

Les Cahiers de droit



Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur la famille - 2^e partie

Mireille D. Castelli

Volume 17, Number 3, 1976

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042119ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042119ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Castelli, M. D. (1976). Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur la famille - 2^e partie. *Les Cahiers de droit*, 17(3), 577–591. <https://doi.org/10.7202/042119ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1976

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur la famille — 2^e partie

Mireille D. CASTELLI *

	Page
I - L'autorité parentale	578
II - Les incapacités	580
III - La tutelle et la curatelle	583
IV - La curatelle publique	588
V - L'absence	590

Dans la 2^e partie du *Rapport sur la famille*¹, l'Office de révision du Code civil a rassemblé tout ce qui concerne la protection des personnes et des biens comprise dans un sens large, qu'il s'agisse des enfants, des majeurs ou des absents. Ce rapport traite en effet non seulement des techniques de protection des incapables (tutelle et curatelle) mais également de l'autorité parentale. Il traite encore de l'incapacité des mineurs et des majeurs incapables, en plus des mécanismes prévus pour y pallier, présentant ainsi une image globale des remèdes et des causes.

Présentés dans le même rapport, ces éléments sont ainsi guidés par les mêmes principes. Ceci est d'autant plus important que les modifications apportées sont grandes.

Le rapport commence par un sous-titre traitant de l'autorité parentale, sous-titre qui constitue la dernière subdivision du titre sur la famille — titre qui a fait l'objet du *Rapport sur la famille — 1^{re} partie* —. Le sous-titre fait ainsi la transition entre la filiation et la protection des incapables au sens étroit; ce sous-titre est suivi du titre II, lequel est divisé en deux sous-titres très inégaux: un premier traitant de la majorité et de la minorité, l'autre, beaucoup plus important, intitulé « des personnes protégées » et qui régleme les incapacités et les mécanismes mis en place pour assurer la protection des incapables.

* Docteur en droit, professeur à l'Université Laval.

1. Office de révision du Code civil, Montréal 1975.

Les principales annexes concernent les règles de procédure des tutelles et de l'absence, les autres indiquent la corrélation des articles de projet et du droit actuel et les articles des codes et lois actuels dont l'abrogation est proposée.

I - L'autorité parentale

Dans la partie concernant l'autorité parentale, les bouleversements sont nombreux : tout d'abord, souligné par le titre lui-même, il faut noter la disparition de la puissance paternelle qui est désormais remplacée par l'autorité parentale. Ceci ne constitue pas une simple modification des termes mais traduit deux profondes modifications : l'une au niveau des titulaires de cette autorité, et l'autre au niveau de la conception même de leur rôle.

Tout d'abord, s'il est désormais question d'autorité *parentale*, c'est parce que le projet propose une égalité absolue des parents dans l'exercice de cette autorité : il n'y aura plus désormais de prépondérance au profit de l'un ou de l'autre — sauf décision judiciaire accordant cette autorité à l'un d'eux — ; les deux parents devront agir d'un commun accord même pendant le mariage. Aussi, pour rendre ce principe applicable dans les faits sans entraîner une impossibilité quasi totale d'agir, le comité a prévu — malgré les abus qui pourront être commis dans les faits — une présomption d'accord entre les parents à l'égard des tiers de bonne foi quand un des parents agit seul et, en cas de désaccord entre les deux parents, la possibilité pour les parents de recourir au tribunal pour trancher la question. S'il est indispensable de prévoir une telle échappatoire, on voit cependant combien il sera utile qu'existe alors un tribunal spécialisé pour toutes les questions relatives à la famille.

Non seulement une modification essentielle est donc prévue au niveau des détenteurs de cette autorité, modification qui fera disparaître l'un des derniers déséquilibres entre époux pendant le mariage, mais une modification non moins primordiale est apportée à la conception même de cette autorité : il ne s'agit plus en effet d'une puissance, mais d'une simple autorité, de devoirs plus que de droits. Cet aspect est souligné dans les textes de présentation : « Cette autorité est attribuée aux parents pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations envers l'enfant » (art. 4) ; « les parents ont à l'égard de leur enfant, droit et *devoir* [...] » (art. 5). Ce changement de conception ne se limite cependant pas à l'insertion de quelques termes à simple portée philosophique. Il se traduit très concrètement par la possibilité de déchoir les parents de cette autorité. Certes, la déchéance prévue est

— conformément à la philosophie de tous ces textes — faite dans un but de protection de l'enfant ; il n'en demeure pas moins cependant qu'elle constitue une sanction ultime des cas d'abus et de négligence envers l'enfant.

Cette recherche de l'intérêt de l'enfant se retrouve dans la réglementation de la déchéance. Ainsi la déchéance fait perdre au parent déchu ses droits, mais ne le libère pas de ses devoirs à l'égard de l'enfant. De même, elle présente l'avantage indéniable de permettre à l'enfant de trouver un nouveau foyer et d'être adopté².

Enfin, la déchéance n'est pas obligatoirement totale ou définitive : elle peut être « partielle », et l'on parle alors de retrait ; les droits retirés au parent peuvent lui être restitués sur sa demande s'il le justifie par des circonstances nouvelles. On ne peut que souscrire à une telle souplesse qui présente l'avantage de préserver au maximum le droit des parents et l'intérêt de l'enfant, tout en permettant au juge d'intervenir sans l'hésitation qui pourrait résulter de l'obligation de prendre des mesures disproportionnées aux torts des parents, ou qui auraient un caractère irréversible.

Ainsi l'enfant peut être protégé contre les travers de ses parents, tout en évitant le choc causé par une rupture lorsque les torts des parents sont mineurs (si, par exemple, ils s'occupent mal des biens de leurs enfants), tout comme, en cas d'amélioration de la part des parents, il pourra retourner chez eux s'il n'a pas encore trouvé de foyer. Tout dans cette réglementation a pour but la protection et l'intérêt de l'enfant, qu'il s'agisse des mesures pouvant être prises à cette fin pendant l'instance elle-même s'il en est besoin, des personnes à qui la garde doit être confiée, ou de l'aide prévue pour l'enfant et sa famille.

Pour ce qui a trait au contenu de l'autorité parentale, le comité a beaucoup moins innové. Tout au plus peut-on noter la disparition — inexplicable et inexpliquée — du droit de correction, lequel semble pourtant la corrélation indispensable du devoir d'éducation et de la responsabilité que celui-ci fait courir aux père et mère. Des précisions relatives aux soins médicaux de l'enfant sont également apportées : les titulaires de l'autorité parentale sont ceux qui donnent le consentement pour l'enfant de moins de 14 ans et qui permettent des soins médicaux malgré l'opposition de l'enfant si ce dernier a moins de 16 ans. On voit donc que le mineur âgé de plus de 14 ans pourrait se faire donner des soins sans en informer ses parents. Ceux-ci cependant pourraient lui *imposer* de tels soins dès lors qu'il aurait moins de 16

2. Cf. *Rapport sur la famille*, 1^{re} partie, art. 146.

ans, et il convient de noter que l'enfant serait dépourvu de tout recours contre la volonté de ses parents, quand bien même ces soins seraient inutiles ou peu utiles. Une telle solution — sauf cas d'urgence — cadre mal avec l'idée de respect de la personne de l'enfant.

Les textes relatifs à ce sujet ont cependant été placés dans une autre partie du rapport : celle traitant de la capacité du mineur. Cependant, si certains de ces textes sont relatifs à cette incapacité, d'autres sont reliés à l'autorité parentale.

Enfin, si les parents ont droit (et devoir) de nourrir, entretenir, éduquer, garder et représenter leur enfant dans la vie civile, un problème n'est pas élucidé par les textes qui ont trait au devoir d'éducation : les parents sont-ils ou non tenus de fournir à leurs enfants ayant une capacité intellectuelle suffisante une formation universitaire après leur majorité et, si oui, selon quels critères ? Cette question qui risque de devenir aiguë à notre époque est encore sans réponse dans le droit actuel³. Les textes du rapport ne permettent pas de trancher la question avec plus de certitude que le droit actuel : en effet, si l'on fait peser sur les parents le devoir d'éducation (art. 5), leur autorité s'arrête à la majorité de l'enfant (art. 3); si le devoir d'éducation est un des éléments de cette dernière, il s'arrêterait par conséquent à la majorité, sans être toujours achevé. Une telle interprétation permettrait alors aux enfants d'époux divorcés d'être dans une situation plus favorable que les autres enfants par le biais de la loi du divorce⁴.

Sans doute le comité a-t-il estimé qu'il s'agissait d'un problème difficile à trancher dans des textes généraux et qu'il était préférable de le laisser résoudre par la jurisprudence, plus apte à introduire des nuances souhaitables.

II - Les Incapacités

Le reste du rapport (Livre II) a trait aux questions de capacité et de protection des incapables. Il commence donc par traiter dans un chapitre I de la majorité et de la minorité. Il fixe l'âge de la majorité et établit que la minorité cesse non seulement à la majorité mais

3. *Fournier v. Ducharme*, [1973] C.A. 394; cf. E. DELEURY, M. RIVET et J.-M. NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale, une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 C. de D. 779, p. 836.

4. *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970 ch. D-8, effet conjugué des art. 2b et 11; cf. par ex., *Jackson v. Jackson*, [1973] R.C.S. 205; *Villeneuve v. Adams*, C.S. Trois-Rivières, n° 7676D, 4 août 1975.

également au mariage autorisé par le tribunal. Ainsi l'effet du mariage d'un mineur — rendu beaucoup plus difficile qu'actuellement — entraîne non plus l'émancipation, qui est supprimée dans le rapport, mais la pleine majorité.

Rien n'est dit de la capacité du majeur. Bien qu'il s'agisse d'un truisme, il serait bon pourtant d'énoncer le principe selon lequel tout majeur est réputé capable de donner un consentement valable jusqu'à preuve du contraire. Ici devraient aussi prendre place l'exception, c'est-à-dire le fait qu'un majeur peut dans certains cas être incapable, ainsi que le type d'incapacité qui le frappe alors et les effets de la mise en tutelle ou en curatelle (les incapacités qui en résultent et leur sanction). Ainsi seraient réunies les grandes règles concernant la majorité et une présentation similaire à celle de la minorité serait suivie.

Le chapitre II traite de la minorité. Le comité énonce dans les deux premiers articles de ce chapitre le principe de la capacité du mineur doué de discernement, sauf cas de lésion. Les textes refléteraient ainsi enfin la réalité du droit.

Ce chapitre, qui traite de la capacité du mineur, contient certaines modifications importantes : l'unification des sanctions des actes passés par le mineur — tous étant désormais sanctionnés par la rescision pour lésion —, l'extension de la pleine capacité à tout mineur qui travaille pour l'exercice de sa profession, son commerce ou emploi, et la suppression de l'émancipation.

En dehors de l'incapacité générale de se léser, le rapport accorde au mineur certaines capacités exceptionnelles et prévoit certaines incapacités plus graves qui seraient de droit nouveau. Ainsi le mineur autorisé à se marier aurait pour les fins de son contrat de mariage la capacité d'un majeur. Il pourrait, s'il est âgé de plus de 16 ans, tester seul par acte notarié portant minute, et consentir seul, s'il a plus de 14 ans, aux soins requis par son état. Enfin le mineur doué de raison pourrait exercer lui-même avec autorisation du juge une action relative à son état.

Relativement à la possibilité de tester du mineur de plus de 16 ans, si la limitation au testament notarié semble un excellent compromis lui permettant de bénéficier des conseils d'une personne avertie, il semblerait prudent d'interdire la présence de tout membre de la famille du mineur pour éviter une influence sur ce dernier.

Quant au fait pour le mineur autorisé à se marier de pouvoir passer seul son contrat de mariage, nous ne pouvons partager l'avis du comité selon lequel, « comme le mariage met fin à la minorité, il est logique que le mineur puisse passer seul son contrat de mariage une

fois qu'il a été autorisé à se marier »⁵. Il convient de souligner qu'avant le mariage — et le contrat de mariage est nécessairement passé *avant*, même si ses effets sont suspendus à l'événement du mariage — le futur époux est en état de minorité (ce que le comité a très bien vu). Nous comprenons mal pourquoi on a entendu le faire profiter de sa future capacité avant la lettre, lui laissant peut-être toute liberté d'organiser son ménage, mais le laissant surtout avec toute son inexpérience souscrire sans aucune mesure de protection un des contrats les plus importants de sa vie, contrat dont le plus souvent il sera bien loin de mesurer l'importance. Ce ne sont pas les quelques difficultés soulevées par la sanction de cette protection qui doivent entrer en ligne de compte pour militer en faveur de sa suppression⁶.

Si l'on ne peut qu'approuver la possibilité accordée au mineur d'intenter seul une action d'état avec l'autorisation du juge, on ne peut — de même et pour les mêmes raisons — que regretter qu'une telle mesure ne soit pas généralisée et prévue pour tous les incapables (notamment les majeurs protégés, si c'est bien leur protection qu'on recherche).

Relativement à la sanction des actes passés par le mineur seul et qui ne lui sont pas interdits, le comité a retenu une prescription de trois ans à compter de la passation de l'acte: ce délai correspond à celui retenu par le comité du droit de la prescription et diffère de celui retenu par le comité du droit des obligations, lequel recommande une prescription d'un an à compter de l'exécution de l'acte. Le point de départ retenu par ce dernier comité présente l'avantage incontestable de courir à partir du moment où la personne protégée peut mesurer pleinement la portée du contrat qu'elle a souscrit. Il a comme inconvénient, dans le cas d'un mineur — et plus généralement d'un incapable —, sa brièveté.

À propos de cette question, un autre problème surgit: celui de savoir si la prescription courra ou non contre le mineur. Le comité des obligations estime qu'elle doit être suspendue, contrairement au comité de la prescription. Le comité du droit des personnes et de la famille ne se prononce pas. Il nous semble que la solution la plus équitable est de prévoir la suspension de la prescription pendant la minorité, surtout si l'on prend pour point de départ la passation du contrat, le mineur risquant en effet, par crainte envers celui qui pourrait agir en son nom (tuteur), de dissimuler l'existence de cet acte dont le cocontractant exigerait l'exécution, une fois le délai écoulé, ce qui laisserait le mineur sans recours ni protection.

5. *Rapport, précité*, p. 82.

6. *Ibid.*

III - La tutelle et la curatelle

Le sous-titre II contient sous le titre « des personnes protégées » les règles des mécanismes de protection : tutelle et curatelle.

Ces règles, le comité s'est efforcé de les unifier dans la mesure du possible, non seulement dans les faits mais également dans la présentation même des textes. C'est ainsi que, dans un premier chapitre, sont réunies les « dispositions générales » qui, mis à part les modes de détermination des tuteurs et curateurs, réunissent les règles de la tutelle. Seules y manquent les « mesures de surveillance » qui, quoique s'appliquant elles aussi à l'ensemble des tutelles, se trouvent curieusement dans le dernier chapitre du rapport.

Dans les règles générales on retrouve tout d'abord une définition de la tutelle qui met l'accent sur le but de protection de cette institution. Un oubli est cependant fait dans cet article : on parle de la protection de la personne ou des biens d'un mineur, ou d'un majeur, oubliant le cas de l'enfant conçu et non encore né. Ce cas n'est cependant pas oublié totalement puisqu'il est présenté comme un cas particulier de la tutelle légale des père et mère.

Le rapport consacre de grands principes, tel celui du caractère personnel de la charge, tout comme il entérine la solution approuvée par la doctrine récente d'admettre les aubains à la charge de tuteur (p. 104). Mais il écarte certains principes déjà mis de côté par la pratique ou qui peuvent se révéler une gêne. Ainsi met-il fin (sauf pour les père et mère) au principe de la gratuité de la tutelle (p. 106), de son caractère obligatoire (sauf pour les tutelles légales) et du caractère immuable du domicile de la tutelle (p. 112). Il précise de plus à quel endroit sera fixé ce domicile s'il y a une tutelle à la personne distincte de la tutelle aux biens : ce sera au domicile du tuteur à la personne. Ainsi se trouvera tranchée la discussion relative à la détermination du domicile et à son rattachement à la garde du mineur ou à l'exercice de ses droits civils⁷.

Pour éviter à la personne protégée — principalement dans le cas d'un mineur — d'avoir des relations personnelles difficiles, le rapport prévoit que la personne mariée ne pourrait être tutrice qu'avec le consentement de son conjoint. Cette mesure de prudence, excellente, témoigne de la volonté nouvelle de transférer le centre d'intérêt dans

7. Rattachement du domicile à la garde de l'enfant : TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, p. 248 ; J. PINEAU, *La famille*, P.U.M. 1972, p. 194 ; *Keane v. Pembroke Lumber Co. Ltd.*, 27 R.P. 55 ; *Contra*, MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, p. 237 ; *Dumulong v. Claing*, [1969] R.P. 274.

ce domaine des biens à la personne. Dans le même esprit, il est maintenant possible que deux époux soient nommés aux fonctions de tuteur: ceci permet de répondre « au désir souvent exprimé par les testateurs que tel ou tel ménage de la famille puisse être « les tuteurs » de leurs enfants »⁸.

Relativement aux « personnes » qui peuvent être nommées tuteurs, il convient de noter la possibilité de déférer la tutelle aux biens à un organisme spécialisé dans la gestion des biens d'autrui. La pluralité de tuteurs est possible, auquel cas chacun est indépendant dans l'exercice de ses fonctions. De même, en cas de conflit d'intérêt entre le tuteur et la personne qu'il représente, un tuteur *ad hoc* est nommé (lequel peut d'ailleurs être le curateur public).

Si le principe demeure que le tuteur doit lui-même s'acquitter de sa charge et que, comme actuellement, il ne peut donner mandat général à un tiers, le rapport propose cependant que le tuteur à la personne et aux biens puisse donner mandat général à un organisme spécialisé dans la gestion du bien d'autrui. L'acceptation des tutelles sera ainsi très certainement facilitée.

Au niveau des pouvoirs du tuteur, une modification capitale est apportée: le tuteur aurait les pouvoirs d'un fiduciaire sous réserve des règles relatives au placement des biens d'autrui et à la surveillance du curateur public. Ce qui, en termes explicites, signifie qu'il pourrait disposer des biens à titre onéreux ou les grever s'il l'estimait nécessaire ou utile dans l'intérêt de la personne protégée. La sanction du mauvais usage de ses pouvoirs consisterait alors simplement à l'engagement de sa responsabilité.

Sauf l'interdiction de la donation des biens de la personne protégée et la limitation pour une succession échue à cette personne à la possibilité d'y renoncer ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire — pour lesquels aucune sanction n'est d'ailleurs indiquée — aucune distinction n'est plus faite entre les divers actes que peut passer le tuteur.

Le tuteur doit cependant obtenir un certificat d'évaluation du bien qu'il entend aliéner si ce bien a une valeur de \$5 000. ou plus (sauf pour les valeurs cotées et négociées à une bourse reconnue), certificat qu'il doit produire avec les états financiers. Cependant s'il négligeait de le faire, ceci resterait semble-t-il sans effet sur la validité de la transaction, la seule sanction semblant consister en la possibilité de destituer le tuteur. Cependant entre temps, les biens de l'incapable sont entièrement livrés à sa discrétion — sauf engagement de sa

8. Rapport, p. 114.

responsabilité, laquelle peut offrir un recours bien illusoire ou bien faible dans certains cas si l'on n'exige pas une garantie suffisante de la part du tuteur.

Disparaissent donc toutes les formalités et complications des autorisations du juge sur avis du conseil de famille — ce qui constitue un allègement appréciable pour l'administration de la tutelle. Disparaît aussi le subrogé tuteur dont le rôle de surveillance était absolument illusoire dans les faits. Les inconvénients de la liberté accordée au tuteur sont limités par le contrôle auquel il est soumis auprès du curateur public, contrôle qui sera sérieux et efficace. Ce contrôle fait l'objet du dernier chapitre du rapport mais nous en tracerons les grandes lignes ici pour présenter une image globale de la marche de la tutelle.

Le tuteur doit faire inventaire et en remettre copie au curateur public, tout comme il doit lui remettre des états financiers annuels et remettre une copie de la reddition de compte final — qui doit être faite dans les 30 jours. Pour s'assurer que le tuteur ne puisse échapper au contrôle du curateur public, « celui qui a conclu une transaction avec une personne sous tutelle ou avec son tuteur doit sans délai en aviser le curateur public », lequel peut alors intervenir pour protéger les intérêts de l'incapable. Il en est de même des décisions judiciaires, qui doivent être communiquées au curateur public. Enfin, pour remettre une somme à un incapable ou à son tuteur — sauf les revenus du travail de l'incapable —, il faut une autorisation préalable du curateur, qui va exiger garantie du tuteur avant de l'autoriser à être mis en possession d'un bien payable à l'incapable, sauf s'il s'agit d'une faible somme. Ces mesures ont l'avantage d'éviter les fraudes auxquelles voudrait se livrer le tuteur. La protection de l'incapable est organisée de manière à alléger le fardeau du tuteur et les mécanismes nécessités, mais par contre, elle fait peser un poids très lourd sur le cocontractant, lequel encourt une amende de \$50 à \$5 000.

Enfin le tuteur, comme dans le droit actuel, agit en justice pour l'incapable. Il est cependant certaines actions dont il ne devrait pouvoir avoir l'initiative: sauf le cas de recherche de la filiation du mineur dont il est tuteur, toute action d'état devrait être subordonnée à une initiative de l'incapable (initiative prise évidemment dans un moment de lucidité dans le cas d'un majeur incapable).

Telles sont donc les règles générales de la tutelle, qui ont été considérablement allégées tout en semblant présenter suffisamment de garantie. Une des principales sources de cette garantie fait cependant naître des obligations fort critiquables à la charge des tiers cocontractants ou débiteurs, lesquels de plus n'en connaîtront pas forcément l'existence.

Une modification essentielle concerne le mode de détermination du tuteur du mineur : désormais la tutelle pourrait être légale au profit — ou plutôt à la charge — des père et mère, testamentaire au décès des deux parents, ou dative.

Il convient ici de noter que les père et mère seraient obligatoirement tuteurs à la personne et aux biens de leur enfant et qu'ils ne pourraient donc se décharger de la tutelle aux biens même s'ils se sentaient totalement incapables de remplir cette charge — ce qui n'est pas semble-t-il une solution souhaitable. Pourquoi attendre d'être obligé de les déchoir de cette tutelle aux biens alors qu'ils auraient peut-être souhaité la refuser, connaissant leur inaptitude?

Les deux parents sont tuteurs et en cas de désaccord ils devront s'adresser au juge.

Pour ce qui est de la tutelle testamentaire, elle n'est pas obligatoire, pas plus que la tutelle dative, et dans un cas comme dans l'autre le tuteur peut demander en tout temps à être relevé de sa charge.

La procédure concernant la nomination d'une tutelle dative est, elle aussi, considérablement simplifiée : plus de conseil de famille. La requête en nomination d'un tuteur ou curateur est simplement signifiée aux proches parents de la personne protégée (ou à protéger), au curateur public et à la personne proposée comme tuteur et à son conjoint. Ces personnes pourront ainsi faire part de leur avis mais il n'y aura plus la formalité obligatoire de la réunion du conseil de famille (p. 262). Le juge n'est d'ailleurs pas obligé de nommer la personne qui lui est proposée (p. 264).

Les règles sont les mêmes pour le choix du tuteur d'un majeur incapable.

Dans la partie consacrée à la protection du majeur incapable se trouvent réunies non seulement les mesures de protection traditionnelles mais également les dispositions sur la curatelle publique concernant les majeurs ayant besoin d'être représentés.

La principale modification concerne les causes susceptibles d'entraîner l'ouverture d'un régime de protection : tout d'abord, l'on parle de « facultés mentales altérées », ce qui est beaucoup plus souple et bien préférable aux termes actuellement utilisés et médicalement dépassés de « imbecilité, démence, fureur ». Sont supprimées les causes de prodigalité, ivrognerie, narcomanie : celles-ci se trouveront automatiquement incluses dans « facultés mentales affaiblies » lorsqu'elles se révéleront suffisamment graves pour motiver une interdiction faite dans l'intérêt de la personne visée. Ceci évite des lourdeurs de texte inutiles ; en effet, l'utilisation de ces causes dans le seul but de protéger

le patrimoine de la personne concernée dans l'intérêt des tiers est en opposition avec la philosophie du nouveau régime de protection et si l'on veut utiliser ces motifs dans l'intérêt de la personne, ils se trouvent couverts par la notion très large de l'affaiblissement des facultés mentales.

Il est cependant dommage qu'un lien plus étroit ne soit pas marqué par le texte avec la notion de santé d'esprit dégagée par la jurisprudence à propos de l'existence du consentement, notion qui est très exigeante⁹.

Mais une innovation beaucoup plus importante est proposée : c'est la possibilité de mettre sous tutelle la personne incapable d'exprimer sa volonté pour des raisons d'ordre physique. On ne peut que féliciter le comité d'avoir pensé à ces situations qui à l'heure actuelle sont sans solution. L'extension de ces motifs ne pourrait qu'être approuvée si n'était attachée à la mise en tutelle l'impossibilité pour une telle personne de se marier. Cette interdiction, déjà critiquable quand elle touche un malade mental, devient absolument inacceptable à l'endroit d'une personne dont seule la possibilité de s'exprimer est entravée pour des raisons d'ordre physique.

Ces motifs peuvent donner ouverture à la mise en tutelle si la personne est incapable d'agir par elle-même ou à la mise en curatelle si, pouvant agir par elle-même, elle a besoin d'être assistée. On peut souligner ici l'unification de la terminologie désignant le régime de représentation de l'incapable.

L'organisation de la protection est donc très souple et le juge peut « panacher » les deux types de protection, soit en choisissant la mise en tutelle et en l'atténuant par la mise en curatelle à propos d'actes déterminés — ou l'inverse —. Cette souplesse ne peut qu'être approuvée.

Cependant, les sanctions prévues sont trop systématiques pour faire de la mise en tutelle un véritable régime de protection dans l'intérêt exclusif de la personne protégée. En effet, on prévoit comme sanction une nullité relative — et automatique — pour tout acte fait par la personne mise sous tutelle. Il est donc impossible de prouver l'existence d'un intervalle de lucidité au moment de la passation de l'acte concerné. Certes, toute l'organisation des régimes de protection a pour but de permettre à l'incapable d'échapper d'autant plus facilement aux actes juridiques qu'il a passés que son incapacité mentale est plus grave. Et dans cette mesure, la nullité relative et

9. Cf. *Baptist v. Baptist*, (1892) 23 R.C.S. 37; *Léger v. Poirier*, [1944] R.C.S. 152; *Mathieu v. St-Michel*, [1956] R.C.S. 477; *Thibodeau v. Thibodeau*, [1960] R.C.S. 285.

automatique est la plus protectrice. La sanction est donc bonne. Ce qui est critiquable, c'est que la présomption d'incapacité soit *irréfragable*.

Il ne faut pas oublier en effet que le plus souvent ce ne sera pas la personne protégée elle-même qui demandera la nullité de l'acte — puisqu'elle est incapable — mais son représentant ou ses héritiers, lesquels n'auront pas forcément pour but le respect de la volonté réelle de l'incapable et pourront fort bien demander la nullité d'un contrat ou d'un acte passé dans un intervalle de lucidité — ou de possibilité physique d'exprimer sa volonté. Si l'on entend réellement protéger la personne, le régime de protection doit être organisé de telle sorte que cette dernière puisse facilement faire annuler les actes qu'elle passe sans avoir pleine conscience de ce qu'elle fait — ou qu'elle puisse agir juridiquement, même s'il lui est impossible d'agir elle-même dans le cas de la personne physiquement malade — mais de telle sorte aussi qu'elle puisse valablement agir si elle peut exprimer sa volonté, pour le malade physique, ou si elle présente un intervalle de lucidité, pour le malade mental.

L'admission de la preuve de l'intervalle lucide, ou de la possibilité d'exprimer sa volonté pour le malade physique, ne semble pas présenter d'inconvénients comparables aux avantages procurés à ces personnes. De plus, on devrait permettre à l'incapable de faire lui-même, dans un intervalle lucide, certains actes qu'un tuteur ne peut ou ne devrait pouvoir faire lui-même — tels les actes concernant l'état des personnes, donations, testaments, en prévoyant un moyen de vérification préalable de l'état de la personne au moment de l'acte.

Ces critiques ne s'appliquent pas à la mise en curatelle puisque dans ce cas la personne agit par elle-même mais assistée, la sanction de cette incapacité étant la même que pour le mineur : la rescision par lésion, à laquelle est ajoutée dans ce cas une autre possibilité : la réduction.

Enfin, il faut noter l'extension du régime de protection aux actes antérieurs à la mise sous protection en cas de notoriété de la cause de la mise sous protection, puisqu'en bénéficieraient non seulement toutes personnes mises sous tutelle quelle que soit la cause de leur incapacité, mais aussi celles simplement mises sous curatelle.

IV - La curatelle publique

Enfin dans cette partie sont intégrés les textes de la curatelle publique, qui se rapporte à la protection du majeur, textes modifiés

pour être mis en accord avec les règles générales de la mise sous tutelle.

Cette curatelle est automatique dès lors qu'une attestation du directeur des services professionnels du centre hospitalier où le malade est traité — après recommandation écrite d'un psychiatre ou d'un spécialiste — est transmise au curateur public et que le malade n'est pas déjà pourvu d'un tuteur.

Il convient cependant de noter que cette curatelle publique ne constituerait pas simplement un mode de gestion efficace des biens du malade, mais entraînerait, d'après les textes du rapport, son incapacité. Dans cette mesure, on comprend l'hésitation du comité à admettre une telle possibilité qui rend une personne incapable sans l'intervention d'aucun contrôle judiciaire, solution qui est absolument inacceptable. Pourquoi ne pas concilier l'octroi automatique des pouvoirs d'administration du curateur public sur réception d'un tel certificat avec le maintien de la capacité juridique de ce malade ? En effet, le maintien de la capacité d'une personne est tout à fait conciliable avec l'administration des biens de cette personne par un tiers : il n'est qu'à voir le régime du mineur.

Ceci n'empêcherait pas que, dans les faits, l'annulation de l'acte passé par le malade serait dans un tel cas passablement facilitée au niveau de la preuve de son inaptitude physique et intellectuelle.

Bien que le comité ait pensé entériner simplement l'état actuel du droit, nous ne pouvons partager son avis : il aggrave la solution actuelle. En effet, la loi de la curatelle publique donne au curateur public des pouvoirs sur les biens du malade, et nulle part cette loi n'édicte que ceci entraîne l'incapacité du malade, pas plus d'ailleurs que tout autre texte. Les incapacités étant de droit étroit¹⁰, on ne peut donc actuellement prétendre que le malade est rendu alors incapable par l'octroi des pouvoirs au curateur public (sauf évidemment l'incapacité « naturelle » résultant de l'altération de ses facultés mentales mais qui ne peut se rapprocher de l'incapacité résultant de l'interdiction).

Si l'on tenait — pour une raison difficile à déceler — à lier pouvoir du curateur public et incapacité *juridique* du malade, il serait bon alors d'exiger du curateur qu'il présente une requête de mise en tutelle sur réception du rapport médical.

Dans ce chapitre, l'ordre de présentation est des plus critiquables : il débute en effet par la curatelle publique, qui doit cependant demeurer un mode « supplétif » d'administration des biens du malade,

10. SIROIS, *Tutelles et curatelles*, p. 389.

alors que les articles de principe concernant les causes et les effets des régimes de protection sont perdus au milieu du chapitre. Mieux vaudrait pourtant commencer par ces éléments essentiels.

V - L'absence

Enfin, le chapitre sur les majeurs protégés se termine — curieusement — par une section concernant les absents. Un chapitre indépendant aurait paru plus indiqué, l'absent n'étant pas un incapable et la seule chose qui est commune à ces deux types de majeurs étant l'administration de leurs biens par un tuteur.

La définition de l'absent contient une modification notable : l'absence n'est plus définie uniquement par l'incertitude concernant l'existence de la personne concernée ; la notion est étendue et englobe le cas où, même s'il n'y a pas d'incertitude sur l'existence, on ne sait où se trouve la personne ; donc ici, comme pour le majeur protégé, on a étendu la notion pour viser tous les cas où l'administration des biens par le propriétaire est rendue impossible.

L'absent est représenté par un tuteur (qui peut être le curateur public) et cette tutelle cesse, outre les causes déjà existantes de cessation de l'absence, par « le jugement déclaratif d'absence », lequel peut intervenir au bout de 7 ans d'absence. L'effet de ce jugement est « mitigé ». À partir de ce jugement, l'absent est « présumé décédé ». Son mariage prend fin, et par conséquent aussi son régime matrimonial. Ce jugement permet aux héritiers d'être envoyés en possession, situation équivalente à peu près à l'actuelle possession définitive. L'envoyé en possession des biens commence à prescrire contre l'absent du jour du jugement.

La réalité une fois connue, cependant, a prépondérance sur la présomption née du jugement et on rectifie les choses sur preuve du décès de l'absent, auquel cas sa succession s'ouvre au jour réel de son décès. De même, si l'absent revient, il retrouve ses biens dans l'état où ils se trouvent. Mais cet événement restera sans influence sur la rupture du mariage de l'absent.

Un certain illogisme existe relativement à la solution retenue à propos des droits et des successions qui échoient à un absent. Pour les premiers, on doit prouver l'existence de l'absent pour réclamer le droit en son nom. Pour les successions, l'absent hérite jusqu'au jugement déclaratif d'absence. Cette dernière solution est logique puisque ce jugement entraîne présomption de décès « à compter de ce jugement ». Mais la solution concernant les droits échus à un absent « cadre » mal avec l'ensemble du nouvel aménagement de l'absence.

En résumé, d'assez nombreux changements, une modification d'optique des régimes de protection très nette — et fort louable — mais qui n'a pas été poussée assez loin pour être logique et même équitable, ce qui introduit une distorsion si grave qu'elle rend certains aspects (et nous pensons au majeur, malade physique) inacceptables. De même, l'ordre de présentation des textes devrait être sensiblement amélioré pour être plus logique. L'ensemble témoigne cependant d'un effort de renouvellement louable.