

Les limites de la protection judiciaire attribuée à la personne aînée : des principes à la réalité

François Dupin*

1. Préliminaires	29
2. L'intervention et le rôle du Curateur public	32
3. Problèmes liés à l'exercice des droits et de l'autonomie de la personne aînée protégée	34
1) Les droits fondamentaux ou accessoires au régime de protection	35
2) Problématique autour de certains droits : donation et testament	39
3) Les droits autres que fondamentaux ou accessoires	41
4) Respect des droits et sauvegarde de l'autonomie vont de pair	41
Conclusion	44

* Ad. E., avocat au Curateur public du Québec, Filion & associés. Le présent exposé ne représente que les propos de l'auteur et non pas la position du Curateur public du Québec.

*La jeunesse passée, entraînant son cortège
d'inconséquences, de folies, qui ne chancelle
sous les maux, qui leur échappe ?
Quel chagrin nous est épargné ? Rixes,
factions, discordes, combats, l'envie aussi...
Et puis lorsque survient la dernière épreuve,
la pire : l'odieuse, revêche et débile vieillesse,
qui chasse les amis, mais chez qui tous les
maux se donnent rendez-vous !*

Sophocle, Œdipe à Colone, dont il
présenta devant ses pairs un extrait pour
écarter la mise sous tutelle ourdie par
ses enfants à son endroit.

1. Préliminaires

Deux remarques préliminaires s'imposent.

Quand l'immixtion d'un tiers/protecteur dans la vie d'une personne aînée se justifie-t-elle ? Et qu'en est-il en pratique ? Quels principes balisent une telle intervention ? Aux droits et libertés énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ dont jouit la personne aînée, une valeur implicite et mystérieusement occultée se doit d'être mise en exergue, soit celle de l'autonomie, valeur que la doctrine a rattachée au droit à la dignité².

En premier lieu, est-ce un droit dont nous parlons ?

L'étendue de principe de l'autonomie personnelle est une conséquence directe de la conception juridique de la personne humaine. Nul législateur, nulle autorité n'a à lui octroyer une aire d'indépendance. Les règles de droit doivent seulement déterminer les domaines où cette liberté cesse, où elle cède devant d'autres intérêts.

1. R.L.R.Q. c. C-12, ci-après « Charte ».

2. R. LA CHARITÉ jr., « Les droits de la personnalité », dans *École du Barreau du Québec*, Collection de droit 2012-2013, p. 62.

Ce raisonnement s'applique aussi à la définition de la capacité :

Parce qu'il y a des incapacités, il paraît normal de définir la capacité. Redisons-le : ce n'est pas là une notion de droit. Les personnes n'ont pas besoin d'une qualification juridique particulière pour s'occuper de leurs affaires, ni même pour s'engager. La capacité, c'est en quelque sorte la situation de fait dont bénéficie celui qui a réussi à rester en dehors du champ d'application des règles restrictives de l'autonomie personnelle.³

Nous référons les lecteurs à tout ce que la jurisprudence et la doctrine ont pu étayer pour illustrer de mille et une façons l'étendue de cette valeur implicite et transcendante à toutes les autres⁴. L'autonomie est une valeur déterminante à considérer lorsqu'une décision s'impose quant à l'ouverture d'un régime de protection à l'égard d'une personne aînée, mais surtout, faut-il le rappeler, après l'ouverture du régime, soit aussi longtemps que ce régime est en vigueur au bénéfice de la personne aînée.

On se permettra d'insister davantage : l'autonomie doit être considérée comme l'élément à tout le moins d'égale importance et complémentaire avec « l'intérêt » et « le respect des droits » dont parle l'article 257 *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.), ce que cet exposé entend démontrer ; l'article s'énonce comme suit :

Toute décision relative à l'ouverture d'un régime de protection ou qui concerne le majeur protégé doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie.

Le majeur doit, dans la mesure du possible et sans délai, en être informé.

Le souci de l'autonomie peut-il freiner l'immixtion d'un protecteur⁵ dans la vie de son protégé ? Absolument ! Comment ? Justement par le truchement de la notion de « sauvegarde » de cette valeur qui conditionne, à notre avis, l'application du droit à la protection. Expliquons.

3. Christian ATIAS « Les personnes, les incapacités », collection droit fondamental, PUF, p. 125 et s.

4. F. DUPIN, « Réflexions sur l'acception juridique de l'autonomie », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 261, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 161.

5. Tout au long du présent exposé, « protecteur » s'entend de toute personne agissant à titre de curateur, tuteur, conseiller au majeur mandataire, selon le contexte.

Sachant que l'autonomie est le moteur de toute délibération humaine menant à une décision, au point de la reconnaître comme valeur implicite dans la Charte, le législateur aura pris le soin d'en réitérer la teneur explicitement cette fois au *Code civil du Québec* pour les personnes dites inaptes, parce qu'il a justement voulu le moins d'ingérence possible au nom de la protection, surtout quand les personnes concernées sont encore partiellement aptes à prendre des décisions pour elles-mêmes ou à l'égard de l'administration de leurs biens.

L'illustration la plus concrète de ce lien entre immixtion du protecteur et autonomie est la fixation du degré d'incapacité du majeur d'où découlera le choix du régime approprié⁶. Il est acquis par une abondante jurisprudence que le choix du régime doit être le moins intrusif possible, le plus léger qu'il puisse être, pour laisser place à l'expression de l'autonomie résiduelle⁷.

Une deuxième remarque d'un ordre plus pratique porte sur la distinction entre la vulnérabilité et l'inaptitude aux fins d'un signalement d'un abus envers une personne aînée : celle-ci peut être vulnérabilisée de bien des manières, par exemple une scolarisation pauvre, une limitation dans ses aptitudes physiques qui peuvent être des facteurs de vulnérabilité sans pour autant en faire une personne inapte nécessitant une mesure de protection légale au sens de la loi. En conséquence, si cette personne aînée n'est que vulnérable et qu'elle est abusée ou victime d'exploitation, sa situation pourra faire l'objet d'un examen par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après CDPDJ) sur signalement ; dans l'hypothèse où cette même personne aînée est aussi diagnostiquée comme étant affectée d'une déficience altérant sa capacité mentale ou son état, d'où découlerait un régime de protection légale ou conventionnelle dûment sanctionné par le tribunal, le signalement dont sa situation fait l'objet devra alors être acheminé non pas à la CDPDJ, mais au Curateur public.

En conclusion, tant la CDPDJ que le Curateur public peuvent exercer sur une même personne une juridiction successive selon l'évolution de la vulnérabilité de la personne aînée⁸.

6. Art. 276, al. 1 *in fine* C.c.Q.

7. *B. (M. P.) et S. (Ma) et al.*, REJB 2001-23874 (C.A.) et REJB 1999-14637 (C.S.) ; encore plus catégorique : *L... P... et S... H... vs F... H... et al.*, EYB 2009-158975, par. 41 (C.A.).

8. Un cas d'application : *Québec (CDPDJ) c. R. (D)*, EYB 2008-153070 (T.D.P.), suivi de *Québec (Curateur public) c. P. (S.)*, EYB 2010-176796 (C.S.).

2. L'intervention et le rôle du Curateur public

Ces réflexions préliminaires nous amènent à décrire sommairement le rôle du Curateur public dans la vie des aînés sous régime de protection⁹.

Le Curateur public exerce des rôles de protecteur ou de surveillant de la protection exercée par la famille ou par un tiers, et ce, en général, de manière alternative. Exceptionnellement, il peut être appelé à exercer ces deux rôles dans un même régime quand est attribuée au Curateur public la protection de la personne et à un tiers l'administration des biens, ou l'inverse.

L'on aura compris que le Curateur public ne peut être le protecteur-mandataire désigné par voie de mandat de protection, que ce soit aux biens et à la personne, non plus qu'il peut être désigné comme un conseiller au majeur, et qu'il n'exerce aucune surveillance sur la bonne exécution des mandats de protection, pas plus qu'il n'en opère sur le régime d'assistance qu'est celui de conseiller au majeur.

À ces rôles bien connus s'en greffent d'autres qui le sont moins : celui d'enquêteur à la suite d'un signalement ou lorsque l'examen d'une situation affectant une personne aînée protégée révèle quelque accroc. Ce rôle d'enquêteur s'étend tant à la surveillance de l'administration des régimes dont la protection est exercée par la famille ou par un tiers, qu'à la suite d'un signalement concernant un mandataire : à défaut donc de surveillance des mandats de protection, le Curateur public pourra enquêter sur l'objet d'un signalement, enquête qui pourra déboucher ou non sur une intervention judiciaire allant jusqu'à la révocation du mandat à l'égard du mandataire fautif. Pratiquement parlant, le tribunal saisi d'une telle requête devra, s'il l'accorde, substituer au mandat de protection une ouverture de régime de protection, ou encore désigner le mandataire remplaçant au mandat et révoquer ainsi le mandat à l'égard du mandataire principal.

Un bémol cependant : l'enquête qui fait suite à un signalement, même si elle révèle des manquements aux obligations du tuteur, du curateur ou du mandataire pourrait ne pas déboucher sur une intervention judiciaire visant à destituer le protecteur défaillant : notons

9. Pour de plus amples développements : F. DUPIN, « le Curateur public : mode d'emploi et interface avec les autres organismes », dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 182, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 127.

la souplesse impartie par le législateur au Curateur public qui peut, en vertu de sa loi constitutive, « accepter du tuteur ou du curateur ou du mandataire, un engagement volontaire à l'effet de remédier à son défaut » plutôt que d'intervenir avec des procédures judiciaires¹⁰.

Encore moins connu du public est le rôle de défenseur des droits fondamentaux que le Curateur public est appelé à jouer alors qu'il peut ou doit être signifié dans des procédures attentatoires à la liberté ou à l'intégrité de la personne, sous régime de protection ou non. En raison de l'importance du nombre de procédures auxquelles fait face le Curateur public, l'exercice judiciaire de cette compétence est forcément limité et sélectif¹¹. En pratique toutefois, le Curateur public assignera un avocat pour représenter les personnes qui sont sous sa juridiction et qui font l'objet de telles procédures ; quant à celles qui ne le sont pas, il pourra faire des représentations au tribunal si des exigences de fond ou de procédure ont été enfreintes. Comme illustration concrète, évoquons surtout la situation des personnes âgées qui font l'objet d'un hébergement forcé par voie de requête, ces procédures restant sans doute les plus délicates vu leurs conséquences sur le vécu immédiat et à long terme de la personne¹².

Enfin, le Curateur public exerce un rôle de registraire afin qu'il répertorie le nom des personnes dont l'exercice des droits est limité par un régime de protection légale (sauf pour celui de conseiller au majeur) ou conventionnelle, le tout tant au bénéfice de leurs créanciers que pour la protection de la personne ; ce registre est accessible au public et peut constituer aux yeux de la personne âgée, une véritable blessure narcissique.

Enfin, sa loi constitutive l'habilite expressément à se constituer partie à un litige juridique où la capacité ou l'intégrité d'un majeur inapte à consentir est en jeu, en sus des cas de remplacement de tuteur, de curateur, ou en cas de révocation de mandataire.

10. Art. 23, *Loi sur le curateur public*, R.L.R.Q., c. C-8 (ci-après L.C.P.).

11. Voir aussi Jean-Pierre MÉNARD : « La mise en œuvre judiciaire des autorisations de traitement », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 359, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 171, p. 184.

12. Voir Suzanne PHILIPS-NORTENS : « L'hébergement forcé : quels intérêts, quels enjeux ? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, Protection des personnes vulnérables*, vol. 301, p. 43, p. 66 ; François DUPIN : « Peut-on stopper la croissance des ordonnances d'hébergement ? Dans l'immédiat, peut-on faire mieux ? Et pour l'avenir ? » 8 juin 2011, mini-colloque de la section Droit des aînés de l'Association du Barreau canadien.

3. Problèmes liés à l'exercice des droits et de l'autonomie de la personne âgée protégée

Le devoir de respecter les droits d'une personne sous régime de protection légale est explicite à l'article 257 C.c.Q. Qu'en est-il de ces droits plus précisément¹³ ? Le respect des droits et la sauvegarde de l'autonomie ne sont-ils que de vains mots lorsqu'une personne âgée est sous régime de protection ? Lui reste-t-il donc des droits à exercer lorsque le protecteur assigné par le tribunal a des pouvoirs de simple ou de pleine administration et d'autres surpassant même ce type d'habilitation (par voie de mandat de protection) ?

L'article 257 C.c.Q. constitue, répétons-le, le fer de lance de toute l'économie de la législation concernant les personnes sous régime de protection. Le législateur édicte que le régime de protection ne fait que limiter l'exercice des droits de la personne âgée sans en toucher en principe la jouissance : c'est du moins ce qu'affirme aussi l'article 4 C.c.Q. ; mieux, l'article 257 C.c.Q. fait une véritable promotion du « respect des droits » de la personne âgée tout au long de son régime de protection légale ou conventionnelle. Quelle assiette de droit est ici considérée ? Du respect des droits dits fondamentaux, ceux considérés comme appartenant naturellement à tout être humain et dont l'énoncé se retrouve le plus souvent dans nos chartes (le droit à la liberté, à l'intégrité avec pour conséquence le droit de refus des soins requis, à une audition impartiale par un tribunal de tout litige, dont celui adjugeant un régime de protection, etc.) ? Ou encore du respect de droits plus « accessoires » à la vie du régime de protection tels, le cas échéant, celui à une réévaluation de la condition du majeur, à la révision de son régime, à la nécessité d'être avisé de toute décision prise par son protecteur à son endroit ou à concourir de manière active à son plan de traitement médical ou psychosocial¹⁴ ? Reste-t-il à cette personne âgée encore des droits personnels, tels le droit de tester, le droit de divorcer, le droit de donner ? Ou s'agit-il encore de droits plus « ordinaires », dont l'exercice se rapproche de celui du tuteur au mineur dans les cas de tutelle¹⁵, ou dont l'exercice est subordonné à l'autorisation d'un conseiller dans le cas du régime du même nom¹⁶ ?

13. Aux fins de l'exposé, la définition de ces « droits » sont ceux dits subjectifs, soit : « toute prérogative ou droit fondamental reconnu par le droit objectif aux membres d'une société en général ». Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., p. 211, Wilson & Lafleur.

14. Art. 3, 4, 8, 10, *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.L.R.Q., c. S-4.2.

15. Art. 286 C.c.Q.

16. Art. 292 C.c.Q.

C'est évidemment toutes ces catégories de droits qui peuvent être visées selon le régime attribué ; certaines cependant brillent plus parce qu'elles transcendent la variété des régimes de protection. Déclinons ces différentes catégories.

1) *Les droits fondamentaux ou accessoires au régime de protection*

La plupart des droits fondamentaux, et surtout ceux liés à l'intégrité (d'où son corollaire l'inviolabilité), à la liberté (qui compromet assurément tout régime de protection légale et conventionnelle), à la vie privée, sont passablement écorchés par la mise en place d'une mesure de protection. En revanche, la sauvegarde de la dignité et le respect du processus judiciaire¹⁷ constituent la seule catégorie de droits constituant le seul dénominateur commun à tous les régimes de protection, curatelle, tutelle, conseiller au majeur, ou par voie de mandat. Il y a aussi des droits associés aux droits fondamentaux qui sont qualifiés « d'accessoires » à la bonne exécution d'un régime de protection, parce qu'ils en découlent et sont en lien avec le respect des procédures dont l'observance constitue une garantie procédurale : mentionnons celui de l'interrogatoire de la personne aînée lors de sa mise sous protection et lors même du remplacement de son tuteur, de son curateur ou du conseiller au majeur, lequel interrogatoire a été jugé d'ordre public par la jurisprudence¹⁸, ou encore la signification personnelle à la personne aînée. Ces exigences de procédure sont d'ordre public parce que leur finalité attende directement à la liberté et, partant, à la dignité reconnues par la Charte. L'on peut affirmer en conséquence que le respect est effectivement dû à ces droits « accessoires ».

Il existe toutefois un ventre mou dans l'économie de cette catégorie de droits seyant à une personne aînée protégée par une mesure de protection : peut-elle demander par elle-même le remplacement de son protecteur ? Sachant que, sauf exception, ce droit d'ester en justice est justement un attribut de la fonction du protecteur, il en résulte que le majeur est dépourvu de l'exercice de ce droit pourtant fondamental s'il en est un ! Car enfin, est-il imaginable que l'on puisse laisser une personne protégée à la merci d'un protecteur dont

17. Mentionnons l'article 24 de la Charte québécoise qui sous-tend ces dispositions d'ordre public. L'on omet ici l'inviolabilité dans le contexte d'un refus catégorique de soins requis par l'état de santé, refus qui sera respecté jusqu'à jugement l'avalisant ou autorisant à passer outre (art. 16 C.c.Q.).

18. *Le Curateur public du Québec c. C.G. et al.*, EYB 2012-207531 (C.A.); *U. c. A. et al.*, EYB 1994-58700 (C.A.).

elle ne veut plus, protecteur dont la mission est souvent de s'occuper du patrimoine combinée à celle des soins à dispenser ? Poser la question c'est y répondre. La personne devrait pouvoir freiner l'immixtion d'un protecteur dont elle ne veut pas ou dont elle est insatisfaite¹⁹.

S'il y a bien, dans les faits, un recours au signalement au Curateur public pouvant mener à une intervention judiciaire en remplacement du protecteur ou en révocation de mandat²⁰, le *Code civil du Québec* ne prévoit aucun remède explicite habilitant cette personne protégée à destituer son protecteur ; l'article 159 C.c.Q. pourrait, si son objet s'étendait non seulement à l'état, mais aussi à la capacité, se révéler un mécanisme permettant de pallier ce qui nous apparaît être une contravention à un droit fondamental, mais encore faudrait-il ne pas limiter ce recours à la tutelle au majeur, mais l'étendre aussi à la curatelle et – pourquoi pas – au mandat de protection.

Un autre droit fondamental attaqué concerne l'étendue du secret professionnel et de la confidentialité des informations personnelles de l'aîné, laquelle reste un éternel questionnement. En effet, c'est par l'élaboration d'une évaluation médicale, et surtout de l'évaluation psychosociale, qu'est révélé un profil en profondeur du patrimoine, de l'histoire de vie de la personne, de sa situation tant sociale (incluant la relation avec les proches) qu'émotionnelle, de même que de l'opinion de celle-ci sur les mesures de protection. C'est de cet exposé du fil d'une vie que découlera l'immixtion plus ou moins graduée du protecteur, selon la sévérité de l'inaptitude et du besoin de protection de la personne. Tout indispensable que soit cet exposé suivi d'une opinion sur le degré d'immixtion de protection y conséquent, il reste une limite :

Désormais, la validité d'un régime juridique de divulgation ou de communication ou de documents ou de preuve doit être interprétée à la lumière du critère de nécessité. La personne concernée doit avoir voix au chapitre avant que des renseignements sensibles relevant de sa sphère d'intimité privée ne sont communiqués et ultimement, c'est le juge qui doit trancher cette question.

Or, nous constatons que le processus d'ouverture d'un régime de protection du majeur contenu dans le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile* ainsi que dans la *Loi sur le Curateur public* et la *Loi sur*

19. Ce n'est que par interprétation que ce droit peut s'inférer des dispositions de l'article 269 C.c.Q. : si un majeur est habilité à demander l'ouverture d'un régime de protection légale à son endroit, *a fortiori* l'est-il à demander la révision, la modulation, etc., mais aussi le remplacement de son protecteur.

20. Art. 22 L.p.c.

les services de santé et des services sociaux ne prévoient pas de telles mesures de protection. Tout particulièrement, l'article 22 de cette dernière loi semble poser de graves difficultés.²¹

Mais y a-t-il un moyen de faire autrement ?

L'inaptitude et le besoin fondent l'ouverture d'un régime de protection légale, d'où la petite proportion de personnes vulnérables au Québec bénéficiant d'une telle mesure de protection (mandats de protection compris). La détermination du besoin de protection est surtout l'apanage du champ d'exercice du travailleur social²². Or, le besoin n'est pas explicitement défini dans le *Code civil du Québec* : on en cerne toutefois les contours à l'article 270 C.c.Q. où « la nature » ou « l'état des affaires » de l'intéressé peut inférer un besoin de recourir à l'ouverture du régime ; l'on comprendra qu'il est impératif pour l'examineur d'évaluer de quoi est constituée l'étendue du patrimoine d'une personne aînée avant de conclure à un besoin d'une mesure de protection à cet égard. Ces mêmes remarques s'appliquent évidemment *mutatis mutandis* au contenu du dossier qui évoquerait une situation d'isolement ou d'abus d'une personne vulnérable²³.

Même en l'absence de cette notion de besoin – comme c'est le cas du mandat de protection puisque seule l'inaptitude suffirait pour homologuer un mandat de protection – il reste impératif d'évaluer les conditions pour qu'un tel projet de vie que constitue un mandat fait par avance tienne la route : la fiabilité des mandataires pressentis, l'histoire de vie du majeur, la constellation familiale, l'opinion de ce dernier et sa situation officielle et officieuse seront autant de facteurs militant ou non en faveur de la mesure de protection envisagée par ce dernier advenant son inaptitude. Comment est-il alors possible de recommander une mesure de protection quand les tenants et aboutissants de la condition de la personne à protéger sont méconnus de

21. « La divulgation des évaluations médicales et psychosociales requises pour l'ouverture d'un régime de protection du majeur et le respect de la vie privée », Raymond DORÉ, dans *Famille et protection*, vol. 219, Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, 2005, p. 215.

22. Projet de loi n° 21 *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives* [...] Assemblée nationale, première session, 39^e légis., art. 4.1.

23. La connaissance approfondie du travailleur social des ressources de toute nature (communautaire, réseau de la santé) pouvant répondre aux besoins de la personne évaluée peut se révéler capitale pour ses recommandations prônant ou non l'ouverture d'un régime, de même que, dans une moindre mesure, pour l'homologation d'un mandat. De même, ce professionnel peut être en mesure d'identifier des alternatives à l'ouverture d'un régime vu sa connaissance du milieu, évitant ainsi l'atteinte à la valeur de liberté énoncée dans la Charte par voie de régime de protection légale ou conventionnelle.

l'examineur ? Une justification à ce dilemme confinant à l'éthique est le rappel que priver un citoyen de sa liberté et le désapproprier du contrôle de son patrimoine constitue une mesure d'exception, justifiant alors un moyen d'exception ; à mal exceptionnel, remède exceptionnel.

S'opposent donc ici les valeurs de sûreté et d'intégrité de la personne²⁴ avec celle du respect de la vie privée et du secret professionnel²⁵. Si la nécessité d'une telle évaluation est manifeste, la véritable clé n'est-elle pas alors dans l'accès par les tiers à cette évaluation ? De manière concrète, la transmission de tels rapports aux tiers a lieu, dans le cas de l'ouverture d'un régime, à l'étape de la délibération de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis sur l'enjeu du régime, vu que le drame de l'inaptitude doit se jouer en famille. Pour l'homologation de mandat, cet accès n'est possible dans le droit actuel que si celle-ci est contestée. La mise sous scellé de telles évaluations au dossier du greffe nous semble être le seul rempart effectif contre l'indiscrétion de tiers²⁶.

Un autre droit qui semble être floué est celui consacré par la formule : *audi alteram partem* ; ce principe si simplement exprimé appartient au domaine de la justice naturelle, et il y a de quoi s'étonner lorsqu'un tuteur, un curateur ou un mandataire demande l'autorisation de vendre un immeuble appartenant à la personne qu'il protège et dont il administre les biens, sans même l'interpeller judiciairement malgré la véhémence opposition de cette dernière. Le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens prévu à l'article 6 de la Charte est un droit fondamental ; déroger à la volonté de la personne protégée de ne pas vendre devrait imposer au protecteur le devoir d'en saisir le tribunal afin qu'il entende au moins la version de la personne inapte récalcitrante²⁷.

24. Art. 1 de la Charte.

25. Art. 5 et 9 de la Charte.

26. Par exemple, voir art. 3 des *Règlements de procédure civile* (C.S.) (R.L.R.Q., c. C.c.Q., r. 8).

27. Pour une illustration, voir *D. (M.) c. C. (M.-A.)*, C.S. Québec, n° 205-05-015438-018, 3/12/2001, J. LEMELIN, commenté par F. DUPIN, « Réflexions sur l'acceptation juridique de l'autonomie », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 261, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 178.

2) *Problématique autour de certains droits : donation et testament*

Certains droits sont attachés à la personne : celui de divorcer²⁸, de se séparer, de tester, ne peuvent être exercés que par la personne concernée et non par son protecteur.

Deux de ces droits dont le respect pose question, concernent les donations et l'élaboration d'un testament.

Répetons en toile de fond que la Charte prévoit le droit à libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi²⁹.

Comment, vu nos forces déclinantes et souvent l'attrition de relations significatives avec notre entourage immédiat, rendre compte de notre gratitude – voire de notre utilité – qu'en faisant œuvre de don à nos enfants, à nos petits-enfants, à nos proches : se rendre important à leurs yeux comme aux nôtres ?

Ce plaisir est toutefois assez strictement balisé, au point d'être émasculé de son sens sous prétexte de protection contre d'éventuels abus : on ne peut donner que des biens de peu de valeur et des cadeaux dits « d'usage »³⁰ et la jurisprudence a tôt fait de faire écho à ce nouveau libellé objectivant la quantité du don, restreignant d'autant l'interprétation qu'en avait faite la Cour d'appel sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après C.c.B.C.)³¹. La limitation drastique ici ne vient pas du protecteur – puisque même une personne sous curatelle pourrait donner – mais du législateur. Comment prétendre qu'on ne limite que l'exercice du droit de donner alors qu'on attaque carrément la jouissance de ce droit ?

Les commentaires du ministre sont à l'effet que dorénavant, même un majeur protégé peut faire acte de donation dans les limites prescrites « afin d'augmenter leur participation aux actes du quotidien et de se conformer à la nouvelle approche adoptée dans le droit des personnes visant l'acquisition progressive de la capacité ». Cette explication du ministre nous semble parlante et devrait inciter les tribunaux à atténuer la rigueur de leur interprétation lorsque la sau-

28. Une illustration récente : *B... D... c. J... D...*, 2012 QCCS 5063, J. S. Ouellet.

29. Art. 6 de la Charte.

30. Art. 1813 C.c.Q.

31. *Robillard-Charrette (dans l'affaire de la curatelle de) et Charrette et al.*, SOQUIJ AZ-83011085 [1983] CA 4 ; voir sous l'empire du C.c.Q. : *L. (M.), R.N. (I.), L. (M.), P. (B.O.), L. (L.) c. K. (I.) et al.*, REJB 1996-85458, J.C. Julien.

vegarde de l'autonomie est en cause : ici, et pour l'illustrer de manière pratique, c'est avant tout le bonheur de partager qui se doit d'être considéré, la quotité acceptable étant affaire de preuve et de bon sens.

Situons l'enjeu, le sens, d'une donation :

La valeur de lien est autre chose que la valeur d'échange et la valeur d'usage. C'est peut-être ce qui explique le mieux la méfiance qu'entretient le don vis-à-vis de l'argent. Ce fait est étrange pour la pensée économique. [...]

L'enjeu du cadeau, c'est que le donateur démontre qu'il sait ce que le donataire aime. Cela est plus important que la satisfaction « marchande » du donataire, car c'est le lien qui compte, et le don est une opération au service du lien. [...]

En exprimant la valeur de lien, le don sert à nous prouver que nous ne sommes pas des objets. « Les hommes qui donnent se confirment les uns aux autres qu'ils ne sont pas des choses. »³²

C'est donc une perception proprement économique qui semble avoir animé le législateur dans l'énoncé de cette limitation. Notons toutefois que la notion de lien si fondamentale à l'enjeu d'une donation n'a pas été évacuée complètement par le législateur puisqu'est évoquée la prohibition faite au propriétaire, à l'administrateur ou au salarié d'un établissement de santé de recevoir une telle donation³³.

Tester peut être possible même sous régime de protection, pourvu que ce dernier soit limité à la tutelle³⁴ ; le tribunal doit être interpellé pour confirmer si les circonstances entourant l'élaboration du testament révèlent ou non quelques circonstances affectant la validité ; pourrait-on appliquer ici ce même mécanisme à la donation pour des biens dont la valeur serait significative et dépasserait le seuil des « cadeaux d'usage » ? Enfin, rappelons que ce mécanisme d'origine légale n'existe évidemment pas pour les personnes sous mandat de protection qui veulent faire un testament, même partiellement inaptes ; rien n'empêcherait d'en prévoir un dans le libellé du contrat de mandat.

32. « L'esprit du don », Jacques T. GODBOUT, Coll. Les sciences sociales, 1992.

33. Art. 1817 C.c.Q.

34. Art. 709 C.c.Q.

3) *Les droits autres que fondamentaux ou accessoires*

À la différence des droits dits fondamentaux et à l'instar du droit personnel de tester, les droits dont nous allons discuter l'amplitude de leur exercice, dépendent du régime attribué à la personne aînée : la variable étant le degré d'incapacité en cause. Ainsi, une personne sous régime de curatelle n'a carrément plus l'exercice de ces droits contingents que nous nous proposons de décrire et qui valent pour le régime de tutelle.

En droit substantif, le régime de tutelle implique que la personne aînée exercera dorénavant ses droits civils comme le ferait un mineur³⁵, et qu'au surplus, elle pourra conserver la gestion du produit de son travail³⁶. Évidemment, ces dispositions ne concernent que la personne sous régime de tutelle et non de curatelle et supposent que la personne aînée puisse encore exercer un travail. Les dispositions émanant de la section traitant de la minorité complètent celles relatives au produit de travail, en réputant la personne aînée apte quant aux actes relatifs à son emploi³⁷. De plus, la personne aînée peut contracter seule pour satisfaire ses besoins ordinaires ou usuels. Tout cela, évidemment, si le Tribunal ne donne pas de contre-indication. Ce qu'il y a de troublant dans cette référence aux droits du mineur, c'est que la capacité d'exercice de la personne aînée tombe dans un régime d'exception, puisqu'elle s'exerce dans la seule mesure prévue par la loi³⁸. Nous sommes d'opinion qu'en matière de personnes aînées, cette disposition interprétative ne devrait pas apparaître : elle crée en sorte une présomption allant à l'encontre de la sauvegarde de l'autonomie. Et qu'en est-il de la situation des mandants dont on sait que 94 % des mandats habilite les mandataires des pouvoirs de pleine administration³⁹ (et souvent dépassent ce cadre) ?

4) *Respect des droits et sauvegarde de l'autonomie vont de pair*

Y a-t-il cependant un droit qui impose un respect particulier dans le contexte d'un régime de protection légale ou conventionnelle

35. Art. 287 C.c.Q.

36. Art. 288 C.c.Q.

37. Art. 156 C.c.Q.

38. Art. 155 C.c.Q.

39. F. DUPIN, « Droit des aînés : mandat de protection », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.

en faveur d'une personne aînée ? Un droit ou une valeur qui nous semble l'emporter sur les autres, tant son exercice est lié à la sauvegarde de l'autonomie de la personne qu'on veut protéger ? Nous soumettons que ce droit ou cette valeur concerne en fait la nécessaire relation de protecteur à protégé, impliquant le droit de la personne aînée à être consultée comme partie prenante par son protecteur. Ce droit a tout à voir avec la place du protégé dans l'élaboration de toute décision le concernant⁴⁰ ; ce dernier, on le souhaiterait, devrait être partie prenante à toute décision lorsque possible, ou à tout le moins doit-il en être avisé *a posteriori*⁴¹. Notons qu'il est extrêmement difficile d'en superviser concrètement l'exercice même avec un pouvoir de surveillance ou d'enquête à la clé⁴². Mais, n'est-ce pas le droit le plus important que de considérer cette capacité résiduaire du protégé à décider avec son protecteur pour ce qui concerne son patrimoine et ses soins, décisions qui en définitive seront prises par ce dernier selon le droit actuel ? N'est-ce pas aussi le sens téléologique de l'article 257 C.c.Q. qui fait suivre ce « respect des droits » par la prise en considération de « la sauvegarde de l'autonomie » ? À cet égard, c'est au fond surtout par la valorisation de l'autonomie par le protecteur que doit s'exercer le respect des droits d'une personne aînée assujettie à son protecteur.

Mais comment coiffer d'un principe juridique cette disposition du protecteur à s'investir pour plus assister son protégé que le représenter ? Une obligation d'assistance du protecteur ?

En somme, dignité⁴³ et autonomie⁴⁴ vont de pair, comme exposé précédemment. D'ailleurs, le législateur a greffé à ces deux valeurs le même terme : « sauvegarde », comme par hasard⁴⁵ ; le droit à la vie⁴⁶, dans son acception qualitative, participe à ces valeurs.

40. Art. 257, al. 1 C.c.Q. ; la relation personnelle avec le protégé est un attribut de la charge de protecteur : art. 260, al. 2 C.c.Q.

41. Art. 257, al. 2 C.c.Q.

42. « Un plan de tutelle ou de curatelle » rédigé par le protecteur pressenti ne serait-il pas approprié pour savoir comment ce dernier entend s'y prendre pour promouvoir l'autonomie de son protégé, entre autres ? Voir la *Loi sur la prise de décisions au nom d'autrui*, L.O. 1992, c. 30, art. 32(10) (11), 66(15). La législation du Yukon possède aussi une telle exigence.

43. Art. 4 de la Charte.

44. Art. 257 C.c.Q.

45. Christian BRUNELLE, « La dignité, le digne concept juridique », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2008-2009, *Justice, société et personnes vulnérables*, hors-série, p. 28, note 86.

46. Art. 1 de la Charte.

C'est donc dans le registre de droits fondamentaux – dignité et respect du processus judiciaire – que le respect des droits est dû de manière certaine. Les autres droits fondamentaux sont – on l'a vu – passablement écorchés par les mesures de protection judiciaire : le souci de l'intégrité⁴⁷ à préserver ou de la sûreté de la personne peut justifier la mise en veilleuse de la liberté et du dogme de l'inviolabilité⁴⁸. La liberté peut être compromise surtout par l'étendue d'une mesure de protection, que l'on pense aussi à la liberté d'expression ou de circulation ; la réputation⁴⁹ est confrontée de par la loi au maintien d'un registre tenu par le Curateur public répertoriant les personnes auxquelles a été attribuée une mesure de protection ; la vie privée et le secret professionnel⁵⁰ sont pris à partie non seulement par la tenue du registre précité, mais par le processus judiciaire menant à la prise d'effet de la mesure de protection, comme nous l'avons discuté ; quant au droit à la libre disposition des biens⁵¹, la mesure de protection peut désapproprier du contrôle des biens la personne protégée.

Ce tour de piste renforce l'idée que la dignité, la vie dans son acception qualitative et l'autonomie, l'obligation d'une assistance bienveillante du protecteur à la favoriser, de même que le processus judiciaire menant à la prise d'effet d'une mesure de protection sont les valeurs immuables et transcendantes à la variété des mesures de protection ; voici donc l'assiette de droits immanents auxquels le respect est dû selon l'article 257 C.c.Q. ; toutefois, rappelons qu'il nous semble que manque à l'appel, quoique sa présence timide soit relatée à l'article 260 C.c.Q., cette obligation d'assistance du protégé.

Sur un mode empirique, le professeur Pierre Deschamps a tenté de circonscrire trois domaines où la personne aînée protégée devrait encore exercer sa « souveraineté » :

Il existe au moins trois types de décisions qui, à notre avis, appartiennent à la personne majeure à qui on a attribué un régime de protection, pour autant qu'elle est en mesure, malgré son inaptitude reconnue à prendre soin de sa personne ou à administrer ses biens, d'exprimer sa volonté et de faire part de ses désirs. Ce sont les décisions reliées au

47. Art. 1 de la Charte.

48. Art. 10 et 16 C.c.Q., *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui* (L.R.Q., P-38.001).

49. Art. 4 de la Charte et 54 L.c.p.

50. Art. 5 et 9 de la Charte.

51. Art. 6 de la Charte.

choix du lieu de résidence, au choix du régime de vie et au choix de ses héritiers.⁵²

CONCLUSION

En première analyse, ce « respect des droits » semble donc surtout lié à la preuve de l'aptitude conséquente à l'autonomie résiduaire, à laquelle correspondra un régime de protection approprié puisque, selon l'article 276 C.c.Q., le tribunal devra prendre en considération « le degré d'autonomie de la personne » ; en seconde analyse, il y a infiniment plus que cet arrimage législatif avec la gradation du régime, il y a surtout une véritable promotion de l'autonomie conséquente à la relation protégé/protecteur dont il est toutefois difficile de vérifier l'opérationnalisation sur le terrain⁵³. Cette relation constitue l'élément le plus significatif des droits auquel peut aspirer une personne aînée sous régime de protection. Elle permet le concours du protégé, dans la mesure du possible, à toute décision le concernant sur tous les aspects de sa personne et de l'administration de ses biens. Plus qu'un droit, c'est une affaire de culture à promouvoir auprès des protecteurs :

Un régime de protection, aussi légitime soit-il, peut devenir abusif dès lors qu'il confisque l'exercice du libre arbitre d'une personne chez qui on reconnaît une faculté de décider par elle-même et pour elle-même ce qui est dans son meilleur intérêt. Les principes reconnus par le législateur ayant trait à l'autonomie de la personne et au respect de ses droits doivent recevoir leur pleine application quant au pouvoir d'une personne de faire des choix personnels qui ne concernent qu'elle-même et non des tiers dès lors qu'elle est en mesure de s'exprimer et que les désirs et les volontés qu'elle exprime ne vont pas à l'encontre de son intérêt.⁵⁴

D'aucuns préconisent d'ailleurs l'abolition du pouvoir actuel de représentation du protecteur à la faveur d'un régime de « supported decision-making »⁵⁵ afin de préserver en autant que faire se peut l'implication de la personne aînée dans son milieu de vie⁵⁶. Mais cette innovation peut-elle tenir la route à l'égard des inaptitudes totales et permanentes ?

52. Pierre DESCHAMPS, *op. cit.*, vol. 359, p. 67, p. 102.

53. Art. 260 C.c.Q.

54. Pierre DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 359, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 112.

55. Régime d'« assistance à la prise de décision », selon une traduction de l'auteur.

56. Ann SODEN, « Beyond Incapacity », (2011) 5(2) *MJLH* 295.

Y a-t-il urgence à promouvoir ce lien liant protégé à protecteur que nous avons dénommé « obligation d'assistance » ?

En France, le suicide des personnes âgées est devenu endémique au point d'en faire un problème de santé publique⁵⁷. Les pensées suicidaires seraient liées à un sentiment de solitude qui se conjuguerait avec la perte d'autonomie. Cette triste réalité devrait raviver notre préoccupation à faire concourir, dans la mesure du possible, nos aînés qui sont protégés et pour lesquels existe une autonomie résiduaire palpable.

Le thème de ce propos était de trouver un équilibre pour protéger sans s'ingérer. Il nous apparaît que la nécessaire immixtion d'un protecteur dans les affaires de son protégé passerait tellement mieux en renforçant le rôle du protecteur à un rôle d'assistance à la prise de décision dans les cas qui le permettent. En somme, comme le disait une bande-annonce, aider le protégé à s'aider.

57. « Le suicide des seniors, un problème de santé publique encore mal pris en compte », Caroline PIQUET, Sélection hebdomadaire du Monde, 30 août 2012.

