

## **LA REPRÉSENTATION PAR AVOCATS DES PERSONNES INAPTES**

**DENISE BOULET, avocate *B. ED., LL.B., LL.M.*\***

### **RÉSUMÉ**

Lorsqu'il est question de représentation d'un majeur estimé inapte, le législateur prévoit qu'un avocat pourra être chargé de le représenter si le tribunal l'estime nécessaire pour la sauvegarde de son intérêt. Pourtant, le droit d'être représenté par avocat est incontestable et fondamental et ce, pour tous les sujets de droit. Ce critère de nécessité est-il un obstacle à la sauvegarde du meilleur intérêt de la personne vulnérable ou fait-il partie intégrante des mesures de protection édictées en sa faveur? Qu'elles sont donc les situations où telle désignation serait nécessaire et, dans un tel cas, comment un tel mandat doit-il être exécuté? Cette présentation analysera ces questions pour dégager les principes qui doivent guider les juristes, et informer les professionnels appelés à œuvrer auprès des majeurs inaptes.

---

\* Avocate au cabinet Boulet Blaquière et détentrice d'une maîtrise en droit de la santé. Elle enseigne le Droit des personnes âgées dans le cadre du programme de

La représentation par avocats des personnes inaptes  
Me Denise Boulet

---

maîtrise en droit et politiques de la santé à l'Université de Sherbrooke, le droit des personnes et la responsabilité civile, à l'École du Barreau.

**LA REPRÉSENTATION PAR AVOCATS  
DES PERSONNES INAPTES**

**DENISE BOULET, avocate *B. ED., LL.B., LL.M.*\***

**PLAN**

**INTRODUCTION**

**I. L'ORIGINE DU MANDAT**

- a. **En l'absence d'un régime de protection**
- b. **Sous régime de protection**
- c. **L'intervention de l'avocat sur autorisation judiciaire**
- d. **La nomination de l'avocat par le tribunal**

**II. MODE DE REPRÉSENTATION**

- a. **L'aptitude à mandater**
- b. **L'inaptitude à mandater**

**III. L'EXÉCUTION DU MANDAT ET SES PARTICULARITÉS**

- a. **L'accès aux documents confidentiels**
- b. **Les méthodes alternatives de résolution de conflits**
  - i. **Négociations hors cour**
  - ii. **Conciliation judiciaire**

**CONCLUSION**

---

\*Avocate au cabinet Boulet Blaquière et détentrice d'une maîtrise en droit de la santé. Elle enseigne le Droit des personnes âgées dans le cadre du programme de maîtrise en droit et politiques de la santé à l'Université de Sherbrooke, le droit des personnes et la responsabilité à l'École du Barreau.

## LA REPRÉSENTATION PAR AVOCATS DES PERSONNES INAPTES

### INTRODUCTION

Lorsqu'il est question de représentation d'un majeur estimé inapte, le législateur nous dit, à l'article 394.1 C.p.c., qu'un avocat pourra être chargé de le représenter si le tribunal l'estime *nécessaire* pour assurer la *sauvegarde de son intérêt*. On remarquera que le législateur a choisi de traiter dans une seule disposition la situation du majeur inapte et celle du mineur. Or, bien que dans plusieurs situations ou pour résoudre certaines questions, un parallèle puisse être fait entre ces deux catégories de personnes, il ne fait aucun doute que des distinctions importantes s'imposent lorsqu'il s'agit de représentation par avocats, de capacité à mandater et des intérêts à protéger. Toutefois, étant donné que la représentation des enfants par avocat a suscité beaucoup d'intérêt au Québec depuis de nombreuses années, il convient de s'inspirer des travaux importants et de la littérature fort abondante sur la question pour en faire bénéficier la clientèle visée par nos propos.

Ainsi, le Barreau du Québec présentait, en 1995, le *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*<sup>1</sup>. Ce document comportait plusieurs recommandations en distinguant les règles de la représentation avec mandat conventionnel de celles applicables en l'absence de mandat conventionnel. Il énonçait également les règles d'éthique applicables à ce domaine particulier qui fera appel très souvent au jugement de l'avocat. Ces règles étaient donc parfois la seule assise disponible au procureur soucieux d'offrir les services adéquats à tous égards à une clientèle parfois extrêmement vulnérable.

En 2002, la Cour d'appel a rendu une décision qui a confirmé auprès d'une partie des membres de la communauté juridique pratiquant auprès des enfants et des familles à revoir leurs façons de procéder mais aussi, dans une certaine mesure, à réévaluer leur culture juridique<sup>2</sup>. Suite à cette décision, le Barreau du Québec a mis sur pieds un Comité sur la représentation des enfants par avocat qui avait pour mandat de mettre à jour le mémoire de 1995 et, « *le cas échéant, réviser l'ensemble des recommandations entérinées et voir si, à la lumière de la jurisprudence et de l'état du droit, elles sont toujours pertinentes.* »<sup>3</sup> À l'issue de son mandat, le comité a déposé un mémoire qui conclut essentiellement que les recommandations de 1995 ne sont pas

---

<sup>1</sup> BARREAU DU QUÉBEC, « Mémoire sur la représentation des enfants par avocat », février 2005.

<sup>2</sup> *M.F. c. J.L.*, [2002] R.J.Q. 676 (REJB 2002-29840) (C.A.)

<sup>3</sup> Extrait du procès-verbal de la réunion du Conseil général du Barreau du Québec, tenue le 17 juin 2003.

remplacées mais plutôt revues et actualisées et demeurent justifiées, pertinentes et d'actualité<sup>4</sup>.

Comment le travail et les recommandations du Comité sur la représentation des enfants par avocat peuvent-ils être importés, avec les adaptations qui s'imposent bien sûr, à la représentation du majeur inapte? Les questions que soulèvent les deux situations sont-elles les mêmes? Si oui, en va-t-il ainsi des solutions proposées?

Également, en ces matières, les décisions doivent être prises dans l'intérêt de la personne et dans le respect de ses droits<sup>5</sup>. Ajoutons qu'en matière de protection, toutes catégories de protection confondues, les tribunaux ont tendance à interpréter la loi dans le sens d'une plus grande protection de l'incapable<sup>6</sup>. Or, le droit d'être représenté par avocat est incontestable et fondamental et ce, pour tous les sujets de droit. Pour certaines cultures, cet aspect fondamental se traduit par une représentation systématique. Par exemple, en matière de protection de la jeunesse, un avocat est, dans la plupart des cas, automatiquement désigné pour représenter l'enfant et ce, quel que soit son âge et sans qu'un tuteur *ad hoc* ne soit désigné pour préciser les termes du mandat. Il n'est donc pas rare que les débats devant la chambre de la jeunesse se fassent en présence de quatre avocats soit, un pour le Directeur de la protection de la jeunesse, requérant, un pour chacun des parents, si leurs positions ne sont pas communes, et un pour les enfants. Ce nombre augmentera dans les situations où un tiers, un grand parent par exemple, aura obtenu de la part du tribunal, la permission d'intervenir au débat. Tous admettront que les interventions de ces nombreux mandataires allongeront le débat et feront, par la même occasion, grimper les factures des honoraires judiciaires et extra judiciaires. Celles-ci seront parfois assumées par les parties mais dans la plupart des cas, elles seront en totalité assumées par l'État via l'aide juridique. Mais la durée, et le coût qui s'y rattache, n'ont pas d'importance quand un débat loyal dans le respect d'une règle aussi fondamentale que la règle *audi alteram partem* est assuré. Or, la représentation par avocat est habituellement une composante essentielle de cette règle<sup>7</sup>. Le droit d'être entendu, pour la personne qui est au cœur même du litige, que ce soit un mineur dont la sécurité ou le développement pourrait être compromis ou un majeur que l'on prétend inapte et en besoin de mesures de protection, doit être respecté, quel que soit le coût social, humain et financier. Sans quoi, le débat n'a tout simplement pas sa raison d'être.

Ceci étant dit haut et fort, il y a lieu de nous demander si le respect de ce droit fondamental qu'est le droit d'être entendu, passe pour le majeur inapte, systématiquement, automatiquement et dans tous le cas, par la nomination d'un avocat. Le législateur, par l'adoption de l'article 394.1 *C.p.c.*, mûrement réfléchi, discuté et décortiqué, il ne fait aucun doute, semble avoir pris position négativement par

<sup>4</sup> BARREAU DU QUÉBEC, « *La représentation des enfants par avocats, dix ans plus tard* », Bibliothèque nationale du Québec, mai 2006.

<sup>5</sup> Art. 33 C.c.Q., 257 C.c.Q.

<sup>6</sup> E. Deleury, *Le droit des personnes physiques* 3<sup>e</sup> Édition, Les Éditions Yvon Blais, à la page 365.

<sup>7</sup> *M.F. c. J.L., op. cit.*, note 2, au paragraphe 27.

l'imposition de deux critères soit la nécessité et la sauvegarde de l'intérêt. Nous tenterons donc de cerner la nature des situations où la désignation d'un avocat pour le majeur *estimé* incapable serait *nécessaire*. Dans un deuxième temps et dans un tel cas, comment un tel mandat devrait-il être exécuté et quels sont les défis qu'il soulève?

Dans les pages qui suivent nous tenterons donc de partager nos réflexions et notre expérience sur ces matières en tentant de répondre à ces questions.

## I. L'ORIGINE DU MANDAT

Les sources du mandat de l'avocat qui sera appelé à agir pour un majeur incapable sont multiples. L'avocat peut avoir été contacté suite à l'initiative d'un proche du majeur, par le mandataire, le tuteur ou le curateur, par un représentant du curateur public, par un des membres de la famille qui sera partie, ou pas, au débat judiciaire ou enfin par un des collègues déjà partie au processus judiciaire. Le majeur incapable, qu'il soit sous régime de protection ou non, peut également choisir lui-même un avocat dont les coordonnées pourront avoir été communiquées par une des personnes mentionnées ci dessus. Enfin, l'intervention du tribunal sera parfois requise. Voyons donc ces situations.

### a. En l'absence d'un régime de protection

En l'absence d'opposition et de régime de protection, l'avocat pourra agir au dossier pour un majeur incapable non protégé. En effet, dès les premiers articles du Code civil du Québec, le législateur énonce une des assises du droit civil, soit que tout être humain a la pleine jouissance de ses droits et est apte à les exercer pleinement<sup>8</sup>. Sa capacité à cet égard ne pourra être limitée que par la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection<sup>9</sup>.

Toutefois, si l'un des aspects soulevé par le litige pour lequel l'avocat est consulté est l'aptitude du majeur, il appartiendra à l'avocat concerné de déterminer dès la première approche, dans le cadre de sa relation confidentielle et exclusive avec son client, si ce dernier est apte à mandater<sup>10</sup>. Pour ce faire, il pourrait solliciter les services d'un expert pour l'assister dans cette étape préliminaire. Nous soumettons toutefois que si l'avocat n'est pas en mesure de résoudre cette question seul, il aurait tout intérêt à solliciter la confirmation de sa nomination auprès du tribunal afin que son intervention ne soit pas éventuellement remise en question ou pire, son intégrité soulevée. Ceci lui permettra d'obtenir une confirmation de son statut et de son rôle à l'égard de son client et des autres parties au litige. L'intervention d'un expert pourra

---

<sup>8</sup> Articles 1 et 2 *C.c.Q.* et E. Deleury, *Le droit des personnes physiques, op. cit.*, note 4.

<sup>9</sup> Art. 154 *C.c.Q.*

<sup>10</sup> Schirm, S. et Vaillant, P. « *La représentation des enfants en matière familiale : leurs droits, leur avenir* » Cowansville, Éditions Y. Blais inc., 2004, p. 86

cependant être particulièrement utile dans le cadre de l'exécution du mandat, pour mieux comprendre le client et ses limites et avoir une aide professionnelle pour communiquer avec lui efficacement et dans le respect de ses capacités.

## **b. Sous régime de protection**

L'avocat qui aurait été contacté par un majeur inapte déjà sous régime de protection, devrait en premier lieu solliciter l'autorisation du représentant légal pour agir. En effet, rappelons que ce régime, une fois établi, est destiné notamment à assurer l'exercice des droits civils du majeur<sup>11</sup>. En conséquence, il pourrait apparaître assez logique, sinon évident, de conclure que le majeur sous régime de protection ne peut pas mandater un avocat et qu'à moins que le jugement ouvrant le régime de protection ne se prononce sur ce point, ce qui est assez rare, cette responsabilité revient en exclusivité au représentant légal, qu'il soit tuteur, curateur ou mandataire. Ainsi, l'avocat qui serait approché par une personne sous régime de protection devrait, avant de débiter le mandat que souhaite lui confier le majeur protégé, discuter de cet aspect avec le représentant légal. Une réponse négative de sa part ne met toutefois pas fin à la démarche, bien au contraire.

Les représentants légaux ne sont habituellement pas juristes et leur nomination judiciaire peut découler d'un jugement qui n'a pas été contesté ou dont le débat a été très court. Ainsi, ils sont souvent très peu familiers avec les aspects légaux de leur rôle, l'étendue de leur pouvoir et le contenu de leur obligation et n'ont pas accès facilement à un avocat qui pourrait répondre aux questions qui se soulèvent souvent dans l'exécution de leur tâche. Ils agissent dans la plupart des cas, pour un être cher et la période ayant précédé leur nomination peut avoir été marquée par des embûches ou par des obstacles que la nomination a finalement aplanis. Ces personnes peuvent voir d'un très mauvais œil l'intervention d'un avocat qui leur est fort probablement inconnu et non recommandé et dont on se demande pourquoi il vient se mêler de questions extrêmement privées. En effet, son intervention sera souvent perçue comme une intrusion dans la vie privée familiale et on aura tendance à croire qu'il souhaite en quelque sorte ou bien troubler une quiétude familiale plus ou moins récente, remettre en question sinon leur rôle, du moins certaines de leur décision ou encore faire renaître un litige que l'on croyait définitivement réglé. Il est donc possible et même probable que le représentant légal refuse de confirmer le mandat que souhaite confier à l'avocat le majeur inapte. Dans un tel cas, l'avocat devra malheureusement saisir le tribunal de cette question, avec les inconvénients que cette démarche engendrera quant aux délais et aux coûts.

Compte tenu que le régime de protection a pour but de permettre au majeur représenté d'exercer ses droits civils, doit-on conclure que ce majeur ne peut en aucun cas mandater lui-même un avocat? Il semblerait que cette question doive recevoir une réponse négative.

---

<sup>11</sup> Art. 256 C.c.Q.

Dans une affaire rendue en 2003, mettant en cause l'étude Heenan Blaikie qui réclamait ses honoraires, l'Honorable juge Gilles Gagnon de la Cour du Québec chambre civile, division des petites créances, a fait un long développement relativement à la possibilité, pour une majeure sous régime de protection, de retenir les services d'un avocat sans le concours de son tuteur. Dans cette affaire, une requête en homologation du mandat donné par madame Lavoie-Robert en prévision de son inaptitude avait été intentée puis accueillie. Madame Lavoie-Robert avait ainsi été déclarée totalement inapte à prendre soin d'elle-même et à administrer ses biens. Cette dernière désirait porter ce jugement en appel et s'en est ouvert à une amie qui a soumis le dossier à un avocat qui pratiquait chez Heenan Blaikie. Ce dernier a débuté l'étude du dossier puis a demandé une avance à sa cliente. La caisse populaire a refusé le retrait demandé par madame Lavoie-Robert, vu le jugement la déclarant inapte. Deux jours, plus tard, elle décède, victime d'un arrêt cardiaque. Ce n'est que quelques jours plus tard que l'avocat, sur le point de déposer son avis d'appel, apprendra son décès. Il a donc fait parvenir aux mandataires son relevé d'honoraires que ces dernières ont refusé de payer, considérant qu'elles n'avaient jamais mandaté un avocat pour porter en appel la décision. En outre, elles considéraient que, légalement, elles étaient les seules personnes qui pouvaient confier un tel mandat, à l'exclusion de madame Lavoie-Robert. De fait, le mandat homologué mentionnait spécifiquement que les pouvoirs du mandataire étaient, notamment, d'instituer, de soutenir, d'abandonner ou de défendre, toute action, poursuite ou procédure concernant le mandant et retenir les services professionnels jugés utiles et nécessaires par le mandataire. À première vue, cela semble fatal mais il n'en est rien, quand on y regarde de plus près. En effet, après avoir déterminé que le jugement pouvait être porté en appel<sup>12</sup> et que la majeure inapte était partie au procès en première instance, le juge est arrivé à la conclusion que la majeure inapte avait donc le droit d'en appeler<sup>13</sup>. Il se demande ensuite si ce droit ne pouvait être exercé que par les représentants légaux, tel que prévu non seulement par le mandat homologué mais par l'article 493 C.p.c. qui se lit comme suit :

**493** Quand une partie est décédée ou est devenue incapable, son droit d'appel est exercé par ses représentants légaux.

Or, le juge constate qu'étant donné que la requête en homologation du mandat donné en prévision d'inaptitude est généralement présentée par les représentants légaux, il lui semble évident que ces derniers n'interjetteront pas appel si la Cour a fait droit aux conclusions qu'ils recherchaient. Le juge ajoute :

*« On ne peut également imaginer qu'en appel, à titre de requérantes, les représentantes légales, (...) recherchent la révocation de la déclaration d'inaptitude de leur mère et qu'à titre d'intimées, agissant également comme représentantes*

---

<sup>12</sup> Art. 26 (6) d) C.p.c.

<sup>13</sup> Art. 492 C.p.c.



*légales de leur mère, soit mandataires de celle-ci, elles espèrent que l'inaptitude de cette dernière soit maintenue. »<sup>14</sup>*

Ainsi, si le législateur a donné au majeur soumis contre son gré au régime de protection le droit de porter la décision en appel, il doit nécessairement lui en avoir donné les moyens en lui permettant de mandater un avocat à cette fin, sans l'assistance de son représentant légal.

Dans une autre affaire relative à la réclamation d'honoraires impayés, la question à trancher était de savoir si l'avocat était justifié d'accepter le mandat confié par un majeur sous tutelle en vue de faire réviser son régime de protection<sup>15</sup>. Le tuteur plaidait que la capacité était une condition essentielle à la validité de tout contrat. Ce contrat n'était pas valide, vu l'incapacité du majeur. Or, le tribunal constate que la nullité est relative et instaurée dans le but de protéger l'incapable. L'avocat connaissait l'incapacité, vu la nature même du mandat confié. Toutefois, étant donné que le majeur lui-même pouvait demander l'ouverture d'un régime à son endroit, il pouvait certainement être celui qui en demandait la révision. Il n'était donc pas déraisonnable pour un avocat d'accepter un tel mandat. Le juge ajoute que l'avocat doit être très prudent dans le choix de l'accepter et dans le mode d'exécution puisque ce mandat est susceptible d'être annulé ou les obligations qui en découlent réduites. Le juge précise donc, à juste titre, que l'avocat doit donc restreindre au minimum les démarches qui précéderont ses communications avec le représentant légal afin de déterminer l'opportunité de les poursuivre ou d'obtenir une nomination par le tribunal au besoin. Une telle nomination pourra être obtenue par le biais d'une demande d'intervention volontaire, si le processus judiciaire est déjà engagé, ou par le biais de l'article 394.1 C.p.c., en tout état de cause.

### **c. L'intervention de l'avocat sur autorisation judiciaire**

L'avocat qui, contacté par une personne qu'il estime inapte, pourra faire une intervention conservatoire pour se joindre à elle « pour l'assister, pour soutenir sa demande ou pour appuyer ses prétentions. »<sup>16</sup> et ce, en vertu de l'article 208 C.p.c. qui se lit comme suit :

#### **INTERVENTION VOLONTAIRE**

---

<sup>14</sup> *Heenan Blaikie c. L. Robert*, REJB 2003-46335.

<sup>15</sup> *Bélanger c. Séguin*, EYB 1995-85213

<sup>16</sup> Art. 209 C.p.c. : L'intervention volontaire est dite agressive lorsque le tiers demande que lui soit reconnu, contre les parties ou l'une d'elles, un droit sur lequel la contestation est engagée; elle est dite conservatoire lorsque le tiers désire seulement se substituer à l'une des parties pour la représenter, ou se joindre à elle pour l'assister, pour soutenir sa demande ou appuyer ses prétentions.

**208.** Celui qui a un intérêt dans un procès auquel il n'est pas partie, ou dont la présence est nécessaire pour autoriser, assister ou **représenter une partie incapable**, peut y intervenir en tout temps avant jugement.

(Les caractères gras sont nôtres)

Cet article est fréquemment utilisé par des avocats qui souhaitent représenter des enfants dans le cadre de procédures relatives à leur garde ou au droit d'accès des parents à leur égard. Dans un tel contexte, il s'agira d'un enfant qui a une certaine maturité et qui est capable d'exprimer ce qu'il désire. N'étant pas partie au litige, il demandera à son avocat d'intervenir pour que ce statut lui soit reconnu<sup>17</sup>. La situation est différente pour un majeur inapte car, quel que soit le litige dans lequel il est engagé, il en est une partie. En effet, dans le cadre de toutes les procédures le concernant, le majeur est non seulement partie au litige mais lui et ses intérêts sont au cœur même de ce litige. Qu'il s'agisse d'une demande d'ouverture d'un régime de protection<sup>18</sup>, en révision des mesures de protection<sup>19</sup> en homologation du mandat donné en prévision d'inaptitude<sup>20</sup>, ou en autorisation de soins et d'hébergement<sup>21</sup>. Ainsi, l'article 394.1 *C.p.c.* nous semble plus adapté aux situations soulevées par le sujet qui nous occupe et nous nous y attarderont d'avantage.

#### d. La nomination par le tribunal

La demande d'ouverture d'un régime de protection ne se produira en principe que lorsque que le majeur a besoin d'être protégé. De plus, dans cette matière, de même que dans le cadre d'une homologation d'un mandat donné en prévision d'inaptitude tout comme dans le cadre d'une demande d'autorisation de soin et d'hébergement, ces demandes surviendront souvent, sinon toujours, en raison de l'état de santé d'un majeur dont les facultés sont altérées par la maladie ou par un accident. Le législateur n'a pas prévu que ce majeur soit automatiquement représenté par avocat, bien au contraire. Il a prévu deux critères différents et cumulatifs. L'article 394.1 *C.p.c.* se lit comme suit :

#### DE LA REPRÉSENTATION ET DE L'AUDITION D'UN MINEUR OU D'UN MAJEUR INAPTE

**394.1.** Lorsque, dans une instance, le tribunal constate que **l'intérêt** d'un mineur ou d'un majeur qu'il **estime inapte est en jeu** et qu'il est **nécessaire pour en assurer la sauvegarde** que le mineur ou le majeur inapte soit représenté, il peut, même

---

<sup>17</sup> *M.F. c. J.L., op. cit., note 2.*

<sup>18</sup> Art. 877 *C.p.c.*

<sup>19</sup> Art. 844 et 883 *C.p.c.*

<sup>20</sup> Art. 884.1 *C.p.c.*

<sup>21</sup> Art. 776 *C.p.c.*

d'office, ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de le représenter.

Le tribunal peut aussi rendre toute ordonnance utile pour assurer cette représentation, notamment statuer sur la fixation des honoraires payables à son procureur et déterminer à qui en incombera le paiement.

(Les caractères gras sont nôtres)

Nous mentionnions un peu plus haut qu'en matière de protection, les tribunaux ont tendance à interpréter la loi dans le sens d'une plus grande protection de l'incapable. Il pourrait être tentant de penser que cette protection passe toujours par la nomination d'un procureur pour l'incapable ou pour celui qu'on prétend comme tel. Dans un tel cas, l'avocat qui s'y objecte, et surtout son client, risque d'être vu comme la partie dont il faut se méfier qui a à cœur ses propres intérêts, ou du moins des intérêts ou des objectifs contraires au meilleur intérêt du majeur concerné, le seul élément dont il faut vraiment se soucier. Il est même relativement inconfortable pour un avocat de s'objecter à ce qu'un de ses confrères soit désigné par la Cour pour représenter un majeur que l'on prétend incapable et, par voie de conséquence, nécessairement vulnérable. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il n'a pas, à première vue du moins le plus beau rôle.

Pourtant, la loi précise que toute décision relative à l'ouverture d'un régime de protection ou qui concerne un majeur protégé doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie<sup>22</sup>. Nous soumettons que, dans certains cas, une représentation additionnelle par un avocat distinct n'est pas nécessairement dans le meilleur intérêt du majeur. En effet et à notre avis, le meilleur intérêt du majeur estimé incapable réside certainement dans le respect des étapes énoncées à l'article 394.1 C.p.c.. Saisi d'une demande pour qu'un procureur soit désigné pour un majeur, le tribunal, en application de cet article, doit en premier lieu estimer que ce dernier est incapable. Il nous apparaît qu'à cette étape très préliminaire, une preuve assez sommaire sera amplement suffisante. En effet, tel qu'indiqué déjà, l'état de santé et d'aptitude du majeur concerné est déjà au cœur du litige et la requête introductive d'instance, qui sera habituellement appuyée de pièces, alléguera cet élément. Le tribunal pourra sans aucun doute prendre connaissance de ces pièces, habituellement des rapports médicaux, pour résoudre cette question<sup>23</sup>. L'analyse ne s'arrête pas là. À l'étape suivante du

---

<sup>22</sup> Art. 257 C.c.Q. Voir également l'excellente analyse du juge Jean-Jude Chabot dans *Québec (Curateur public) et P.L. (R.)*, [1993] R.R.Q. 1455, à la page 1460 où il indique notamment : « *Le Tribunal ajouterait également, s'il s'agit d'une personne handicapée ou d'une personne âgée, dans le respect des droits prévus à l'article 48 de la Charte des droits et libertés de la personne, qui stipule que « [t]oute personne âgée ou toutes personnes handicapées a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation » et qu'elle a « aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu.* »

<sup>23</sup> *V. (B.) c. C. (O.)*, EYB 2005-92960 (C.S.)

processus, le juge doit déterminer si la représentation par avocat est nécessaire pour assurer la sauvegarde de l'intérêt du majeur.

Dans l'affaire *M.F. c. J.L.*,<sup>24</sup> la Cour d'appel était saisie d'un pourvoi contre un jugement rendu par la Cour supérieure qui avait rejeté la requête pour remplacer une avocate nommée en vertu de l'article 394.1 *C.p.c.* pour représenter un enfant. Bien que ce dernier n'avait pas tout à fait 10 ans, il n'était pas contesté par les parties que cet enfant était alors mature, capable de s'exprimer et « *capable of instructing counsel on his own behalf* »<sup>25</sup>. Voici ce que nous enseigne la Cour d'appel à l'égard du critère de nécessité, dans ce contexte:

« [61] *Par ailleurs, je crois que mon collègue Pelletier a raison d'insister sur le caractère de nécessité qui doit guider le juge dans le choix de la mesure prévue à l'article 394.1 C.p.c. Il ne faut pas que la nomination d'un procureur à l'enfant, ou au majeur inapte, soit perçue comme la seule façon, voire même comme la façon privilégiée, d'assurer la sauvegarde de leur intérêt. Mon collègue a raison, à mon avis, de rappeler que le juge ne devrait recourir à cette mesure qu'en cas de nécessité.* »<sup>26</sup>

(Les caractères gras sont nôtres)

La nomination d'un procureur distinct aura certainement un impact considérable sur la suite du litige. Dans certains cas, ce procureur pourra être la voix neutre dont les parties et leurs procureurs peuvent avoir de besoin pour reprendre un dialogue rompu par des conflits complexes, exacerbés par le litige judiciaire. L'intervention de cet avocat pourra même, dans bien des cas, amener un règlement du litige sans la tenue d'une audition contestée, au bénéfice de toutes les parties et à moindres coûts. Dans d'autres cas cependant, ce procureur pourrait alourdir le processus et accroître les inconvénients engendrés par une telle intervention alors que d'autres solutions pourraient être préférables :

« [67] (...) *Le critère de nécessité est important car la mesure peut en effet comporter des inconvénients. Ainsi, en matière familiale, là où la problématique se soulève le plus fréquemment, une telle intervention est susceptible d'alourdir le débat et de prolonger une enquête déjà propice à l'exacerbation des émotions. Avant d'y recourir, il faut donc que le juge estime que ni l'audition de la personne concernée en qualité de témoin ni les autres outils, comme les expertises psychosociales par exemple, ne lui permettront de dégager avec suffisamment de certitude les*

---

<sup>24</sup> *M.F. c. J.L.*, *op. cit.*, note 2.

<sup>25</sup> *M.F. c. J.L.*, *op. cit.*, note 2, paragraphe 12.

<sup>26</sup> *M.F. c. J.L.*, *op. cit.*, note 2, motifs du juge Chamberland

*éléments propres à assurer la sauvegarde des intérêts du mineur ou de l'inapte. »<sup>27</sup>*

Par ailleurs, dans le débat tel qu'engagé, il pourrait apparaître que les positions des parties, une fois énoncées et mises en preuve vident la question et permettrait de solutionner le litige dans un sens ou dans l'autre. Dans un tel cas, l'ajout d'un procureur qui reprendrait une ou l'autre des deux positions pourrait ne pas être nécessaire<sup>28</sup>, particulièrement dans les cas où le majeur n'a pas la capacité de confier à un procureur un mandat ou des instructions pour le représenter. Sans cet apport de son client, l'avocat pourrait avoir peu à dire sauf à exprimer sa propre vision des choses, ce qui n'est pas le rôle de l'avocat mais plutôt celui d'abord du juge ou de *l'amicus curiae* dont le mandat consiste à aviser la Cour de l'intérêt de la personne, en toute objectivité et avec neutralité, sans égard à la voix de la personne concernée. Par ailleurs, même dans les cas où le majeur est incapable de mandater, cette nécessité pourra découler de la nature du débat et surtout, de la position des parties qui apparaîtraient au tribunal incapables d'évaluer objectivement le meilleur intérêt de la personne concernée :

*« [24] In the examination of the roles of attorneys representing children, I do not wish to suggest that an attorney need to be appointed to represent a child whenever there are divorce or separating proceedings pending between his parents. On the contrary, in the vast majority of cases (...) these problems are resolved by the parties themselves with the aid of their attorneys and a bit of common sense and goodwill, doubtless after consulting the children, and with proper concern for their best interests.*

*[25] In some cases, however, independent representation for the child becomes necessary because it is apparent that the parties themselves are unable to resolve these problems and they are not longer capable of appreciating the desires and needs of the child or evaluating his interests objectively. (...) »<sup>29</sup>*

L'évaluation de la capacité du majeur inapte de confier à un procureur un mandat ou des instructions pour le représenter ne fait pas partie des critères d'analyse énoncés par la Cour d'appel. Nous croyons cependant que cette question devait aussi faire partie de l'analyse à laquelle se doit de procéder un juge saisi d'une telle demande. En effet, cet aspect nous semble essentiel pour déterminer la nécessité de désigner un procureur. En particulier, il nous apparaîtrait pour le moins questionnable que serait nié à une personne, quoique *estimée inapte*, qui posséderait néanmoins une capacité résiduelle suffisante pour comprendre l'essentiel des enjeux du débat qui la concerne, le droit d'être représentée si tel est son choix pour le motif que cela ne serait pas

---

<sup>27</sup> *M.F. c. J.L., op. cit.*, note 2, motifs du juge Pelletier

<sup>28</sup> *V. (B.) c. C. (O.) (C.S.)* 6 juillet 2005 EYB 2005-92960

<sup>29</sup> *M.F. c. J.L., op. cit.*, note 2.

*nécessaire*. À l'inverse, si la personne ne serait pas en mesure de donner des instructions à un avocat, il y aurait tout lieu de se demander, dans le cadre de l'évaluation de la nécessité, comment ce dernier pourrait agir, en vertu de qu'elles instructions et selon quel mandat. Dans un tel cas, l'article 394.2 *C.p.c.* pourrait *a priori* trouver application. Il se lit comme suit :

**394.2.** Afin de favoriser une représentation adéquate du mineur et du majeur inapte, le tribunal doit, même d'office, dans tous les cas où l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur inapte est opposé à celui de son représentant légal, lui désigner un tuteur ou un curateur ad hoc.

Pour le juge Pelletier, dans l'affaire sous étude, une partie qui n'a pas la capacité d'exprimer sa volonté n'a que faire d'un porte-parole judiciaire mais aurait plutôt besoin d'un représentant légal qui prendra position en ses lieu et place, choisira le porte-parole et lui donnera lui-même des instructions<sup>30</sup>. Il semble donc prendre position à l'effet que l'article 394.1 *C.p.c.* ne s'appliquerait pas aux personnes incapables de confier à un procureur un mandat ou des instructions pour les représenter. Le juge Chamberland n'est toutefois pas en accord avec cette position. Il indique que le procureur désigné suivant l'article 394.1 *C.p.c.* pourra représenter une personne incapable d'exprimer un avis éclairé sur ce en quoi réside son meilleur intérêt. Toutefois, ce procureur n'utilisera pas les mêmes moyens dans les deux cas. Tout comme le juge Chamberland, nous ne croyons pas que l'application de l'article 394.1 *C.p.c.* doive être limitée comme le propose le juge Pelletier. Cet article pose comme condition l'intérêt de la personne concernée et la nécessité qu'elle soit représentée. L'inaptitude à mandater peut, dans certains cas, avoir pour conséquence que la représentation n'est pas nécessaire<sup>31</sup> mais encore ici, il n'y a pas d'automatisme et chaque cas doit rester un cas d'espèce. En vertu de la loi et à notre avis, rien n'empêche de désigner un procureur à une personne inapte à mandater. C'est le mode de représentation ou l'étendue du mandat qui variera selon les besoins et capacités de la personne concernée. Par la suite, comme dans l'exécution de tout mandat, l'avocat agira selon les instructions reçues ou la volonté exprimée, oui encore selon la nature du mandat confié par le tribunal, tel que nous le verrons ci-dessous.

## II. MODE DE REPRÉSENTATION

C'est la capacité de la personne d'exprimer ses désirs et de donner des instructions à son procureur qui déterminera l'étendue du mandat<sup>32</sup> et le mode de représentation. Précisons dès maintenant qu'en ces matières, comme c'est souvent le cas relativement à toutes les questions qui entourent l'inaptitude d'une personne, le

---

<sup>30</sup> *M.F. c. J.L., op. cit.*, note 2, paragraphe 66.

<sup>31</sup> Voir à titre d'exemple *D.P. c. G.G.* 100-04-001107-986, le 6 novembre 2003, L'Honorable Claude Henri Gendreau

<sup>32</sup> *F.(J.) c. L.(C.) REJB 2003-48773 (C.S.)*

chemin est parsemé de zones grises et d'incertitudes. Pour les combler et connaître la teneur du rôle de l'avocat, le meilleur outil, et souvent le seul, sera sa propre décision à cet égard suite à son évaluation de l'étendue de l'inaptitude de son client et ses conséquences sur sa capacité de mandater, ses désirs et en dernier lieu son meilleur intérêt au sens large.

D'un point de vue théorique, il faut néanmoins faire une distinction entre le cas où le majeur a exercé son droit d'être représenté en retenant lui-même les services d'un avocat du cas où le mandat de l'avocat découle de l'intervention du tribunal qui a constaté que cette représentation était nécessaire pour assurer la sauvegarde de l'intérêt de la personne estimée inapte. La nature du mandat de l'avocat dépendra de cette distinction non pas en raison du mode de nomination mais plutôt en raison de la capacité de la personne de mandater<sup>33</sup>. Ainsi, dans le premier cas, le majeur a fort probablement déjà établi les motifs pour lesquels il a retenu les services d'un avocat et la nature du mandat qu'il souhaite lui confier. Dans le second cas, la situation suggère que l'inaptitude du majeur pourrait être plus grande modulant par le fait même le mandat de l'avocat entre le rôle de défenseur traditionnel, autrement dit un conseiller et un procureur, celui *d'amicus curiae* et celui de défenseur des droits et du meilleur intérêt du majeur inapte.

a. **L'aptitude à mandater**

Nous avons déjà mentionné que c'est l'avocat, prestataire de services, qui doit déterminer avant même d'accepter un mandat de la part d'un client prospectif, s'il est en mesure de mandater. Cette détermination devrait, à notre avis, reposer d'abord sur l'évaluation de la capacité de la personne à communiquer, ensuite sur sa capacité à comprendre l'information transmise et enfin sur sa capacité à donner des instructions. Ces trois éléments permettraient à l'avocat d'obtenir, de la part de la personne qui souhaite être représentée, un échange essentiel à l'établissement de la relation avocat-client de même qu'une entente mutuelle à l'égard des services à être rendus. En outre, il est bien connu que l'aptitude d'une personne peut varier dans le temps et selon les sujets soulevés. Nous avons en effet constaté qu'une personne en perte d'autonomie ou dont les facultés sont altérées en raison d'une maladie dégénérative est parfois en mesure de tenir une conversation relativement à des sujets neutres tels l'actualité ou la politique et peut ensuite devenir plus ou moins cohérente lorsque des sujets plus sensibles pour elle qui comportent une part d'émotivité, tels le litige ou les relations familiales, sont abordés.

Ainsi, avant d'engager une personne ayant des capacités résiduelles, certes, mais néanmoins que l'on peut estimer altérées, un avocat se doit, à notre avis, d'être très prudent. Cette prudence passe par des vérifications ponctuelles des capacités de

---

<sup>33</sup> *Droit de la famille-1549*, [1992] R.J.Q. 855 (J.E. 92-509) (C.A.)

son client non seulement à communiquer et à manifester ses désirs mais ce client doit également comprendre les informations et les enjeux de même que les conséquences de ses choix, quitte à réduire ces informations au strict minimum et à l'essentiel. Voilà donc notre approche lorsqu'il est question d'accepter un mandat qui émane d'une personne estimée inapte ou que l'on prétend comme tel. Nous reconnaissons toutefois et en toute simplicité que la Cour d'appel n'en demande pas tant, du moins lorsqu'il est question de déterminer la capacité d'un enfant à mandater et la nature du mandat qu'il peut confier. Certains critères ont été élaborés pour cerner le concept de maturité, en évaluer le degré chez l'enfant de même que son niveau de discernement. Sans élaborer davantage sur le sujet, retenons simplement que la Cour d'appel est d'avis que si l'enfant est suffisamment mature pour s'exprimer, il a le droit d'être entendu. Ce droit implique, on le sait, le droit d'être représenté par avocat. Ceci implique aussi qu'il a le droit de lui donner des instructions et que celles-ci soient exécutées en conformité avec ses désirs. Il a donc la capacité de mandater :

« [35] *In my respectful view, if a child is **sufficiently mature to express himself** on a vital question (...), then he has a right to be heard on that question and the right to have his wishes fairly put in evidence before the court. If the child has the capacity and the desire to express his wishes, then that is a fundamental right that must be respected by counsel who represents him, whether or not counsel may have a different personal opinion on the matter.*»<sup>34</sup>

(Les caractères gras sont nôtres)

Bien que de grandes différences puissent être établies entre la clientèle des enfants et celle des majeurs inaptes, il n'y a pas lieu d'en faire lorsqu'il est question du droit fondamental d'être entendu. En conséquence, force est de conclure que bien rares seront les majeurs inaptes qui seraient considérés inaptes à mandater, compte tenu du niveau d'exigence peu élevé énoncé par la Cour d'appel. Ceci est par ailleurs fort opportun puisque, encore une fois, le droit d'être représenté est un des éléments inhérent au droit d'être entendu, fondamental dans notre système de justice.

En ce qui a trait au mode de représentation, le procureur, une fois désigné, agira comme dans tout mandat conventionnel et sera tenu de respecter le mandat qui lui sera confié par son client et de présenter au tribunal ses désirs<sup>35</sup>. En cas de divergence entre le client et son avocat, ce dernier doit cesser d'occuper.

## b. L'inaptitude à mandater

---

<sup>34</sup> M.F. c. J.L., *op. cit.*, note 2, paragraphe 35.

<sup>35</sup> M.F. c. J.L., *op. cit.*, note 2.



Lorsque le majeur n'est pas en mesure de communiquer des instructions ou est incapable à mandater, il a néanmoins le droit d'être représenté. Toutefois, l'état du droit n'est pas encore clairement établi quant à la nature du mandat de l'avocat ni quant au mode de représentation.

En effet, la Cour d'appel dans l'affaire *M.F. c. J.L.* a reconnu en partie que les personnes incapables pouvaient mandater sans toutefois préciser la nature du mandat, les trois juges ayant composé le banc étant divisés sur cette question.

L'Honorable juge François Pelletier estime que lorsque les capacités intellectuelles d'une personne sont trop réduites pour qu'elle soit en mesure d'exprimer son avis sur ce qui serait son meilleur intérêt, la nomination d'un avocat n'est pas indiquée<sup>36</sup> de sorte que dans ces circonstances, le mode de représentation du majeur ne se pose pas. Il est d'avis que dans certains cas, la nomination d'un tuteur *ad hoc* qui choisirait l'avocat et lui communiquerait ses instructions pourrait être appropriée alors que dans d'autres cas, la nomination d'un avocat à titre *d'amicus curiae* pourrait être une voie mieux adaptée pour protéger les droits de la personne concernée. Ces deux cas excluent donc le mandat de l'avocat exprimé par le majeur incapable et évacue la question du mode de représentation puisque dans la première situation, l'avocat exécutera un mandat conventionnel pour le bénéfice de son client, le tuteur *ad hoc* alors que dans l'autre cas, l'avocat agira à titre *d'amicus curiae*, pour le bénéfice du tribunal avec les pouvoirs et devoirs énoncés par la jurisprudence.

Les deux autres juges dans la même décision n'excluent pas que la nomination d'un tuteur *ad hoc* ou d'un avocat à titre *d'amicus curiae* puisse dans certains cas être requise mais ils sont en désaccord avec la position du juge Pelletier à l'effet qu'un avocat pour le bénéfice de la personne incapable n'est pertinent que dans ces deux cas, c'est à dire, si cette personne n'est pas en mesure de mandater. Toutefois, ils n'indiquent pas quel serait le mode de représentation de l'avocat chargé de représenter une personne incapable à mandater.

Le Barreau a pris position sur le rôle de l'avocat chargé de représenter les enfants<sup>37</sup>. Nous sommes en accord avec cette position qui peut, à notre avis, être adaptée à la représentation des majeurs incapables. Ainsi, une fois nommé, l'avocat détiendra un mandat légal qui consiste à s'assurer que le tribunal bénéficiera de tous les éléments pertinents à la décision qui doit être rendue. Il doit veiller à la protection des intérêts et des droits de son client en s'assurant que seront portés à la connaissance du tribunal les éléments qui lui permettraient d'évaluer tous les aspects de la situation du majeur. Dans un tel cas, l'avocat doit interroger et contre-interroger les témoins, retenir lui-même les services d'un expert au besoin et mettre de l'avant, dans la mesure où ils sont connus, les désirs de son client. En dernier lieu, il ne doit pas témoigner ni communiquer son opinion personnelle quant aux conclusions recherchées ou quant au

---

<sup>36</sup> *M.F. c. J.L.*, *op. cit.*, note 2, paragraphe 65

<sup>37</sup> Barreau du Québec, *op. cit.*, note 4.

meilleur intérêt de la personne à protéger, cette dernière n'ayant aucune pertinence et la détermination de cet élément appartient, à notre avis, en exclusivité au tribunal.

### III. L'EXÉCUTION DU MANDAT ET SES PARTICULARITÉS

Rappelons que le rôle traditionnel de l'avocat ne se limite pas à plaider selon les instructions de son client. Il a aussi le devoir de cerner le problème, de trouver la meilleure solution, de la suggérer et de prévenir son client des issues possibles et même de ce qui lui apparaît être dans son meilleur intérêt<sup>38</sup>. Avant d'être un plaideur, l'avocat est un conseiller. Ceci dit, à la fin, le client a le droit que sa position soit mise de l'avant et défendue devant le tribunal et l'avocat a l'obligation professionnelle d'exécuter minutieusement les instructions données et ce, qu'elle que soit son opinion sur le sujet.

Par ailleurs, l'avocat doit rester indépendant vis-à-vis des personnes qui gravitent autour du majeur et ce, quel que soit l'origine du mandat. Il devrait pouvoir communiquer avec ces personnes pour compléter sa propre enquête, avec le consentement ou en présence de leurs procureurs respectifs, le cas échéant, et retenir les services d'un expert au besoin. Enfin, il devra bien entendu avoir accès à son client en toute confidentialité.

Attardons nous maintenant sur trois situations qui sont susceptibles de survenir dans le cadre de l'exécution habituelle du mandat dans de telles circonstances, soit l'accès à l'information confidentielle qui ne fait pas déjà partie de la preuve, la négociation hors cour et la conciliation judiciaire.

#### a. L'accès aux documents confidentiels

Pour que l'exécution du mandat de l'avocat soit utile et efficace, il doit avoir accès à toutes les informations qu'il estime nécessaires. Ce sera habituellement le cas des évaluations médicale, psychiatrique, en ergothérapie et psychosociale qui se retrouvent dans le dossier médical de l'usager.

La situation qui se présente le plus fréquemment en matière de confidentialité concerne les dossiers médicaux tenus dans les établissements de santé et de services sociaux, en particulier dans les Centres locaux de services communautaires et les centres hospitaliers de soins généraux. La *Loi sur les services de santé et les services sociaux*<sup>39</sup> prévoit, à l'article 17, ce qui suit :

**17.** Tout usager de 14 ans et plus a droit d'accès à son dossier.

---

<sup>38</sup> *N.V. c. L.M.*, C.S., (Trois-Rivières) 400-12-015569-038, 2003/12/09, juge Robert Legris (B.E. 2004BE-170); *M.F. c. J.L.*, *op. cit.*, note 2, paragraphe 36.

<sup>39</sup> *Loi sur les Services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2.

(...)

L'avocat qui représente une personne apte à mandater a donc accès au dossier de son client, avec l'accord de ce dernier. Cet accord sera communiqué par écrit à l'établissement et ce, qu'il y ait ou pas un régime de protection en vigueur.

Par ailleurs, cet avocat ne pourra avoir accès aux documents confidentiels que dans la mesure où son propre client y aurait lui-même accès. En effet, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* limite l'accès de l'utilisateur aux informations contenues dans son dossier, par l'article 18 qui prévoit ce qui suit :

**18.** Un usager n'a pas le droit d'être informé de l'existence ni de recevoir communication d'un renseignement le concernant et contenu dans son dossier qui a été fourni à son sujet par un tiers et dont l'information de l'existence ou la communication permettrait d'identifier le tiers, à moins que ce dernier n'ait consenti par écrit à ce que ce renseignement et sa provenance soient révélés à l'utilisateur. (...)

Ainsi, les informations, souvent fort importantes, qui se retrouvent au dossier d'un usager et qui émanent d'une tierce personne que ce soit un membre de la famille ou un ami, ne seront pas accessibles à l'utilisateur ni à son avocat sans l'accord de cette tierce personne.

Par ailleurs, en ce qui a trait au client inapte à mandater, l'autorisation pourra être donnée par le représentant légal, s'il en est pourvu. Soulignons toutefois que cet accès est limité aux termes de l'article 22 qui se lit comme suit :

**22.** Le tuteur, le curateur, le mandataire ou la personne qui peut consentir aux soins d'un usager a droit d'accès aux renseignements contenus au dossier de l'utilisateur **dans la mesure où cette communication est nécessaire pour l'exercice de ce pouvoir.**

Requérant d'un usager.

La personne qui atteste sous serment qu'elle entend demander pour un usager l'ouverture ou la révision d'un régime de protection ou l'homologation d'un mandat donné en prévision de son inaptitude, a droit d'accès **aux renseignements contenus dans l'évaluation médicale et psychosociale de cet usager, lorsque l'évaluation conclut à l'inaptitude de la personne à prendre soin d'elle-même et à administrer ses biens.** Un seul requérant a droit d'accès à ces renseignements.

(Les caractères gras sont nôtres)

En vertu du premier alinéa de cet article, l'accès du représentant légal au dossier médical de l'utilisateur sera limité aux informations qui doivent être obtenues pour lui permettre d'exécuter les fonctions de sa tâche, en l'occurrence, consentir aux soins de santé du majeur protégé. Les informations antérieures ou non contemporaines aux soins sous étude ne sont donc pas accessibles au représentant légal. Par voie de conséquence, elles ne devraient pas être davantage accessibles à l'avocat qui représente une personne incapable à mandater, sous régime de protection.

En vertu du second alinéa de l'article 22, l'information accessible est encore plus limitée puisque seule l'évaluation médicale et l'évaluation psychosociale seront communiquées dans la mesure où elles établissent que la personne concernée est incapable.

Or, les informations contenues au dossier d'un usager, quoique confidentielles, peuvent être pertinentes au litige au sein duquel le majeur est impliqué. Dans certaines situations, leur accès et leur divulgation pourraient être dans le meilleur intérêt de ce dernier. Prenons par exemple un litige en homologation d'un mandat donné en prévision d'incapacité. Si le majeur devenu incapable a verbalisé aux membres de l'équipe de soins avoir été victime d'abus ou d'exploitation de la part du mandataire prospectif, cette information est certainement pertinente au litige. Il en va de même pour les notes d'évolution contemporaines à la signature de documents, dont un mandat donné en prévision d'incapacité, par le majeur. Ainsi, à la lumière de l'histoire connue et de la teneur du litige, les parties du dossier médical qui auront été communiquées à l'avocat pourront lui apparaître insuffisantes ou incomplètes. Dans un tel cas, l'avocat pourra se prévaloir des dispositions de l'article 19 de la même loi qui se lit comme suit :

**19.** Le dossier d'un usager est confidentiel et nul ne peut y avoir accès, si ce n'est avec le consentement de l'utilisateur ou de la personne pouvant donner un consentement en son nom. Un renseignement contenu au dossier d'un usager peut toutefois être communiqué sans son consentement:

**1° sur l'ordre d'un tribunal** ou d'un coroner dans l'exercice de ses fonctions;  
(...)

(Les caractères gras sont nôtres)

Mentionnons que l'avocat désigné pour représenter une personne incapable n'exerce pas ses droits en ses lieux et place. Le droit au respect de la vie privée est enchâssé dans la *Charte des droits et libertés de la personne* et le respect de la confidentialité des dossiers en fait partie et est opposable à tous. Une illustration intéressante se retrouve dans une affaire rendue en 1994. La Cour supérieure était saisie d'un litige relatif à la validité d'un mandat donné en prévision d'incapacité et de la nécessité de procéder à l'ouverture d'un régime de protection, au besoin. Un

procureur avait été désigné pour représenter la majeure concernée et faire valoir ses désirs. Au cours d'une des dernières journées d'enquête, le procureur de la majeure a fait entendre le notaire de cette dernière et lui a demandé de produire une copie du testament rédigé par elle. Le notaire s'est objecté à cette demande, soulevant le secret professionnel. Or, la majeure, totalement inapte, ne pouvait pas relever le notaire de son secret et son procureur, invoquant son statut de procureur, soumettait qu'il avait accès à cette information et a insisté pour que sa demande soit accueillie. L'audition fut ajournée pour permettre à la Chambre des notaires d'intervenir au débat sur cette question, formulée de la façon suivante : « *(La majeure) étant incapable de donner un consentement valable, son procureur peut-il exiger de prendre connaissance de son testament au motif qu'il serait « investi » des droits de cette dernière?* ».<sup>40</sup> Pour répondre, le tribunal a identifié les pouvoirs d'un procureur à l'inapte en effectuant une analogie avec le procureur désigné pour l'enfant pour finalement conclure que l'avocat n'avait pas accès à cette information confidentielle. Le jugement est essentiellement à l'effet que l'avocat désigné par la Cour pour représenter une personne incapable n'est pas, de ce fait, investi de tous les droits et les attributs de la personne qu'il représente. Il ne peut pas exercer ses droits à sa place, ce que seul un représentant légal peut faire. Il n'est pas plus investi de la personnalité juridique de son client et il n'a pas les mêmes droits et les mêmes privilèges que la personne ainsi représentée. De ce fait, le procureur ne peut donc pas requérir et obtenir tout document qu'il juge pertinent comme le ferait la personne elle-même. Nous ajoutons que dans cette affaire, la pertinence du document était douteuse et le refus d'en permettre l'accès était également fondé sur cet élément.

Voyons donc maintenant comment l'avocat représentant un majeur inapte devrait s'y prendre pour exécuter les fonctions inhérentes à son rôle de représentant, soit la négociation et la conciliation et qu'elles devraient être les attentes de ses adversaires à cet égard.

#### **b. Les méthodes alternatives de résolution de conflits**

Entre le moment où le recours judiciaire sera entamé et celui où le jugement sera rendu, l'avocat devra prendre une foule de décisions et poser de multiples gestes qui auront une influence certaine, parfois déterminante, sur la suite des événements. De la négociation de l'entente sur le déroulement de l'instance, aux conditions pour consentir à une expertise ou à un interrogatoire, aux admissions de nature à circonscrire le débat et à réduire le nombre de témoins et le nombre de journées d'enquête, l'avocat doit, dans l'exécution de son mandat, négocier des ententes avec ses collègues de la partie adverse. Dans la plupart des cas, les éléments à prendre en considération auront été discutés avec le client qui prendra la décision quant à l'approche choisie ou quant au résultat souhaité.

---

<sup>40</sup> *B. E. (M.); E. (G.), E. (P.), E. (F.) c. E. (B.) es qualités et le Curateur public du Québec*, EYB 1994-28723, paragraphe 14.

L'avocat représentant un majeur inapte n'aura pas toujours la possibilité de discuter avec son client des aspects périphériques de son mandat et d'obtenir de sa part des instructions claires ou du moins une décision arrêtée quant à l'un ou l'autre des aspects du litige ou de la stratégie. Bien entendu, l'avocat est maître de son dossier et il peut régler des questions procédurales reliées au déroulement harmonieux et expéditif du dossier sans avoir à obtenir des instructions précises et spécifiques de la part de son client sur tous les aspects du dossier<sup>41</sup>. Il n'en demeure pas moins que sa marge de manœuvre et son pouvoir discrétionnaire sont par ailleurs limités par l'absence d'entente avec son client sur la plupart des aspects de son mandat. L'avocat pourra donc gérer seul les questions procédurales reliées aux étapes du dossier pour en assurer une progression efficace. Toutefois, dans les cas où il est d'avis que son client est inapte à mandater, l'avocat pourrait être sans aucun pouvoir pour les aspects de nature à mettre en jeu les droits de son client, tel que nous le verrons ci-dessous.

### **i. Les négociations hors cour**

Les litiges donnent toujours lieu à une forme ou une autre de négociations hors cour entre procureurs sur des sujets sensibles tels que la négociation de mesure provisoires, de mesures de sauvegarde ou des mesures finales. La question qui se soulève dans de tels cas est qu'elles sont les limites du mandataire représentant le majeur estimé inapte? L'avocat, peut-il, par sa signature ou par son consentement, engager son client ou le soumettre à des mesures auxquelles il n'est pas en mesure de donner un consentement libre et éclairé? Poser la question, c'est y répondre. Et pourtant, elle se pose, et régulièrement.

Il est donc nécessaire de rappeler en premier lieu les notions de base du mandat. Sa source se retrouve à l'article 2130 *C.c.Q.* qui se lit comme suit :

**2130.** Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer.

Ainsi, il apparaît assez clair qu'un avocat puisse engager son client dans le cadre d'ententes entre procureurs. Il est tout aussi clair que cette règle vise le majeur apte à mandater. La situation est toute autre pour un avocat qui représente une personne inapte à mandater qu'il soit désigné par le tribunal, par le représentant légal ou par le majeur lui-même. Si la personne est inapte à mandater, ce procureur doit assurer la sauvegarde de ses droits car elle n'est pas en mesure de le faire elle-même. Dans un tel cas, les questions qui touchent ses droits ne peuvent faire l'objet d'un mandat donné par cette personne car elle en est incapable. Ce serait donc à tort qu'on invoquerait les règles du mandat pour définir les droits et obligations de l'avocat.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> *Aliments Supra Inc. (Syndic de)*, (C.A.), 2004-05-27, SOQUIJ AZ-50253488, REJB 2004-64849

Ainsi, les actes que pourra poser cet avocat seront limités à ce qui sera nécessaire à l'exécution du mandat de protection des droits du majeur.

Dans ce contexte, il nous apparaît évident que l'avocat ne peut engager le majeur qu'il estime inapte à mandater et ce, d'aucune façon. Il ne peut par ailleurs consentir qu'une ordonnance, ne serait-ce qu'intérimaire, ne soit rendue contre lui. Par ailleurs, sa participation aux différentes étapes du processus de négociation est néanmoins essentielle pour assurer le respect des droits du majeur et faire en sorte que les mesures négociées soient dans son meilleur intérêt et respectent ses droits.

## ii. La Conciliation judiciaire

L'article 4.3 *C.p.c.* donne aux tribunaux et aux juges le pouvoir inhérent à sa mission de concilier les parties dans le but de favoriser des règlements hors cour. Ceci permet d'éviter la tenue de procès susceptibles d'être coûteux à tous égards mais particulièrement financièrement et émotionnellement. En application de ce principe, le législateur a prévu la tenue d'une conférence de règlement à l'amiable présidée par un juge<sup>43</sup>. Ceci est disponible en première instance ou en appel<sup>44</sup> et sujet à l'accord des parties.

Or, s'il y a des matières qui nous apparaissent propices à cette forme de gestion de litige, c'est en matière familiale où le passé, le présent, la logique et l'émotivité créent un amalgame parfois explosif qui conduit les parties dans des impasses que les tribunaux oeuvrant dans leur rôle traditionnel peuvent certes trancher mais plus difficilement dénouer. Toutes les questions litigieuses soumises aux tribunaux relativement à un majeur que l'on prétend inapte mettent généralement en cause et en opposition un ou plusieurs membres d'une même famille. Leur situation pourrait-elle trouver une solution dans le cadre d'une conférence de règlement à l'amiable et dans un tel cas, quel serait le rôle de l'avocat chargé de la représentation du majeur estimé inapte?

L'article 4.3 *C.p.c.* précise que les tribunaux et les juges peuvent tenter de concilier les parties qui y consentent à l'exception des matières touchant l'état ou la capacité des personnes et celles qui intéressent l'ordre public. On ne pourrait donc pas tenir une conférence de règlement à l'amiable dans le cadre de laquelle un des éléments qui ferait l'objet de l'entente à être signée par les parties serait une admission relative à l'incapacité de la personne concernée, signataire d'une telle entente. Il est en effet difficile d'imaginer que la personne admette son inaptitude ou donne instruction à son avocat de l'admettre pour elle et de signer une transaction à cet effet. En outre, l'incapacité juridique constitue une sorte de diminution de la personnalité juridique.

---

<sup>42</sup> *B. E. (M.); E. (G.), E. (P.), E. (F.) c. E. (B.) es qualités et le Curateur public du Québec*, EYB 1994-28723, paragraphe 5.

<sup>43</sup> Art. 151.14 à 151.23 *C.p.c.*

<sup>44</sup> Art. 508.1 *C.p.c.*

Cette réduction ne peut venir que de la loi et ne peut pas venir des individus eux-mêmes<sup>45</sup>.

Ainsi, pour ce qui est d'une personne totalement incapable suivant la preuve par expert, pour laquelle une curatelle est sollicitée et dont l'avocat désigné est d'avis qu'elle ne peut mandater, le recours à la conciliation judiciaire nous apparaît exclu.

Par ailleurs, qu'en est-il du majeur partiellement incapable ou du majeur estimé incapable par le tribunal et dont le procureur évalue qu'il est apte à mandater? Dans la mesure où les régimes de protection peuvent être modulés pour tenir compte des capacités résiduelles de l'individu, ne pourrait-on pas concevoir que ce dernier puisse participer à une séance de conciliation judiciaire pour tenter de négocier les mesures de protection qui le concerne, leur étendue et leur modalité? Pensons au lieu d'hébergement ou aux conditions pour le maintien à domicile, à la gestion de son budget ou d'une partie de celui-ci, au respect de son mode de vie habituel et des ressources financières requises pour le maintenir. Dans la mesure où la personne, selon son avocat, est capable de mandater, ne pourrait-on pas concevoir qu'elle puisse lui donner des instructions afin de régler le litige à l'amiable pour éviter les frais judiciaires et extrajudiciaires qui seront en grande partie acquittés à même son propre patrimoine? Nous croyons que rien ne s'y oppose. Au même titre qu'on reconnaît à une personne sous régime de protection ou en voie de l'être la possibilité de consentir ou de refuser ses soins de santé<sup>46</sup>, de gérer elle-même le salaire qui lui est versé, de demander lui-même l'ouverture d'un régime de protection à son endroit<sup>47</sup>, de porter en appel la décision qui le lui impose<sup>48</sup> ou enfin de mandater un avocat et de lui donner des instructions. Dans ce dernier contexte, nul ne mettrait en doute le droit absolu de cette personne de contester les procédures judiciaires qui la concernent. Bien entendu, ce droit emporte la possibilité d'y consentir en tout ou en partie et personne n'insisterait pour faire un débat judiciaire épique dans le cadre d'une procédure non contestée par la personne concernée. Toutefois, compte tenu que l'article 4.3 *C.p.c.* relève de l'ordre public, il ne saurait être question de transiger sur la capacité de l'individu mais plutôt, en application de l'article 151.16 *C.c.Q.*, de *permettre aux parties de communiquer, négocier, identifier leurs intérêts, évaluer leurs positions respectives et explorer des solutions mutuellement satisfaisantes*. Si une telle démarche ne pourrait peut-être pas permettre de régler tout les aspects des litiges, elle pourrait certainement permettre d'en limiter l'étendue, générant ainsi une économie financière et humaine non négligeable. Enfin, il nous apparaît que ceci ne serait possible qu'en cas de capacités résiduelles qui seraient évaluées par l'avocat du majeur avec, au besoin, l'éclairage des experts.

## CONCLUSION

---

<sup>45</sup> Voir à cet égard les commentaires de madame Édith Deleury dans *Le droit des personnes physiques op. cit.*, note 4, aux pages page 365 et 366.

<sup>46</sup> Art. 15 C.c.Q., *M-Q. (J.) c. C.-W. (S.)*, [1996] R.J.Q. 229 (C.A.)

<sup>47</sup> Art. 269 C.c.Q.

<sup>48</sup> *Heenan Blaikie c. L. Robert*, REJB 2003-46335.



Nous avons vu qu'en ce qui a trait à la représentation du majeur incapable par avocat, il y a plusieurs niveaux d'incapacité. En outre, cette notion n'est pas nécessairement reliée à une déclaration judiciaire d'incapacité ni à la présence, ou l'absence, d'un régime de protection<sup>49</sup>. Ainsi, un majeur capable à mandater pourrait être sous régime de protection alors qu'un majeur incapable à mandater pourrait ne pas en être pourvu. Le contraire est tout à fait vrai. En outre, il est bien connu et documenté qu'en matière d'évaluation de l'incapacité d'une personne, le doute foisonne et les occasions de se tromper sont nombreuses. Les auteurs Kouri et Philips Nootens mentionnent, à juste titre que :

*« L'appréciation de la compétence de l'individu n'est pas exempte d'éléments subjectifs susceptibles d'affecter l'impartialité de celui qui effectue l'évaluation. »*<sup>50</sup>

Heureusement, dans notre droit, l'aptitude se présume et celui qui invoque l'incapacité a le fardeau de la prouver. En cette matière, le doute devrait toujours jouer en faveur de la personne concernée. Cela signifie que tant en matière d'autorisation de soins de santé, qu'en homologation d'un mandat donné en prévision d'incapacité ou dans le cadre de l'ouverture d'un régime de protection, si l'incapacité n'est pas prouvée par prépondérance des probabilités, la requête se doit d'être rejetée. Toutefois, la nature de la preuve quant à l'incapacité, lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne au cœur de ces litiges devrait être représentée, est différente. Le législateur n'a exigé qu'une *estimation* d'incapacité et qu'un *constat* que l'intérêt est en jeu. En cette matière également, le doute devrait toujours jouer en faveur de la personne concernée, c'est-à-dire en faveur de la représentation de cette personne par un avocat indépendant des autres parties au litige. Quand cela sera-t-il nécessaire? Nous soumettons que cette nécessité devrait découler du litige lui-même et des parties qui le composent. Elle va de soit à notre avis dans les requêtes pour autorisation de traitement alors que le majeur est seul face à l'autorité qui souhaite le soumettre à des soins ou à toutes formes d'intervention, contre son gré.

Cette nécessité va également de soit lorsque l'intérêt du majeur est opposé à celui de son représentant légal. L'article 394.2 *C.p.c.* y pourvoit et impose au tribunal de prendre les mesures à cet égard. Pour les autres cas, une évaluation minutieuse des intérêts des parties en cause doit être effectuée par le tribunal à cet égard, incluant la capacité du majeur de donner des instructions :

*« le Tribunal a pu constater à l'enquête et audition de cette requête le péril qu'il peut y avoir à traiter sommairement »*

---

<sup>49</sup> *M-Q. (J.) c. C.-W. (S.)*, [1996] R.J.Q. 229 (C.A.)

<sup>50</sup> Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins* », Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1999, p. 223-224.

*d'affaires aussi fondamentales que la capacité ou la liberté des individus. »<sup>51</sup>*

Nous avons eu l'occasion de faire plusieurs débats contestés mettant en cause un majeur estimé inapte. Agissant parfois pour le majeur inapte, au cœur d'un litige parfois pour le représentant légal. Il nous apparaît que la représentation d'un majeur estimé inapte est obligatoire dès qu'il en manifeste le désir. Autrement, elle ne sera nécessaire que si le tribunal est d'avis que l'avocat pourra apporter un éclairage différent des positions prises par les autres parties au litige. Or, l'avocat désigné pour le majeur n'aura pour seul mandat son intérêt. Il nous apparaît donc que cette nécessité, bien qu'elle se doit d'être évaluée, devrait être la règle plutôt que l'exception.

Comment cette représentation sera-t-elle utile? Lorsque le majeur est capable de s'exprimer, il est du devoir de l'avocat de faire valoir sa volonté quant à l'issue du litige et ce, sans égard à sa propre opinion sur le meilleur intérêt de son client. Ce rôle est le même, quel que soit le mode de nomination et quel que soit le contexte du litige et qu'il y ait ou non un régime de protection. La détermination de ce qu'est le meilleur intérêt d'une personne fera toujours partie des arguments présentés mais la conclusion à cet égard n'appartient pas aux parties, ni à leur avocat, mais au tribunal. Lorsque le majeur n'est pas capable de s'exprimer, la représentation sera utile si le tribunal bénéficie de toutes les positions des parties, en premier lieu de celle du majeur concerné, d'une preuve rigoureuse et bien entendu du respect intégral des dispositions légales pertinentes.

---

<sup>51</sup> *Québec (Curateur public) et P.L. (R.)* [1993] R.R.Q. 1455, 1457

## BIBLIOGRAPHIE

### JURISPRUDENCE

Aliments Supra Inc. (Syndic de), (C.A.), 2004-05-27), SOQUIJ AZ-50253488, REJB 2004-64849

*Bélanger c. Séguin*, EYB 1995-85213

*D.P. c. G.G.* 100-04-001107-986, le 6 novembre 2003, L'Honorable Claude Henri Gendreau

*Droit de la famille-1549*, [1992] R.J.Q. 855 (J.E. 92-509) (C.A.)

*Droit de la famille-2224*, [1995] R.D.F. 396 (J.E. 95-1362) (C.A.);

*B. E. (M.); E. (G.), E. (P.), E. (F.) c. E. (B.) es qualités et le Curateur public du Québec*, EYB 1994-28723

*Heenan Blaikie c. L. Robert*, REJB 2003-46335.

*M.F. c. J.L.*, [2002] R.J.Q. 676 (REJB 2002-29840) (C.A.)

*M-Q. (J.) c. C.-W. (S.)*, [1996] R.J.Q. 229 (C.A.)

*N.V. C. L.M., C.S., (Trois-Rivières) 400-12-015569-038, 2003/12/09, juge Robert Legris (B.E. 2004BE-170)*

*Québec (Curateur public) et P.L. (R.)*, [1993] R.R.Q. 1455

*V. (B.) c. C. (O.) (C.S.)* 6 juillet 2005 EYB 2005-92960

### DOCUMENT ARTICLES DE REVUE ET DOCTRINE

BARREAU DU QUÉBEC, « *La représentation des enfants par avocats, dix ans plus tard* », Bibliothèque nationale du Québec, mai 2006.

CARRIÈRE Y.B., « *Le mode de représentation des enfants par avocat : le modèle québécois se précise* », Service de formation permanente, Barreau du Québec, 2003 Vol. 194, Les Éditions Yvon Blais Inc., pp. 1-33, EYB2003DEV349

KOURI, R. P. et PHILIPS-NOOTENS, S, « *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins* », Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1999.

SCHIRM, S. ET VAILLANT, P. « *La représentation des enfants en matière familiale : leurs droits, leur avenir* » Cowansville, Les Éditions Éditions Y. Blais inc., 2004, p. 86

E. DELEURY, *Le droit des personnes physiques* 3<sup>e</sup> Édition, Les Éditions Yvon Blais inc.