, d'autre part, il ne tient pas compte de l'aspect social du droit. L'évolution du contexte social et du contexte économique a fait que ce principe a été grandement tempéré. L'État est intervenu, et continue d'ailleurs à intervenir de plus en plus souvent pour assurer, d'une part, le respect des droits collectifs et, d'autre part, pour pallier les injustices contractuelles.<sup>99</sup>

La *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*<sup>100</sup> a été présentée, le 15 mai

---

99. *Ibid.* à la p. 112, n.71.

100. *Loi sur le curateur public, supra* note 3.

1989, à l'Assemblée nationale. Le projet de loi final a été adopté le 21 juin 1989 et sanctionné le 22 juin 1989. La rapidité avec laquelle le projet de loi est entré en vigueur a certainement à voir avec les lacunes de cette institution, en quelque sorte, inachevée.

Tout d'abord, au chapitre du contrôle des agissements du mandataire, le seul système de sécurité auquel est soumis le mandat en cas d'inaptitude est l'article 2177 du *Code civil du Québec* qui prévoit que «toute personne intéressée, y compris le curateur public, peut, si le mandat n'est pas fidèlement exécuté ou pour un autre motif sérieux, demander au tribunal de révoquer le mandat, d'ordonner la reddition de compte du mandataire et d'ouvrir un régime de protection à l'égard du mandant.». L'article 2177 du *Code civil du Québec* permet donc au tribunal de révoquer un mandat pour tout motif sérieux, par exemple l'administration déficiente du mandataire<sup>101</sup>, les situations de conflits d'intérêts<sup>102</sup>, l'animosité entre les membres de la famille<sup>103</sup> ou si les agissements du mandataire ne sont pas dans l'intérêt du mandant<sup>104</sup>.

---

101. *Supra* note 61.

102. Voir notamment *T. (M.) c. T. (L.-G.)* (24 avril 1997), Montréal 500-14-000533-950 et 500-14-000862-953, J.E. 97-1187 (C.S.) [*T.(M.)*] (Le juge a refusé d'homologuer le mandat en cas d'inaptitude parce que la mandataire s'est placée en situation de conflits d'intérêts en recevant des dons d'une valeur de 43 000\$ de la part du mandant, alors que ses avoirs totalisent 44 000\$); *J.P. c. L.B.*, *supra* note 5 (La mandataire a dépouillé sa mère de la presque totalité de ses biens. En abusant de la confiance de sa mère, la mandataire a fait un changement de testament l'instituant légataire universelle. La mandataire reçoit également le seul immeuble que sa mère possède sans aucune charge. Le tribunal conclut donc que l'homologation du mandat en cas d'inaptitude n'est pas dans l'intérêt de la mandante).

103. *Supra* note 88.

104. *Re Bédard*, *supra* note 66 (L'homologation du mandat en cas d'inaptitude est refusée puisque le mandant était inapte lors de la signature du mandat en cas d'inaptitude. De plus, les décisions de la mandataire ne sont pas dans l'intérêt du mandant); *T. (M.)*, *supra* note 102; *H. (L.)*, *supra* note 88; *J.P. c. L.B.*, *supra* note 5.

En conséquence, si la reddition de compte est demandée lors de la révocation du mandat en cas d'inaptitude, elle devrait normalement être exigée régulièrement en cours d'exécution du mandat. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'une personne inapte à surveiller l'exécution du mandat<sup>105</sup>. Comme le soulignait justement François Dupin :

Enfin, rappelons l'absence caractéristique de surveillant du mandataire, à moins évidemment que l'acte le prévoit, ce qui est rarissime dans les mandats notariés, le mandant étant à la merci de son mandataire [notes omises].<sup>106</sup>

De plus, les auteurs Robert P. Kouri, Suzanne Philips-Nootens et Lucie Laflamme relatent également le caractère fondamental du devoir d'information dans l'exécution d'un mandat et plus précisément, dans le cas du mandat en cas d'inaptitude :

Une fois le mandat donné en prévision de l'inaptitude homologué, il est impossible d'en contrôler l'exécution. Pourtant, le devoir d'information qui permet d'assurer le contrôle de l'administration a maintes fois été soulevé en jurisprudence et semble fondamental en matière d'administration du bien d'autrui.<sup>107</sup>

En matière de régime de protection, la reddition de compte doit être faite conformément à l'article 20 de la *Loi sur le curateur public*<sup>108</sup>. Le tuteur et le curateur sont soumis à la surveillance du

---

105. Pineau et Gaudet, *supra* note 2 («Aucune assemblée de parents, aucun conseil de tutelle chargé de surveiller le mandataire: c'est bien dire qu'il y a entre mandant et mandataire une relation personnelle de grande confiance – tout au moins avant l'inaptitude – qui situe le premier en dehors de tout système, en dehors de tout entourage familial ou autrement amical. C'est un acte de foi à l'égard d'une personne qui est en état de gérer, mais qui n'est ni curateur, ni tuteur, ni conseiller» à la p. 270, n.127).

106. Dupin, «Matières», *supra* note 17 à la p. 72.

107. Laflamme, Kouri et Nootens, *supra*, note 31 à la p. 136.

108. Loi sur le Curateur public, L.R.Q. c. C-81. Voir également art.246 et s. C.c.Q.

curateur public tous les ans. Le législateur devrait intervenir afin d'ajouter le mandataire comme personne visée à l'article 20 de la *Loi sur le curateur public*. Contrairement au mandant dans le cas d'un mandat ordinaire, le mandant sous un mandat en cas d'inaptitude est inapte à surveiller les agissements du mandataire. Celui-ci ne peut donc pas demander lui-même la reddition de compte si celle-ci s'avère nécessaire<sup>109</sup>.

L'importance de la reddition de compte ne fait aucun doute à notre avis. En effet, il s'agit d'un contrôle efficace de l'exécution du mandat en cas d'inaptitude. Il oblige le mandataire à justifier les dépenses et les retraits d'argent effectués dans le cadre de son administration. Ainsi, le risque d'abus financier pourrait largement être diminué par l'adoption de règles en ce sens. Dans la cause *Chartrand c. Tremblay*<sup>110</sup>, la Cour suprême du Canada souligne que l'obligation de reddition de compte est élémentaire dans un cas d'administration des biens d'autrui :

*[I]l est élémentaire, en effet, que la reddition de comptes est due par ceux qui administrent les biens d'autrui à quelque titre que ce soit. Ainsi doivent rendre des comptes, tout mandataire ou gérant, tuteur, héritier, bénéficiaire, curateur, exécuteur testamentaire, séquestre, associé, fiduciaire, etc., et l'une des conditions essentielles pour qu'une telle personne soit comptable, est qu'elle ait eu l'administration des biens de l'oyant-compte. [nos italiques]*<sup>111</sup>

Plus récemment, le juge Fournier a souligné, dans l'arrêt *Labrie c. Labrie*<sup>112</sup>, qu' »[i]l faut bien comprendre que la «reddition

---

109. Fabien, «Mandat», *supra* note 27 aux pp. 423-424.

110. *Chartrand c. Tremblay*, [1958] R.C.S. 99 [*Chartrand*]. Voir également *Placement Armand Laflamme inc. c. Jules Roy et Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 638 [*Placement Armand Laflamme*].

111. *Chartrand*, *ibid.* à la p. 106.

112. *Labrie c. Labrie*, 2003-45992 (C.S) (REJB) [*Labrie*].

de compte» est établie pour la protection du mandant [...].»<sup>113</sup>. Si la reddition de compte s'avère aussi importante dans des cas de mandat ordinaire, a fortiori, elle devient encore plus importante dans le cas d'un mandat en cas d'incapacité<sup>114</sup>.

Toutefois, même si la reddition de compte demeure très importante, le tribunal ne peut l'ordonner si le mandant n'a pas prévu cette obligation dans le mandat :

La résultante nette de ces dispositions législatives est que le mandat de protection n'est pas assujéti à une obligation légale de rendre compte, que ce soit au curateur public ou à une autre personne. [...] Il faut en outre noter qu'en imposant à M. B., une obligation de rendre compte «au moins une fois l'an», le juge de première instance a ajouté aux volontés exprimées par Mme S. [notes omises]<sup>115</sup>.

Également, l'article 13 de la *Loi sur le curateur public* prévoit que ce dernier peut intervenir dans toute instance en homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité ou de révocation de mandat. Toutefois, comme la reddition de compte au curateur public n'est pas exigée par la loi, comment celui-ci peut-il être au courant des situations abusives et demander la révocation du mandat en cas d'incapacité? Même si l'article 27 de

---

113. *Ibid.* au para. 24. Voir également *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec* 2003-41448 (C.S.) (REJB) [*Pelletier*] (en appel: 200-09-004508-039; Règlement à l'amiable, 10 mai 2004) (L'importance de l'obligation d'information du mandataire semble de plus en plus acquise. Par contre, dans le cas du mandat en cas d'incapacité, à qui le mandataire doit-il s'adresser? Le vide juridique subsiste toujours).

114. Notamment à cause des risques d'abus dont le mandant est susceptible d'être victime. Voir à ce sujet Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 à la p. 138 («Or, l'absence de mesures de contrôle relatives à l'administration du mandataire peut rendre certains mandants très vulnérables aux abus. Cette lacune en matière de mandat donné en prévision de l'incapacité est suffisamment grave pour se questionner sur l'atteinte des objectifs de protection du législateur dans ce domaine.»).

115. *D.S.* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 40 aux pp. 471-472, aux para. 28-29.



la *Loi sur le curateur public* lui permet de faire enquête de sa propre initiative, il faut tout de même qu'il soit au courant de l'administration du mandataire afin d'exercer efficacement ce pouvoir d'enquête qu'il détient. De plus, la révocation du mandat prévue à l'art. 2177 C.c.Q. perd de son efficacité si les personnes entourant le mandant ne peuvent être au courant de l'administration du mandataire<sup>116</sup>. La situation de vulnérabilité des personnes incapables étant accrue aujourd'hui, il faut instaurer un système de surveillance adapté où le curateur public pourra intervenir adéquatement. La protection des personnes incapables, même dans le cas d'un mandat en cas d'incapacité, doit passer par un encadrement législatif.

La liberté contractuelle permet aux parties contractantes de prévoir les règles auxquelles elles veulent se soumettre. Par contre, lorsque les deux cocontractants ne sont pas sur le même pied d'égalité, le législateur doit intervenir afin de repositionner les parties. Une disposition supplémentaire au chapitre du mandat donné en prévision de l'incapacité afin d'exiger une reddition de compte régulière, soit à une assemblée de parents ou au curateur public, est souhaitable afin de bonifier la protection de base que l'on devrait accorder au mandant devenu incapable<sup>117</sup>. Les propos d'Hélène Brassard abondent dans ce sens :

Se référant à l'article 20 de la *Loi sur le Curateur public*, le mandataire n'aura pas à faire rapport annuellement au Curateur public. Ainsi, il est loisible au mandant de demander que le mandataire fasse un compte rendu annuel de sa gestion auprès des autres membres de la famille ou à quelque autre personne de son choix. Toujours en tenant compte de l'importance du patrimoine

---

116. Laflamme, *supra* note 29 aux pp. 116-117.

117. Ainsi, des situations aberrantes comme dans la cause *L.D. c. S.U.-R.*, (3 avril 1997), Iberville 755-14-000065-953, AZ-97026211, B.E. 97 BE-506 serait évitée. Dans cette affaire, le juge reproche à la mandataire de ne pas avoir rendu compte à la majeure incapable !

à gérer, le mandant pourra exiger du mandataire qu'il fournisse une sûreté.<sup>118</sup>

De plus, le mandat en cas d'inaptitude échappe au contrôle périodique auquel sont soumis les régimes de protection<sup>119</sup>. Lors de la révision d'un régime de protection, les mêmes formalités prévues pour l'ouverture d'un régime de protection s'appliquent<sup>120</sup>. Ainsi, le curateur, le tuteur ou le conseiller doit produire une nouvelle évaluation médicale et psychosociale<sup>121</sup>. L'inaptitude du majeur sous régime de protection se trouve alors à être évaluée périodiquement par un professionnel de la santé. L'évaluation de l'inaptitude ne se retrouve donc pas seulement entre les mains du représentant légal. Le tribunal doit également procéder à l'interrogatoire du majeur<sup>122</sup>. Cet interrogatoire lui permet alors de vérifier lui-même l'inaptitude de la personne ainsi que ses volontés. Le législateur devrait donc soumettre le mandat en cas d'inaptitude à un contrôle périodique comme en matière de régime de protection.

Du côté des pouvoirs accordés au mandataire, il y a également place à une intervention législative. Un amendement à l'article 2135 du *Code civil du Québec* serait souhaitable afin d'imposer d'office un régime qui accorde des pouvoirs de simple administration des biens dans le cas du mandat donné en prévision de l'inaptitude. La simple administration des biens assure un seuil minimal de protection au mandant en assujettissant le mandataire à des mesures de contrôle relativement à certains actes. Le mandant qui désire un régime accordant des pouvoirs de pleine administration à son mandataire devrait alors le mentionner expressément dans son mandat. Le législateur pourrait même contraindre le mandant à faire la

---

118. Hélène Brassard «Réflexions sur le sort des aînés inaptes depuis l'avènement de la Loi sur le curateur public» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Le droit des personnes inaptes (1992)*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 167 aux pp. 188-189.

119. Art. 277-278 C.c.Q.

120. Art. 884 C.p.c.

121. Art.877.0.2 C.p.c.

122. Art. 878 C.p.c.

nomenclature des actes de pleine administration permis à son mandataire<sup>123</sup>.

Évidemment, toute cette proposition se fait dans un souci d'accorder une protection accrue au mandant inapte. Un seuil minimal de protection est préférable à l'efficacité de l'administration du mandataire puisque le mandant s'en trouve mieux protégé. En effet, les personnes ayant le plus besoin de protection doivent bénéficier d'un régime répondant à leurs besoins et pouvant pallier les injustices découlant d'un mandat en cas d'inaptitude incomplet ou inadéquat.

Dans le cadre d'une restructuration des règles sur le mandat en cas d'inaptitude, le législateur devrait également étudier l'opportunité d'accorder un pouvoir accru à la profession notariale en matière de mandat en cas d'inaptitude.

## **ii) La voie notariale**

Lors de la consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des obligations, Me Jean Lambert, alors président de la Chambre des notaires, expose brillamment dans quelle société «judiciaire» nous vivons actuellement :

L'âge d'or du système anglo-saxon de la «common law», à notre avis, est révolu, alors que la société de gentlemen, puritaine, ordonnée et très disciplinée par des valeurs religieuses et morales profondes, a fait place à un monde très individualisé, avec un système de valeurs éclatées, et où la parole donnée n'a que peu d'importance. *Concrètement, c'est l'inflation judiciaire et la multiplication des litiges.*[nos italiques]<sup>124</sup>

---

123. Concernant l'article 2135 C.c.Q., voir Fabien, «Mandat», *supra* note 27 à la p. 420.

124. Lambert, «Consultation générale», *supra* note 2 à la p. SCI-257.

Dans ce contexte, Me Lambert invite «le législateur, à repousser la judiciarisation de notre droit privé en s'inspirant davantage des sources civilistes et en utilisant plus fréquemment les instruments qu'il possède déjà; par exemple, l'acte authentique et l'intervention de cet officier public original qu'est le notaire»<sup>125</sup>. Selon Me Lambert, accorder autant de pouvoirs aux tribunaux, c'est méconnaître le «rôle du notaire en tant qu'officier public et sa fonction déjudiciarisante»<sup>126</sup>.

Un mandat en cas d'incapacité sous forme notariée atténue la judiciarisation du processus entourant l'homologation. En effet, si le mandat en cas d'incapacité était notarié, celui-ci serait un acte authentique comme le prévoit l'article 2819 C.c.Q.. L'article 2819 C.c.Q. prévoit que l'acte notarié «fait alors preuve, à l'égard de tous, de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement»<sup>127</sup>. Par contre, l'acte sous seing privé, c'est-à-dire l'acte signé devant deux témoins, doit être prouvé lorsqu'il est invoqué par une partie<sup>128</sup>. Donc, un mandat en cas d'incapacité signé devant deux témoins exige une étape de plus pour le mandataire dans sa requête en homologation.

L'intervention du notaire comme officier public fait donc du mandat en cas d'incapacité un document authentique difficilement contestable. En effet, le seul dépôt de l'acte authentique fait preuve à l'égard de tous sans que la partie qui désire s'en prévaloir ait à prouver l'ensemble des faits qu'il contient. Pourquoi alors n'exige-t-on pas que le mandat en cas d'incapacité soit notarié, comme c'était l'idée en premier lieu? Des modifications devraient être apportées en ce sens à l'article 2166 C.c.Q. Cette exigence pourrait peut-être contribuer à diminuer, en partie, le contentieux en matière d'homologation<sup>129</sup>.

---

125. *Ibid.* à la p. SCI-258.

126. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 89.

127. Art. 2814 (6)C.c.Q.

128. Art. 2828 C.c.Q.

129. Grimaldi, *supra* note 46 aux pp. 21-23.

Par l'adoption de la *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*<sup>130</sup> en 1998, le législateur a voulu attribuer certaines compétences au notaire, notamment en matière d'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude<sup>131</sup>. Selon ces nouvelles dispositions, le notaire doit rassembler l'ensemble des preuves nécessaires à l'homologation du mandat. Selon l'article 884.8 C.p.c, le notaire doit obtenir une évaluation médicale et psychosociale. De plus, il doit interroger le majeur afin de constater son inaptitude et vérifier la validité du mandat s'il est fait devant témoins. Cette nouvelle façon de faire soulève des interrogations puisque des attributs du pouvoir judiciaire se retrouvent entre les mains du notaire :

Nous avons mis en évidence que dans les nouvelles procédures judiciaires non contentieuses devant notaire, le pouvoir de juger n'est pas pour autant passé entre les mains du notaire sauf pour la vérification des testaments ou les lettres de vérifications où, encore là, le pouvoir du notaire est celui d'opiner. Si le pouvoir de juger n'est pas déferé au notaire, le rassemblement et l'appréciation de la preuve, l'audition des témoignages, l'obligation d'agir dans l'intérêt et la sauvegarde des intérêts de la personne visée sont pourtant des attributs du pouvoir judiciaire.<sup>132</sup>

Par contre, Michel Beauchamp souligne justement que le notaire ne se retrouve quand même pas avec le pouvoir de décider de la requête en homologation :

Il est important de préciser dès maintenant que le notaire ne s'est pas vu attribuer un rôle judiciaire ou quasi-judiciaire. En aucun temps, le notaire n'a un pouvoir décisionnel sur l'issue de la demande. Son rôle se limite à

---

130. P.L. 443, *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, 2e sess., 35e lég., Québec, 1998 (sanctionné le 21 octobre 1998), L.Q. 1998, c.51.

131. Art. 863.4 C.p.c.

132. Michel Beauchamp et Brigitte Roy, «Les nouvelles procédures judiciaires non contentieuses devant notaire», [1999] 2 C.P. du N. 123 à la p. 143.

recueillir la preuve et à émettre son opinion professionnelle sur la demande qui lui a été faite. Le Tribunal, suite au dépôt du rapport du notaire, pourra, soit en accueillir les conclusions soit les rejeter ou émettre toute autre ordonnance. Comme pour règles devant le tribunal, ce dernier n'est pas lié par la demande ni par les *conclusions du notaire*.<sup>133</sup>

Au tout départ, l'idée du mandat en cas d'incapacité constituait une avenue notariale simple et peu coûteuse pour permettre à une personne de prévoir à l'avance la gestion de son patrimoine et de son bien-être en général<sup>134</sup>. Or, aujourd'hui, nous nous retrouvons avec un mandat en cas d'incapacité pouvant être fait sous seing privé et avec un processus judiciaire de requête en homologation de mandat. Il faut dire que l'objectif de déjudiciarisation et de diminution des coûts pour les citoyens ne semble pas atteint.

Également, l'adoption de la loi en 1998 n'a en rien amélioré la situation quant aux délais. En effet, l'article 863.9 al.2 C.p.c. prévoit que «[l]e notaire doit notifier une copie de son procès-verbal aux personnes intéressées [...]; le procès-verbal doit être accompagné d'un avis d'au moins 10 jours de la date de son dépôt au greffe du tribunal». Il est également mentionné à cet article que si aucune opposition n'a lieu dans le délai de dix jours, «le juge ou le greffier peut en accueillir les conclusions sans autre délai». Or, ce qui est particulier, c'est que l'article suivant ajoute un délai de dix jours supplémentaires pour permettre aux personnes intéressées de s'opposer au procès-verbal du notaire, en dehors de quoi le juge ou le greffier pourra accueillir les conclusions du procès-verbal ou rendre toutes autres ordonnances nécessaires. Michel Beauchamp souligne que l'objectif de simplification des procédures n'est pas nécessairement atteint :

---

133. Michel Beauchamp, «Les nouvelles compétences attribuées au notaire : commentaires et critiques» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 53 à la p. 56 [Beauchamp, «Compétences»].

134. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 88.

L'un des buts de cette modification législative était de simplifier le processus d'homologation de mandat et de raccourcir les délais pour l'obtention d'un jugement en homologation. Force nous est d'admettre que le but n'a pas été vraiment atteint.<sup>135</sup>

Bien que la nouvelle loi adoptée en 1998 semble être un pas dans la bonne direction, il reste que les effets souhaités et réels ne sont pas les mêmes. Peut-être aurons-nous un jour l'audace d'adopter une façon de faire entièrement déjudiciarisée pour servir les intérêts des citoyens, comme l'a fait l'Ontario en 1992 :

[E]n décembre 1992, la province d'Ontario adopta la *Loi prévoyant la prise de décision au nom d'adultes en ce qui concerne la gestion de leurs biens et le soin de leur personne* qui retint une approche entièrement déjudiciarisée en matière de tutelle au majeur, avec les adaptations nécessaires, l'Ontario, on le sait, ne connaissant pas la profession notariale.<sup>136</sup>

Heureusement, la dernière année en matière de jurisprudence nous permet maintenant d'associer davantage le mandat donné en prévision de l'incapacité à un contrat plutôt qu'à un régime de protection. Toutefois, les vides juridiques doivent rapidement être comblés par le législateur pour nous permettre un jour d'arriver au résultat que tous avaient souhaité : une institution juridique permettant à toute personne de nommer son représentant légal avec les pouvoirs qu'elle veut bien lui accorder et s'assurer d'un contrôle efficace de la gestion de ce « régime de protection » taillé sur mesure.

## **CONCLUSION**

Le courant jurisprudentiel majoritaire a considéré le mandat en cas d'incapacité comme un régime de protection. Or, les modifications législatives effectuées par le législateur et les

---

135. Beauchamp, «Compétences», *supra* note 133 à la p. 66.

136. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 88.

récents développements jurisprudentiels démontrent que la tendance contractuelle se confirme. Pourtant, plusieurs juristes résistent encore à cette nouvelle vision du mandat donné en prévision de l'inaptitude. Les lacunes juridiques au niveau de la protection accordée au mandant une fois devenu inapte ne sont certainement pas étrangères à cette réticence. Une révision approfondie des règles sur le mandat donné en prévision de l'inaptitude s'impose afin de lui donner une place privilégiée dans le droit civil québécois.

Il existe cependant d'autres problématiques lorsque l'on s'interroge sur la mise en œuvre du mandat en cas d'inaptitude. En effet, il ne suffit pas qu'une personne ait complété un mandat en cas d'inaptitude pour croire que tout est réglé et qu'il n'adviendra aucun problème une fois la personne devenue inapte<sup>137</sup>. Des problèmes d'interprétation et de mise en œuvre en milieu institutionnel peuvent surgir.

En effet, «un des obstacles majeurs semble être la question des attitudes des médecins ou même d'autres membres du personnel hospitalier. La conception que ceux-ci se font de l'intérêt de leurs patients entre quelquefois en conflit avec les directives ou souvent les médecins les croient inutiles»<sup>138</sup>. L'attitude des professionnels de la santé est certainement due à une méconnaissance du rôle et de la place que l'on devrait accorder au mandat en cas d'inaptitude. Comme l'être humain constitue maintenant la pierre d'angle du Code civil du Québec, la reconnaissance du mandat en cas d'inaptitude en milieu institutionnel apparaît comme étant une prochaine étape dans l'évolution du droit.

L'exécution du mandat en cas d'inaptitude doit être assujettie au principe d'autodétermination de la personne. Il s'agit de l'instrument de prédilection par excellence afin d'assurer le respect des dernières volontés d'une personne devenue inapte.

---

137. Chalifoux, *supra* note 51 à la p. 21.

138. *Ibid.* à la p. 38. Voir aussi Laflamme, *supra* note 29 aux pp.118-119.



Une sensibilisation auprès des professionnels de la santé s'impose afin d'assurer une mise en œuvre efficace du mandat donné en prévision de l'inaptitude.