

Cat. 2.412-54.5

**MÉMOIRE À LA COMMISSION DES INSTITUTIONS
SUR LE PROJET DE LOI N° 443,
*LOI MODIFIANT LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE EN MATIÈRE
NOTARIALE ET D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES***

Août 1998

MÉMOIRE À LA COMMISSION DES INSTITUTIONS
SUR LE PROJET DE LOI N° 443,
LOI MODIFIANT LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE EN MATIÈRE
NOTARIALE ET D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

**Adopté par la Commission en séance spéciale
le 17 août 1998
(résolution COM-431-3.1)**

Recherche et rédaction :

Me Claire Bernard, conseillère juridique
Direction de la recherche et de la planification

Traitement de texte :

Chantal Légaré (Direction de la recherche et de la planification)

TABLE DES MATIÈRES

1	LE NOUVEAU RÔLE DU NOTAIRE.....	3
A	La qualification des nouvelles fonctions du notaire.....	5
i)	L'ouverture, la révision ou la mainlevée du régime de protection du majeur	5
ii)	L'homologation ou la révocation d'un mandat donné en prévision d'inaptitude.....	9
iii)	Le conseil de tutelle	11
iv)	Le tuteur au mineur	12
v)	La vérification des testaments olographes ou devant témoins....	13
vi)	Les lettres de vérification	15
B	Le respect des droits judiciaires	16
i)	Les garanties procédurales et le droit d'être représenté.....	18
ii)	Un tribunal indépendant et impartial	20
II	LA DÉSIGNATION D'UN TUTEUR AU MINEUR.....	26
A	La désignation du tuteur au mineur dans un mandat donné en prévision d'inaptitude	26
B	Le pouvoir de nommer du conseil de tutelle	27
	CONCLUSION	29

Dans le cadre du mandat que lui confère la *Charte des droits et libertés de la personne*, il incombe à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse de relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte québécoise et de faire au gouvernement les recommandations appropriées¹. C'est à ce titre que la Commission formule à l'intention de la Commission des institutions des commentaires sur le projet de loi n° 443, lequel a pour objet de modifier le *Code civil du Québec*², le *Code de procédure civile*³ et accessoirement, la *Loi sur le notariat*⁴.

Les principales modifications législatives proposées dans le projet de loi n° 443 ont pour effet de déjudiciariser les procédures entourant des actes en matières civiles non contentieuses, en confiant au notaire certains des pouvoirs qu'exerce actuellement le greffier de la Cour supérieure dans ces matières. Par ailleurs, des modifications au Code civil visent à étendre le droit des parents de désigner un tuteur datif à leur enfant mineur et à accroître le rôle du conseil de tutelle. Nous examinerons l'une après l'autre ces deux séries de modifications, en regard des principes contenus dans la Charte québécoise.

La majorité des modifications proposées peuvent entraîner des conséquences sur l'exercice de droits fondamentaux de la personne, soit les droits à l'intégrité et la liberté de sa personne, le droit à la personnalité juridique, le droit à la sauvegarde de sa dignité, ainsi que le droit à la libre disposition de ses biens. En outre, étant donné que sont visés en partie les régimes de représentation de

¹ L.R.Q., c. C-12, art. 71, al. 2(6).

² L.Q. 1991, c. 64, ci-après : « C.c.Q. ».

³ L.R.Q., c. C-25, ci-après : « C.p.c. ».

⁴ L.R.Q., c. N-2.

personnes inaptes en raison de leur âge ou de leur handicap⁵, la Commission doit s'assurer que le projet de loi ne remet pas en cause le droit de ces personnes d'exercer leurs droits en toute égalité, tel que le garantit l'article 23 de la Charte, ni le droit à la protection contre l'exploitation, que la Charte confère à toute personne âgée ou handicapée, en vertu de l'article 48.

⁵ Suivant l'article 258 du *Code civil du Québec*, l'inaptitude d'une personne peut résulter « d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté. »

I LE NOUVEAU RÔLE DU NOTAIRE

Suivant les règles actuelles du *Code civil du Québec*, l'ouverture, la révision ou la mainlevée de tout régime de protection du majeur inapte, l'homologation d'un mandat donné en prévision d'inaptitude, la nomination et le remplacement d'un tuteur au mineur, la vérification d'un testament et l'émission des lettres de vérification sont des procédures qui relèvent de la compétence du tribunal⁶. Toutefois, quand les demandes relatives à ces procédures sont non contestées, la compétence du tribunal⁷ peut être exercée par le juge⁸ ou le greffier⁹ de la Cour supérieure¹⁰. De plus, le notaire exerce une juridiction concurrente quant à la constitution du conseil de tutelle¹¹.

La réforme propose de permettre au justiciable de choisir de recourir à un notaire qui exercerait, concurremment avec le juge et le greffier, certains des pouvoirs relevant actuellement du juge ou du greffier¹². Comme l'objectif poursuivi est de favoriser l'accessibilité en réduisant le formalisme et en rapprochant le justiciable du service de justice, les règles de procédure se veulent plus souples. Cette finalité est sans conteste louable mais les moyens

⁶ Art. 205, 224, 268, 277, 295, 772 et 2166 C.c.Q.

⁷ Art. 4, para j) C.p.c. : « "tribunal" : une des cours de justice énumérées à l'article 22 ou un juge qui siège en salle d'audience; »

⁸ Art. 4, para. f) C.p.c. : « "juge" : selon le contexte, un juge exerçant en son bureau ou siégeant en salle d'audience; »

⁹ Art. 4, para. d) C.p.c. : « "greffier" : un fonctionnaire du ministère de la Justice œuvrant dans un greffe et nommé à cette fin conformément à la loi, ainsi que toute autre personne nommée pour remplir cette charge auprès du tribunal auquel la disposition est applicable; »

¹⁰ Art. 863 C.p.c.

¹¹ Art. 224 C.c.Q.; art. 873 et 874 C.p.c.

¹² Art. 863.4 C.p.c. introduit par P.L. n° 443.

proposés suppriment des garde-fous introduits en 1989 précisément pour protéger les droits des personnes inaptes.

C'est pourquoi les modifications proposées doivent être analysées à la lumière des droits judiciaires garantis à la Charte, et particulièrement des articles 23 et 34. En effet, tout justiciable, qu'il se présente devant une instance civile, pénale ou administrative, peut invoquer le respect de garanties judiciaires prévues à ces articles :

« 23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

[...]

34. Toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal. »

Par ailleurs, le mot « tribunal » contenu dans ces articles est défini comme suit dans la Charte :

« 56. al. 1. Dans les articles 9, 23, 30, 31, 34 et 38, dans le chapitre III de la Partie II ainsi que dans la Partie IV, le mot « tribunal » inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires. »

Afin de déterminer si les changements législatifs proposés affectent les droits judiciaires des personnes concernées, il faut d'abord établir que le décideur exerce un pouvoir décisionnel à l'égard des droits et obligations d'une personne et qu'il constitue un « tribunal » au sens de l'article 56, suivant les principes

développés par la jurisprudence. La mise en œuvre du droit d'être représenté par un avocat suppose également que l'instance désignée constitue un tribunal au sens des articles 23 et 56. Il convient dès lors de définir la nature des actes que poserait le notaire, pour pouvoir conclure que les articles 23 et 34 leur sont applicables. Il s'agit ensuite d'examiner les conséquences des modifications proposées dans le projet de loi, sous l'angle du respect des garanties judiciaires consacrées par la Charte.

A La qualification des nouvelles fonctions du notaire

Pour qu'ils puissent être qualifiés de judiciaires ou quasi judiciaires, les actes faits par le greffier, ou dans la réforme proposée, par le notaire, doivent avoir entre autres un effet décisif sur les droits de la personne en cause. Il est donc nécessaire d'analyser la nature des nouvelles fonctions qu'exercerait le notaire, en comparant le système actuel au régime proposé.

i) L'ouverture, la révision ou la mainlevée du régime de protection du majeur

Quant à l'ouverture, la révision ou la mainlevée du régime de protection du majeur, le rôle du décideur, qu'il soit tribunal, juge ou greffier, ne se limite pas à entériner une évaluation médicale et psychosociale, bien que celle-ci constitue un élément primordial du dossier¹³. Il a au contraire le devoir d'apprécier la

¹³ Précisons qu'aux termes de l'article 270 C.c.Q., l'évaluation médicale et psychosociale doit porter sur la nature et le degré d'inaptitude du majeur, l'étendue de ses besoins, les autres circonstances de sa condition, ainsi que sur l'opportunité d'ouvrir à son égard un régime de protection.

preuve pour conclure ou non à l'inaptitude du majeur et choisir ensuite, le régime approprié en fonction du degré d'inaptitude. Cette preuve doit obligatoirement comprendre, sauf exception, le témoignage du majeur visé par la demande; celui-ci doit donc être interrogé par le juge ou le greffier, à moins qu'il ne soit manifestement déraisonnable d'entendre son témoignage en raison de son état de santé¹⁴. Si l'instance porte sur l'ouverture du régime, le décideur doit aussi prendre en considération l'avis de l'assemblée des parents, alliés et amis¹⁵. Le décideur peut du reste ordonner que la preuve soit complétée par la production de preuve additionnelle et l'assignation de nouveaux témoins¹⁶. En cours d'instance, il a le pouvoir de nommer, même d'office, un tuteur *ad hoc* au majeur et de rendre les ordonnances utiles pour assurer sa représentation¹⁷. Il peut également statuer sur la garde du majeur¹⁸, révoquer une procuration faite par le majeur¹⁹ et rendre les ordonnances nécessaires à l'administration provisoire de ses biens²⁰.

Pour ce qui est de la décision proprement dite, le décideur a le pouvoir de fixer un régime de protection différent de celui qui a été demandé²¹. En outre, si le jugement conclut à l'ouverture d'un régime de tutelle, le décideur doit statuer sur les actes juridiques qui peuvent être faits par le majeur, seul ou assisté, et

¹⁴ Art. 878 C.p.c. Toutefois, si la demande est introduite dans un autre district que celui où réside le majeur, il peut alors être interrogé par le juge ou le greffier de son propre district.

¹⁵ Art. 276, al. 1 C.c.Q.

¹⁶ Art. 863.1 et 878.3 C.p.c. Pour un exemple, voir *Lévesque c. Ouellet*, [1990] R.J.Q. 2607, 2608 (C.S.).

¹⁷ Art. 878.1, 394.1 et 394.2 C.p.c.

¹⁸ Art. 272 C.c.Q.

¹⁹ Art. 273 C.c.Q.

²⁰ Art. 273 et 274 C.c.Q.

²¹ Art. 268, al. 2 C.c.Q.; art. 881 C.p.c.

ceux qui doivent être faits par son représentant²². De même, le jugement ordonnant l'ouverture du régime de conseil au majeur doit préciser quels actes doivent être accomplis avec l'assistance du conseiller²³. Chacune des décisions prises pendant l'instance et à l'issue de celle-ci doit être prise dans l'intérêt, le respect des droits, ainsi que la sauvegarde de l'autonomie du majeur²⁴.

L'ouverture du régime et le choix du régime entraînent des conséquences juridiques sérieuses puisque la personne placée sous protection est privée partiellement ou complètement de l'exercice de ses droits civils. Le choix du représentant légal est aussi capital car la personne désignée devra, selon la nature et le degré de l'inaptitude, non seulement administrer les biens de l'inapte dans l'intérêt de celui-ci, mais aussi assumer la responsabilité de sa garde et de son entretien et assurer son bien-être moral et matériel²⁵. C'est donc une décision qui excède largement la simple approbation judiciaire d'une décision prise par le conseil de tutelle.

Suivant le projet de loi, lorsque la demande d'ouverture, de révision ou de mainlevée sera adressée à un notaire, il exercera certaines des fonctions du juge ou du greffier. Plus précisément, ces fonctions seront les suivantes. Il devra d'abord établir une déclaration relatant les faits qui fondent la demande. La déclaration devra être notifiée au majeur, à une personne raisonnable de sa famille et au curateur public, ainsi qu'à une des personnes énumérées à l'article 15 du Code civil, à savoir son représentant légal quand il s'agit de révision, à

²² Art. 288 C.c.Q.

²³ Art. 293 C.c.Q.

²⁴ Art. 257 C.c.Q.

²⁵ Art. 256, 258 et 260 C.c.Q. C'est notamment le tuteur ou le curateur qui consent aux soins (suite...)

défaut son conjoint. À défaut de conjoint, ce sera alors un proche parent ou une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier. Comme l'avis de l'assemblée des parents est nécessaire, celle-ci devra être convoquée par le même notaire. L'avis de la convocation devra être conjoint à la déclaration.

Le notaire devra interroger le majeur et dresser un procès-verbal en minute de l'interrogatoire. Si le majeur réside trop loin et qu'il y a lieu d'éviter des frais de déplacement trop coûteux, le majeur pourra être interrogé par un autre notaire. Si l'interrogatoire n'a pas lieu en raison de l'état de santé du majeur, le notaire devra en faire état dans le procès-verbal.

Il devra également recueillir les témoignages des parties intéressées et entendra les délibérations de l'assemblée des parents. Il recevra les preuves écrites, notamment l'évaluation médicale et psychosociale. Contrairement au juge ou au greffier, il ne semble pas avoir le pouvoir d'exiger la production de preuve additionnelle ni l'assignation de nouveaux témoins. Il devra consigner ces éléments dans le procès-verbal.

Fort de ce qu'il aura observé, il devra tirer des conclusions qu'il consignera dans le procès-verbal et déposera celui-ci, avec les pièces justificatives, au greffe du tribunal. Ce dépôt tiendra lieu de requête en homologation. La copie du procès-verbal devra être notifiée aux personnes intéressées, avec un avis d'au moins 10 jours à partir de la date de son dépôt au greffe du tribunal.

Le procès-verbal dressé par le notaire devra être homologué dans tous les cas, sauf pour la vérification des testaments, par le juge ou le greffier, cette

médicaux au nom du majeur inapte : art. 15 C.c.Q.

procédure devant se faire sans autre délai que le délai de 10 jours. Le tribunal ou le greffier appréciera la demande en se fondant sur le procès-verbal et les pièces justificatives que doit déposer le notaire; il pourra, si le dossier le justifie, refuser d'homologuer la décision du notaire ou rendre les ordonnances nécessaires à la sauvegarde des droits des parties pour le temps et aux conditions qu'il détermine. L'efficacité du pouvoir de contrôle et de surveillance qui sera dévolu au greffier et au juge dépendra évidemment de la rigueur et de la vigilance que ceux-ci exerceront lors de l'homologation.

Afin de déterminer qui est le décideur, il faut bien saisir l'impact du processus envisagé, soit l'homologation par le juge ou le greffier, sur le pouvoir décisionnel du notaire. Cela signifie-t-il que les conclusions du notaire constituent une décision ou plutôt des recommandations à l'intention du juge ou du greffier? À cet égard, certains des termes utilisés dans le projet de loi ne sont pas sans évoquer les règles de procédure applicables à l'expert et à l'arpenteur-géomètre. Ainsi, comme ces acteurs judiciaires, on peut dire que le notaire examinerait, constaterait et apprécierait des faits relatifs au litige²⁶. Comme l'expert et l'arpenteur-géomètre, le notaire exécute des opérations²⁷, parvient à des conclusions, dresse un procès-verbal de ces opérations et conclusions et le produit au greffe du tribunal²⁸. Mais à la différence du notaire, l'expert agit suivant les directives du tribunal²⁹ et c'est ce dernier qui se prononce sur la récusation de l'expert, s'il y a lieu³⁰. De plus, le rapport de l'expert constitue

²⁶ Art. 414 C.p.c.

²⁷ Art. 421 et 789 C.p.c.

²⁸ Art. 421 et 792 C.p.c.

²⁹ Art. 416 C.p.c.

³⁰ Art. 417 C.p.c.

clairement un élément parmi d'autres de la preuve, auquel s'ajoutent les témoignages qu'entend le tribunal³¹.

Manifestement, le rôle du notaire est plus déterminant puisque c'est lui qui entend les témoignages, y compris l'interrogatoire du majeur dont on invoque l'inaptitude. C'est aussi lui qui détermine qui sont les personnes intéressées qui doivent être notifiées et c'est encore lui qui juge de la nécessité de se dessaisir du dossier.

D'autre part, pour pouvoir qualifier la portée des conclusions du notaire, il faut se demander si comme le juge ou le greffier, il aura le pouvoir de fixer un régime de protection différent de celui qui a été demandé. S'il conclut à l'ouverture d'un régime de tutelle, ses conclusions porteront-elles sur les actes juridiques qui peuvent être faits par le majeur, seul ou assisté, et ceux qui doivent être faits par son représentant? De même, s'il conclut à l'ouverture du régime de conseil au majeur, pourra-t-il préciser quels actes doivent être accomplis avec l'assistance du conseiller? En bref, aura-t-il le pouvoir d'élaborer le régime de protection qui convient le mieux aux besoins du majeur?

ii) L'homologation ou la révocation d'un mandat donné en prévision d'inaptitude

Quand il s'agit de statuer sur l'homologation ou la révocation d'un mandat donné en prévision d'inaptitude, le rôle du décideur est tout aussi fondamental à l'égard des droits du majeur inapte. Il revient au juge ou au greffier de vérifier l'existence de l'inaptitude en fonction de la preuve, qui doit comprendre là aussi

³¹ Art. 425 C.p.c.

l'évaluation médicale et psychosociale, ainsi que l'interrogatoire du majeur³². Dans les procédures relatives à l'homologation, il vérifie en sus l'existence du mandat et, s'il a été fait devant témoins, sa validité³³. Son pouvoir d'appréciation sur la preuve est en tout point semblable à celui exercé lors de l'ouverture d'un régime de protection légal³⁴. Le juge ou le greffier peut ordonner que la preuve soit complétée par la production de preuve additionnelle et l'assignation de nouveaux témoins³⁵. En cours d'instance, il a le pouvoir de nommer, même d'office, un tuteur *ad hoc* au majeur et de rendre les ordonnances utiles pour assurer sa représentation³⁶. Son pouvoir décisionnel semble en revanche plus limité. Il peut rejeter la requête s'il conclut que le mandant n'est pas inapte ou quand le mandat fait devant témoins n'est pas valide³⁷. Mais il ne pourrait pas fixer un régime de protection différent de celui défini dans le mandat, à moins d'une requête en ce sens³⁸.

La procédure serait modifiée lorsqu'elle serait présentée devant le notaire. Tout d'abord, le notaire devra notifier de la demande le majeur, le mandataire, le curateur public, ainsi qu'une des personnes énumérées à l'article 15 du Code civil.

³² Art. 884.2, 884.3, 884.4 et 878 C.p.c.

³³ Art. 884.3 C.p.c.

³⁴ L'article 884.4 C.p.c. renvoie entre autres aux articles 878.1 (représentation et audition du majeur) et 878.3 (preuve additionnelle).

³⁵ Art. 863.1 et 878.3 C.p.c.

³⁶ Art. 878.1, 394.1 et 394.2 C.p.c.

³⁷ Art. 884.3 C.p.c.

³⁸ L'article 2169 C.c.Q. prévoit que le mandat peut être complété par un régime de protection, mais l'article 884.3 C.p.c. donne un pouvoir limité au juge ou au greffier. Voir, dans ce sens *G. (G.) c. B. (J.)*, J.E. 98-215 (C.S.).

Le notaire devra vérifier l'existence de l'inaptitude en fonction de la preuve, qui doit inclure l'évaluation médicale et psychosociale, ainsi que l'interrogatoire du majeur, et dans les procédures relatives à l'ouverture, il devra vérifier l'existence du mandat et s'il a été fait devant témoins, sa validité. En revanche, il ne semble pas avoir le pouvoir d'ordonner que la preuve soit complétée par la production de preuve additionnelle et l'assignation de nouveaux témoins, ni de nommer en cours d'instance, un tuteur *ad hoc* au majeur et de rendre les ordonnances utiles pour assurer sa représentation.

Ensuite, comme pour les procédures en matière de régimes de protection, il dressera le procès-verbal de ses opérations et conclusions, en se fondant sur les faits qui lui sont présentés et sur les observations ou représentations des personnes présentes devant lui et il fera homologuer le procès-verbal. D'ailleurs, la procédure devant le notaire ne sera plus alors qualifiée d'homologation, mais de constat de prise d'effet du mandat.

iii) Le conseil de tutelle

Le conseil est chargé de surveiller la tutelle et de donner des avis et prendre des décisions par rapport à certains actes sérieux touchant l'administration des biens de la personne protégée³⁹.

Actuellement, la constitution d'un conseil de tutelle doit être précédée de l'assemblée des parents, alliés ou amis du mineur puisque c'est elle qui désigne les membres du conseil⁴⁰. La convocation de l'assemblée doit être faite par un

³⁹ Notamment art. 222, 233, 235 et 236 C.c.Q.

⁴⁰ Art. 222 et 228 C.c.Q.

notaire ou par le greffier du tribunal compétent⁴¹. L'un ou l'autre a également le pouvoir de présider la séance⁴²; cependant, quand l'assemblée est présidée par un notaire, celui-ci doit faire homologuer le procès-verbal de l'assemblée par un greffier⁴³.

D'autre part, les décisions du conseil de tutelle peuvent être révisées par le tribunal qui peut même autoriser la constitution d'un nouveau conseil de tutelle en présence de motifs graves⁴⁴.

Le projet de loi propose de confier au notaire des responsabilités concurrentes sur l'ensemble des demandes relatives à la composition et à la constitution du conseil de tutelle, ainsi qu'à la révision des décisions du conseil de tutelle⁴⁵. Il faut noter au passage que la modification de la disposition pertinente entraînerait également la disparition de l'attribution de la compétence territoriale du juge et du greffier.

Étant donné le rôle qu'exerce le conseil de tutelle, les décisions prises à son endroit sont susceptibles d'entraîner des effets décisifs sur la détermination des droits et obligations de la personne inapte et de son représentant légal.

iv) Le tuteur au mineur

⁴¹ Art. 224 C.c.Q.; art. 873 C.p.c.

⁴² Art. 873 C.p.c.

⁴³ Art. 874 C.p.c.

⁴⁴ Art. 237 C.c.Q.

⁴⁵ Art. 872 C.p.c. tel que modifié par P.L. n° 443.

Il en va, à plus forte raison, de même pour la nomination ou le remplacement du tuteur au mineur. Actuellement, la tutelle dative est déferée par le tribunal. Celui-ci confère la tutelle « lorsqu'il y a lieu de nommer un tuteur, ou de le remplacer, de nommer un tuteur *ad hoc* ou un tuteur aux biens, ou encore en cas de contestation du choix d'un tuteur nommé par les père et mère. »⁴⁶ Le tribunal agit sur avis du conseil de tutelle, sauf quand la tutelle est demandée par le directeur de la protection de la jeunesse⁴⁷. C'est d'ailleurs une des obligations du conseil de tutelle de voir à ce que le tribunal nomme un tuteur *ad hoc* chaque fois que le mineur a des intérêts à discuter en justice avec son tuteur⁴⁸.

Comme nous le verrons plus bas, le projet de loi propose de conférer ce pouvoir au conseil de tutelle. En outre, le notaire pourra entendre les demandes relatives à la nomination ou au remplacement du tuteur au mineur. Le notaire devra notifier la demande au mineur, s'il est âgé de quatorze ans ou plus. Il devra aussi notifier les père et mère, ainsi que les ascendants et les frères et sœurs majeurs de l'enfant, s'ils ont une résidence connue au Québec, et les convoquer à une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis en vue de conférer la tutelle au mineur et constitue le conseil de tutelle. Il pourra également notifier les autres parents, alliés et amis du mineur. De plus, il devra notifier le curateur public quand la demande porte sur le remplacement du tuteur.

Comme pour les procédures précédentes, il dressera le procès-verbal de ses opérations et conclusions, en se fondant sur les faits qui lui sont présentés et sur

⁴⁶ Art. 205, al. 1 C.c.Q.

⁴⁷ Art. 205, al. 2 C.c.Q.

⁴⁸ Art. 235 C.c.Q.

les observations ou représentations des personnes présentes devant lui; puis il fera homologuer le procès-verbal par le juge ou le greffier.

v) La vérification des testaments olographes ou devant témoins

Quant à la vérification des testaments olographes ou devant témoins, c'est également une procédure qui est susceptible d'affecter les droits des héritiers et des successibles. Contrairement au testament notarié, les testaments olographes et devant témoins étant rédigés sous seing privé n'ont pas de caractère d'authenticité. Cette procédure vise donc à établir que le testament paraît valide; de plus comme le testament vérifié est déposé au greffe du tribunal, cette procédure confère une publicité au testament et permet d'obtenir des copies certifiées conformes à l'original⁴⁹. Tous les héritiers et successibles connus doivent être appelés à la vérification, sauf dispense qui peut être accordée au requérant par le tribunal ou le greffier, lorsqu'il serait peu pratique ou onéreux de respecter cette obligation⁵⁰. Cependant, cette détermination des droits des héritiers et successibles n'a pas autant d'effet décisif que les procédures que nous avons vues antérieurement, puisque la vérification vise surtout la régularité du testament et de plus parce qu'un testament vérifié peut toujours être contesté ultérieurement par toute personne intéressée qui aurait pu s'y opposer⁵¹.

Actuellement, la vérification des testaments relève du greffier. En vertu du projet de loi, la demande de vérification pourra, alternativement, être présentée à un

⁴⁹ Art. 890 C.p.c.

⁵⁰ Art. 772 C.c.Q.; art. 888 C.p.c.

⁵¹ C'est le même principe dans les dispositions actuelles : art. 773 C.c.Q.; art. 891 C.p.c.

notaire. Le notaire sera tenu de notifier tous les successibles, sauf à en être dispensé par le greffier. Alors que les dispositions générales prévoient que le procès-verbal que le notaire devra dresser devrait être déposé au greffe du tribunal et notifié aux personnes intéressées, les dispositions qui s'appliquent spécifiquement à la vérification mentionnent plutôt que le procès-verbal sera délivré avec copie certifiée du testament aux personnes intéressées qui le demandent. De plus, contrairement aux procédures en matière de régime de protection, de mandat donné en prévision d'incapacité et de tutelle au mineur, le procès-verbal portant sur la vérification de testament ne devra pas être homologué par le juge ou le greffier. Pourtant, quand la décision relative à la vérification est rendue par un greffier, il est prévu en vertu des règles générales, que cette décision pourrait être révisée par le juge⁵². Ce recours ne semblerait pas exister quand le notaire aura procédé à la vérification. Il demeure que toute personne intéressée pourra contester ultérieurement la validité du testament, à condition bien sûr qu'elle ait été mise au courant de son existence, ce que vise la procédure de notification.

vi) Les lettres de vérification

Lorsqu'un défunt a laissé des biens situés hors du Québec ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas, toute personne intéressée peut obtenir des lettres de vérification⁵³. Celles-ci attestent certains faits relatifs à la

⁵² Art. 863 C.p.c.

⁵³ Art. 615 C.c.Q.

succession⁵⁴ et permettent au requérant de prouver sa qualité d'héritier, de légataire particulier ou de liquidateur de la succession⁵⁵.

Actuellement, les lettres de vérification sont émises par le greffier du tribunal où le défunt avait son domicile⁵⁶. Elles pourront être émises également par le notaire, en vertu du projet de loi. Les règles de procédure différeront à deux égards selon que la demande sera adressée au greffier ou au notaire. Comme pour les autres procédures visées par les modifications, aucune limite territoriale ne restreindra la compétence du notaire. De plus, celui-ci devra notifier le liquidateur, ainsi que tous les héritiers ou légataires connus qui résident au Québec, et non leur signifier la demande. Comme le greffier, le notaire pourra entendre les observations ou représentations des personnes présentes intéressées par la demande.

Si le notaire exerce aussi dans cette procédure un pouvoir d'appréciation de la preuve, il n'a pas de pouvoir de dispense quant à la notification. De plus, il s'agit ici d'attester de faits établis par le testament ou par les règles régissant la succession *ab intestat*. Cependant, alors qu'en vertu des règles générales, la décision du greffier relative à l'émission des lettres de vérification pourrait être révisée par le juge⁵⁷, les modifications ne prévoient pas le dépôt au greffe du tribunal d'un procès-verbal pour les lettres de vérification. Il faut toutefois considérer que d'une part, le greffier devrait se dessaisir d'une demande contestée et d'autre part, que les lettres de vérifications peuvent être révoquées

⁵⁴ Art. 893 C.p.c.

⁵⁵ Art. 892 C.p.c.

⁵⁶ Art. 892 C.p.c.

⁵⁷ Art. 863 C.p.c.

ou rectifiées par les personnes qui n'ont pas pu faire valoir leur point de vue⁵⁸. Ces éléments permettent de conclure qu'en matière de lettres de vérification, la décision du notaire emporte des effets moins décisifs par rapport aux droits des parties que les autres procédures qui seraient confiées au notaire.

Hormis cette dernière procédure, et à un moindre degré celle de la vérification des testaments, il faut toutefois conclure que les modifications proposées confèreraient au notaire le pouvoir de déterminer les droits ou obligations d'une personne.

Nous avons aussi vu que certaines garanties seront octroyées aux personnes qui procèdent devant le notaire : droit de recevoir notification des procédures, droit de faire des observations ou des représentations. Nous y reviendrons dans la deuxième section. Il suffit de dire ici que la reconnaissance de ces garanties constitue le deuxième élément permettant de déterminer que le notaire exercerait des actes judiciaires et quasi judiciaires.

Vu la nature des fonctions exercées par le notaire et la reconnaissance de garanties de nature judiciaire, la Commission conclut que celui-ci serait un tribunal au sens de l'article 56 de la Charte, et que par conséquent, les procédures devant lui devraient respecter les garanties conférées par les articles 23 et 34 de la Charte.

B Le respect des droits judiciaires

⁵⁸ Art. 895 C.p.c.

C'est en 1989, lors de la réforme des règles régissant la protection des majeurs inaptes⁵⁹, que l'ouverture du régime de protection a été judiciairisée afin, selon les termes du ministre de la Justice responsable, d'accroître le respect des garanties procédurales des personnes⁶⁰. Auparavant, la personne devenue incapable d'exercer seule ses droits civils pouvait être placée sous curatelle sur simple décision administrative⁶¹, ce qui a pu entraîner des abus graves. La Commission avait d'ailleurs émis, à plusieurs reprises, des commentaires critiques à ce sujet, au nom du droit au respect des règles de justice naturelle⁶².

Avec la réforme de 1989, le respect des garanties procédurales protégées à la Charte passe non seulement par une sanction judiciaire, mais également par la reconnaissance expresse du droit de la personne inapte à recevoir signification de la requête⁶³, à être entendue⁶⁴ et à être représentée⁶⁵. Pour les mêmes motifs⁶⁶, la procédure d'homologation et de révocation du mandat en prévision

⁵⁹ *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54.

⁶⁰ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 33^e législature, 2^e session, 1989, vol. 30, p. 6131 (M. Gil Rémillard, ministre de la Justice). Voir aussi GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, pp. 171 et 182.

⁶¹ *Loi sur la curatelle publique*, L.R.Q., c. C-80, art. 6 (abrogée en vertu de la *Loi sur le curateur public*, précitée, note 59, art. 198).

⁶² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur la Loi de la protection du malade mental*, 10 juillet 1978, pp. 20-24; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur le Projet de loi No 79, Loi modifiant la Loi sur la Curatelle publique*, 8 novembre 1982; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur le Projet de loi 125, Code civil du Québec*, 14 août 1991, pp. 4-6.

⁶³ Art. 877 C.p.c.

⁶⁴ Art. 276 C.c.Q.; art. 878-879 C.p.c.

⁶⁵ Art. 878.1 C.p.c.

⁶⁶ *Commentaires du ministre de la Justice*, précités, note 60, t. II, pp. 1361-1362 et 1365; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, précité, note 60, p. 2594 (M. Gil Rémillard, ministre de la Justice).

d'inaptitude, créé par la réforme de 1989, est aussi judiciairisée et sujette à ces garanties judiciaires⁶⁷.

Pour la Commission, le respect des garanties judiciaires s'impose particulièrement quand les droits en cause participent de droits fondamentaux de la personne. Or, les régimes de représentation du mineur et du majeur inapte mettent directement en cause des droits enchâssés aux articles 1, 4 et 6 de la Charte québécoise : les droits à l'intégrité et la liberté de sa personne, le droit à la personnalité juridique, le droit à la sauvegarde de sa dignité, ainsi que le droit à la libre disposition de ses biens. Dans cette perspective, il est nécessaire de s'assurer que les règles proposées continuent de garantir aux personnes titulaires de ces droits le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, conformément à l'article 23 de la Charte, et de bénéficier durant l'instance des garanties procédurales, notamment du droit d'être représenté par avocat conformément à l'article 34.

i) Les garanties procédurales et le droit d'être représenté

Les modifications proposées modifieraient certaines des garanties procédurales dont la personne visée jouit actuellement. Dans le but d'assouplir la procédure, les règles s'appliquant au notaire, pour l'ensemble des procédures visées dans le projet de loi, seront moins strictes que pour le greffier ou le juge. Par exemple, alors que la compétence territoriale de ceux-ci est fixée selon le domicile ou la résidence de la personne visée, tout notaire exerçant au Québec pourra être saisi d'une demande.

⁶⁷ Art. 884.1 et 884.4 C.p.c.

D'autre part, la signification personnelle que doit recevoir le majeur inapte visé⁶⁸ sera remplacée par une notification. Cette modification constitue une diminution de la garantie que constitue la signification à personne.

Dans l'objectif de déjudiciariser la procédure, le projet de loi prévoit que quand le notaire constate qu'il est nécessaire que soit représentée la personne visée par la demande relative au régime de protection du majeur ou au mandat donné en prévision d'inaptitude, il devra alors se dessaisir de la demande et transférer le dossier au tribunal compétent. S'il ne se dessaisit pas, la personne dont le cas est traité par le notaire ne pourra exercer son droit à la représentation par avocat que lui garantit l'article 34. Si le notaire se dessaisit, en théorie tout au moins, la personne ne sera pas privée du droit d'être représentée dans une instance qui met en jeu ses droits et ses intérêts puisque ce droit pourra être exercé devant le juge ou le greffier.

L'exercice de ce droit dépendra cependant de l'application que feront les notaires de la possibilité de se dessaisir du dossier. Le besoin d'être représenté par un procureur ne se limite pas aux demandes contestées puisque les règles sur la représentation sont applicables devant le juge et le greffier⁶⁹ dont, rappelons-le, la compétence est limitée aux demandes non contestées. Le notaire se dessaisira-t-il d'office de la demande ou agira-t-il sur demande d'une des personnes présentes?

Si une lecture différente des pouvoirs du notaire menait à la conclusion que la responsabilité de déterminer des droits est plutôt conférée au juge ou au

⁶⁸ Art. 877 et 884.1 C.p.c.

⁶⁹ Art. 878.1 C.p.c.

greffier, les exigences contenues à l'article 23 ne s'appliqueraient plus à la décision du notaire puisque celui-ci ne statuerait pas sur des droits. Mais dans ce cas de figure, il y aurait morcellement entre l'autorité chargée de décider et de déterminer des droits et la personne chargée d'assurer le respect des règles procédurales. En effet, la mise en œuvre de toute la procédure préliminaire à la décision du juge ou du greffier, y compris la signification des procédures et l'exercice du droit d'être entendu, incomberait au notaire. La décision du greffier ou du juge serait fondée sur une preuve appréciée par le notaire et consignée dans le procès-verbal lequel serait complété par les pièces justificatives. Non seulement contrevient-on directement à l'article 276 C.c.Q. qui oblige le tribunal à entendre le témoignage du majeur visé par l'ouverture, la révision ou la mainlevée du régime de protection, mais plus généralement nie-t-on le droit pour toute personne qui a un intérêt de se faire entendre par le tribunal.

Vu la privation de l'exercice des droits civils qu'entraînent les jugements relatifs aux régimes de protection des inaptes, les tribunaux ont souligné le caractère d'ordre public des procédures afférentes⁷⁰. Déjà dans les années trente, donc bien avant la réforme de 1989 qui est venue on le sait, renforcer l'obligation de respecter les droits de la personne en perte d'autonomie, un juge de la Cour supérieure écrivait : « cette procédure est l'une des plus importantes dans l'administration de la justice »⁷¹. Le même souci anime les commentaires plus récents du juge Lesage dans l'affaire *Messier* :

⁷⁰ Voir une application de ce principe notamment dans *Sévigny c. Roy*, [1973] C.S. 82.

⁷¹ *Dupré c. Papillon*, (1936-37) 40 R.P. 321, 327 (C.S.) (notes de bas de page omises).

« L'interrogatoire par le juge ou le protonotaire est une formalité substantielle et d'ordre public, prescrite dans l'intérêt de la personne qu'on veut interdire. Il s'impose que cet interrogatoire soit conduit par le juge ou le protonotaire [l'ancien titre du greffier] appelé à prononcer l'interdiction. En effet, à l'occasion de cet interrogatoire, le comportement de l'intéressé doit être apprécié par celui qui interroge; la nature des questions est laissée à l'initiative exclusive du juge ou du protonotaire qui procède à l'interrogatoire. Cet interrogatoire doit permettre au juge ou au protonotaire saisi d'évaluer personnellement l'état mental de l'intimé. »⁷²

ii) Un tribunal indépendant et impartial

La Commission s'interroge également sur le respect d'une autre garantie reconnue par l'article 23, le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial.

L'impartialité a été définie comme « un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. »⁷³ Suivant le test développé par la Cour suprême en matière d'impartialité institutionnelle, il faut se demander si devant la nouvelle procédure, une personne parfaitement informée éprouverait une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas⁷⁴.

L'impartialité du décideur tient d'abord à la source de sa désignation. Son impartialité peut être ébranlée quand celui-ci est désigné par l'une des parties, et non par une personne neutre. La personne qui fera la demande au notaire

⁷² *Messier c. Messier*, [1987] R.D.J. 412, 415 (C.S.).

⁷³ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, 685 (j. Le Dain).

⁷⁴ *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, 144 (j. Lamer).

par définition n'est pas une personne neutre puisque la demande doit être introduite par une personne démontrant un tel intérêt. Qui plus est, cette personne serait susceptible d'être un client du notaire dans d'autres dossiers.

De la même façon, le caractère impartial tient au statut de celui qui détient le pouvoir de retirer le dossier des mains du décideur. Or, contrairement au juge ou au greffier, rien ne garantit que le notaire ne peut être dessaisi du dossier, par exemple, au profit d'un autre notaire plus favorable à l'issue recherchée par les personnes présentes. Rappelons que la désignation du notaire n'est circonscrite par aucune règle de compétence territoriale, contrairement au juge ou au greffier.

La source ou le contrôle de la rémunération du décideur est un facteur tout aussi primordial dans l'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité du décideur. Ainsi quand la rémunération est gérée par une source autonome, l'impartialité n'est pas entachée. Mais elle le devient lorsque la rémunération du décideur est assurée à la discrétion d'une partie. Par exemple lorsque les arbitres sont rémunérés suivant un tarif officiel⁷⁵, il n'y a pas de risque de créer une situation de partialité ni de susciter une crainte raisonnable de partialité. Mais il en va autrement si le montant de leur rémunération dépend d'une partie⁷⁶.

Comment concilier alors l'indépendance du notaire et le fait que la procédure se déroulant devant lui soit onéreuse, à moins de modifications qui n'apparaissent pas au projet de loi, et cela dit sans mettre en doute la probité

⁷⁵ *Grenier c. Dessie Inc.*, [1986] D.L.Q. 272 (T.A.).

⁷⁶ *Daigle c. Lépine*, [1997] R.J.Q. 1001, 1005 (C.S.).

des notaires. D'autant que l'article 7 de la *Loi sur le notariat* prévoit que le notaire a droit à des émoluments ou honoraires pour les services professionnels qu'il rend et que le projet de loi ne précise pas si ceux-ci seront à la charge de la personne qui initie la demande ou bien de la personne visée par celle-ci. Dans ces conditions, la Commission voit mal comment éviter le risque que la décision ne soit pas rendue par une instance impartiale.

Outre sa désignation et sa rémunération, le décideur ne doit pas être influencé par les résultats de sa décision : « L'impartialité peut être décrite [...] comme l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soulevés. Par contraste, la partialité dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions. »⁷⁷

À première vue, la fonction de décideur apparaît incompatible avec celles que le notaire assume actuellement. D'ailleurs, aux termes de l'article 4.01.01 du *Code de déontologie des notaires*⁷⁸, les fonctions de greffier sont jugées actuellement être incompatibles avec celles de la profession du notaire. Les fonctions qu'exerce actuellement le notaire justifient l'existence de cette règle. Premièrement, à titre d'officier public, le notaire peut rédiger et recevoir les actes à la base de certaines des procédures⁷⁹, tels que le mandat en prévision d'inaptitude et le testament. Deuxièmement, à titre de conseiller juridique, le notaire peut rédiger les requêtes, telles que celle pour la demande d'ouverture

⁷⁷ R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484, 528 (j. Cory).

⁷⁸ R.R.Q., c. N-2, r.3.

⁷⁹ *Loi sur le notariat*, précitée, note 4, art. 2.

de régime, et agir comme procureur dans les procédures non contentieuses⁸⁰. Finalement, le notaire qui reçoit un testament peut être nommé liquidateur de la succession⁸¹.

D'ailleurs, le projet de loi lui-même attribue des fonctions qui peuvent sembler incompatibles puisque le notaire rédige la déclaration qui servira de pièce fondant la demande qu'il devra ensuite examiner. N'est-ce pas comme si le juge rédigeait la requête sur laquelle il devra ensuite statuer? À cet égard, la Cour suprême a condamné la confusion des rôles qu'entraîne l'absence de cloisonnement entre les membres d'un organisme qui agissent tant au stade de l'enquête et de la convocation que de l'adjudication⁸².

Pour éviter tout conflit d'intérêts, il devrait être clair qu'un notaire ayant agi dans une procédure à titre de notaire instrumentant ou conseiller juridique ou susceptible d'agir, dans le futur, à titre de liquidateur de la succession, ne puisse agir à titre de décideur⁸³. Or la seule modification visant à prévenir les conflits d'intérêts apparaît au chapitre de la vérification des testaments : le *Code de procédure civile* interdirait à un notaire qui a reçu un testament en dépôt ou à un membre de son étude notariale de procéder à sa vérification.

Les nouvelles dispositions obligeront par ailleurs le notaire à se dessaisir de la demande et transférer le dossier au tribunal, soit s'il considère que les

⁸⁰ *Loi sur le notariat, ibid.*, art. 9e).

⁸¹ Art. 724 C.c.Q.

⁸² 2747-3174 *Québec Inc. C. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 953-961 (j. Gonthier).

⁸³ Voir par exemple les interdictions imposées aux juges municipaux : *Loi sur les cours municipales*, L.R.Q., c. C-72.01, art. 45.

observations ou représentations devant lui équivalent à une contestation réelle du bien-fondé de la demande, soit quand il constate qu'il est nécessaire que soit représentée la personne visée par la demande relative au régime de protection du majeur ou au mandat donné en prévision d'inaptitude. Ne faut-il pas craindre que certains hésitent à se départir de dossiers qui impliquent non seulement la personne visée, mais aussi les autres intérêts d'autres personnes qui sont ses clients actuels ou futurs? Là encore, le potentiel de conflit d'intérêts est indéniable.

Puisqu'il faut conclure que la nouvelle procédure pourrait soulever chez une personne informée une crainte raisonnable de partialité, il reste à vérifier qu'il existe des garanties qui réduisent au minimum les effets préjudiciables et qu'elles sont suffisantes pour respecter la garantie d'impartialité institutionnelle⁸⁴.

Il est vrai que le projet de loi prévoit que les décisions du notaire devront être consignées dans un procès-verbal et qu'elles pourront être révisées par le juge, sur demande signifiée dans les dix jours. Mais encore faut-il que la personne inapte ou mineure puisse faire valoir ce droit de révision. D'autre part, même si le juge pourra agir d'office, c'est toutefois sur la base des pièces justificatives du procès-verbal rédigé par le notaire que le juge devra évaluer le dossier.

Par ailleurs, la *Loi sur le notariat* prescrit au notaire le devoir d'observer les règles de la probité et de l'impartialité la plus scrupuleuse⁸⁵ et le *Code de déontologie des notaires* impose certaines obligations au notaire pour éviter qu'il se trouve

⁸⁴ R. c. Lippé, précité, note 76, 144-145.

⁸⁵ *Loi sur le notariat*, précitée, note 4, art. 15b).

en situation de conflit d'intérêts⁸⁶. Ces règles déontologiques empêcheront-elles le notaire d'exercer sa compétence à titre de décideur dans des dossiers où il a également le pouvoir d'agir à d'autres titres? À cet égard, il faut noter que le *Code de procédure civile* prévoit explicitement qu'un juge peut être récusé notamment quand il a déjà donné conseil sur le différend devant lui, s'il a agi comme avocat pour l'une des parties, s'il a exprimé son avis extrajudiciairement ou s'il a quelque intérêt à favoriser l'une des parties⁸⁷. Mais quant au notaire, la seule modification en ce sens est au chapitre de la vérification des testaments, ce qui paraît insuffisant vu la portée des actes qui lui seraient confiés.

Le recrutement et la vérification de la compétence du décideur constituent des éléments de garanties qui satisfont au deuxième volet du test de l'impartialité. Aussi, il est inquiétant de constater que la nouvelle compétence serait attribuée à l'ensemble des notaires en exercice. Par conséquent, la détermination des droits et le respect des garanties procédurales seront du ressort de professionnels que, dans l'état actuel de la pratique tout au moins, la formation n'a pas préparés à cette fonction, notamment en ce qui a trait à l'appréciation de la preuve.

Pour toutes ces raisons, la Commission n'est pas convaincue que les moyens proposés sont suffisants pour garantir l'indépendance et l'impartialité du notaire à l'égard de décisions, dont la majorité affecteraient les droits et les intérêts de personnes vulnérables de par leur âge ou leur inaptitude.

⁸⁶ Voir en particulier les articles 3.03.04, 3.04.01 et suiv. du *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q., c. N-2, r.3.

⁸⁷ Art. 234(3) et (8) C.p.c.

II LA DÉSIGNATION D'UN TUTEUR AU MINEUR

Avant la réforme du Code civil instaurée en 1994, seul le tribunal pouvait déférer la tutelle au mineur. Lors de la réforme, les parents, dorénavant tuteurs légaux de leur enfant⁸⁸, se sont vus reconnaître le droit de lui nommer un tuteur, dans le cas où ils décéderaient tous les deux⁸⁹. La Commission avait accueilli favorablement cette harmonisation avec des droits conférés par la Charte à l'enfant et aux parents⁹⁰. En particulier, l'article 39 garantit à tout enfant le « droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner. »

Le projet de loi introduit deux modifications à ces règles : il élargit le droit des parents de désigner un tuteur datif à leur enfant mineur et il confère un rôle accru au conseil de tutelle.

A La désignation du tuteur au mineur dans un mandat donné en prévision d'incapacité

Premièrement, selon les règles actuelles, la désignation du tuteur par les père et mère peut être faite par testament ou par déclaration transmise au curateur public⁹¹. Il n'est cependant pas évident que les parents puissent exercer ce droit non seulement en prévision de leur décès, mais aussi en prévision de leur incapacité. Si pour certains, le droit de désigner un tuteur datif pourrait être

⁸⁸ Art. 192 C.c.Q.

⁸⁹ Art. 200 C.c.Q.

⁹⁰ *Commentaires sur le Projet de loi 125*, précité, note 62, pp. 43-47. Outre l'article 39, les droits et obligations que la Charte confère aux parents à l'égard de leur enfant sont spécifiquement définis aux articles 41, 42 et 47 (al. 2).

⁹¹ Art. 200 C.c.Q.

exercé en cas d'inaptitude appréhendée⁹², d'autres prétendent le contraire⁹³. Le libellé des articles 201 (« Le droit de nommer le tuteur n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère ») et 202 C.c.Q., ainsi que les commentaires du ministre⁹⁴ confortent cette deuxième interprétation.

Les modifications proposées au Code civil clarifieraient la situation. Elles conférerait aux père et mère le droit de nommer un tuteur à son enfant dans un mandat donné en prévision d'inaptitude.

La Commission est tout à fait en faveur d'une telle mesure : celle-ci contribue à mettre en œuvre non seulement des droits reconnus à l'article 39 de la Charte, mais aussi un principe articulé à l'article 18 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*⁹⁵, selon lequel la responsabilité d'assurer le développement de l'enfant incombe au premier chef à ses parents.

B Le pouvoir de nommer du conseil de tutelle

La deuxième modification proposée dans le projet de loi attribuerait au conseil de tutelle le droit de nommer un tuteur au mineur. Actuellement, ce rôle est dévolu soit aux parents, suivant les conditions que nous venons de voir, soit au tribunal. Comme nous l'avons vu plus haut, celui-ci confère la tutelle « lorsqu'il y

⁹² Monique OUELLETTE, « Livre premier : Des personnes », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil, Personnes, successions, biens*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 11, à la page 105.

⁹³ Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 410.

⁹⁴ *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 60, t. I, art. 200, p. 140.

⁹⁵ AGNU Doc. A/RES/44/25 (1989), R.T. Can. 1992 n° 3.

a lieu de nommer un tuteur, ou de le remplacer, de nommer un tuteur *ad hoc* ou un tuteur aux biens, ou encore en cas de contestation du choix d'un tuteur nommé par les père et mère. »⁹⁶ Il doit prendre en considération l'avis du conseil de tutelle, sauf quand la demande est présentée par le directeur de la protection de la jeunesse, mais il n'est pas lié par cet avis et peut nommer une autre personne. Sa décision doit se faire en fonction de l'intérêt de l'enfant, selon la preuve qu'il a le devoir d'apprécier.

En attribuant au conseil de tutelle le pouvoir de nommer ou remplacer le tuteur, le pouvoir décisionnel ne relèverait alors plus du tribunal, ni du notaire dans ses nouvelles fonctions. Que les parents, chargés de la protection de leur enfant et titulaires de droits et d'obligations parentales envers lui, exercent le pouvoir de nommer le tuteur datif, se justifie. Rappelons que ce choix législatif est très récent; il est donc difficile d'en évaluer les répercussions sur l'intérêt des enfants dont le tuteur a été nommé sans contrôle judiciaire. Il apparaît moins légitime que dans tous les cas visés par la réforme, le choix des membres de la famille soit aussi décisif. Par exemple, le tuteur *ad hoc* a pour fonction de représenter l'enfant qui a des intérêts à discuter en justice avec son tuteur. Or le plus souvent, le tuteur légal sera un ou les deux parents de l'enfant. Comment concilier cet objectif et le fait que les mêmes parents, qui sont automatiquement membres de l'assemblée des parents, participent à la désignation du conseil de tutelle qui devra nommer la tutelle? La nomination du tuteur aux biens peut poser le même genre de problème, puisqu'en principe l'administration des biens relève de la tutelle légale, donc de celle assumée par les parents.

⁹⁶ Art. 205, al. 1 C.c.Q.

La désignation de la personne qui remplace le parent dans ses fonctions de représentation, d'administration de ses biens et, à plus forte raison, de la protection de la personne de l'enfant est une décision lourde de conséquences pour l'enfant. Il est naturel que l'entourage de l'enfant joue un rôle, ce qu'il fait en vertu des règles actuelles. Mais la nomination par le juge garantit que les droits et l'intérêt de l'enfant constituent les seules considérations fondant le choix du tuteur.

CONCLUSION

Les procédures qu'on projette de déjudiciariser concernent, à l'exception de la vérification du testament, des droits dont sont titulaires des personnes vulnérables, incapables de se défendre elles-mêmes. Selon la définition qui en est donnée dans le répertoire de droit notarial, « la juridiction non contentieuse est l'exercice d'un rôle de contrôle, de protection et de vigilance que la loi confie à un juge pour éviter les préjudices qui pourraient résulter de certains actes ou de certaines situations juridiques si on les laissait sans surveillance impartiale. »⁹⁷

La déjudiciarisation viserait à assurer une justice « plus accessible, plus rapide et plus humaine »⁹⁸. La Commission est tout à fait consciente des inconvénients que peut entraîner, pour les personnes impliquées, la judiciarisation des procédures entourant la mise en place de mécanismes de protection. Rappelons que c'était précisément dans un objectif de « souplesse » et de « simplicité »⁹⁹ que les règles de procédure régissant l'ouverture des régimes de protection et l'homologation des mandats en prévision d'inaptitude ont été inscrites au Livre VI du *Code de procédure civile* qui régit les matières non contentieuses, d'une part, et que le greffier s'est vu confier la compétence sur ces matières, d'autre part.

⁹⁷ Brigitte ROY, « Les procédures judiciaires non contentieuses », dans *R.D./N.S. – Procédures non contentieuses – Doctrine – Document 1*, décembre 1993, p. 7.

⁹⁸ Québec, Débats de l'Assemblée nationale, vendredi 5 juin 1998 (M. Serge Ménard, ministre de la Justice) (<http://www.assnat.qc.ca>).

⁹⁹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, précité, note 60, p. 6132 (M. Gil Rémillard). Voir aussi sur la meilleure accessibilité à la justice, *ibid.*, p. 6140 (M. Gil Rémillard).

Si les mécanismes en place pour protéger les droits et les intérêts des personnes inaptes présentent certaines lacunes, il incombe au gouvernement d'adopter les mesures qui s'imposent pour y remédier. La Commission juge tout à fait utile et opportune la réflexion menée au sujet de la déjudiciarisation et de la meilleure accessibilité à la justice. À cet égard, la Commission est en faveur de la reconnaissance du droit des parents de désigner dans un mandat en prévision d'inaptitude, un tuteur datif à leur enfant.

En revanche, pour la Commission, il apparaît fondamental que la détermination des droits de personnes dont, rappelons-le, toute décision à leur égard doit sauvegarder l'intérêt et le respect des droits¹⁰⁰, ainsi que la sauvegarde de l'autonomie dans le cas du majeur inapte¹⁰¹, relève d'une instance impartiale et indépendante. Or, sous cet angle, la Commission considère que les changements proposés dans le projet de loi n° 443 n'offrent pas de garanties suffisantes.

De l'avis de la Commission, à l'exception de l'émission des lettres de vérification et, à un moindre degré, de la vérification des testaments, les actes qu'accompliraient les notaires en vertu des règles proposées ont un effet décisif sur les droits et obligations des personnes en cause. Or, les notaires exerçant ces actes seraient nommés et rémunérés par des parties à la procédure, ce qui les expose à des conflits d'intérêts que les règles sur le dessaisissement ne peuvent écarter. La Commission estime que la confusion des rôles que le notaire pourrait être appelé à jouer dans un même dossier contrevient également au principe

¹⁰⁰ Art. 33 C.c.Q. pour l'enfant et art. 257 C.c.Q. pour le majeur inapte pour lequel est demandée l'ouverture d'un régime de protection.

¹⁰¹ Art. 257 C.c.Q.

d'impartialité. La Commission considère aussi que les garanties proposées pour réduire les effets préjudiciables sont insuffisantes à garantir l'indépendance et l'impartialité du notaire appelé à accomplir de tels actes.

L'article 48 de la Charte garantit à toute personne âgée et à toute personne handicapée le droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation. La Commission appréhende que plusieurs des modifications proposées n'exposent des personnes vulnérables à des risques de subir des atteintes à ce droit. Or, comme la Commission l'a déjà affirmé, le droit à la protection contre l'exploitation implique des obligations que l'État s'est engagé à assumer : « l'État ou les autorités publiques sont également tenus de respecter les dispositions de l'article 48 et au besoin de les faire respecter au même titre que les autres droits économiques et sociaux »¹⁰².

¹⁰² Haïlou WOLDE-GIORGHIS, *L'exploitation des personnes âgées ou handicapées*, Les Cahiers de la Commission, Cahier 6, Commission des droits de la personne du Québec, 1983, pp. 25-26.