

Deveault, Audrey & Michaël Lessard, dir, *Mourir au 21^e siècle : entre corporalités et technologies*, Montréal, Québec, Éditions Yvon Blais, 2020.

Giorgio Agamben avance dans son essai *Auschwitz, l'archive et le témoin* que c'est aux confins de la vie et de la mort, dans les états liminaux que l'on y trouve, que la biopolitique contemporaine atteint son paroxysme. Le philosophe italien évoque le recul de la mort « selon les progrès des technologies scientifiques ou politiques », interrogeant les camps de concentration, mais aussi « le corps en coma dépassé, le *néo-mort* des salles de réanimation »¹. Aujourd'hui, difficile de ne pas penser aussi aux enfants autochtones laissés sans sépultures autour des pensionnats.

Au sein d'un ouvrage collectif intitulé « Mourir au 21^e siècle : entre corporalités et technologies » faisant suite à un colloque tenu à la Faculté de droit de McGill en 2019, Audrey Deveault et Michaël Lessard proposent d'explorer le thème de la mort et par conséquent de son rapport avec la vie dans les figures qu'elle prend dans le droit, les objets médiatiques tels que les réseaux sociaux et les jeux vidéo, ainsi que dans les arts visuels et la littérature.² Dans cette plaquette de 129 pages, ils présentent sept études en plus de l'introduction qu'ils signent. Bien qu'il eût été enrichissant de retrouver dans l'ouvrage plus de traces du dialogue interdisciplinaire entre les différents auteurs auquel le colloque a pu donner lieu, quelques thèmes forts et questions transversales se dégagent de la lecture de cet ouvrage.

Le point de vue du défunt

Dans les deux études juridiques de l'ouvrage, tant pour Mariève Lacroix que pour Gaële Gidrol-Mistral et Anne-Sophie Hulin, la mort est un prisme à travers lequel le couple corps/personne se réfracte et met en cause la *summa divisio* du droit civil entre les personnes, les biens et les obliga-

¹ Giorgio Agamben, *Homo sacer: l'intégrale 1997-2015*, Opus, Paris, Éditions du Seuil, 2016 à la p 961.

² Audrey Deveault & Michaël Lessard, dir, *Mourir au 21^e siècle: entre corporalités et technologies*, Montréal, Québec, Éditions Yvon Blais, 2020.

tions.³ La persistance «irradiante»⁴ de la personnalité dans la mort pousse les catégories classiques dans leurs derniers retranchements. Par exemple, pour Lacroix, c'est la dignité humaine qui sous-tend la protection juridique tant du cadavre du défunt que de sa mémoire⁵. Pourtant, à travers sa lecture de l'installation artistique *Famous Deaths*, Benoît Solbes fait valoir que la mort d'une personnalité peut entraîner tout autant sa sacralisation que sa désacralisation, comme ce fut le cas pour le dictateur Khadafi⁶.

Le mort saisit le vif

La mort éclaire la vie et révèle ce à quoi l'on accorde de la valeur, comme en témoigne l'intérêt de plus en plus important accordé à ce qui survit à notre mort biologique dans l'espace virtuel, à notre *corpus* numérique pour ainsi dire. À cet égard, Gidrol-Mistral et Hulin font bien ressortir les défis de cette survie pour le droit⁷. Par ailleurs, souligne Nadia Seraioocco, il y a lieu de se demander si une telle «vanité numérique», où l'humain et la machine s'hybrident, ne relève pas d'une tentative de divertissement à la fois vis-à-vis de la vie et de la mort⁸.

L'hybridation entre l'humain et la machine est aussi au cœur du texte d'Audrey Boutin. Cette fois, il s'agit de celle, emblématique de notre siècle et du précédent, entre l'humain et l'automobile symbolisant autant une manière de vivre que de mourir dans les œuvres d'Andy Warhol et J. G. Ballard⁹. On ne manquera pas de noter que les accidents de voiture sont

³ Mariève Lacroix, « Un cadavre “juridiquement” exquis: sujet de droit ou objet de respect? » dans Deveault & Lessard, *supra* note 2 à la p 9; Gaële Gidrol-Mistral & Anne-Sophie Hulin, « Mort à la mort (!) » dans Deveault & Lessard, *supra* note 2 à la p 29.

⁴ Lacroix, *supra* note 3 à la p 14 et Gidrol-Mistral & Hulin, *supra* note 3 à la p 47.

⁵ Voir Lacroix, *supra* note 3 aux pp 19–28.

⁶ Voir Benoît Solbes, « Famous Deaths : au-delà d'une représentation visuelle de la mort » dans Deveault & Lessard, *supra* note 2 à la p 84.

⁷ Voir Gidrol-Mistral & Hulin, *supra* note 3 aux pp 42–50.

⁸ Voir Nadia Seraioocco, « Vanité numérique: avatar postmortel, datafication et hybridation humain non-humain » dans Deveault & Lessard, *supra* note 2 aux pp 68–69.

⁹ Voir Audrey Boutin, « La mort de l'affect et la mécanisation de la métaphore

une cause importante de mort cérébrale, celle-là même qui prolonge la vie à travers le don d'organe.

D'ailleurs, comme le démontrent Gidrol-Mistral et Hulin, juridiquement la mort de la personne en droit peut se penser indépendamment de celle du corps biologique et prendre une acception technique comme c'est le cas pour l'absence ou la mort civile¹⁰, mais aussi pour la mort cérébrale. Elle s'apparente alors à ce que Pierre Gabriel Dumoulin désigne comme la « mort-mécanique » dans les jeux vidéo et peut donner lieu à la question de savoir s'il est éthiquement approprié d'utiliser la mort comme hyperbole¹¹.

Memento Mori

Malgré des contours flous et les espoirs transhumanistes et technicistes, la mort semble toujours inéluctable. Par contre, comme le contraste entre les deux modes d'adresse de la maladie mortelle et incurable qu'était le sida dans la décennie 1990 évoqués par Alexandra Roy-Côté le suggère, elle ne saurait être univoque¹².

Ainsi, l'ouvrage dirigé par Deveault et Lessard rappelle que pour faire sens de la vie, il faut faire sens de la mort et appelle à poursuivre la réflexion au-delà des frontières disciplinaires.

Jean-Frédéric Ménard

organique : étude comparative de la série *Death and Disasters* d'Andy Warhold et du roman *Crash!* de J.G. Ballard » dans Deveault & Lessard, *supra* note 2 aux pp 107–120.

¹⁰ Voir Gidrol-Mistral & Hulin, *supra* note 3 à la p 34.

¹¹ Voir Pierre Gabriel Dumoulin, « La (re)définition de la mort en contexte vidéoludique: entre mort-mécanique et mort-permanente » dans Deveault & Lessard, *supra* note 2 à la p 103.

¹² Voir Alexandra Roy-Côté « Sida et civilisation: adresse(s) d'une condamnation dans l'oeuvre d'Hervé Guibert et Esther Valiquette » dans Deveault & Lessard, *supra* note 2 aux pp 121–129.

HOMOLOGATION DU MANDAT DE PROTECTION EN CAS D'INAPTITUDE PARTIELLE DU MANDANT : 10 ANS APRÈS *LP c FH*, OÙ EN SOMMES-NOUS RENDUS ?

Despite the Quebec Court of Appeal's attempt to clarify the question in 2009, the state of the law regarding the homologation of protection mandates in case of partial incapacity has remained over the past ten years the source of great uncertainty. The author conceptualizes the debates that have fuelled these uncertainties around three controversies arising from the fundamentally different answers given to the following questions: (1) did the 2009 Quebec Court of Appeal's decision *L.P. v F.H.* have the effect of prohibiting the homologation of any protection mandate conferring the powers of full administration in the event of a person's partial incapacity?; (2) does the homologation of a protection mandate conferring the powers of full administration, when the principal is partially incapable and does not oppose it, limit or respect the residual autonomy of the concerned adult?; (3) does the homologation of a protection mandate have the effect of limiting a person's capacity to exercise her civil rights? If so, do the clauses recording a person's desire to have her protection mandate homologated even if she retains partial capacity contravene public order? This text examines each of these questions with a view to analyzing various responses given to them in case law and doctrine. It also offers a critical analysis of the various positions taken with regard to each controversy and assesses the impact of the recent Court of Appeal's decision *Curateur public du Québec v. H.P.* as well as Bill 18, which was adopted by the National Assembly on June 2, 2020, on these controversies.

Malgré la tentative d'éclaircissement de la question de l'homologation du mandat de protection en cas d'incapacité partielle par la Cour d'appel du Québec en 2009, l'état du droit est resté au cours des dix dernières années la source d'une pesante incertitude pour les justiciables souhaitant que leur mandat soit homologué dans de telles circonstances. L'autrice propose de conceptualiser les débats qui ont alimenté ces incertitudes autour de trois controverses issues des réponses fondamentalement différentes données aux questions suivantes : (1) la décision *LP c FH* rendue par la Cour d'appel en 2009 a-t-elle eu pour effet de proscrire l'homologation de tout mandat de protection conférant les pouvoirs de la pleine administration en cas d'incapacité partielle du mandant ?; (2) l'homologation d'un mandat de protection conférant les pouvoirs de la pleine administration, lorsque le mandant est inapte partiellement et ne s'y oppose pas, limite-t-elle ou respecte-t-elle l'autonomie résiduelle du majeur ?; (3) l'homologation d'un mandat de protection a-t-elle pour effet de limiter la capacité d'exercice du mandant ? Le cas échéant, est-ce que les clauses de préséance consignnant la volonté d'une personne de voir son mandat de protection homologué même s'il conserve une aptitude partielle contreviennent à l'ordre public ? Ce texte se penche sur chacune de ces questions dans l'optique de décortiquer diverses réponses qui leur ont été données dans la jurisprudence et la doctrine, offre pour chaque controverse une analyse critique des diverses positions prises à leur égard et évalue l'impact qu'aurait sur ces controverses le récent arrêt de la Cour d'appel du Québec *Curateur public du Québec c. H.P.* ainsi que le projet de loi 18 adopté à l'Assemblée nationale le 2 juin 2020.

Me Anne-Isabelle Cloutier a obtenu en 2020 des diplômes en droit civil et en common law de l'Université McGill, ainsi qu'une mineure en sociologie. Au cours de ses études, elle a été stagiaire au Tribunal des droits de la personne du Québec ainsi qu'à la Clinique juridique des aînés. Elle a également siégé au conseil d'administration de la Société canadienne de bioéthique, occupé plusieurs postes d'assistante de recherche et fait du bénévolat pour la Clinique juridique itinérante, un organisme *pro bono* qui a pour mission de promouvoir l'accès à la justice pour les sans-abris, les personnes démunies et les membres marginalisés de la société québécoise. Son implication dans diverses activités sociales et parascolaires, son leadership et son excellence académique lui ont valu plusieurs prix et bourses d'études, tels que la liste d'honneur du doyen du programme B.C.L./J.D. de l'Université McGill, la bourse de finaliste de la Fondation Loran Scholars, la Médaille jeunesse du Lieutenant-gouverneur du Québec pour la jeunesse et le prix Gregory K Steele QC en droit des aînés.

Aucun conflit d'intérêt à déclarer.

Les propos tenus dans ce texte ne lient que l'autrice.

L'autrice tient à remercier Jonas-Sébastien Beaudry, Pierre Deschamps, Ann Soden, Amélie Quesnel-Vallée et Mary Holliday Bartram pour leurs commentaires judicieux et pour les échanges éclairants tout au long du processus de rédaction. L'autrice souhaite également remercier les éditeurs anonymes de la Revue de droit et santé de McGill pour leur travail minutieux, ainsi que les pairs évaluateurs pour leurs précieux commentaires. Enfin, l'autrice remercie sincèrement les généreux donateurs qui permettent à chaque année à l'Université McGill d'octroyer le prix Max Crestohl à l'étudiant(e) qui a soumis la meilleure contribution écrite à l'une des revues académiques dirigées par des étudiant(e)s de la faculté de droit.

© Anne-Isabelle Cloutier 2021

Référence : Anne-Isabelle Cloutier, « Homologation du mandat de protection en cas d'inaptitude partielle du mandant : 10 ans après LP c FH, où en sommes-nous rendus? » (2021) 15:1 RD & santé McGill 251.

Citation: Anne-Isabelle Cloutier, "Homologation du mandat de protection en cas d'inaptitude partielle du mandant : 10 ans après LP c FH, où en sommes-nous rendus?" (2021) 15:1 McGill JL & Health 251.

2021	<i>HOMOLOGATION DU MANDAT DE PROTECTION EN CAS D'INAPTITUDE EN CAS D'INAPTITUDE PARTIELLE DU MANDANT : 10 ANS APRÈS LP c FH, OÙ EN SOMMES-NOUS RENDUS ?</i>	7
INTRODUCTION		8
I. LE MANDAT DE PROTECTION: UN SURVOL		14
<i>A. Historique d'adoption</i>		14
<i>B. Cadre juridique</i>		15
II. CONTROVERSE 1 : LA PORTÉE DE L'ARRÊT LP c FH		18
<i>A. L'arrêt de la Cour d'appel dans LP c FH</i>		19
<i>B. Un arrêt, deux interprétations</i>		21
<i>C. Discussion : vers un cadre juridique plus clair et cohérent</i>		25
III. CONTROVERSE 2 : LE RESPECT DE L'AUTONOMIE RÉSIDUELLE		29
<i>A. La sauvegarde de l'autonomie en matière de mandat de protection</i>		30
<i>B. Le sauvegarde de l'autonomie et la lecture « libérale » de LP</i>		31
<i>C. La sauvegarde de l'autonomie et la lecture « restrictive » de LP</i>		34
<i>D. Discussion : la temporalité, une notion négligée du débat sur la sauvegarde de l'autonomie</i>		36
IV. CONTROVERSE 3 : LA CAPACITÉ D'EXERCICE DES DROITS CIVILS		42
<i>A. Les concepts clés d'inaptitude et d'incapacité</i>		43
1. Inaptitude		43
2. Incapacité		44
<i>B. Débat doctrinal sur l'effet juridique de l'homologation du mandat sur la capacité d'exercice du mandant</i>		45
1. Le libellé de l'article 2166 CcQ		46
2. La qualification du mandant à titre de majeur protégé		48
3. L'impossibilité de révoquer le mandat sans l'aval du tribunal		50
<i>C. Débat jurisprudentiel sur la conformité des clauses de préséance avec l'ordre public</i>		52
<i>D. Discussion : limitation de la capacité d'exercice des droits civils et légalité des clauses de préséance</i>		55
V. SYNTHÈSE		61

INTRODUCTION

La qualification du mandat de protection – l’acte par lequel un individu désigne une ou plusieurs personnes de confiance afin d’administrer ses biens et de prendre soin de sa personne advenant la survenance d’une inaptitude – a fait couler beaucoup d’encre depuis sa création en 1989. Certains affirment que le mandat de protection doit être conçu comme étant un contrat puisqu’il se situe dans le livre sur les contrats nommés dans le *Code civil du Québec* (CcQ)¹. D’autres croient plutôt qu’il s’agit d’un régime de protection privé en raison, notamment, de sa finalité qui est identique à celle des régimes de protection légaux, c’est-à-dire assurer la protection des personnes inaptes². Au fil des trente dernières années, les juristes québécois

¹ Arts 2131, 2166 CcQ. Pour consulter des textes de juristes adhérant à la thèse contractuelle, voir par ex Michel Beauchamp, « Le mandat d’inaptitude : crise d’identité » (2005) 1 CP du N 335 à la p 342 [Beauchamp, « Crise d’identité »]; Sabrina Boiselle, *Intérêts et attentes légitimes : le mandat de protection, un contrat de choix*, thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2011 [non publié] à la p 66; Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2001 aux pp 66, 237; Lucie Laflamme, Robert Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *Le mandat donné en prévision de l’inaptitude : de l’expression de la volonté à la mise en oeuvre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 à la p 15. Pour de la jurisprudence adhérant à la thèse contractuelle, voir par ex *FH c LP*, 2008 QCCS 3548 [*LP QCCS*], inf par 2009 QCCA 984 [*LP QCCA*].

² Plusieurs autres arguments sont soumis par les adhérents à l’une et l’autre des positions. Pour une analyse approfondie des diverses thèses soutenues quant à la qualification du mandat de protection, voir Kim Désilets, « Le mandat en cas d’inaptitude : la réconciliation des idées » (2008) 38 RDUS 291 aux pp 294–312; Laflamme, Kouri et Philips-Nootens *supra* note 1 aux pp 9–16. Pour consulter des textes de juristes adhérant à la thèse des régimes de protection, voir par ex Monique Ouellette, « La Loi sur le Curateur public et la protection des incapables » (1989) CP du N 108 à la p 138; Claude Fabien, « Le passage du mandat ordinaire au mandat de protection » dans Barreau du Québec, Service de Formation Permanente, *Mandats en cas d’inaptitude : une panacée?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, 105 à la p 958 [Fabien, « Le passage »]; Claude Fabien, « Le mandat de protection en cas d’inaptitude du mandant : Une institution à parfaire » (2007) 1 C de PN 405 à la p 411 [Fabien, « Institution à parfaire »]; Jean Lambert, « Commentaire sur la décision P. (L.) c. H. (F.) – Inaptitude partielle et mandat de protection : une incompatibilité insurmontable? » (2009) Repères 1 à la p 5 [Lambert, « Commentaire »]; Dominique Goubau avec la collaboration d’Anne-Marie Savard, *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2019, n°778.

n'ont eu d'autres choix que d'apprendre à interagir avec cette institution juridique imparfaite³, le débat sur la qualification du mandat de protection comme étant de la nature du contrat ou du régime de protection privé n'ayant pas été tranché de façon définitive par le législateur ou les tribunaux. Les juristes québécois ont dû accepter son caractère hybride, qui a d'ailleurs été consacré le 2 juin 2020 par le législateur dans le projet de loi 18, ainsi que les difficultés pratiques et interprétatives qui en découlent⁴.

Le caractère hybride du mandat de protection teinte des débats jurisprudentiels et doctrinaux d'actualité. Il sous-tend notamment celui qui est au cœur de l'analyse de ce texte, soit le débat lié à l'homologation du mandat en cas d'inadéquation entre le degré d'incapacité du mandant et l'étendue des pouvoirs confiés au mandataire. Celui-ci est lié entre autres au silence du CcQ des dernières années sur la nécessité qu'il y ait proportionnalité entre le degré d'incapacité du mandant et l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire, comme l'exige pourtant le droit applicable lors de l'ouverture d'un régime de protection⁵.

³ Sur le caractère problématique du mandat, voir Fabien, « Institution à parfaire », *supra* note 2; Brigitte Lefebvre, « L'étrange « mandat » qu'est celui donné en prévision de l'incapacité : lorsque la volonté occulte la finalité » dans Générosa Bras Miranda et Benoit Moore, dir, *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, 75 à la p 79 [Lefebvre, « Étrange mandat »]; Brigitte Lefebvre, « Le mandat donné en prévision de l'incapacité : 25 ans d'expérience québécoise » dans Nicole Gallus, dir, *La protection des incapables majeurs et le droit du mandat*, Limal, Anthémis, 2014, 165 à la p 169 [Lefebvre, « 25 ans »].

⁴ Le caractère hybride de l'institution est une source d'incertitude et l'objet du débat sur la qualification du mandat de protection. Voir notamment Michel Beauchamp, *Tutelle, curatelle et mandat de protection*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014 à la p 329 [Beauchamp, « Tutelle »]; François Dupin, « Le mandat de protection : des origines à nos jours » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2008)*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 1 à la p 8 [Dupin, « Origines »]; Lambert, « Commentaire » *supra* note 2 à la p 5; Projet de loi 18, *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, 1^{re} sess, 42^e lég, Québec, 2019 (sanctionné le 3 juin 2020) RLRQ 2020, c 11 [Projet de loi 18].

⁵ Arts 257, 2166 CcQ. Voir Projet de loi 18, *supra* note 4, art 84 (comme nous le verrons plus en détails, le projet de loi 18 prévoit l'insertion d'un article semblable à l'article 257 (l'article 2167.2) dans la section IV du CCQ énonçant les règles particulières au mandat de protection).

Bien que la Cour d'appel ait tenté de clarifier la question en 2009 dans *LP c FH*⁶, nous constatons que, dix ans plus tard, la jurisprudence et la doctrine sont encore divisées⁷. Ceci est notamment dû à la lecture différente de l'arrêt qu'ont eu tendance à faire les adhérents à l'une ou l'autre des thèses. Les adhérents à la thèse contractuelle, tel Michel Beauchamp⁸, ont interprété généralement cette décision comme permettant l'homologation du mandat même s'il contient des pouvoirs de pleine administration, à condition que le majeur ne s'oppose pas à la procédure⁹. Parallèlement, ceux qui se sont rangés du côté de la thèse du régime de protection, comme Édith Deleury et Dominique Goubau¹⁰, ont fait une lecture différente de l'arrêt. La thèse du régime de protection prétend que la Cour d'appel y a interdit de façon générale l'homologation « lorsque le degré d'inaptitude ne concorde pas avec les pouvoirs accordés au mandataire »¹¹.

À la lumière de l'incertitude planant sur la question et dans l'optique d'inciter le tribunal à homologuer le mandat de protection en cas

⁶ *LP QCCA*, *supra* note 1 (la Cour d'appel a infirmé une décision de la Cour supérieure homologuant un mandat de protection conférant les pleins pouvoirs aux mandataires alors que la mandante n'était que partiellement inapte et s'opposait à l'homologation de celui-ci).

⁷ Voir François Dupin, « Les valeurs éthiques du mandat de protection à l'aune de la jurisprudence » dans Service de la qualité de la profession, du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, vol 452, Montréal, Yvon Blais, 2019, 203 à la p 210 [Dupin, « Les valeurs »].

⁸ Voir Beauchamp, « Crise d'identité », *supra* note 1.

⁹ Voir Beauchamp, « Tutelle », *supra* note 4 à la p 377, citant avec approbation François Dupin, « Autonomie et mandat de protection » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2010)*, vol 315, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2010, 1 [Dupin, « Autonomie »]. Pour de la jurisprudence interprétant la décision *LP* de façon similaire, voir par ex *PL c NG*, 2009 QCCS 6211 [*PL*]; *AD et OP*, 2016 QCCS 1216, au para 24 [*AD*]; *MO et JG*, 2018 QCCS 3778, aux para 27–34 [*MO #2*].

¹⁰ Voir Goubau, *supra* note 2, n°778.

¹¹ Voir Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014, n°781. Notons qu'à la suite de l'arrêt *HP*, les auteurs ont nuancé leur interprétation des enseignements de l'arrêt *LP*, voir Goubau, *supra* note 2, n°791. *Contra* Lambert, « Commentaire », *supra* note 2. Pour de la jurisprudence interprétant *LP* de façon analogue, voir par ex *TA c LB*, 2012 QCCS 1642, au para 47 [*TA*]; *MC et MA C*, 2017 QCCS 6362, aux para 16–21 [*MC*]; *BD c PD*, 2017 QCCS 1595, aux para 17–18 [*BD*].

d'inadéquation entre les pouvoirs conférés au mandataire et le degré d'inaptitude du mandant, les conseillers juridiques ont développé l'utilisation des clauses de préséance¹². Celles-ci servent à communiquer au tribunal le désir du mandant « de donner préséance à l'homologation du mandat de préférence à l'ouverture d'un régime de protection, et ce, que l'inaptitude soit totale ou partielle, permanente ou temporaire »¹³. Elles s'accompagnent généralement d'une seconde clause prévoyant que le mandataire est dans l'obligation de consulter le mandant pour toute décision le concernant et pour laquelle il demeure apte à émettre une opinion¹⁴.

Là encore, les efforts de clarification ne semblent pas avoir eu l'effet escompté. La portée et la considération accordées à ces clauses par le tribunal sont pour le moins inconstantes et la jurisprudence demeure divisée quant à l'homologation d'un mandat conférant des pouvoirs de pleine administration en cas d'inaptitude partielle. Alors que certains décideurs les prennent en compte pour justifier l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude partielle par le tribunal, d'autres ont déclaré les clauses de préséance nulles¹⁵ et celles prévoyant un devoir de consultation insuffisantes¹⁶ pour respecter le principe de sauvegarde de l'autonomie résiduelle¹⁷.

¹² Dupin, « Les valeurs », *supra* note 7 à la p 211.

¹³ Julie Brisson et Élisabeth Pinard, « Homologation du mandat de protection en cas d'inaptitude partielle : les clauses modulatrices sont-elles la solution? », Congrès annuel du Barreau du Québec, présenté à la Malbaie, juin 2010 (2010) Service de la formation continue du Barreau du Québec à la p 13. Pour des décisions concernant l'homologation de mandats contenant une clause de préséance, voir par ex *JN c ML*, 2014 QCCS 4517 au para 13 [*JN*]; *CR et ER*, 2015 QCCS 3831 au para 21 [*CR*]; *MC*, *supra* note 11 au para 14.

¹⁴ Gérard Guay, « Conseils pratiques concernant la prise d'effet du mandat de protection en cas d'inaptitude partielle » (2004) 13:3 à la p 13. Voir par ex *JL*, 2010 QCCS 6130 aux para 7, 9 [*JL*]; *MC*, *supra* note 11 aux para 14, 20; *MO #2*, *supra* note 9 aux para 40, 41, 46, 47.

¹⁵ Voir par ex *JL*, *supra* note 14 aux para 7, 9; *MO #2*, *supra* note 9 aux para 40, 41, 46, 47; *MO et JG*, 2018 QCCS 1464 [*MO #1*], inf. par *MO #2*, *supra* note 9.

¹⁶ Voir par ex *MC*, *supra* note 11 aux para 20–21; *BH c AF*, 2012 QCCS 3453 au para 36 [*BH*]. Voir aussi Laflamme, Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 1 à la p 108, n 566. *Contra MO #2*, *supra* note 9 aux para 40–41; *Curateur public du Québec c HP*, 2019 QCCA 795 [*HP QCCA*].

¹⁷ Voir par ex art 257 CcQ (cet article est applicable *mutatis mutandis* aux man-

Cette division jurisprudentielle et doctrinale qui persiste depuis la création du mandat de protection est source d'une pesante incertitude pour les justiciables. Une lecture de la jurisprudence et de la doctrine permet de comprendre que cette division est liée aux réponses fondamentalement différentes que les juristes donnent aux questions suivantes :

- La décision *LP* a-t-elle eu pour effet de proscrire l'homologation de tout mandat de protection conférant les pouvoirs de la pleine administration en cas d'incapacité partielle du mandant ?
- L'homologation d'un mandat de protection conférant les pouvoirs de la pleine administration, lorsque le mandant est incapable partiellement et ne s'y oppose pas, limite-t-elle ou respecte-t-elle l'autonomie résiduelle du majeur ?
- L'homologation d'un mandat de protection a-t-elle pour effet de limiter la capacité d'exercice du mandant ? Le cas échéant, est-ce que les clauses de préséance consignant la volonté d'une personne de voir son mandat de protection homologué même s'il conserve une aptitude partielle contreviennent à l'ordre public ?

Dans ce texte, nous nous penchons sur chacune de ces questions dans l'optique d'analyser diverses réponses qui leur ont été données dans la jurisprudence et la doctrine. Nous offrons pour chaque controverse une analyse critique des diverses positions prises à leur égard et de l'influence que sont susceptibles d'avoir de récents développements législatifs et jurisprudentiels. Plus particulièrement, nous discutons de l'apport de la récente décision *Curateur public du Québec c HP*¹⁸ de la Cour d'appel du Québec en matière d'homologation en cas d'incapacité partielle du mandant et celui qu'est susceptible d'avoir le projet de loi 18 adopté le 2 juin 2020, une fois qu'il sera entré en vigueur, d'ici juin 2022¹⁹.

Cet article constitue une contribution intéressante à la littérature car, lorsqu'ils abordent la question de l'homologation du mandat en cas d'incapacité partielle, les textes publiés sur le mandat de protection depuis que l'arrêt *LP* a été rendu conceptualisent la problématique autrement,

dates de protection); *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 43, n 15; *MC*, *supra* note 11 au para 12; Dupin, « Origines », *supra* note 4 à la p 17.

¹⁸ *HP QCCA*, *supra* note 16.

¹⁹ Voir Projet de loi 18, *supra* note 4 .

n'analysant pas le clivage entre la thèse contractuelle et celle du régime de protection en termes de temporalité de l'autonomie du mandant. De plus, les textes publiés analysent la question et la jurisprudence de façon moins exhaustive : aucun texte recensé se penche strictement sur le débat lié à l'homologation du mandat conférant les pouvoirs de la pleine administration en cas d'incapacité partielle du mandant. L'analyse du débat est donc nécessairement moins approfondie et détaillée dans ces textes²⁰.

²⁰ Voir Goubau, *supra* note 2; Beauchamp, « Tutelle » *supra* note 4; Boiselle, *supra* note 1 (pour des monographies publiées depuis que l'arrêt de la Cour d'appel a été rendu en 2009 portant sur le mandat de protection). Voir Daniel Ambrosini, « Ulysses Contracts, Autonomy, and the “Self-binding” Problem: Legal and Ethical Perspectives » dans Formation continue Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2010, 107; Michel Beauchamp, « Commentaire sur le Projet de loi 96 intitulé Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes: Pour offrir une meilleure protection aux aînés et mieux protéger le patrimoine des mineurs » (1 mars 2017), en ligne (blogue) : Éditions Yvon Blais <www.editionsyvonblais.com/blogue/michel-beauchamp/commentaire-sur-le-projet-de-loi-96-intitule-emploi-modifiant-le-code-civil-le-code-de-procedure-civile-et-la-loi-sur-le-curateur-public-en-matiere-de-protection-des-personnesem-288/> [perma.cc/7DTM-ME6R]; Sabrina Boiselle, « Fascicule 13: Mandat de protection » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *JCQ Droit Civil*; Michelle Cumyn, « L'administration du bien d'autrui après 20 ans » dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité : mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2015, 153; Dupin, « Autonomie », *supra* note 9; François Dupin, *Les limites de la protection judiciaire attribuée à la personne aînée: des principes à la réalité, Conférence des juristes de l'État*, Redéfinir la gouvernance publique, 2013, 27; François Dupin, « Droit des aînés : mandat de protection » dans Formation continue Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2010 [Dupin, « *Les limites de la protection* »]; François Dupin, « Vers la reconnaissance d'un principe d'individualisation d'une mesure de protection légale à l'égard d'un majeur vulnérable » dans Formation continue Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, 409, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2016, 2; Claude Fabien, « Mandat de protection: dilemme du juge, dilemme du législateur » (2009) 111:2 R du N 255 [Fabien, « Mandat de protection »]; Marie Annik Grégoire, « La personne vulnérable, une oubliée du Code civil du Québec ? Quand effectivité du droit ne rime pas avec efficacité » dans Vincent Caron et al, dir, *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2015, 31; Lambert, « Commentaire » *supra* note 2; Lefebvre, « Étrange mandat » *supra* note 3;

Ce texte est divisé en quatre parties. La première survole le mandat de protection afin de jeter les bases pour une discussion informée. La deuxième se penche sur la controverse concernant la portée de l'arrêt *LP*. La troisième offre une analyse de la controverse relative au respect de l'autonomie résiduelle du mandant. La quatrième examine la controverse liée à l'effet juridique de l'homologation du mandat de protection sur la capacité d'exercice du mandant. Elle s'attarde aussi à l'influence de cette controverse sur le débat lié à la légalité des clauses de préséance. Enfin, ce texte se conclut par une synthèse dans laquelle nous résumons l'essentiel de l'analyse offerte pour chaque controverse.

I. LE MANDAT DE PROTECTION : UN SURVOL

Cette partie offre un survol du mandat de protection en présentant de brèves remarques sur le contexte entourant son introduction dans le droit civil québécois (A) et quelques précisions sur son cadre juridique (B).

A. Historique d'adoption

Le mandat de protection, de pair avec les régimes de protections légaux, a été introduit en 1989 dans le *Code civil du Bas-Canada* par la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*²¹. Par l'adoption de cette loi, les législateurs répondaient à l'insatisfaction populaire envers le système d'interdiction des personnes inaptes dans lequel celles-ci étaient frappées d'une incapacité totale, sans égard à leur degré d'inaptitude²². Le système d'interdiction était qualifié d'inhumain par des personnes âgées en raison de « l'interventionnisme traumatisant du curateur public dans les affaires privées des individus frappés d'inaptitude »²³. Il était jugé « désuet, inefficace et non respectueux des

Lefebvre, « 25 ans » *supra* note 3 (pour d'autres textes publiés depuis 2009 portant en tout ou en partie sur le mandat de protection).

²¹ *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, LRQ 1989, c 54, art 2166 [*Loi sur le curateur public modifiant le CcQ*]; voir aussi Fabien, « Le passage », *supra* note 2 à la p 107.

²² Voir Goubau, *supra* note 2, n°691.

²³ Jean Lambert, « La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations » dans *Formation continue Barreau du Québec*, Service de Formation

droits de la personne »²⁴. Il entrerait directement en conflit avec l'« esprit des chartes » québécoise²⁵ et canadienne²⁶ adoptées quelques années auparavant qui consacraient la primauté de la dignité, de la liberté et de l'égalité de tout être humain²⁷.

L'introduction du mandat de protection dans le CcQ était vue d'un bon œil autant par la population que par l'État. D'une part, le mandat permettait de responsabiliser les citoyens à l'égard de leur propre vie et de leur offrir – tel qu'ils le réclamaient – un outil juridique leur permettant de gérer de façon plus libre et autonome le déclin de leur aptitude²⁸. D'autre part, l'introduction du mandat au CcQ assurait « un allègement du fardeau financier de l'État puisque le rôle du curateur public est restreint en comparaison à celui qu'il est appelé à jouer en matière de régimes de protection »²⁹.

B. Cadre juridique

Tout majeur capable d'exercer ses droits civils peut préparer un mandat de protection³⁰. Cet acte peut contenir la nomination d'un mandataire à la

Permanente, *Mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2001, 83 à la p 87 [Lambert, « La genèse du mandat »].

²⁴ Voir Goubau, *supra* note 2, n° 689.

²⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ 1975, c C-12 [Charte québécoise].

²⁶ *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].

²⁷ Lambert, « La genèse du mandat », *supra* note 23 à la p 94.

²⁸ Voir Désilets, *supra* note 2 à la p 293–94. Sur le phénomène de responsabilisation relié au mandat de protection, voir Jean Lambert, « Le Mandat de protection a 17 ans : s'émancipera-t-il bientôt ? » (2007) 109:3 R du N 427 à la p 449; Boiselle, *supra* note 1 aux pp 83–84.

²⁹ Boiselle, *supra* note 1 à la p 84.

³⁰ Pour le canevas proposé par le Curateur public du Québec, voir Curateur public du Québec, « Formulaire : Mon mandat de protection » (2017) à la p 5, en ligne (pdf) : *Les Publications du Québec* <www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/outils/publications/mon_mandat.html> [<https://perma.cc/GK5Q-FRPE>].

personne et aux biens ou la nomination de plusieurs mandataires assignés à différentes tâches en fonction de leurs compétences et de leur lien avec le mandant.

Le mandat prévoit généralement l'étendue des pouvoirs du ou des mandataires. Le mandat peut être spécial ou général³¹. Il peut conférer les pouvoirs de la simple administration³² ou de la pleine administration³³. Bien que l'étendue des pouvoirs confiés au mandataire puisse varier, il s'avère que, dans la pratique, les mandats de protection sont majoritairement rédigés de façon à conférer les pouvoirs de pleine administration au mandataire³⁴. Tel que l'indique le notaire Claude Fabien : « la pratique contractuelle a favorisé la stipulation, quasi automatique, d'attribution au mandataire des pouvoirs de la «pleine administration» au futur mandataire »³⁵.

Pour qu'un mandat de protection entre en vigueur il faut, d'une part, que le majeur soit inapte³⁶ à administrer ses biens et/ou prendre soin de lui-même³⁷. D'autre part, il faut qu'il soit homologué par le tribunal³⁸. L'homologation permet au tribunal de vérifier trois éléments. D'abord, il

³¹ Voir Art 2135 CcQ; Goubau, *supra* note 2, n°781.

³² Voir Art. 1301–05 CcQ.

³³ Voir Art 1306–07 CcQ.

³⁴ Voir *LP QCCA*, *supra* note 1 cité dans *MC*, *supra* note 11 au para 10; *SR et RR*, 2016 QCCS 3940 au para 85 [SR]; Lefebvre, « 25 ans », *supra* note 3 à la p 170; Fabien, « Mandat de protection », *supra* note 20 à la p 259; Brisson et Pinard, *supra* note 13 à la p 3; Désilets, *supra* note 2 à la p 301; Laflamme, Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 1.

³⁵ Fabien, « Mandat de protection », *supra* note 20 à la p 259.

³⁶ Cette inaptitude peut être totale ou partielle. Elle est généralement permanente car, comme l'indique François Dupin : « on ne saurait engager les frais importants requis pour [l']homologation [d'un mandat de protection] pour une inaptitude qui ne soit transitoire ou réversible sauf exception » (Dupin, « Les valeurs », *supra* note 7 à la p 205).

³⁷ Voir Goubau, *supra* note 2, n°790 (l'inaptitude est ici une question de fait démontrée par une évaluation médicale et psychosociale accompagnant la requête en homologation).

³⁸ Voir art 2166 CcQ.

examine la validité du mandat³⁹. Ensuite, il constate l'incapacité du mandant et, enfin, la capacité du mandataire⁴⁰, dont l'absence de conflits d'intérêts⁴¹. Lors de l'homologation d'un mandat, le tribunal est placé devant un choix binaire, il n'a aucune flexibilité : soit il l'homologue tel que demandé, ou la demande est rejetée⁴². Sa nature contractuelle interdit au tribunal d'y ajouter ou d'y enlever quoique ce soit. Il ne peut pas, par exemple, moduler les pouvoirs conférés au mandataire afin de les harmoniser avec le degré d'incapacité du mandataire⁴³. Autrement, les tribunaux ont indiqué à de nombreuses reprises que modifier le mandat revient à « nier le droit à l'autodétermination maintenant prévu aux dispositions du Code civil du Québec »⁴⁴.

Si le tribunal refuse d'homologuer le mandat et que le majeur a besoin de protection, le tribunal doit procéder à l'ouverture d'un régime de protection légal, et ce, même en l'absence d'une requête visant l'ouverture d'un tel régime⁴⁵. Il doit alors prendre en compte la volonté du majeur tel qu'exprimée dans son mandat, notamment en ce qui a trait à la personne qu'il souhaite voir le représenter⁴⁶. Le mandat de protection homologué prend fin si le tribunal constate que le mandant est redevenu apte⁴⁷.

³⁹ Voir Goubau, *supra* note 2, n°793. Voir par ex *GB c DB*, 2018 QCCS 851 au para 24.

⁴⁰ Le tribunal peut vérifier les compétences générales du mandataire potentiel, à ce sujet voir par ex *MB c DB*, 2005 QCCA 843; 2013 QCCA 1817 au para 6.

⁴¹ Voir *GB et ML*, 2018 QCCS 2478 au para 15 [*GB*]. Voir aussi Goubau, *supra* note 2, n°793.

⁴² Voir *Québec (Curateur public) c DS*, 2006 QCCA 83 aux para 32, 35.

⁴³ Jean Lambert a été un ardent défenseur des clauses modulatrices, voir par ex Lambert, « La genèse du mandat », *supra* note 23 aux pp 100–01; Lambert « Commentaire », *supra* note 2. Or, la doctrine et la jurisprudence s'entendent pour dire que les clauses modulatrices, dans l'état actuel du droit, sont illégales et doivent être réputées non-écrites, voir Goubau, *supra* note 2, n°811; *GD et RF*, 2008 QCCS 2486 aux para 8–9 [*GD*].

⁴⁴ Voir par ex *GD*, *supra* note 43 au para 10; *MV et MiV*, 2017 QCCS 1224 au para 104.

⁴⁵ Voir *LP QCCA*, *supra* note 1 aux para 44–47.

⁴⁶ Voir art 276 CcQ. Voir par ex *HS et SM*, 2016 QCCS 2771 au para 15.

⁴⁷ Voir art 2172 CcQ.

Lorsque le projet de loi 18 entrera en vigueur, de nouveaux articles s'ajouteront au cadre juridique du mandat de protection. Parmi les ajouts importants, on note l'obligation pour le mandataire de faire un inventaire des biens de la personne inapte⁴⁸ et de rendre compte de sa gestion à la personne désignée dans le mandat⁴⁹. De plus, on précise que, lors de l'homologation ou de l'exécution du mandat de protection, l'intérêt du mandant, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie devront guider toute décision⁵⁰. Le mandataire aura l'obligation, dans la mesure du possible, de maintenir une relation personnelle avec le mandant, le faire participer aux discussions prises à son sujet et l'en tenir informé⁵¹.

Maintenant que nous avons établi dans quel contexte le mandat de protection a été introduit dans le droit québécois et quel est son cadre juridique, nous nous attarderons dans les trois prochaines parties à détailler et analyser les trois controverses au cœur du débat sur l'homologation du mandat de protection en cas d'incapacité partielle du mandant identifiées dans l'introduction. L'apport de la décision *HP* et des récents ajouts législatifs à la structure juridique régissant le mandat de protection sur les trois controverses doctrinales et jurisprudentielles y sera aussi discuté.

II. CONTROVERSE 1 : LA PORTÉE DE L'ARRÊT *LP C FH*

Tel que mentionné précédemment, une controverse importante des dernières années relative à l'homologation du mandat de protection en cas d'incapacité partielle du mandant concerne la portée de l'arrêt *LP*. En rendant cet arrêt, la Cour d'appel avait-elle l'intention de proscrire l'homologation de tout mandat de protection en cas d'incapacité partielle du mandant ? Les juristes ne s'entendent pas sur la réponse à offrir à cette question. Dans cette partie, l'affaire *LP* est résumée (A) et les arguments fournis par les deux courants de pensée sont explorés (B). S'ensuit une discussion critique mettant en évidence l'apport de la décision *HP* rendue par la Cour d'appel en mai 2019 et celui du projet de loi 18 (C).

⁴⁸ Projet de loi 18, *supra* note 4, art 84 (voir particulièrement l'article 2167.4 qui sera intégré au CcQ).

⁴⁹ *Ibid*, art 83 (cet article intègre au CcQ l'article 2166.1).

⁵⁰ *Ibid*, art 84 (voir particulièrement l'article 2167.2 qui sera intégré au CcQ).

⁵¹ *Ibid* (voir particulièrement l'article 2167.3 qui sera intégré au CcQ).

A. L'arrêt de la Cour d'appel dans *LP c FH*

Dans *LP*, la Cour d'appel infirme la décision de la Cour supérieure ayant homologué le mandat de protection d'une personne souffrant d'une inaptitude partielle et s'opposant à la requête en homologation⁵². Le mandat de protection en question concernait tant les pouvoirs reliés à sa personne qu'à ses biens. Il conférait aux mandataires des pouvoirs de pleine administration s'apparentant à ceux d'un curateur⁵³.

Il convient de reproduire certains paragraphes de l'analyse de la Cour d'appel puisque l'incertitude qui perdure relativement à la portée de cet arrêt est issue de la lecture différente faite de ces derniers par différents juristes et de l'importance variable qu'ils accordent aux propos du juge Robert:

[33] Deux courants de pensée, véhiculés par la jurisprudence et la doctrine, s'opposent quant à l'opportunité d'homologuer un mandat en cas d'inaptitude partielle.

[34] Le premier courant estime, en résumé, que si le degré d'inaptitude établi devant le tribunal n'est pas proportionné à l'étendue des pouvoirs attribués par le mandat, le juge doit refuser l'homologation et doit prononcer l'ouverture d'un régime de protection en se fondant sur l'article 268 C.c.Q.

[35] Le second courant considère, en substance, qu'il faut homologuer le mandat tel quel indépendamment du degré réel d'inaptitude puisque la personne qui le donne était, au moment de la rédaction du mandat, « [...] en mesure d'exprimer sa volonté de confier sa protection et l'administration de ses biens à qui elle voulait et avec quels pouvoirs ».

[36] En l'espèce, je ne peux souscrire aux prétentions du second courant.

[37] Notre Cour énonce relativement au régime du mandat en cas d'inaptitude, dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Fiducie Desjardins inc.*, qu'il « [...] doit bénéficier à notre avis d'une souplesse suffisante pour que l'objectif général du respect des volontés du mandant soit atteint, lorsque cela est possible ».

⁵² *LP QCCS*, *supra* note 1; *LP QCCA*, *supra* note 1.

⁵³ Voir *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 40.

[38] Selon mon avis, il découle du caractère général de l'objectif, mentionné au paragraphe précédent, qu'il est non seulement obligatoire de respecter la volonté exprimée au moment de la rédaction d'un mandat en cas d'incapacité, mais qu'il faut également la respecter lors de la procédure d'homologation [...].

[39] À cet égard, je suis d'avis qu'un tribunal va à l'encontre de la volonté d'une personne en procédant à l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité contre le gré du mandant, lorsque cette volonté est lucidement exprimée et que les circonstances indiquent que l'homologation est disproportionnée vu une incapacité partielle. Homologuer un mandat en cas d'incapacité, en pareil cas, contrecarre le respect de l'autonomie résiduelle d'une personne.

[40] Ainsi, à la lumière de ce qui précède, je suis d'avis que la volonté exprimée par l'appelante dans le mandat du 9 mai 2002 ne peut prendre le pas sur son autonomie résiduelle et que cette dernière par l'homologation soit réduite à néant, considérant l'étendue du mandat qui accorde la pleine administration de ses biens et de sa personne aux mandataires. À ce sujet, je suis d'accord avec l'auteur Allard qui précise que :

Si la portée du mandat est trop large compte tenu du degré d'incapacité du mandant, il convient alors de ne pas l'homologuer afin de ne pas restreindre indûment la capacité de la personne qui requiert une protection. Il semble plus approprié de demander l'ouverture d'un régime de protection qui sera mieux adapté aux circonstances.

[41] Par ailleurs, même si le juge de première instance affirme que « [...] il pourrait être opportun de choisir le régime le plus léger », il procède tout de même à l'homologation. Par ces termes, le juge ne fait qu'évoquer la possibilité de choisir le régime de protection le plus léger alors que, pour protéger l'autonomie d'une personne, il doit y avoir recours.

[42] Il est à noter que l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité « [...] fait en sorte que le mandant est réputé totalement inapte et placé en situation équivalant à la curatelle ». Partant, en homologuant le mandat, le juge de première instance a placé l'appelante, qui n'est pourtant que partiellement inapte comme il le reconnaît, dans une situation

qui est habituellement la conséquence d'une inaptitude totale.
 Je suis d'avis que cela n'était pas requis [...].

[43] Ainsi, bien qu'en matière de mandat en cas d'inaptitude chaque cas doit faire l'objet d'une appréciation prenant en considération les faits spécifiques qui s'y rapportent, je suis d'avis que le premier juge a erré en homologuant le mandat [...]⁵⁴.

La Cour souligne également qu'en l'absence d'une requête visant l'ouverture d'un régime de protection, lorsqu'un tribunal refuse d'homologuer un mandat et que le majeur a besoin de protection, le juge doit faire appel au pouvoir que lui confère l'article 46 *Code de procédure civile du Québec* (en cas de mutisme de la loi relativement à un remède spécifique) pour ouvrir un régime de protection adapté au degré d'inaptitude du majeur⁵⁵. Ainsi, en statuant qu'en matière de mandat de protection, les juges de première instance disposent de la même latitude qu'en matière de régime de protection de ne pas être liés par la demande⁵⁶, la Cour suit la voie proposée par le premier courant de pensée identifié au début de son analyse.

B. Un arrêt, deux interprétations

Une majorité d'auteurs de doctrine ont interprété cet arrêt comme permettant l'homologation du mandat de protection conférant des pouvoirs de pleine administration alors que le mandat n'est inapte que partiellement, pourvu que le mandant ne s'y oppose pas au moment de l'homologation⁵⁷. Nous avons recensé onze décisions rendues à la suite de *LP* qui lisent la décision de la Cour d'appel d'une façon similaire⁵⁸. Faute d'une meil-

⁵⁴ *Ibid* aux para 33–43.

⁵⁵ Voir *ibid* au para 44. Ici, la Cour fait référence à l'article 46, LRQ, c C-25 qui est devenu l'article 49, RLRQ c C-25.01 à la suite de la réforme du code.

⁵⁶ Voir *ibid* au para 46; art 268 CcQ.

⁵⁷ Voir Dupin, « Autonomie », *supra* note 9 aux pp 13-14; Beauchamp, « Tutelle », *supra* note 4 à la p 377; Brisson et Pinard, *supra* note 13 à la p 8; Lefebvre, « 25 ans », *supra* note 3 à la p 171.

⁵⁸ Voir *PL*, *supra* note 9 au para 29; *JL et JG*, 2010 QCCS 6130 aux para 5, 7 [*JL*]; *MJ c EF*, 2011 QCCS 3980 aux para 50–53 [*MJ*]; *AG et JG*, 2013 QCCS 24 au para 77 [*AG*]; *FG c PP*, 2015 QCCS 5219 aux para 22–24 [*FG*]; *PB et DD*,

leure expression, nous qualifierons cette lecture de *LP* de « libérale ». À l'appui de cette position, il a été souligné, d'une part, que la Cour d'appel précise que son adhésion au premier courant de pensée prônant le refus de l'homologation lorsque le degré d'incapacité n'est pas proportionné à l'étendue des pouvoirs attribués au mandataire est circonscrite aux faits en l'espèce⁵⁹. D'autre part, les paragraphes 37 à 39 mettent de l'avant l'idée que l'objectif central d'un mandat de protection est le respect de la volonté du mandant – autant au moment de la rédaction du mandat qu'au moment de son homologation⁶⁰. Si le tribunal homologue le mandat conférant les pouvoirs de pleine administration en faisant fi de l'opposition du mandant qui est pourtant en mesure d'exprimer lucidement sa volonté en vertu de son aptitude résiduelle, il porte atteinte au principe de sauvegarde de l'autonomie en négligeant ses volontés⁶¹. Or, ceci est également vrai si le tribunal refuse d'homologuer le mandat pour seul motif de l'incapacité partielle du mandant alors que ce dernier est apte à exprimer sa volonté et qu'il souhaite l'homologation du mandat⁶². Enfin, il a été indiqué que la Cour d'appel a énoncé au paragraphe 43 « qu'en matière de mandat en cas d'incapacité chaque cas doit faire l'objet d'une appréciation prenant en considération les faits spécifiques qui s'y rapportent »⁶³. Comme chaque cas nécessite une analyse individualisée, il serait donc erroné d'interpréter cette décision comme émettant une interdiction générale d'homologuer un mandat de protection conférant les pouvoirs de pleine administration pour seul motif que le mandant est incapable partiellement. Autrement, une telle lecture restreindrait l'homologation d'un mandat conférant les pouvoirs de pleine

2015 QCCS 3467 au para 26; *AD*, *supra* note 9 au para 24; *SR*, *supra* note 34 au para 84; *MO #2*, *supra* note 9 aux para 30–31; *GC et JD*, 2019 QCCS 4276 au para 11 [*GC*]; *MG c AR*, 2019 QCCS 3928 au para 10–11 [*MG*] (notons toutefois que, dans *MG*, le juge rendait sa décision à la suite de la décision *HP* du 7 mai 2019 de la Cour d'appel du Québec se prononçant sur la portée de *LP*).

⁵⁹ Voir *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 34, 36; Dupin, « Autonomie », *supra* note 9 à la p 9.

⁶⁰ Voir *AG*, *supra* note 58 au para 77; *FG*, *supra* note 58 au para 24; *SR*, *supra* note 34 au para 84.

⁶¹ Voir *AD*, *supra* note 9 au para 24; *SR*, *supra* note 34.

⁶² Voir *MO #2*, *supra* note 9 aux para 30–34.

⁶³ Voir *LP QCCA*, *supra* note 1; Dupin, « Autonomie », *supra* note 9 à la p 13; Brisson et Pinard, *supra* note 13 à la p 7; Lambert, « Commentaire », *supra* note 2 à la p 6. Pour des décisions qui soulignent que chaque cas en est un d'espèce, voir *MJ*, *supra* note 58 aux para 52–53; *AD*, *supra* note 9 au para 26.

administration aux seuls cas d'inaptitude totale et permanente tant aux biens qu'à la personne – ce qui irait à l'encontre de l'intention du législateur, telle qu'énoncée à l'article 2166 CcQ⁶⁴.

Une minorité d'auteurs de doctrine ont fait une lecture plus « restrictive » de cet arrêt. À leur avis, l'homologation d'un mandat de protection ne dépend pas de la volonté du mandant. Le tribunal ne dispose d'aucune discrétion, « [s]i la portée du mandat est trop large compte tenu du degré d'inaptitude du mandant, il convient alors de ne pas l'homologuer afin de ne pas restreindre indûment la capacité de la personne qui requiert une protection »⁶⁵. Nous avons recensé dix-huit décisions rendues à la suite de *LP* qui interprètent l'arrêt de la Cour d'appel d'une façon similaire⁶⁶. Nous nous référerons à cette interprétation comme étant la lecture « restrictive » de *LP*.

Les juristes appuyant la lecture restrictive indiquent généralement que la Cour a tranché le débat de façon définitive en ce qui a trait à l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude partielle. Pour eux, la Cour a identifié deux courants de pensée et s'est rangée du côté de celui qui privilégie l'ouverture d'un régime de protection légal à l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude partielle⁶⁷. Cette façon de lire les paragraphes 34 à 36 semble

⁶⁴ Art 2166 CcQ. Voir par ex *MO #1*, *supra* note 15 au para 4 (position du Curateur public); *MO #2*, *supra* note 9 aux para 25–26.

⁶⁵ *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 40. Voir Jean-Louis Baudouin et Yvon Renaud, *Code civil du Québec annoté*, 21^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, n°2166/18; Goubau, *supra* note 2, n°698.

⁶⁶ Voir *TA*, *supra* note 11 aux para 36–39; *GN c EL*, 2012 QCCS 5601 au para 67 [*GN*]; *BH*, *supra* note 16 au para 36; *WC et PR*, 2012 QCCS 6985 au para 13 [*WC*]; *DM et AP*, 2014 QCCS 1241 aux para 30–31 [*DM*]; *JN*, *supra* note 13 au para 44; *CR*, *supra* note 13 au para 20; *AO c DB*, 2016 QCCS 2300 aux para 58–63 [*AO*]; *RM et DM*, 2016 QCCS 2729 aux para 23–27 [*RM*]; *FS c Québec (Curateur public)*, 2016 QCCS 1166 aux para 32–37 [*FS*]; *MC*, *supra* note 11 aux para 16–22; *BD*, *supra* note 11 aux para 17–18; *MO #1*, *supra* note 15 aux para 44–55, inf par *MO #2*, *supra* note 9; *PD et HP*, 2018 QCCS 4430 au para 15 ss [*PD*]; *MR et CR*, 2019 QCCS 4056 au para 81 [*MR*]; *OF et LA*, 2019 QCCS 3201 au para 21 [*OF*]; *GG c FS*, 2019 QCCS 2891 au para 16 [*GG*].

⁶⁷ Voir *AO*, *supra* note 66 aux para 58–61; *RM*, *supra* note 66 aux para 23–24; *FS*, *supra* note 66 au para 32; Deleury et Goubau, *supra* note 11, n°781, n°64 (les auteurs indiquent que « la Cour appuie clairement le courant de pensée voulant qu'un juge doit refuser l'homologation en raison du décalage entre le degré d'inaptitude et les pouvoirs accordés dans le mandat »).

négliger le fait que la Cour a circonscrit son adhésion à ce courant doctrinal et jurisprudentiel aux faits en l'espèce (voir précisément le paragraphe 36). De plus, ceux qui adhèrent à la lecture restrictive invoquent fréquemment les paragraphes 40 à 42. Relativement à ceux-ci, ils soulignent que la Cour a affirmé que l'homologation d'un mandat de protection place le mandant dans une situation équivalente à une curatelle⁶⁸ et que, en homologuant un mandat accordant la pleine administration de ses biens et de sa personne au mandataire, l'autonomie résiduelle de la personne concernée est réduite à néant⁶⁹. Ils ajoutent que la Cour a indiqué que le tribunal *doit* conséquemment avoir recours au régime de protection le plus léger pour protéger l'autonomie d'une personne⁷⁰. Cette observation de la Cour n'est assortie d'aucune condition ayant pour effet de circonscrire l'obligation d'avoir recours au régime de protection le plus léger aux situations dans lesquelles le mandant s'oppose à l'homologation. Enfin, les tenants de la lecture restrictive font valoir que la position de l'auteure France Allard à laquelle souscrit le juge Robert au paragraphe 40⁷¹, est à l'effet de refuser l'homologation d'un mandat de protection conférant les pouvoirs de pleine administration en cas d'inaptitude partielle, et ce, indépendamment de la volonté exprimée par le mandant⁷².

⁶⁸ Voir *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 42; *TA*, *supra* note 11 au para 38; *DM*, *supra* note 66 au para 31; *CR*, *supra* note 13 au para 19; *RM*, *supra* note 66 au para 25; *FS*, *supra* note 66 au para 35; *BD*, *supra* note 11 au para 18; *MO #1*, *supra* note 15 au para 57; *PD*, *supra* note 66 au para 19.

⁶⁹ *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 40; *MO #1*, *supra* note 15 au para 55, inf par *MO #2*, *supra* note 9; *FS*, *supra* note 66 au para 36; *PD*, *supra* note 66 au para 19.

⁷⁰ Voir *TA*, *supra* note 11 au para 38; *CR*, *supra* note 13 au para 20; *RM*, *supra* note 66 au para 26.

⁷¹ *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 40; France Allard, « La capacité juridique » dans *Personnes, famille et successions*, 3, Collection de droit 2008–2009, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2008.

⁷² *MO #1*, *supra* note 15 au para 55, inf par *MO #2*, *supra* note 9.

C. Discussion : vers un cadre juridique plus clair et cohérent

Bien que les auteurs de doctrine s'entendent majoritairement sur la lecture à préconiser de l'arrêt *LP*⁷³, force est de constater que la jurisprudence est toujours divisée sur la question. En effet, au moment d'écrire ces lignes, nous avons recensé un nombre relativement semblable de décisions rendues par la Cour supérieure depuis 2009 qui ont adopté l'une et l'autre des lectures⁷⁴. Nous ne discernons aucune tendance temporelle claire en faveur de l'une ou l'autre des interprétations. Par exemple, en 2016, en l'espace de six jours, deux jugements très différents ont été rendus sur des faits similaires. Le 3 mars 2016, dans un cas où la mandante ne s'opposait pas à la demande et souhaitait voir ses enfants la représenter, l'honorable Manon Lavoie a accueilli la demande en homologation, s'appuyant sur une interprétation libérale de *LP* conforme au courant doctrinal majoritaire⁷⁵. Six jours plus tard, le 9 mars 2016, dans une affaire où le mandant ne s'opposait pas, lui non plus, à l'homologation ni à la nomination de son fils comme mandataire, le juge Jacques Blanchard s'est appuyé sur une interprétation restrictive de *LP* pour refuser la demande d'homologation d'un mandat⁷⁶. Par ailleurs, la jurisprudence est remplie d'autres décisions contradictoires. Par exemple, en 2017, dans une affaire où le mandant était partiellement apte à prendre soin de sa personne et où ce dernier ne s'opposait pas à l'homologation⁷⁷, l'honorable Karen Kear-Jodoin a refusé d'homologuer le mandat en s'appuyant sur une interprétation restrictive de *LP*⁷⁸. Un an plus tard, dans des affaires analogues, la juge Isabelle Breton a infirmé une décision d'un greffier en adoptant une interprétation libérale de *LP* alors que le

⁷³ Rappelons qu'à l'exception d'Édith Deleury, Dominique Goubau et de Jean-Louis Baudouin, une majorité d'auteurs de doctrine ont interprété cet arrêt comme permettant l'homologation du mandat de protection conférant des pouvoirs de pleine administration alors que le mandat n'est inapte que partiellement, pourvu que le mandant ne s'y oppose pas au moment de l'homologation. Nous nous référons ici notamment à François Dupin, Michel Beauchamp, Julie Brisson, Élisabeth Pinard, Brigitte Lefèbre et Jean Lambert.

⁷⁴ Rappelons que nous avons recensé onze décisions adoptant une lecture libérale de *LP* et dix-huit décisions adoptant plutôt une lecture restrictive de cet arrêt, voir la partie II-B, ci-dessus.

⁷⁵ Voir *AD*, *supra* note 9 aux para 1, 24–25.

⁷⁶ Voir *FS*, *supra* note 66 aux para 27, 32–36.

⁷⁷ Voir *BD*, *supra* note 11 au para 13.

⁷⁸ Voir *ibid* au para 17.

juge François Tôth a adopté une interprétation de l'arrêt semblable à celle de la juge Kear-Jodoin en confirmant la décision d'une greffière refusant l'homologation d'un mandat en raison de l'inaptitude partielle d'une mandante⁷⁹.

La division jurisprudentielle nous pousse à constater que l'analyse offerte par le juge Robert dans *LP*, de par son libellé, sa structure et la doctrine citée, a permis aux membres du tribunal d'adopter – consciemment ou non – une interprétation conforme aux valeurs qu'ils priorisent en tant qu'individu. Ceux qui priorisent l'autodétermination, telle qu'elle s'exprime au moment de l'homologation ont davantage tendance à définir le mandat de protection comme un contrat. Ils peuvent lire *LP* comme permettant la prise d'effet du mandat de protection conférant des pouvoirs de pleine administration alors que le mandant n'est inapte que partiellement, pourvu qu'il ne s'y oppose pas au moment de l'homologation et que les circonstances s'y prêtent. Ceux pour qui la préservation de l'autonomie résiduelle future est davantage importante et qui auront davantage tendance à concevoir le mandat comme un régime de protection privé peuvent lire l'arrêt comme interdisant l'homologation du mandat de protection, dès qu'il y a une inadéquation entre l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire et le degré d'inaptitude du mandant⁸⁰. Ainsi, au cours des années suivant l'arrêt *LP*, il semble que la capacité d'un mandant souffrant d'une inaptitude partielle à voir son mandat de protection homologué, alors que c'est ce qu'il souhaite de façon lucide, a relevé majoritairement du coup de chance. En effet, il n'a qu'à se faire assigner le « bon » décideur : celui qui est prédisposé à interpréter *LP* de la même façon que le courant doctrinal majoritaire, c'est-à-dire en priorisant l'autodétermination au moment de l'homologation sur la préservation future de l'autonomie résiduelle.

Le manque de prévisibilité du tribunal en la matière et l'incertitude qui en découle sont tout à fait déplorables. Cette incohérence interprétative et le traitement différentiel en résultant ont contribué au cours des dernières années à multiplier les débats juridiques et à allonger des procédures judi-

⁷⁹ Voir *MO #2*, *supra* note 9 au para 32 (le mandant est inapte partiellement à prendre soin de sa personne et totalement à administrer ses biens; il ne s'oppose pas à l'homologation); *PD*, *supra* note 66 aux para 9, 18, 24 (la mandante est inapte partiellement à prendre soin d'elle-même et à administrer ses biens. Elle ne s'oppose pas à l'homologation.)

⁸⁰ Sur les systèmes de valeurs défendus par les juristes et l'impact de ceux-ci sur la façon qu'ils se positionnent dans des débats reliés au mandat de protection, voir Désilets, *supra* note 2 aux pp 295–96.

ciaires⁸¹ déjà dispendieuses⁸². Plus encore, ils sont susceptibles d'avoir miné la confiance des justiciables dans le système de justice – ceux-ci n'ayant vraisemblablement aucun moyen de savoir à l'avance à quoi pouvoir s'attendre du tribunal lorsque vient le temps d'homologuer le mandat de protection qu'ils ont préparé diligemment en prévoyance de leur inaptitude.

Le 7 mai 2019, la Cour d'appel du Québec s'est penchée sur la question. Sans reconnaître l'incohérence caractérisant depuis plusieurs années la jurisprudence de la Cour supérieure du Québec, la Cour d'appel a tranché la controverse entourant l'interprétation de l'arrêt *LP*. Elle a rejeté la lecture restrictive⁸³ et a donc confirmé l'interprétation qu'avait fait une majorité d'auteurs de doctrine de *LP*.

La Cour d'appel a donné raison au Curateur public qui portait en appel la décision du juge Tôth dans *PD et HP*. L'un de ses moyens d'appel était à l'effet que ce dernier aurait commis une erreur manifeste et déterminante en interprétant *LP* comme interdisant de façon unilatérale l'homologation d'un mandat de protection dès qu'il y a inaptitude partielle du mandant. La Cour d'appel conclut qu'une interprétation aussi générale de l'arrêt est erronée. Cette décision « ne doit pas être lue comme posant un principe absolu selon lequel l'homologation d'un mandat accordant des pleins pouvoirs au mandataire est impossible en présence d'une inaptitude partielle »⁸⁴. Elle renchérit en concluant qu'« il ne saurait y avoir une adéquation entre l'inaptitude partielle et le refus d'homologuer un mandat accordant les pleins pouvoirs au mandataire, sans que le tribunal procède d'abord à une analyse complète des circonstances à la lumière des trois critères de l'article 257 C.c.Q. »⁸⁵. Plutôt, dans l'optique de sauvegarder l'autonomie du mandant, le décideur saisi d'une requête en homologation doit vérifier si la preuve révèle une disproportion importante entre les pouvoirs octroyés au mandataire et le degré d'inaptitude du mandant. Le cas échéant, « le tribunal pourrait choi-

⁸¹ Voir par ex *MO #1*, *supra* note 15, inf par *MO #2*, *supra* note 9; *MO #2*, *supra* note 9; *FS*, *supra* note 66; *FS c Curateur public du Québec*, 2017 QCCS 1239 [*FS #2*].

⁸² Sur les coûts élevés associés à l'homologation d'un mandat, voir notamment Dupin, « Origines » *supra* note 4 à la p 6.

⁸³ Voir *HP QCCA*, *supra* note 16 aux para 20–21.

⁸⁴ *Ibid* au para 29.

⁸⁵ *Ibid* au para 34.

sir de refuser d'homologuer le mandat »⁸⁶. Ainsi, c'est l'importance de la disproportion qui permettra au tribunal de juger s'il est opportun ou non, en cas d'incapacité partielle, d'homologuer un mandat de protection conférant les pouvoirs de pleine administration au mandataire lorsque le mandant ne s'y oppose pas⁸⁷.

Cette approche à l'homologation du mandat de protection qui est ancrée dans l'analyse des trois critères de l'article 257 CcQ (intérêt du mandant, respect de ses droits et sauvegarde de son autonomie) est tout à fait cohérente avec le projet de loi 18. En effet, l'article 84 intègre aux règles particulières au mandat de protection du CcQ l'article 2167.2 dont le libellé est quasiment identique à celui de l'article 257 CcQ⁸⁸, s'appliquant jusqu'ici *mutatis mutandis* au mandat de protection⁸⁹.

La convergence entre la position de la Cour d'appel du Québec et du législateur dans le projet de loi 18 peut laisser présager une plus grande certitude juridique pour les justiciables dans les années à venir. Tous peuvent théoriquement s'attendre à ce qu'un examen de la proportionnalité entre les pouvoirs accordés au mandataire et le degré réel d'incapacité du mandant soit effectué afin de respecter le principe de sauvegarde de l'autonomie. Le rejet automatique d'une requête en homologation lorsqu'il y a incapacité partielle du mandant et que celui-ci ne s'y oppose pas à l'homologation devrait désormais être chose du passé. Toutefois, il reste à voir si cette plus grande certitude juridique théorique se traduira dans la pratique. En effet, l'examen de l'importance de la disproportion entre les pouvoirs conférés au mandataire et le degré d'incapacité du mandant revêt un aspect subjectif. Il sera donc intéressant d'analyser dans les prochaines années *si et comment* les valeurs priorisées par un membre du tribunal influencent sa façon de caractériser et d'identifier les situations où il y a disproportion. Par exemple, est-ce que les décideurs pour qui la préservation de l'autonomie résiduelle future doit avoir préséance sur l'autodétermination telle qu'elle s'exprime au moment de l'homologation vont être davantage enclins à qualifier de

⁸⁶ *Ibid* au para 33.

⁸⁷ Voir Goubau, *supra* note 2, n°791 (pour une analyse récente de la décision *HP* et de son impact sur le droit entourant l'homologation du mandat de protection).

⁸⁸ Projet de loi 18, *supra* note 4.

⁸⁹ Voir *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 43, n 15; *MC*, *supra* note 11 au para 12; *HP QCCA*, *supra* note 16, n 9; Dupin, « Origines » *supra* note 4 à la p 17.

« disproportionné » un décalage entre les pouvoirs accordés et le degré d'inaptitude ? Bien que cela soit possible, nous demeurons tout de même optimistes en la capacité de l'arrêt *HP* et du projet de loi 18 d'éclaircir dans les prochaines années l'état du droit sur la question afin d'offrir aux justiciables un cadre juridique plus clair, cohérent et moins susceptible de mener à des jugements contradictoires.

En guise de conclusion, il convient toutefois de souligner que l'apport du récent arrêt de la Cour d'appel du Québec pour clarifier la controverse entourant la portée de l'arrêt *LP* reste encore à être démontré. En effet, en plus d'un an, l'arrêt *HP* n'a été cité qu'à deux reprises dans le contexte de l'homologation d'un mandat de protection en cas d'inaptitude partielle⁹⁰ et nous avons répertorié plusieurs jugements de la Cour supérieure qui omettent de le considérer explicitement⁹¹ ou encore qui adoptent toujours une lecture restrictive de *LP*⁹².

Maintenant que nous avons établi en quoi consiste la controverse relative à la portée de *LP*, nous passons à l'analyse de la deuxième controverse liée au respect de l'autonomie résiduelle du mandant. Celle-ci est intimement liée à la controverse dont nous venons de traiter puisque les divergences d'opinions relatives à cette question concordent généralement avec la lecture restrictive ou libérale de *LP* à laquelle le décideur adhère.

III. CONTROVERSE 2 : LE RESPECT DE L'AUTONOMIE RÉSIDUELLE

Le respect de l'autonomie de la personne inapte constituait l'un des principes phares de la réforme de 1989 du système de protection des majeurs dans laquelle les différents régimes de protection légaux (conseiller au majeur, tutelle et curatelle) et les mandats de protection ont été introduits dans le droit québécois⁹³. Bien que l'on s'entende sur l'importance à accorder à la sauvegarde de l'autonomie lorsque des mesures sont mises en place pour protéger une personne inapte, une controverse demeure en ce qui a trait à ce

⁹⁰ *MG*, *supra* note 58 au para 10–11; *MR* *supra* note 66 au para 81 (en date de la rédaction de l'article).

⁹¹ Voir par ex *GG*, *supra* note 66; *GC*, *supra* note 58 au para 11.

⁹² Voir par ex *OF*, *supra* note 66 au para 21.

⁹³ Voir Ouellette, *supra* note 2; Goubau, *supra* note 2, n°694.

qui est réellement respectueux de ce principe lorsque le mandant est inapte partiellement. L'homologation de son mandat de protection conférant les pouvoirs de la pleine administration, s'il ne s'y oppose pas, limite-t-elle ou respecte-t-elle l'autonomie résiduelle du majeur ? Là encore, les juristes ne s'entendent pas sur la réponse à offrir à cette question.

Cette partie est divisée en quatre sections. La première (A) expose brièvement d'où provient l'importance accordée à la sauvegarde de l'autonomie lorsqu'il est question d'homologuer un mandat de protection. Les deuxième (B) et troisième (C) sections exposent, quant à elles, comment la compréhension du décideur de ce qui est respectueux de l'autonomie du mandant partiellement inapte est fortement liée à la lecture de *LP* à laquelle il adhère. La quatrième et dernière section (D) offre une discussion critique de cette controverse et suggère que l'apparente incohérence interprétative du principe de sauvegarde de l'autonomie est dû au fait que les décideurs priorisent différentes dimensions temporelles de l'autonomie dans leur jugement.

A. La sauvegarde de l'autonomie en matière de mandat de protection

L'importance accordée à l'autonomie de la personne est particulièrement évidente à la lecture des dispositions de l'article 257 CcQ qui s'applique actuellement *mutatis mutandis* au régime de protection et de l'article 2167.2 CCQ qui trouvera application une fois le projet de loi 18 en vigueur. Les deux articles prévoient que « [t]oute 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 »⁹⁴. Par l'utilisation du mot « sauvegarde », le législateur fait « ressortir une obligation du tribunal de protéger l'autonomie »⁹⁵, chose que le terme « respecter » n'implique pas, ce dernier se rapportant plutôt à l'idée de ne pas porter atteinte⁹⁶.

⁹⁴ Art 257 CcQ; Projet de loi 18, *supra* note 4, art 84.

⁹⁵ François Dupin, « La multidisciplinarité, la sauvegarde de l'autonomie et la nécessité d'une approche conciliatrice » (2011) 5:2 RDSM 279 à la p 281 [Dupin, « Multidisciplinarité »].

⁹⁶ Voir Yara Barrak et Nicholas Léger-Riopel, « Peut-on concilier réalité et enjeux éthiques, juridiques et scientifiques dans le processus d'évaluation médicale de l'incapacité des personnes âgées ? » (2017) 95:2 R du B Can 413 aux pp 436–37; Robert P Kouri et Suzanne Philips-Nootens, « Le majeur inapte

Bien que les membres du tribunal s'accordent pour dire que le respect de l'autonomie résiduelle du mandant est essentiel, une analyse de jugements rendus par la Cour supérieure au cours des dix dernières années permet de déceler des divergences d'opinion importantes au sein des membres du tribunal relativement à ce qui est respectueux de l'autonomie résiduelle du majeur lorsqu'il est question d'homologuer un mandat de protection conférant au mandataire les pouvoirs de la pleine administration alors que le mandant souffre d'une inaptitude partielle. Ces divergences d'opinion semblent concorder généralement avec la lecture de *LP*⁹⁷ à laquelle adhère le greffier spécial ou le juge qui rend la décision.

B. La sauvegarde de l'autonomie et la lecture « libérale » de *LP*

Lorsque le décideur adhère à une lecture « libérale » de *LP* selon laquelle la Cour d'appel n'a pas interdit de façon unilatérale l'homologation d'un mandat de protection en cas d'inaptitude partielle, il considère alors que l'homologation du mandat est respectueuse de l'autonomie résiduelle du mandant s'il ne s'y oppose pas au moment de l'homologation. Si le mandant est silencieux sur le sujet puisque son état de santé ne lui permet pas de se prononcer⁹⁸ ou s'il n'est pas en mesure d'exprimer lucidement son désaccord avec l'homologation⁹⁹, le tribunal considère que l'homologation est respectueuse du principe de sauvegarde de l'autonomie si elle n'est pas disproportionnée, eu égard aux circonstances de l'affaire¹⁰⁰.

et le refus catégorique de soins de santé: un concept pour le moins ambigu » (2003) 63 R du B 1 à la p 157; Dupin, « Multidisciplinarité », *supra* note 95; François Dupin, « Réflexion sur l'acception juridique de l'autonomie » dans Isabelle Duplessis et Barreau du Québec, dir, *Autonomie et protection*, vol 261, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2007, 161 à la p 181 [Dupin, « Réflexion »].

⁹⁷ Voir *LP QCCA*, *supra* note 1.

⁹⁸ Il y aura alors souvent dispense d'interrogatoire, voir par ex *JL*, *supra* note 58 au para 6; *AD*, *supra* note 9 aux para 24–25.

⁹⁹ Voir *AG*, *supra* note 58 aux para 77–79.

¹⁰⁰ Voir *MO #2*, *supra* note 9; *JL*, *supra* note 58 au para 5; *AD*, *supra* note 9 au para 24; *FG*, *supra* note 58.

Les décisions *MO et JG*¹⁰¹ et *FG c PP*¹⁰² illustrent la tendance de certains décideurs à associer le respect de l'autonomie résiduelle au respect de la volonté du mandant, telle que lucidement exprimée au moment de l'homologation. Dans *MO*, l'autonomie résiduelle d'un majeur quant à sa personne lui a permis d'exprimer clairement son souhait de voir son mandat homologué et sa femme nommée comme mandataire à trois reprises¹⁰³. La juge Isabelle Breton conclut que donner effet à cette volonté constitue ce qui est réellement respectueux de l'autonomie résiduelle du majeur¹⁰⁴. Par ailleurs, elle ajoute qu'homologuer le mandat de protection est d'autant plus respectueux de son autonomie résiduelle lorsque l'on prend en considération que le mandat comporte l'obligation pour le mandataire de consulter le mandant¹⁰⁵. Similairement, dans *FG*, une affaire où une dame est également totalement inapte à administrer ses biens et partiellement apte à prendre soin d'elle-même et à exercer ses droits civils, l'honorable Manon Lavoie considère que l'homologation du mandat de protection, à condition de donner effet à la volonté lucidement exprimée de la mandante de substituer la mandataire pour deux nouveaux mandataires conjoints, est respectueuse de l'autonomie résiduelle de la mandante¹⁰⁶.

¹⁰¹ *MO #2*, *supra* note 9 aux para 30–31 (on y constate que la juge adhère à la lecture libérale de *LP*).

¹⁰² *FG*, *supra* note 58 au para 24 (on y constate que la juge adhère à la lecture libérale de *LP*).

¹⁰³ *MO #2*, *supra* note 9 au para 32 (il exprime ce souhait lors du processus d'homologation du mandat, lors de son interrogatoire par le greffier spécial et dans le cadre de l'évaluation psychosociale).

¹⁰⁴ Elle souscrit donc à la position du Curateur Public, tel que décrite dans le jugement rendu par le greffier spécial, voir *MO #1*, *supra* note 15 au para 4, *inf* par *MO #2*, *supra* note 9.

¹⁰⁵ Voir *MO #2*, *supra* note 9 aux para 40–41. Pour une autre décision considérant une clause de consultation suffisante pour préserver l'autonomie résiduelle du mandant à la suite de l'homologation, voir *MJ*, *supra* note 58 aux para 57–58. Pour des décisions dans lesquelles les décideurs ne partagent toutefois pas l'opinion selon laquelle une telle clause préserve adéquatement l'autonomie résiduelle de la personne une fois le mandat homologué, voir *BH*, *supra* note 16 au para 36; *MC*, *supra* note 11 aux para 20–22.

¹⁰⁶ Voir *FG*, *supra* note 58 aux para 24, 26 (la juge indique au paragraphe 24 que « le Tribunal irait à l'encontre de la volonté d'une personne en procédant à l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité contre le gré du mandant, lorsque cette volonté est lucidement exprimée et que les circonstances indiquent que

Les décisions *JL et GJ*¹⁰⁷ et *AD et OP*¹⁰⁸, quant à elles, exemplifient comment certains décideurs axent plutôt leur analyse sur la proportionnalité de l'homologation lorsque le mandant n'est pas en mesure d'exprimer lucidement sa volonté au moment de la procédure¹⁰⁹. Dans ces deux décisions, le mandant est jugé totalement inapte à administrer ses biens et partiellement inapte à prendre soin de sa personne et à administrer ses droits civils¹¹⁰. De plus, le mandant n'a pas manifesté d'opposition à la requête et, compte tenu de son état de santé, n'aurait pas pu le faire lucidement – d'où la dispense d'interrogatoire dans les deux cas¹¹¹. Le greffier Gilles Bussière et l'honorable Manon Lavoie concluent que l'homologation du mandat de protection est en harmonie avec l'autonomie résiduelle du mandant puisque, dans les faits, celle-ci est très limitée. À leur avis, dans ces circonstances, conférer les pouvoirs de la pleine administration au mandataire n'est pas disproportionné¹¹². Par ailleurs, ils légitiment leur décision en soulignant que le mandat de protection contient une clause de préséance exprimant le désir du mandant que l'homologation de l'acte soit priorisée sur l'ouverture d'un

l'homologation est non souhaitable, si l'on maintient le mandataire désigné. L'on se doit de respecter l'autonomie résiduelle d'une personne » [nos italiques]).

¹⁰⁷ Voir *JL*, *supra* note 58 au para 5 (on y constate que la juge adhère à la lecture libérale de *LP*).

¹⁰⁸ Voir *AD*, *supra* note 9 au para 24 (on y constate que la juge adhère à la lecture libérale de *LP*).

¹⁰⁹ Voir aussi *MJ*, *supra* note 58 (bien que le juge n'utilise pas le langage de la proportionnalité, on constate que (1) il indique que le mandant n'était pas en mesure d'exprimer lucidement sa volonté lors de l'interrogatoire (aux para 34–44) et que (2) le Tribunal a une discrétion dans le choix d'homologuer ou non un mandat en cas d'inaptitude partielle. Ici, le Tribunal conclut que l'homologation est souhaitable, notamment en raison de la présence d'une clause prévoyant un devoir de consultation qui permet de pondérer l'étendue des pouvoirs conférer au mandataire et donc de préserver l'autonomie résiduelle du mandant (aux para 55, 57)).

¹¹⁰ Voir *JL*, *supra* note 58 au para 5; *AD*, *supra* note 9 au para 24.

¹¹¹ Voir *JL*, *supra* note 58 au para 6 (le greffier souligne également qu'il y a une clause édictant un devoir de consultation); *AD*, *supra* note 9 au para 25 (contrairement à *JL*, rien n'est mentionné sur l'existence d'une clause énonçant une obligation de consultation du mandant).

¹¹² Voir *JL*, *supra* note 58 au para 7; *AD*, *supra* note 9 aux para 25, 29, 34.

régime de protection légal – indépendamment de leur degré d'incapacité¹¹³. À défaut de pouvoir consulter le mandant au moment de l'homologation, le tribunal priorise donc la proportion entre le degré d'incapacité et l'étendue des pouvoirs confiés au mandataire tout en accordant une certaine importance à la volonté du mandant, telle qu'exprimée au moment de la rédaction de l'acte dans la clause de préséance.

C. La sauvegarde de l'autonomie et la lecture « restrictive » de *LP*

Lorsque le décideur adhère à une lecture « restrictive » de *LP* selon laquelle la Cour d'appel a interdit de façon unilatérale l'homologation d'un mandat de protection en cas d'incapacité partielle, la compréhension du tribunal de ce qui est respectueux de l'autonomie résiduelle du majeur change drastiquement. On considère plutôt que l'autonomie résiduelle du majeur ne peut pas être sauvegardée par l'homologation d'un mandat conférant les pouvoirs de pleine administration au mandataire. Cette position est tenue indépendamment de la volonté du mandant telle qu'exprimée au moment de la rédaction de l'acte ou à son homologation¹¹⁴. Par exemple, dans *FS c Québec (Curateur public)*¹¹⁵, bien que le mandant ait inclus dans son mandat une clause de préséance et qu'au moment de la demande d'homologation, il soit capable, en vertu de son autonomie résiduelle¹¹⁶, de réactualiser son souhait de voir son mandat homologué et son fils agir comme mandataire¹¹⁷, l'honorable Jacques Blanchard refuse la demande d'homologation et procède à l'ouverture d'une tutelle¹¹⁸. Il s'exprime comme suit :

¹¹³ Voir *JL*, *supra* note 58 au para 9; *AD*, *supra* note 9 au para 31.

¹¹⁴ Voir par ex *RM*, *supra* note 66 aux para 24–27 (le greffier spécial indique que la Cour d'appel, dans *LP*, a interdit l'homologation de tout mandat conférant des pouvoirs de pleine administration en cas d'incapacité partielle du mandant. Il indique par ailleurs que « le consentement de la personne concernée à l'homologation du mandat n'est pas un facteur suffisant pour l'homologation du mandat »).

¹¹⁵ Voir *FS*, *supra* note 66 aux para 32–37 (on y constate que la juge adhère à la lecture restrictive de *LP*).

¹¹⁶ Voir *ibid* au para 28.

¹¹⁷ Voir *ibid* au para 27.

¹¹⁸ Voir *ibid* au para 41.

[36] Ainsi, en présence d'une inaptitude résiduelle comme celle en cause, *l'homologation requise aurait pour conséquence d'annihiler l'autonomie de monsieur J... S...*, vu que le mandat accorde la pleine administration de ses biens et de sa personne.

[37] Malgré l'avis exprimé par monsieur J... S... à la clause 11 de l'acte et lors de son témoignage, le Tribunal est d'opinion qu'une telle homologation serait disproportionnée *et qu'il doit donner priorité à l'autonomie résiduelle de ce dernier*, car autrement, il le placerait dans une situation identique à celle d'une inaptitude totale ce qui est loin d'être son cas [nos italiques]¹¹⁹.

Similairement, dans le jugement de première instance de *MO et JG*, le greffier spécial Vasil Petrishki indique que¹²⁰ :

[64] L'autonomie résiduelle du mandant est « son droit de se gouverner par ses propres lois » *et le tribunal ne peut pas anéantir l'autonomie résiduelle du mandant et lui imposer « les lois du mandataire »*. [...]

[66] Vu notamment les articles 256, 257 et 281 du Code civil du Québec, *pour sauvegarder l'autonomie résiduelle du mandant, le tribunal doit refuser d'homologuer le mandat disproportionné au degré d'inaptitude du mandant et de procéder à l'ouverture d'un régime de protection* [nos italiques].

Enfin, la décision *AO c DB*¹²¹ illustre aussi bien comment, pour le courant de pensée jurisprudentiel adhérent à une lecture restrictive de *LP*, les vo-

¹¹⁹ *Ibid* aux para 36–37. Voir aussi *WC*, *supra* note 66 aux para 12–14.

¹²⁰ Voir *MO #1*, *supra* note 15 aux para 53, 64–66. Pour des jugements où le Tribunal fait une affirmation similaire : *GN*, *supra* note 66 aux para 69–71; *BH*, *supra* note 16 (Dans cette affaire, similairement à dans *GN c EL*, les faits ne militent pas en faveur de l'homologation. Ainsi, le refus d'homologuer n'est pas basé strictement sur le fait que l'inaptitude du mandant à prendre soin de lui-même est partielle).

¹²¹ *AO*, *supra* note 66 aux para 61–63 (on y constate que la juge adhère à la lecture restrictive de *LP*). Pour d'autres décisions où le décideur comprend *LP* comme interdisant l'homologation de tout mandat de protection – indépendamment de la volonté du majeur – et où l'on refuse l'homologation du mandat de protec-

lontés lucidement exprimées par le mandant au moment de l'homologation ne sont pas déterminantes dans le choix d'homologuer ou non le mandat de protection. Dans cette affaire, le mandant exprime lucidement son opposition à l'homologation de son mandat¹²². Plutôt que de refuser l'homologation du mandat en raison de l'opposition du majeur à la procédure, le juge Prévoist justifie son refus en raison de l'inadéquation entre l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire et le degré d'incapacité du mandant ainsi que l'atteinte induite que porterait l'homologation à l'autonomie résiduelle du majeur¹²³.

D. Discussion : la temporalité, une notion négligée du débat sur la sauvegarde de l'autonomie

Qu'est-ce qui explique qu'en vertu du même principe de la sauvegarde de l'autonomie du majeur et de son corollaire qui est le respect de l'autonomie résiduelle, les juges Isabelle Breton et Manon Lavoie acceptent d'homologuer le mandat de protection d'un mandant partiellement apte à prendre soin de lui-même et capable d'exprimer lucidement son opinion quant à la prise d'effet de l'acte alors que d'autres décideurs, comme l'honorable Jacques Chamberland et le greffier spécial Vasil Petrishki, refusent de le faire ? À notre avis, cette apparente incohérence interprétative en ce qui a trait à ce qui est respectueux ou non de l'autonomie résiduelle d'un mandant est due au fait que les décideurs priorisent différentes dimensions temporelles de l'autonomie dans leur jugement.

Lorsqu'un juge ou un greffier spécial est amené à se questionner sur ce qui est respectueux de l'autonomie résiduelle d'un mandant, il peut prendre en considération trois facettes temporelles de l'autonomie. Tout d'abord, il peut considérer l'autonomie antérieure qui se réfère à l'autonomie telle qu'elle s'est manifestée dans le passé (par ex. lors de la rédaction du mandat). Ensuite, il peut prendre en considération l'autonomie décisionnelle ou exécutive qui se rapporte à l'autonomie telle qu'elle se manifeste dans le

tion bien que le mandant ne s'y oppose pas, voir *PD*, *supra* note 66 au para 15; *BD*, *supra* note 11 aux para 16–22; *MC*, *supra* note 11 au para 16; *DM*, *supra* note 66 au para 32.

¹²² Voir *AO*, *supra* note 66 aux para 56–57.

¹²³ Voir *ibid* au para 63–64. Pour une décision qui précise explicitement que la volonté du majeur n'est pas déterminante dans le choix d'homologuer un mandat de protection, voir *RM*, *supra* note 66 au para 27.

présent (par ex. à l'interrogatoire lors de l'audience concernant la demande d'homologation). Enfin, il peut aussi considérer l'autonomie prospective qui se réfère à l'autonomie telle qu'elle pourra s'exprimer dans le futur (par ex. une fois que le mandat sera homologué). La décision d'un juge ou d'un greffier spécial d'accueillir ou de rejeter la demande d'homologation sera influencée par la dimension temporelle de l'autonomie qu'il priorise¹²⁴.

Les jugements *FG c PP* et *MO et JG*, dans lesquels les juges adhèrent à une vision libérale de *LP*, accordent une importance accrue à l'autonomie décisionnelle résiduelle du mandant au moment de l'homologation¹²⁵. Mise à part une allusion superficielle à l'autonomie résiduelle future du mandant dans *MO*, pour respecter le principe de sauvegarde de l'autonomie, les juges Manon Savoie et Isabelle Breton accordent une importance prédominante à la protection de l'autonomie résiduelle du mandant telle qu'elle se manifeste dans le présent, c'est-à-dire lors de l'instance¹²⁶.

Par comparaison, le jugement de première instance de *MO et JG* et celui *FS c Québec (Curateur public)*, dans lequel les décideurs adhèrent à une vision restrictive de *LP*¹²⁷, une importance prépondérante est accordée au respect de l'autonomie résiduelle du mandant dans le futur, c'est-à-dire une fois que le mandat sera homologué. Les décideurs mettent l'accent sur les propos du juge Robert dans *LP* à l'effet que l'homologation place le mandant dans une situation équivalente à la curatelle¹²⁸, ce qui lui nierait dans le futur le droit de s'autodéterminer à la mesure de son aptitude résiduelle en étant soumis aux « lois du mandataire »¹²⁹. En privilégiant cette di-

¹²⁴ Ambrosini, *supra* note 20 à la p 127.

¹²⁵ *FG*, *supra* note 58; *MO #2*, *supra* note 9.

¹²⁶ Voir *FG*, *supra* note 58 (les motifs de la juge sont silencieux sur la question); *MO #2*, *supra* note 9 aux para 40–41 (la juge considère brièvement l'impact que peut avoir l'homologation du mandat de protection sur l'autonomie résiduelle future du mandant. Elle conclut toutefois – sans une justification étoffée – que la clause de consultation sera suffisante pour protéger l'autonomie résiduelle future du mandant).

¹²⁷ Voir *MO #1*, *supra* note 15; *FS*, *supra* note 66.

¹²⁸ Voir *MO #1*, *supra* note 15 aux para 57, 75; *FS*, *supra* note 66 aux para 35–36.

¹²⁹ *MO #1*, *supra* note 15 au para 64 (notons que ces décisions s'inscrivent dans les courants doctrinal et jurisprudentiel majoritaires (dont nous traitons dans la partie suivante) selon lesquels l'homologation d'un mandat de protection emporte la capacité juridique du mandant et le place dans la même situation

mension temporelle de l'autonomie, les clauses de préséance – qui reflètent l'autonomie antérieure du mandant au moment de la rédaction de l'acte¹³⁰ et sa volonté lucidement exprimée en vertu de son autonomie résiduelle au moment de l'homologation¹³¹ – ne deviennent pour les décideurs que des éléments d'analyse secondaires. De ce point de vue, il semble que les décideurs jugent que la capacité actuelle d'un mandant à s'autodéterminer ne lui permet pas de prendre une décision qui réduirait substantiellement sa capacité d'autodétermination dans le futur sans porter atteinte au principe de sauvegarde de l'autonomie.

Nous nous retrouvons donc avec des juges et des greffiers adhérant à deux courants de pensée qui priorisent des dimensions temporelles distinctes de l'autonomie et qui, conséquemment, rendent des jugements contradictoires étant tous, selon leurs dires, respectueux du principe de sauvegarde de l'autonomie. Bien qu'ils ne semblent pas en avoir conscience, dans les deux cas, les décideurs se retrouvent à sacrifier l'autonomie résiduelle du mandant sous l'une ou l'autre de ses dimensions temporelles.

Le premier courant sacrifie l'aptitude future du mandant à s'autodéterminer au profit de son aptitude résiduelle qui, au moment de l'homologation, lui permet d'exprimer sa volonté et prendre des décisions quant à sa personne. Ceci est d'ailleurs vrai, à notre avis, indépendamment de l'existence d'une obligation pour le mandataire de consulter le mandant et de prendre en considération son avis puisque l'homologation d'un mandat conférant les pleins pouvoirs limite considérablement la capacité d'action future du mandant sur la scène juridique.

Le second courant sacrifie l'aptitude du mandant à s'autodéterminer au moment de l'homologation en faisant fi de son opinion lucidement exprimée. Les décideurs qui agissent ainsi le font pour protéger l'autonomie résiduelle future du mandant afin d'éviter qu'il se retrouve, une fois l'acte homologué, dans une situation où il se voit nié par un mandataire malin-

qu'un majeur sous curatelle – anéantissant ainsi tout pouvoir de gestion de ses biens et de sa personne (à l'exception du consentement aux soins médicaux)).

¹³⁰ Voir *ibid* (la clause de préséance n'est pas seulement secondaire dans l'analyse du greffier, elle ne doit tout simplement pas être prise en compte car elle est contraire à l'ordre public et donc nulle de nullité absolue); *FS*, *supra* note 66 aux para 30, 37 (le juge ne fait que mentionner l'existence de la clause de préséance sans que celle-ci ne joue un rôle déterminant dans son raisonnement).

¹³¹ Voir *FS*, *supra* note 66 au para 27; *MO #2*, *supra* note 9 au para 32.

tentionné ou insensible à ses besoins le droit d'exprimer sa volonté et ses préférences et, surtout, de les faire respecter¹³². Ce courant s'inscrit dans une dynamique paternaliste entre l'individu et l'État. En effet, le juge ou le greffier qui refuse d'homologuer un mandat de protection, alors que le mandant lui exprime lucidement son souhait de voir l'acte prendre effet, agit de la sorte en pensant prendre la décision qui est la plus susceptible, à long terme, de favoriser son bien-être, de promouvoir son meilleur intérêt et la protection de ses droits¹³³.

Dans *HP*, la Cour d'appel rejette l'approche du second courant caractérisée par un désir de protéger à tout prix l'autonomie résiduelle future du mandant. Son cadre d'analyse semble mettre de l'avant une approche « mitoyenne », qui cherche l'atteinte d'un équilibre dans la sauvegarde de l'autonomie résiduelle présente et future du mandant. Selon la cour, le juge ou le greffier ne saurait prioriser aveuglément la préservation de l'autonomie résiduelle future du mandant en refusant l'homologation dès qu'il y a une aptitude résiduelle¹³⁴. Il doit, d'une part, tenir compte de la volonté du mandant, lors de l'instance, d'homologuer son mandat de protection. D'autre part, il doit s'assurer qu'il y a une proportionnalité entre les pouvoirs conférés au mandataire et le niveau d'aptitude résiduelle du mandant¹³⁵. Elle refuse ainsi de sacrifier complètement l'une ou l'autre des dimensions temporelles de l'autonomie résiduelle du mandant.

Ce faisant, en cas de mandat conférant les pleins pouvoirs au mandataire alors que le mandant est inapte partiellement, la Cour d'appel donne son aval à ce qu'il y ait, dans certaines circonstances, un léger décalage entre l'inaptitude du mandant et son incapacité à exercer ses droits civils, si le critère de proportionnalité est rempli. En d'autres mots, la Cour d'appel accepte qu'une personne soit placée dans une situation « équivalent[e] à la

¹³² Lefebvre, « 25 ans », *supra* note 3 à la p 166.

¹³³ Voir par ex *MO #1*, *supra* note 15 aux para 61, 75; *MC*, *supra* note 11 au para 12; *TA*, *supra* note 11 au para 25; *PD*, *supra* note 66 au para 29. Sur la notion d'autonomie, voir Gerald Dworkin, « Paternalism » (2017), en ligne : *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/paternalism/>> [perma.cc/B9CV-JEV2]; Andrew Sneddon, *Autonomy*, New Delhi, Bloomsbury, 2013 à la p 124.

¹³⁴ Voir *HP QCCA*, *supra* note 16 au para 34.

¹³⁵ Voir *ibid*, aux para 35–46.

curatelle » – pour reprendre les termes du juge Robert dans *LP*¹³⁶ – alors qu’un tel retrait de la capacité d’exercice des droits civils requiert habituellement une inaptitude totale et permanente¹³⁷.

Ce modèle décisionnel proposé par la Cour d’appel peut paraître souhaitable puisqu’il permet d’atteindre un équilibre entre la sauvegarde de l’autonomie présente et future du mandant ainsi que l’objectif du législateur d’accorder au mandant la faculté de choisir son régime de protection et son représentant légal. Cependant, ce modèle décisionnel repose en grande partie sur des assises fragiles. Il prend pour acquis le dévouement et la bonne foi du mandataire qui sont nécessairement influencés par les aléas des dynamiques familiales et la complexité inhérente à l’asymétrie de pouvoir entre le mandant et le mandataire.

En effet, afin de justifier son modèle décisionnel, la Cour d’appel indique que les droits fondamentaux du mandant sont sauvegardés malgré le fait qu’il ne peut plus souverainement mettre en œuvre ses droits impliquant un acte de volonté, puisque le mandataire a une obligation implicite de consultation à l’égard du mandant¹³⁸. Une telle obligation imposant la prise en compte des volontés et préférences de la personne représentée est d’ailleurs consacrée explicitement dans les nouveaux articles réglementant le mandat de protection dans le projet de loi 18¹³⁹. Certes, une telle obligation de consultation, si elle est respectée diligemment par le mandataire, peut assurer le respect de l’autonomie résiduelle d’un mandant dont l’acte a été homologué¹⁴⁰. Or, il n’en demeure pas moins que, une fois homologué, l’autonomie décisionnelle et d’action du mandant dans la sphère juridique relève entièrement du mandataire¹⁴¹. Le mandant ne jouit pas d’un

¹³⁶ *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 42.

¹³⁷ Voir art 281 CcQ.

¹³⁸ *HP QCCA*, *supra* note 16 aux para 23–25.

¹³⁹ Projet de loi 18, *supra* note 4, art 84 (voir particulièrement les articles 2167.2 et 2167.3 qui seront intégrés au CcQ).

¹⁴⁰ Voir Dupin, « *Les limites de la protection* », *supra* note 20 à la p 42 (il ne parle pas des clauses de consultation, mais traite de l’importance de la valorisation de l’autonomie résiduelle du mandant par le mandataire).

¹⁴¹ Voir Projet de loi 18, *supra* note 4, art 5 (cet article spécifie que le mandat de protection a pour effet de réduire la capacité d’exercice des droits civils du mandant en conformité avec les pouvoirs conférés au mandataire. Comme nous le verrons de façon exhaustive dans la prochaine partie, cet amendement

droit de veto sur les décisions imminemment personnelles qui sont prises à son égard et pour lesquelles il conserve possiblement une aptitude (par ex. choix du lieu de vie, renoncement au secret professionnel ou encore établissement de priorités budgétaires dans l'administration du patrimoine de la personne)¹⁴². La sauvegarde de son autonomie résiduelle dépend donc d'un facteur clé sur lequel il a peu d'emprise, soit l'importance que son mandataire accorde au respect de sa volonté, et ce, en tout temps, même lorsque ses désirs et préférences deviennent potentiellement incompatibles avec l'intérêt du mandataire.

Ainsi, indépendamment de l'existence d'un devoir de consultation, l'autonomie résiduelle future du mandant est considérablement affectée par l'homologation du mandat et susceptible de ne pas être sauvegardée, et ce, même si les mandataires ont les plus nobles intentions à l'endroit du mandant au moment de l'homologation. Il est donc impératif de prendre en compte la situation de vulnérabilité accrue dans laquelle l'avenue préconisée par la Cour d'appel dans *HP* place potentiellement le mandant. Enfin, dans ce contexte, il est heureux que le projet de loi 18 introduise dans le CcQ l'obligation pour le mandataire de faire une reddition de compte à la personne désignée au mandat¹⁴³. Une telle mesure pourra dans certains cas agir comme un mécanisme d'imputabilité afin de protéger les droits, les intérêts et l'autonomie résiduelle d'un mandant aux prises avec un mandataire malintentionné ou négligent.

Pour conclure, nous espérons que notre analyse contribuera à nuancer la façon dont on discute des enjeux liés à la sauvegarde de l'autonomie lorsqu'il est question d'homologuer un mandat de protection alors que le mandant conserve une aptitude partielle. Il serait souhaitable d'insuffler dans ce débat le langage relatif à la temporalité : cherchons-nous à protéger l'autonomie résiduelle et l'autodétermination du mandant telles qu'elles s'expriment lors de l'homologation ou telles qu'elles pourront s'exprimer dans le futur ? Ceci permettrait potentiellement d'identifier les fondements

à l'article 154 CcQ confirme la jurisprudence et un courant de doctrine majoritaire étant d'avis depuis de nombreuses années que le mandat de protection a pour effet de retirer au mandant sa capacité d'exercice de ses droits civils, même pour les décisions/actions pour lesquelles il demeure apte à agir ou à se prononcer).

¹⁴² Voir *HP QCCA*, *supra* note 16 au para 25; Goubau, *supra* note 2, n°715.

¹⁴³ Projet de loi 18, *supra* note 4, art 83 (cet article introduit dans le CcQ l'article 2166.1).

des divergences d'opinions des décideurs et de mieux comprendre comment des juges peuvent se réclamer du même principe en rendant des jugements contradictoires sur des faits pourtant similaires.

Dans la partie suivante, nous analysons la troisième controverse liée à l'effet de l'homologation du mandat sur la limitation de la capacité d'exercice des droits civils du mandant et à la légalité des clauses de préséance – un débat davantage distinct des deux controverses dont nous venons de traiter qui sera nécessairement influencé par l'entrée en vigueur du projet de loi 18.

IV. CONTROVERSE 3 : LA CAPACITÉ D'EXERCICE DES DROITS CIVILS

À la lecture des commentaires du ministre de la Justice concernant le mandat de protection, l'intention du législateur semble claire; le mandat de protection limite la capacité d'exercice des droits civils du mandant :

*l'exécution d'un tel mandat équivaut à une déclaration d'incapacité du mandant ; c'est dorénavant le mandataire qui exercera les droits civils de cette personne à sa place [...]. Il n'a pas paru opportun de déléguer à d'autres qu'au tribunal l'obligation de faire le constat d'incapacité du mandant, car les droits fondamentaux de la personne sont en jeu [nos italiques]*¹⁴⁴.

Or, comme nous le verrons, jusqu'à l'adoption récente du projet de loi 18, cette intention en apparence limpide ne s'est pas reflétée de façon aussi évidente dans les articles du CcQ relatifs au mandat de protection¹⁴⁵. Il a découlé de ce silence du législateur une controverse doctrinale à savoir si l'homologation d'un mandat de protection a pour effet ou non de rendre le mandant incapable d'exercer ses droits civils et, le cas échéant, un débat jurisprudentiel sur la légalité des clauses de préséance. Dans cette partie, nous définissons d'abord brièvement les concepts clés d'incapacité et d'incapacité (A). Ensuite, nous exposons l'état du débat doctrinal sur la limitation de la capacité d'exercice (B) et celui du débat jurisprudentiel

¹⁴⁴ Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, vol 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993 à la p 1361.

¹⁴⁵ Arts 2166–74 CcQ.

sur la conformité des clauses de préséance avec l'ordre public (C). Nous mettons en évidence l'influence que l'entrée en vigueur du projet de loi 18 est susceptible d'avoir sur ces deux débats. Enfin, nous concluons cette partie par une discussion critique de la controverse sur l'effet juridique de l'homologation dans laquelle nous faisons valoir, d'une part, qu'il est surprenant que la Cour d'appel dans LP ait souscrit au courant de pensée selon lequel l'homologation réduit la capacité du mandant sans même reconnaître l'existence d'un débat doctrinal sur la question et, d'autre part, que si elle avait statué autrement, le débat sur la légalité des clauses de préséance n'aurait sûrement jamais vu le jour. Nous expliquons pourquoi les arguments soumis jusqu'à maintenant pour contester la légalité des clauses de préséance nous semblent peu convaincants et nous proposons un nouvel angle d'analyse pour évaluer la conformité de ce type de clause avec l'ordre public (D).

A. Les concepts clés d'incapacité et d'incapacité

Il est important de ne pas confondre la notion d'incapacité (1) avec la notion d'incapacité (2), bien qu'elle y soit fortement reliée, puisqu'elle en est « l'essence et le fondement »¹⁴⁶.

1. Incapacité

L'incapacité est une question de fait. Bien qu'il n'existe aucune définition universelle de ce concept, l'incapacité concernant les régimes de protection est généralement comprise en droit comme étant « la condition d'une personne qui, en raison de son état physique ou mental, n'est pas en mesure d'exercer, *de facto*, son libre arbitre et de prendre des décisions de façon libre et éclairée quant à sa personne et à ses biens ». ¹⁴⁷ Cette inapti-

¹⁴⁶ Benoit Moore, « Considérations terminologiques sur les notions d'aptitude et de capacité » dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité : Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Éditions Yvons Blais, 2015, 389 à la p 406.

¹⁴⁷ Pierre Deschamps, « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, dir, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 69 à la p 73. Sur la notion d'incapacité, voir aussi Barrak et

tude est distincte de celle liée au consentement aux soins¹⁴⁸. Une personne peut être inapte à prendre certaines décisions et apte à en prendre d'autres¹⁴⁹. Ceci s'explique notamment par le fait que le niveau d'aptitude requis pour accomplir une tâche ou prendre une décision varie selon la gravité des conséquences prévisibles de cette décision¹⁵⁰.

2. Incapacité

L'incapacité, quant à elle, découle d'une prévision législative¹⁵¹. Elle se traduit par la restriction de la jouissance et de l'exercice des droits civils d'une personne¹⁵². Quelle qu'en soit l'ampleur, l'incapacité juridique constitue « une sorte de diminution, de réduction de la personnalité juridique justifiée par le fait que certaines personnes n'ont pas, dans les faits, les moyens d'agir efficacement et pleinement »¹⁵³.

Il existe deux types d'incapacité : celle de jouissance et celle d'exercice. L'incapacité de jouissance se rapporte à « l'absence ou la privation d'un droit. La personne qui en est frappée ne peut exercer ce droit ni par elle-même ni par l'intermédiaire d'un tiers »¹⁵⁴. Cette incapacité est toujours spécifique. Cette interdiction d'agir est intimement liée à la notion de protection : on interdit à certains individus de commettre certains gestes qui

Léger-Riopel, *supra* note 96 à la p 418; Moore, *supra* note 146 aux pp 396–97; Ann Soden, « Beyond Incapacity » (2011) 5:2 RDSM 295 à la p 296.

¹⁴⁸ Deschamps, *supra* note 147 aux pp 74–75.

¹⁴⁹ Voir Soden, *supra* note 147 à la p 296; Henry Olders, « Comprehensive Assessments of Competence: A Psychiatrist's Perspective » (2011) 5:2 RDSM 283 à la p 283; Martin G Cole, « Clinical Assessment of the Mental Capacity of Older Adult » (2011) 5:2 RDSM 273 à la p 274; Daniel Geneau, « Évaluation clinique de l'aptitude chez le majeur » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, 378, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014, 55 à la p 56.

¹⁵⁰ Cole, *supra* note 149, à la p 276.

¹⁵¹ Voir Boiselle, *supra* note 1 à la p 75.

¹⁵² Deschamps, *supra* note 147 à la p 75.

¹⁵³ Goubau, *supra* note 2, n°440.

¹⁵⁴ *Ibid*, n°448.

risquent de leur être préjudiciables¹⁵⁵. L'incapacité d'exercice, quant à elle, porte sur les situations où, « [t]out en étant titulaire d'un droit, réellement ou potentiellement, la personne ne peut en faire usage, ne peut elle-même le mettre en œuvre »¹⁵⁶. Cette incapacité est toujours le fruit d'une mesure de protection mise en place afin de protéger une personne contre elle-même en raison de sa difficulté à exprimer lucidement sa volonté ou à l'érosion de ses facultés mentales ou physiques¹⁵⁷. Contrairement à l'incapacité de jouissance, l'incapacité d'exercice peut être générale puisqu'elle ne nie pas à la personne ses droits¹⁵⁸.

B. Débat doctrinal sur l'effet juridique de l'homologation du mandat sur la capacité d'exercice du mandant

Un courant doctrinal majoritaire¹⁵⁹ et la jurisprudence¹⁶⁰ prônent la thèse selon laquelle l'homologation du mandat de protection place le mandant dans une situation d'incapacité d'exercice proportionnelle à l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire. Les adhérents à cette position tendent à assimiler le mandat de protection homologué à un régime de protection. Or, un courant doctrinal minoritaire¹⁶¹ est plutôt d'avis que le mandat n'affecte

¹⁵⁵ Voir *ibid*, n°451.

¹⁵⁶ *Ibid*, n°455.

¹⁵⁷ *Ibid*, n°456.

¹⁵⁸ Voir arts 256, 281–90 CcQ. Pour une nuance de ce principe, voir les explications de Goubau : *ibid*, n°457.

¹⁵⁹ Voir Goubau, *supra* note 2, n°797; Didier Lluellas et Benoit Moore, *Droit des obligations*, 2e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2012, n°1032–34; Laflamme, Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 1 aux pp 10, 108; Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 95; François Dupin, « La protection des personnes inaptes : l'intérêt et l'autonomie du majeur protégé » (1997) 57 R du B 159; Lefebvre, « Étrange mandat » *supra* note 3 aux pp 85–86; Lambert, « La genèse du mandat », *supra* note 23 à la p 98; Fabien, « Institution à parfaire », *supra* note 2 à la p 428; Fabien, « Mandat de protection », *supra* note 20 à la p 260.

¹⁶⁰ Voir LP QCCA, *supra* note 1 au para 42. Ces propos ont été par la suite cités à maintes reprises dans la jurisprudence. Voir notamment JL, *supra* note 58 au para 7; BH, *supra* note 16 au para 37; AD, *supra* note 9 au para 29.

¹⁶¹ Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 1 à la p 234; Boiselle, *supra* note 1 aux pp 69–70; Désilets, *supra* note 2 aux pp 315–17.

en rien la capacité d'exercice du majeur. Les quelques auteurs qui se positionnent en faveur de cette position distinguent clairement le mandat de protection (dont la nature est, selon eux, essentiellement contractuelle) des régimes de protection (dont la nature est légale).

Ce débat doctrinal risque d'évoluer substantiellement avec l'entrée en vigueur d'ici juin 2022 du projet de loi 18 qui amende de nombreux articles du CcQ qui en sont la source, tel que nous en discutons dans la section D de la partie V de ce texte. Pour mieux cerner l'impact du projet de loi 18 sur ce débat doctrinal qui dure depuis de nombreuses années, il convient avant tout d'en survoler les arguments centraux. Il est possible de recenser dans la littérature trois points principaux autour desquels s'articule le débat doctrinal concernant l'effet juridique de l'homologation sur la capacité du mandant : le libellé de l'article 2166 (1), la qualification du mandant à titre de majeur protégé (2) et l'impossibilité de révoquer le mandat sans l'aval du tribunal (3)¹⁶².

1. Le libellé de l'article 2166 CcQ

L'origine du débat sur l'effet juridique de l'homologation d'un mandat de protection découle de l'actuel libellé de l'article 2166 CcQ :

2166. Le mandat de protection est celui donné par une personne majeure en prévision de son inaptitude à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens; il est fait par acte notarié en minute ou devant témoins.

¹⁶² Ces trois points sont ceux que nous considérons comme étant les plus importants. Il y en a toutefois d'autres, comme le fait que les articles 2169 et 2177 prévoient respectivement la possibilité d'établir un régime de protection pour compléter ou remplacer le mandat qui ne permettrait pas d'assurer pleinement les soins de la personne ou l'administration de ses biens. Pour certains, cela vient confirmer le fait que le mandat de protection est une institution juridique distincte qui ne limite pas la capacité juridique du mandant; voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 1. Pour d'autres, cela n'empêche pas, pour autant, de conclure que le mandat homologué ouvre un régime de protection de même nature que ceux expressément prévus par les articles 256 et suivants CcQ, voir Goubau, *supra* note 2.

Son exécution est subordonnée à la survenance de l'incapacité et à l'homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l'acte.

Contrairement à l'article 256 CcQ qui introduit les régimes de protection, l'article 2166 n'indique pas que l'homologation d'un mandat entraîne une situation d'incapacité d'exercice¹⁶³. Par ailleurs, il ne traite pas de l'exercice des droits civils du mandant par le mandataire. Ainsi, puisque l'article 154 CcQ spécifie que « [l]a 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 », des auteurs adhérant au courant minoritaire ont émis l'hypothèse qu'il était tout simplement erroné de conclure que l'homologation d'un mandat de protection limite la capacité d'exercice du mandant. À leur avis, l'homologation ne constitue « que la constatation de l'incapacité de fait du mandant, qui donne au mandat son efficacité, qui prive le mandant de certains de ses pouvoirs — et non point de sa capacité — »¹⁶⁴. À cela, les auteurs qui adhèrent au courant majoritaire répondent généralement à coups d'analogies afin de démontrer que le mandat de protection est, dans les faits, très similaire à un régime de protection et que, conséquemment, son homologation implique, telle que l'ouverture d'un régime, la limitation de la capacité d'exercice du mandant. Comme similitudes, ils soulignent notamment que, pour prendre effet, le mandat doit faire l'objet de l'intervention du tribunal et que les dispositions relatives au mandat de protection, comme celles encadrant la tutelle et la curatelle, prévoient la nullité des actes faits antérieurement à l'homologation du mandat ou l'ouverture du régime¹⁶⁵. C'est d'ailleurs sur cette dernière ressemblance que porte le point litigieux dont nous traitons dans la prochaine sous-section.

¹⁶³ « 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 » (art 256 CcQ).

¹⁶⁴ Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 1 à la p 238. Voir aussi Boiselle, *supra* note 1 aux pp 69–70; Désilets, *supra* note 2 aux pp 316–317.

¹⁶⁵ Voir Goubau, *supra* note 2, n°788; Lluellas et Moore, *supra* note 159, n°1032–34.

2. La qualification du mandant à titre de majeur protégé

Un deuxième point litigieux dans le débat concerne la qualification du mandant à titre de « majeur protégé » – expression pour laquelle le législateur n’a donné aucune définition¹⁶⁶. S’il est clair que les majeurs placés sous un régime de protection légal se qualifient comme majeurs protégés, il est moins certain que cela soit le cas pour les mandants dont le mandat de protection a été homologué. Le courant majoritaire est d’avis que le mandant est lui aussi un majeur protégé, alors que le courant minoritaire ne partage pas cette opinion¹⁶⁷.

Pour appuyer leur thèse, les tenants de la première position font valoir que, similairement à ce qui est prévu pour les majeurs placés sous tutelle¹⁶⁸ ou curatelle¹⁶⁹, l’article 2170 CcQ prévoit l’annulation d’un acte fait avant l’homologation du mandat, « sur la seule preuve que l’incapacité était notoire ou connue du contractant à l’époque où les actes ont été passés ». Selon les tenants de la première position, cette similitude entre la protection offerte aux majeurs placés sous un régime de protection légal et celle offerte au mandant pour les actes commis avant l’ouverture d’un régime et l’homologation du mandat s’avère suffisante pour conclure que le mandant est, lui aussi, un « majeur protégé » au sens CcQ. Il découle de cette prémisse que le mandant doit bénéficier par analogie de la protection des règles relatives aux régimes de protection légaux pour combler les vides juridiques relatifs à la protection du mandant, notamment en ce qui a trait aux actes commis par ce dernier postérieurement à l’homologation¹⁷⁰. Cette

¹⁶⁶ Boiselle, *supra* note 1 à la p 71.

¹⁶⁷ Notons qu’aucune définition du majeur protégé n’est énoncée par le législateur. Pour certains, le mandant se qualifie à titre de majeur protégé. Voir Goubau, *supra* note 2; Lefebvre, « Étrange mandat », *supra* note 3 à la p 86; Lluellas et Moore, *supra* note 159, n°1032–34. Pour d’autres, seuls les individus sous un régime de protection profiteraient des avantages prévus par le législateur en faveur des majeurs protégés. Voir notamment Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 1 à la p 239; Boiselle, *supra* note 1 aux pp 71–72.

¹⁶⁸ Voir art 290 CcQ.

¹⁶⁹ Voir art 284 CcQ.

¹⁷⁰ Notons toutefois que, le degré d’incapacité requis pour permettre l’homologation d’un mandat de protection n’étant pas clairement établi dans le CcQ, les opinions divergent quant à l’application par analogie des règles de la tutelle ou de la curatelle pour annuler un acte posé par un mandant à la suite de l’homo-

protection dont bénéficie le mandant via l'article 2170 CcQ et l'application par analogie des dispositions des régimes de protection légaux milite en faveur de l'idée que l'homologation d'un mandat de protection a pour effet de limiter la capacité d'exercice du mandant¹⁷¹. Les tenants de la seconde position, pour appuyer la thèse selon laquelle le mandant n'est pas un majeur protégé, font valoir que, à l'exception de l'article 2170 CcQ, le législateur a prévu plusieurs mesures de protection additionnelles pour les majeurs sous un régime de protection légal qu'il a sciemment omis d'étendre au mandant. Par exemple, l'article 81 prévoit que le domicile légal du majeur sous tutelle ou curatelle est chez son représentant. De plus, l'article 709 CcQ prévoit que le testament fait par un majeur sous tutelle « peut être confirmé par le tribunal si la nature de ces dispositions et les circonstances qui entourent sa confection le permettent ». Or, lors de l'introduction du mandat de protection dans le CcQ, aucune disposition relative au domicile légal ou à l'incapacité de tester du mandant n'a été édictée par le législateur. Face aux nombreuses mesures de protection offertes au majeur sous un régime de protection qui n'ont historiquement pas été offertes au mandant, la similitude entre l'article 2170 CcQ et les articles 284 et 290 CcQ ne peut pas, à elle seule, permettre de conclure que le mandant est un « majeur protégé » au sens CcQ. Il n'y a donc pas lieu de faire jouir le mandant, par analogie, des protections additionnelles que prévoit la loi pour les majeurs placés sous un régime de protection et encore moins de conclure que l'homologation d'un mandat limite, comme c'est le cas avec la tutelle et la curatelle, la capacité d'exercice du mandant¹⁷².

Ainsi, du point de vue du courant minoritaire, le mandant dont le mandat a été homologué est présumé inapte, mais demeure capable d'exercer ses droits¹⁷³. Il jouit de la protection des principes généraux du droit des obligations offerte à toute personne capable, notamment en matière de vice de

logation du mandat. Le professeur Goubau, *supra* note 2, n°812 pense que les actes postérieurs devraient pouvoir être annulés sans qu'il soit nécessaire de prouver lésion, tout comme c'est le cas pour un majeur sous curatelle. Les professeurs Lluellas et Moore, *supra* note 159, n°1026, quant à eux, sont plutôt d'avis que, lorsque le degré d'inaptitude ne peut être déterminé, il convient d'appliquer les règles de la tutelle qui nécessitent de prouver lésion.

¹⁷¹ Voir Goubau, *supra* note 2, n°798.

¹⁷² Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 1 à la p 234; Boisselle, *supra* note 1 aux pp 71–72.

¹⁷³ Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 1 à la p 234.

consentement¹⁷⁴. Les auteurs adhérant au courant majoritaire déplorent cette position. Ils arguent que cette notion occulte la finalité du régime de protection qui est de protéger le majeur¹⁷⁵. Cela confine la personne en besoin de protection à un « régime de protection de seconde zone »¹⁷⁶ et confronte le mandataire à « une tâche bien particulière, soit celle de protéger son mandant sans véritable appui de la loi »¹⁷⁷. À cela, la professeure Marie-Annik Grégoire répond qu'au contraire, déclarer que l'homologation d'un mandat équivaut à une déclaration d'incapacité juridique est dangereux pour le mandant puisque cela a « pour effet de priver le majeur de sa capacité, sans par ailleurs lui conférer les protections prévues aux régimes de protection et notamment, les contrôles par le conseil de tutelle et le Curateur public du Québec »¹⁷⁸.

3. L'impossibilité de révoquer le mandat sans l'aval du tribunal

Un troisième point litigieux dans ce débat concerne l'article 2172 CcQ qui enlève la possibilité au mandant de révoquer le mandat de protection tant que le tribunal n'a pas constaté qu'il est redevenu apte¹⁷⁹. Ainsi, « le mandant ne peut pas agir de son propre chef pour révoquer son mandat de protection »¹⁸⁰. Pour des auteurs adhérant au courant majoritaire, cette incapacité prévue par le législateur entre directement en conflit avec la position selon laquelle l'homologation du mandat en cas d'incapacité ne retire

¹⁷⁴ Voir arts 1398–1408 CcQ (les règles relatives au vice de consentement); Boisselle, *supra* note 1 aux pp 72–73.

¹⁷⁵ Voir Goubau, *supra* note 2, n°798; Lluellas et Moore, *supra* note 159, n°1032–34; Lefebvre, « Étrange mandat », *supra* note 3 à la p 86; Lambert, « La genèse du mandat », *supra* note 23 à la p 98.

¹⁷⁶ Voir Goubau, *supra* note 2, n°798 tel que cité dans Lluellas et Moore, *supra* note 159, n°1032–34.

¹⁷⁷ Voir Lambert, « La genèse du mandat », *supra* note 23 à la p 98.

¹⁷⁸ Grégoire, *supra* note 20 aux pp 46–47.

¹⁷⁹ « Le mandat cesse d'avoir effet lorsque le tribunal constate que le mandant est redevenu apte; ce dernier peut alors, s'il le considère approprié, révoquer son mandat » (art 2172 CcQ).

¹⁸⁰ Boisselle, *supra* note 1 à la p 76.

pas la capacité d'exercice du mandant¹⁸¹. Cependant, pour Sabrina Boiselle, le choix du législateur n'est pas incompatible avec cette thèse pour deux raisons. La première concerne le besoin de protéger la personne « contre son incapacité à se protéger »¹⁸². Il faut éviter de « retirer indûment au mandant une protection dont il peut avoir besoin » et il est donc souhaitable que le tribunal soit amené à superviser la révocation du mandat¹⁸³. La deuxième raison est d'ordre pratique : le curateur public tenant un registre des mandats de protection homologués, il « doit donc être informé lorsque le mandant redevient apte »¹⁸⁴. Autrement, « permettre au mandant, même apte, de laisser perdurer une telle inscription risquerait d'engendrer de l'instabilité et de l'incertitude »¹⁸⁵.

Pour conclure, soulignons que, indépendamment de la thèse défendue, des auteurs font valoir que, si l'homologation du mandat de protection a bel et bien pour effet de placer le mandant dans une situation analogue à la curatelle, homologuer un mandat de protection conférant la pleine administration au mandataire alors que le mandant est inapte partiellement, constitue une sorte de renonciation à des droits potentiellement contraire à l'ordre public. À ce sujet, François Dupin affirme :

Les termes d'un mandat qui permettrait un contrôle jugé excessif du patrimoine du mandant eu égard à sa condition d'aptitude partielle pourrait équivaloir à une renonciation contraire à l'ordre public (art. 8 C.c.Q.) en raison du caractère extrapatrimonial du droit débattu¹⁸⁶.

Similairement, Sabrina Boiselle indique que :

¹⁸¹ Voir Lefebvre, « Étrange mandat », *supra* note 3 à la p 86; Laflamme, Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 1 aux pp 10–11.

¹⁸² Boiselle, *supra* note 1 à la p 76.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid* à la p 77.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Dupin, « Réflexion », *supra* note 96 à la p 177. Dupin pose la question suivante : « Et peut-on de toute façon implicitement renoncer à notre autonomie, pendant du droit à la dignité, à l'inviolabilité et à la liberté, sans renoncer à une disposition d'ordre public (art. 8 C.c.Q.)? » (Dupin, « Origines », *supra* note 4 à la p 29).

[s]i l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité devait priver totalement la personne de sa capacité d'exercice, il faudrait s'interroger sur la possibilité pour une personne de renoncer à l'exercice de ses droits, totalement et de façon permanente. Si l'on en venait alors à la conclusion qu'une personne ne peut ainsi renoncer à l'exercice de ses droits, il faudrait alors se questionner sur le type de nullité dont serait entaché l'acte (C.c.Q., art. 9 *in fine*)¹⁸⁷.

On observe ici un contraste intéressant. Les auteurs de doctrine ne s'entendent pas sur l'effet juridique de l'homologation du mandat de protection, mais ils semblent s'accorder – du moins, ceux qui ont émis une opinion à cet égard – sur le fait qu'advenant que l'homologation limite bel et bien la capacité d'exercice, l'acte ou la clause consignant la volonté du mandant que son mandat soit homologué indépendamment de son degré d'incapacité ne serait possiblement pas conforme à l'ordre public. À l'inverse, comme nous le verrons dans la prochaine section, contrairement aux auteurs de doctrine, les juges et les greffiers tiennent pour acquis que le mandat de protection homologué réduit la capacité d'exercice du mandant. Cependant, ils ne s'entendent pas sur la conformité avec l'ordre public d'une clause de préséance consignant une telle volonté.

C. Débat jurisprudentiel sur la conformité des clauses de préséance avec l'ordre public

Le débat jurisprudentiel sur la conformité avec l'ordre public d'une clause consignant la volonté du mandant que son mandat soit homologué indépendamment de son degré d'incapacité alors qu'il confère au mandataire les pouvoirs de la pleine administration est récent. Il y a donc peu de jurisprudence sur le sujet et seul l'avenir nous dira s'il gagnera en importance.

C'est en 2015 que le tribunal a refusé pour la première fois d'homologuer un mandat de protection tout en déclarant la clause de préséance incluse

¹⁸⁷ Boiselle, *supra* note 1 à la p 70, n 327 (« si le mandant était automatiquement privé de l'exercice de l'ensemble de ses droits civils par le fait de l'homologation, il y aurait lieu de s'interroger sur la conformité de cette institution en regard des intérêts fondamentaux de tout individu » (à la p 73)).

dans l'acte contraire à l'ordre public. Après avoir énuméré les articles 4, 8¹⁸⁸ et 9¹⁸⁹ CcQ, le greffier spécial affirme dans *CR* et *ER*¹⁹⁰ :

[23] [qu'u]ne personne majeure ne peut pas déroger aux dispositions impératives de la loi et demander que sa capacité d'exercice soit diminuée. Les tribunaux ont l'obligation de statuer d'office sur une nullité d'ordre public. Je suis d'avis que l'article X du mandat en cas d'incapacité, pièce R-1, est nul, de nullité absolue, puisque contraire à l'ordre public.

Trois années plus tard, dans *MO* et *JG*, le même greffier spécial refuse à nouveau d'homologuer un mandat de protection conférant les pouvoirs de la pleine administration au mandataire en raison de l'incapacité partielle du mandant quant à sa personne. En plus d'adhérer à une lecture restrictive de *LP*¹⁹¹ et de prioriser l'autonomie résiduelle future du mandant¹⁹² en faisant fi de la volonté du mandant lucidement exprimée de voir son mandat être homologué, le greffier déclare la clause de préséance nulle puisqu'elle est contraire à l'ordre public. Pour soutenir cette position, il fait valoir qu'une personne physique ne peut pas renoncer implicitement à son autonomie sans renoncer à une disposition d'ordre public¹⁹³. À son avis, on ne peut recon-

¹⁸⁸ « On ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public » (art 8 CcQ).

¹⁸⁹ « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public » (art 9 CcQ).

¹⁹⁰ *CR*, *supra* note 13 au para 23. Le jugement a été cité avec approbation dans *MC*, *supra* note 11 aux para 15–16. Dans une décision rendue un an après *CR*, le juge refuse d'homologuer le mandat en présence d'une clause de préséance. Il ne fait que souligner implicitement que celle-ci ne peut pas être déterminante dans son analyse, qu'il convient de donner préséance à l'autonomie résiduelle du mandant et que placer la personne dans une situation équivalente à la curatelle alors qu'elle préserve une incapacité partielle n'est tout simplement pas respectueux de ce principe. Il ne se prononce pas sur sa légalité: *FS*, *supra* note 66 au para 37.

¹⁹¹ Voir *MO* #1, *supra* note 15 aux para 53–55.

¹⁹² Voir *ibid* aux para 60–66.

¹⁹³ Voir *ibid* aux para 68–69.

naître au mandant « 'l'autonomie' de réduire sa capacité »¹⁹⁴. En d'autres termes, le mandant ne peut pas autolimiter sa capacité juridique : cela serait contraire à l'ordre public de direction, soit le type d'ordre public « destiné au respect de l'intérêt général » ou qui entraîne une nullité absolue¹⁹⁵. Plus particulièrement, il fait valoir que cela nuirait à la protection des tiers en soumettant un *argumentum ad absurdum*. Il souligne qu'en vertu de l'application des articles 2172¹⁹⁶ et 2173¹⁹⁷ CcQ :

[84] Si les tribunaux permettent à un mandant qui est partiellement inapte de consentir à l'homologation du mandat équivalant à une curatelle, ils seront obligés, selon le même principe, de lui permettre de révoquer son mandat s'il change d'avis le jour suivant l'homologation, et ce, même si le degré d'inaptitude du mandant n'a pas changé depuis l'homologation du mandat de protection.

[85] Il est manifeste que selon le droit en vigueur le mandant partiellement inapte ne serait pas tenu de demeurer soumis à un régime équivalant à une curatelle contre son gré¹⁹⁸.

Pour lui, cette possibilité pour le mandant de révoquer à tout coup son mandat de protection agirait comme « une épée de Damoclès au-dessus des tiers de bonne foi et la stabilité de l'ordre public en général serait mise en épreuve »¹⁹⁹.

¹⁹⁴ « *De lege lata*, aucune personne physique n'a «l'autonomie» de réduire sa capacité et je crois que *per argumentum a fortiori* une personne partiellement inapte et sans doute vulnérable n'a pas cette «autonomie» » (*ibid* au para 80 et n 46).

¹⁹⁵ Voir Lluellas et Moore, *supra* note 159, n°1933.

¹⁹⁶ « Le mandat cesse d'avoir effet lorsque le tribunal constate que le mandant est redevenu apte; ce dernier peut alors, s'il le considère approprié, révoquer son mandat » (art 2172 CcQ).

¹⁹⁷ « S'il constate que le mandant est redevenu apte, le directeur général de l'établissement de santé ou de services sociaux qui prodigue des soins ou procure des services au mandant doit attester cette aptitude dans un rapport qu'il dépose au greffe du tribunal. Ce rapport est constitué, entre autres, de l'évaluation médicale et psychosociale » (art 2173 CcQ).

¹⁹⁸ *MO #1*, *supra* note 15 aux para 84–85.

¹⁹⁹ *Ibid* au para 87.

Le curateur public a fait une demande de révision de la décision du greffier. Dans un jugement préconisant une lecture libérale de LP²⁰⁰ et où la protection de l'autonomie résiduelle du mandant telle qu'exprimée au moment de l'homologation est priorisée²⁰¹, l'honorable Isabelle Breton accueille l'appel et homologue le mandat de protection²⁰². En ce qui a trait à la déclaration de nullité de la clause de préséance, elle l'infirme en spécifiant qu'il a commis une erreur de droit « en interprétant cette clause comme permettant au mandant d'autolimiter sa capacité juridique dans le contexte de son inaptitude partielle à la personne »²⁰³. Elle explique que ce « n'est pas le mandat de protection qui limite la capacité juridique du mandant, mais plutôt son homologation par le tribunal lorsqu'il déclare l'inaptitude de la personne »²⁰⁴. Ainsi, selon elle, la clause de préséance est valide²⁰⁵.

D. Discussion : limitation de la capacité d'exercice des droits civils et légalité des clauses de préséance

Premièrement, le projet de loi 18 tranche en grande partie le débat doctrinal sur la capacité d'exercice des droits civils du mandant en faveur du courant majoritaire (section V.B). En effet, bien que l'article 2166 CcQ reste inchangé en ce qui a trait à son silence sur la capacité du mandant, on prévoit dans le projet de loi un amendement important à l'article 154 CcQ. Le législateur spécifie que l'homologation du mandat de protection limite la capacité d'exercice des droits civils du mandant²⁰⁶, tranchant par le fait même le premier point central du débat doctrinal (sous-section V.B.1.). Le législateur adopte également une série d'amendements reconnaissant le besoin de protection du mandant. Ces amendements confirment les rapprochements que le courant majoritaire fait entre le mandant et le majeur protégé par un régime de protection (sous-section V.B.2). Par exemple, l'article 2170 CcQ offrira désormais une protection au mandant non seulement pour les actes

²⁰⁰ Voir MO #2, *supra* note 15 aux para 30–31.

²⁰¹ Voir *ibid* au para 32.

²⁰² Voir *ibid* aux para 50–53.

²⁰³ *Ibid* au para 43.

²⁰⁴ *Ibid* au para 44.

²⁰⁵ Voir *ibid* au para 46.

²⁰⁶ Projet de loi 18, *supra* note 4, art 5.

faits antérieurement à l'homologation mais également ceux faits seuls postérieurement à l'homologation qui sont incompatibles avec les stipulations du mandat²⁰⁷. L'article 709 CcQ est aussi amendé afin d'assujettir la prise d'effet d'un testament fait par un mandant à la suite de l'homologation de son mandat de protection à la confirmation du tribunal²⁰⁸. Enfin, en toute cohérence avec l'amendement qu'il propose à l'article 154 CCQ, le législateur laisse intact l'article 2172 CcQ. Il est logique que le mandant ne puisse agir seul pour révoquer son mandat de protection si la capacité d'exercice de ce dernier est limitée (sous-section V.B.3).

Deuxièmement, en ce qui a trait au débat jurisprudentiel sur les clauses de préséance, il convient tout d'abord de souligner qu'il est surprenant qu'en 2009 dans *LP* la Cour d'appel ait simplement affirmé que l'homologation d'un mandat de protection réduit la capacité d'exercice des droits civils du mandant en le plaçant dans une situation « équivalant à la curatelle »²⁰⁹ sans même reconnaître qu'il existait un débat doctrinal sur la question. Vu le contraste évident entre les libellés des articles 2166 et 256 à l'époque et le silence du législateur sur la réduction de la capacité d'exercice du mandant, il y aurait eu lieu de considérer le débat et traiter de la question.

En se positionnant de la sorte, la Cour d'appel a implicitement assimilé le mandat de protection à un régime de protection puisque, tel qu'indiqué par le libellé de l'article 154 CcQ précédant l'adoption du projet de loi 18, « [l]a 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 » [nos italiques]. Comme nous l'avons vu, une telle assimilation n'est aujourd'hui plus nécessaire pour conclure que l'homologation réduit la capacité d'exercice du mandant puisque le législateur a amendé l'article 154 CcQ dans le projet de loi 18 afin d'y spécifier l'effet de l'homologation²¹⁰.

Dans la mesure où la Cour d'appel aurait plutôt adhéré à la thèse selon laquelle le mandat de protection ne constitue qu'une constatation d'incapacité *de facto*, il est pertinent de souligner que le débat sur la légalité des clauses de préséance n'aurait sûrement jamais vu le jour. La capacité d'une personne n'étant tout simplement pas affectée, l'homologation du

²⁰⁷ *Ibid.*, art 86.

²⁰⁸ *Ibid.*, art 65.

²⁰⁹ *LP QCCA*, *supra* note 1 au para 42.

²¹⁰ Projet de loi 18, *supra* note 4, art 5.

mandat en cas d'inaptitude partielle aurait suscité moins de controverses, car elle n'aurait pas heurté le principe fondamental de sauvegarde de l'autonomie résiduelle, tel que compris et appliqué par les juristes adhérant à la lecture restrictive de *LP*.

Puisque le projet de loi 18 nous pousse à traiter le mandat de protection comme une institution hybride dont l'homologation limite la capacité du mandant, il est légitime, à notre avis, que les juristes continuent à se questionner sur la légalité des clauses de préséance eu égard à l'ordre public. Toutefois, cette remise en question devrait s'articuler autour d'autres arguments que ceux soulevés par le greffier spécial dans *MO et JG*. D'une part, comme le souligne la juge Breton et contrairement à ce que le greffier spécial prétend, homologuer un mandat de protection contenant une clause de préséance ne revient pas à une autolimitation de sa capacité juridique²¹¹. Comme nous l'avons expliqué précédemment, c'est l'homologation du mandat par le tribunal qui réduit la capacité juridique du mandant et non le mandant lui-même²¹². D'autre part, nous ne sommes pas convaincus par l'*argumentum ad absurdum* du greffier spécial à l'effet que permettre l'homologation d'un mandat alors que le mandant préserve une aptitude résiduelle causerait une instabilité et une imprévisibilité préjudiciables aux tiers puisque le mandant pourrait, le jour suivant l'homologation de l'acte, demander qu'il soit révoqué²¹³. Plus précisément, dans la mesure où l'homologation a bel et bien pour effet de placer le mandant dans une situation équivalant à la curatelle, cet argument nous semble mal fondé. L'argument du greffier présuppose que la demande en vertu de l'article 2172 CcQ pourrait être déposée par le mandant lui-même. Or, si le mandant a été déclaré incapable au préalable, comment pourrait-il agir sur la scène juridique pour demander que son acte soit révoqué²¹⁴ ?

À notre avis, la remise en question de la légalité des clauses de préséance devrait plutôt s'articuler autour de la possibilité pour une personne physique de renoncer à l'exercice de son droit à l'autonomie d'une façon générale. L'autonomie entendue au sens de la faculté pour un individu de « subvenir à

²¹¹ Voir *MO #1*, *supra* note 15 au para 80; *MO #2*, *supra* note 9 aux para 43–44.

²¹² Voir Projet de loi 18, *supra* note 4, art 5; Goubau, *supra* note 2, n°440, n 16.

²¹³ Voir *MO #1*, *supra* note 15 aux para 84–91.

²¹⁴ Pour un raisonnement similaire, voir Boiselle, *supra* note 1 aux pp 76–77.

ses propres besoins » et de choisir « le cadre dans lequel il désire évoluer »²¹⁵ à la mesure de son aptitude est un droit fondamental, bien qu'il ne soit pas explicitement enchâssé dans les chartes canadienne²¹⁶ et québécoise²¹⁷. Il découle d'autres droits fondamentaux qui sont explicitement énoncés dans les chartes, comme le droit à la liberté, à l'égalité, à la dignité ou le droit à la vie privée²¹⁸. Lorsqu'une personne consent de façon libre et éclairée à ce que son mandat de protection soit homologué, au fait d'être placée dans une situation équivalant à une curatelle malgré son inaptitude partielle, elle renonce implicitement à l'exercice futur de ce droit fondamental tel que lui permettrait son aptitude résiduelle. En effet, bien que le mandant puisse être consulté par un mandataire qui respecte diligemment son obligation de consultation tel que le requiert l'article 257 CcQ et suivant l'entrée en vigueur du Projet de loi 18 les article 2167.2 et 2167.3 CcQ²¹⁹, il n'en demeure pas moins que le mandant se retrouve dans une situation où il « devient [...] asservi [...] aux décisions de son mandataire, dans tous les aspects de la conduite de sa vie, sous réserve des atténuations que prévoit la loi en matière de soins de santé »²²⁰; celui-ci pouvant être consulté et/ou informé des

²¹⁵ *Ibid* à la p 5.

²¹⁶ Charte canadienne, *supra* note 26.

²¹⁷ Charte québécoise, *supra* note 25.

²¹⁸ Charte canadienne, *supra* note 26, arts 7, 15; Charte québécoise, *supra* note 25, arts 1, 4, 5. Voir aussi *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 à la p 51, 63 OR (2d) 281; *Tremblay c Daigle*, [1989] 2 RCS 530 aux pp 539–40, 62 DLR (4th) 634; *Carter c Canada*, 2015 CSC 5 au para 64; Dominique Goubau, « La dignité en droit canadien, une notion aussi populaire qu'ambiguë » dans Brigitte Feuillet-Liger et Kristina Orfali, dir, *La dignité de la personne : quelles réalités ?*, Bruylant, 2016, 295 à la p 296; Boisselle, *supra* note 1 à la p 6.

²¹⁹ Projet de loi 18, *supra* note 4, art 84.

²²⁰ La Cour d'appel se réfère au texte de Fabien dans *LP*. Fabien ajoute « pourtant, en signant un mandat en pleine administration, il fabrique l'instrument de son propre asservissement. La camisole de force ne sera pas moins pénible parce qu'elle est auto-infligée » (« Institution à parfaire », *supra* note 2 à la p 428). Voir aussi le texte de Laflamme, Kouri et Philips-Nootens : « On perçoit rapidement dans quelle situation frustrante peut se retrouver le mandant qui n'est pas totalement inapte, lorsqu'il se rend compte qu'il n'a plus la moindre autonomie de gestion, qu'il doit tout demander à son mandataire, même pour les achats les plus simples de la vie quotidienne. Si le mandataire est sensible et délicat, il prendra peut-être l'initiative de laisser de l'argent au majeur pour ses besoins courants. Mais, en fonction de la dynamique familiale, il pourrait s'en

décisions prises à son égard par son mandataire, mais ayant ultimement aucun droit de veto sur ces décisions. Ainsi, selon nous, la question à se poser pour évaluer la légalité des clauses de préséance est plutôt de savoir si un individu peut renoncer, par contrat, à l'exercice de son droit à l'autonomie pour des décisions imminemment personnelles désormais prises par le mandataire dans une multitude de sphères de sa vie.

Nous savons déjà qu'il est possible pour le législateur et les tribunaux de permettre la renonciation à l'exercice de droits fondamentaux par convention dans des *contextes précis*. Du point de vue du législateur, il est commun d'indiquer « expressément dans la loi les modalités et les limites en vertu desquelles une personne peut déroger aux libertés et droits fondamentaux »²²¹. Par exemple, en ce qui a trait au droit à l'intégrité physique, l'article 20 CcQ prévoit qu'une personne peut y renoncer en consentant à une expérimentation scientifique si certaines conditions sont respectées²²². Un autre exemple est la *Loi sur le droit d'auteur* qui permet de céder le droit d'auteur²²³ et, conséquemment, restreindre le droit à la liberté d'expression de l'auteur par contrat. Du point de vue des tribunaux, bien que l'état de la jurisprudence dans le contexte contractuel soit fragmentaire et erratique²²⁴, un *obiter* de la Cour suprême dans l'arrêt *Amselem* reconnaît la possibilité de renoncer à l'exercice d'un droit fondamental dans un contexte précis par convention même lorsque le législateur ne permet pas expressément une dérogation²²⁵. La renonciation serait légale à condition qu'elle soit « vo-

trouver certains pour le lui reprocher » (*supra* note 1 à la p 108). Voir l'analyse du jugement *Lussier c Centre d'hébergement Champlain* de Deschamps, *supra* note 147 aux pp 106–07. Notons toutefois que cela ne sera plus nécessairement vrai advenant l'adoption du projet de loi 18 qui prévoit l'insertion de l'article suivant dans les dispositions relatives au mandat de protection : « Afin d'assurer le bien-être moral et matériel du mandant, le mandataire tient compte de la condition de celui-ci, de ses besoins et de ses facultés, et des autres circonstances dans lesquelles il se trouve. Dans la mesure du possible, il doit maintenir une relation personnelle avec le mandant, le faire participer aux décisions prises à son sujet et l'en tenir informé » (*supra* note 4, art 84).

²²¹ Voir Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 124.

²²² Voir *ibid.*

²²³ Voir *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42, art 13(4).

²²⁴ Voir Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 221, n° 124–25.

²²⁵ Voir *ibid.*, n° 124.

lontaine [...] [et] formulée en termes clairs, précis et explicites [...] en mentionnant expressément le droit garanti par la *Charte* qui est visé »²²⁶.

Par contre, qu'en est-il des renonciations générales à l'exercice d'un droit ? Dans la mesure où elle est libre et éclairée, la renonciation *générale* par contrat unilatéral à l'exercice de son droit à l'autonomie tel que le permet l'aptitude (résiduelle) d'une personne est-elle contraire à l'ordre public²²⁷ ? La réponse à cette question devrait-elle varier en fonction du caractère implicite ou explicite de la renonciation au droit fondamental ? Dans un autre ordre d'idée, est-ce que parler de renonciation à l'exercice de son droit à l'autonomie est tout simplement erroné ? En effet, ne peut-on pas dire qu'*exercer* son *droit* à l'autonomie peut *aussi* signifier de choisir de renoncer à prendre des décisions au quotidien pour subvenir à ses besoins et à déterminer le cadre dans lequel on souhaite évoluer²²⁸ ? Ces questions vont au-delà du cadre d'analyse de ce texte, mais elles méritent d'être explorées afin d'évaluer la conformité des clauses de préséance avec l'ordre public.

²²⁶ Voir *Syndicat Northcrest c Amselem*, 2004 CSC 47 au para 100 tel que cité dans Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 221, n° 124.

²²⁷ L'état du droit sur la question semble incertain. « Le législateur, dans des textes formels, a prévu qu'une personne puisse, dans certaines circonstances, renoncer d'avance à un droit ou une liberté. De plus, en dehors de ces cas particuliers, quelques arrêts de la Cour suprême, cités il y a un instant, admettent qu'une renonciation contractuelle à un droit ou une liberté puisse être valide, quoique à des conditions strictes, protégeant le consentement. La jurisprudence semble donc accepter qu'il est possible de renoncer à un droit ou une liberté même en dehors des cas prévus par la loi. On se dirige ainsi vers une renonciation générale quoique à des conditions strictes » (Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 221, n° 125).

²²⁸ Popovici critique la position de la Cour suprême dans l'arrêt *Amselem*. Il remet en question le fait que la Cour suprême ait traité de la possibilité de renoncer à l'exercice d'un droit civil par convention. À son avis, il est inexact de parler ici de renonciation : « *Amselem* : Là, il n'y avait pas eu consentement à ce qu'une atteinte soit portée à la liberté de religion, car le contrat n'était ni explicite ni spécifique. Exercer sa liberté de religion, c'est construire une souccah. *Exercer le droit* à la liberté de religion, c'est *aussi* renoncer à construire une souccah; de la même façon que, en tant que juif, je peux par clause contractuelle renoncer à prendre congé le samedi : je ne fais qu'*exercer* mon droit, mon droit de la personnalité, en consentant à une telle clause » (*La renonciation à un droit de la personnalité, Colloque du trentenaire 1975-2005*, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2005, 99 à la p 107).

V. SYNTHÈSE

Ce texte a mis en évidence que l'homologation du mandat de protection en cas d'inaptitude partielle du mandant est une question complexe, fortement débattue et qui conserve des zones d'incertitudes. Plus précisément, nous avons proposé d'articuler le débat sur l'homologation du mandat en cas d'inaptitude partielle autour de trois controverses provoquées par les réponses fondamentalement différentes que les juristes donnent aux trois questions suivantes: (1) la décision *LP* rendue par la Cour d'appel en 2009 a-t-elle eu pour effet de proscrire l'homologation de tout mandat de protection conférant les pouvoirs de la pleine administration en cas d'inaptitude partielle du mandant ?; (2) l'homologation d'un mandat de protection conférant les pouvoirs de la pleine administration, lorsque le mandant est inapte partiellement et ne s'y oppose pas, limite-t-elle ou respecte-t-elle l'autonomie résiduelle du majeur ?; (3) l'homologation d'un mandat de protection a-t-elle pour effet de limiter la capacité d'exercice du mandant ? Le cas échéant, est-ce que les clauses de préséance consignait la volonté d'une personne de voir son mandat de protection homologué même s'il conserve une aptitude partielle contreviennent à l'ordre public ?

Concernant la première controverse, nous avons fait valoir que l'analyse offerte par le juge Robert dans *LP*, par son libellé, sa structure et la doctrine citée, a permis au cours des dix dernières années aux membres du tribunal d'adopter – consciemment ou non – une interprétation « libérale » ou « restrictive » de l'arrêt, dépendamment des valeurs qu'ils priorisent en tant qu'individu. Il a résulté de cette situation une pesante incertitude pour les justiciables qui, à la lumière de l'analyse jurisprudentielle que nous avons faite, n'avaient jusqu'à tout récemment vraisemblablement aucun moyen de savoir à l'avance à quoi s'attendre du tribunal lorsque venait le temps d'homologuer leur mandat de protection. Nous avons aussi indiqué que cette situation d'incertitude a possiblement miné la confiance des justiciables dans le système de justice. Enfin, nous avons souligné que la Cour d'appel du Québec a rendu en mai 2019 un arrêt prônant une lecture libérale de *LP*²²⁹ qui est cohérente avec les amendements du projet de loi 18. La convergence entre la position de la cour et du législateur est susceptible d'offrir désormais aux justiciables un cadre juridique plus clair, cohérent et moins susceptible de mener à des jugements contradictoires. Relativement à la deuxième controverse, nous avons tout d'abord mis en évidence comment, dans des affaires similaires où l'on demande l'homologation d'un mandat de protection, greffiers et juges ne s'entendent pas sur ce qui est

²²⁹ *HP QCCA*, *supra* note 16.

respectueux du principe de sauvegarde de l'autonomie du mandant conservant une aptitude résiduelle. Ensuite, nous avons émis l'hypothèse que cette incohérence interprétative est due au fait que les décideurs priorisent différentes dimensions temporelles de l'autonomie du mandant dans leur jugement. Nous avons également fait valoir comment la dimension temporelle de l'autonomie privilégiée par le décideur concorde généralement avec l'interprétation libérale ou restrictive de *LP* à laquelle il adhère. Ceux qui adhèrent à une lecture libérale de *LP* tendent à accorder une importance prédominante à la protection de l'autonomie résiduelle du mandant telle qu'elle se manifeste dans le présent, c'est-à-dire lors de l'audience. Ceux qui adhèrent à une lecture restrictive de *LP* tendent à prioriser le respect de l'autonomie résiduelle du mandant dans le futur, c'est-à-dire une fois que le mandat sera homologué. Nous avons mis en évidence que la décision *HP* de la Cour d'appel du Québec met de l'avant une approche « mitoyenne », qui cherche l'atteinte d'un équilibre dans la sauvegarde de l'autonomie résiduelle présente et future du mandant. Elle refuse ainsi de sacrifier complètement l'une ou l'autre des dimensions temporelles de l'autonomie résiduelle du mandant. Cette approche en apparence souhaitable risque toutefois de placer certains mandants dans une position de vulnérabilité accrue. Enfin, nous avons souligné que l'introduction de la notion de temporalité dans le débat sur le respect de l'autonomie résiduelle du mandant et de son droit à s'autodéterminer permettrait de mieux comprendre comment des juges peuvent se réclamer du même principe en rendant des jugements contradictoires sur des faits pourtant similaires.

En ce qui a trait à la troisième controverse, nous avons fait valoir qu'il existe un débat doctrinal sur l'effet juridique de l'homologation d'un mandat de protection sur la capacité du mandant et que, à ce débat, est intrinsèquement lié un débat jurisprudentiel sur la légalité des clauses de préséance. Tout d'abord, nous avons mis en évidence que le projet de loi 18 tranche en grande partie le débat doctrinal sur la capacité d'exercice des droits civils du mandant en faveur du courant majoritaire. Le législateur y confirme que l'homologation du mandat de protection réduit la capacité d'exercice des droits civils du mandant. Ensuite, nous avons expliqué comment la prise de position de la Cour d'appel en 2009 relativement à l'effet juridique de l'homologation est intrinsèquement liée au récent débat sur la légalité de clause de préséance. Enfin, nous avons argué que, puisque le projet de loi 18 nous pousse à continuer de traiter le mandat de protection comme une institution hybride dont l'homologation limite la capacité du mandant, il est légitime de se questionner sur la légalité des clauses de préséance eu égard à l'ordre public. Nous avons exprimé des réserves quant aux arguments soumis jusqu'à maintenant pour déclarer ces clauses contraires à l'ordre public

et avons suggéré que l'évaluation de leur légalité devrait se faire du point de vue de la renonciation générale du droit fondamental à l'autonomie.

En guise de conclusion, nous tenons à souligner qu'il sera intéressant d'observer comment ces controverses évolueront à la lumière de la récente décision de la Cour d'appel dans *Curateur public du Québec c. H.P.* et du projet de loi 18 adopté à l'Assemblée nationale le 2 juin 2020²³⁰. Comme souligné tout au long de ce texte, ce dernier entraînera des changements majeurs eu égard au mandat de protection. En plus de préciser explicitement l'effet juridique de l'homologation du mandat sur la capacité d'exercice du mandant²³¹, il prévoit l'insertion d'une clause indiquant que « toute décision qui concerne l'homologation [italique ajouté] » doit être prise non seulement dans l'intérêt du mandant, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie comme c'est le cas pour les régimes de protection en vertu de l'article 257 CcQ, mais également « en tenant compte de ses volontés et de ses préférences [italique ajouté] »²³². À première vue, le fait que le législateur spécifie explicitement que les décideurs devront tenir compte, au moment de l'homologation, des volontés et des préférences du mandant confirme, tel que la Cour d'appel l'a établi dans *HP*, que la lecture libérale de *LP* devra primer dans les années à venir. En effet, le libellé semble encourager les décideurs à prioriser l'autonomie résiduelle et la capacité du mandant à s'autodéterminer telles qu'elles s'expriment au moment de l'homologation plutôt que telles qu'elles pourront s'exprimer dans le futur, à la suite de l'homologation du mandat. De plus, le projet de loi prévoit l'inclusion d'un article inédit indiquant qu'afin « d'assurer le bien-être moral et matériel du mandant », le mandataire doit tenir compte de ses facultés et, dans la mesure du possible, maintenir une relation personnelle avec lui tout en le faisant participer aux décisions prises à son sujet²³³. Un tel article vient-il, dans les faits, limiter davantage les pouvoirs conférés au mandataire que ne le font les clauses de consultation insérées dans certains mandats de protection²³⁴ ? Le cas échéant – cela signifie-t-il qu'il sera désormais erroné d'affirmer

²³⁰ *HP QCCA*, *supra* note 16; Projet de loi 18, *supra* note 4.

²³¹ Voir projet de loi 18, *supra* note 4, art 5.

²³² *Ibid*, art 84.

²³³ *Ibid*.

²³⁴ Rappelons que les clauses de consultation prévoient habituellement explicitement que les pouvoirs de pleine administration du mandataire ne sont aucunement limités par le devoir de consultation du mandant. Voir par ex *MJ*, *supra* note 58 au para 55; *BH*, *supra* note 16 au para 36.

que, une fois le mandat conférant les pouvoirs de la pleine administration homologué, le mandant est « asservi [...] aux décisions de son mandataire, dans tous les aspects de la conduite de sa vie, sous réserve des atténuations que prévoit la loi en matière de soins de santé »²³⁵ ? Si tel est le cas, il sera raisonnable de se demander s'il est toujours juste d'affirmer que consentir à l'homologation de son mandat de protection en cas d'incapacité partielle revient à une renonciation générale implicite de l'exercice de son droit à l'autonomie.

²³⁵ Fabien, « Institution à parfaire », *supra* note 2 à la p 428.