

Les Cahiers de droit



Le droit de refuser un traitement psychiatrique au Québec

Daniel Gervais

Volume 26, Number 4, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042691ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042691ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gervais, D. (1985). Le droit de refuser un traitement psychiatrique au Québec. *Les Cahiers de droit*, 26(4), 807–839. <https://doi.org/10.7202/042691ar>

Article abstract

There are various types of incapacity in the civil law of Québec. The provisions of the Civil Code concerning the interdiction of incapable persons are now supplemented by various statutes. In all cases, a curator — and generally the public curator — is appointed to accept or refuse treatment for an incapable person. Except in cases of serious emergency, it is clearly established that any treatment, whether medical or psychiatric, must be preceded by the patient's informed consent. While some recourses already exist to protect the rights of an incapable patient for whom a curator has been appointed, this is not the case for psychiatric patients who are of legal age and legally competent, but who refuse treatment. In these cases, it is suggested that the decisions of Québec courts that have recognized a « defacto incapacity » and, consequently, forcible treatment on the basis of the « parens patriae » doctrine, may be ill-founded. This opinion is based on the application of the principles of self-determination and the inviolability of the human person, and by establishing a parallel with constitutional rights recognized by American courts which are now echoed in the new Canadian Charter of Rights. The author suggests that all recourses involving refusal of treatment be referred to a centralized administrative tribunal, in the light of the reform of the Civil Code.

Le droit de refuser un traitement psychiatrique au Québec

Daniel GERVAIS *

There are various types of incapacity in the civil law of Québec. The provisions of the Civil Code concerning the interdiction of incapable persons are now supplemented by various statutes. In all cases, a curator — and generally the public curator — is appointed to accept or refuse treatment for an incapable person. Except in cases of serious emergency, it is clearly established that any treatment, whether medical or psychiatric, must be preceded by the patient's informed consent. While some recourses already exist to protect the rights of an incapable patient for whom a curator has been appointed, this is not the case for psychiatric patients who are of legal age and legally competent, but who refuse treatment. In these cases, it is suggested that the decisions of Québec courts that have recognized a « de facto incapacity » and, consequently, forcible treatment on the basis of the « parens patriae » doctrine, may be ill-founded. This opinion is based on the application of the principles of self-determination and the inviolability of the human person, and by establishing a parallel with constitutional rights recognized by American courts which are now echoed in the new Canadian Charter of Rights. The author suggests that all recourses involving refusal of treatment be referred to a centralized administrative tribunal, in the light of the reform of the Civil Code.

	Pages
1. Le droit civil et statutaire au Québec.....	810
1.1. La capacité	810
1.1.1. Le Code civil.....	810
1.1.2. La protection du malade mental.....	811
1.1.3. La curatelle publique.....	812
1.1.4. L'appel à la Commission des affaires sociales	813
1.1.5. Le Code criminel.....	814
1.2. Le consentement	815
1.2.1. Le principe du consentement éclairé préalable	815

* LL.B., avocat.

	<i>Pages</i>
1.2.1.1. L'inviolabilité et l'autodétermination	816
1.2.1.2. La position de la Cour suprême du Canada	819
1.2.2. Le consentement-substitut	820
1.2.3. De <i>lege ferenda</i>	821
2. Le droit constitutionnel	823
2.1. Le parallèle américain	823
2.1.1. La liberté d'expression	824
2.1.2. Le droit à la vie privée	824
2.1.3. Les garanties procédurales	825
2.1.4. Les arguments mineurs	825
2.2. La jurisprudence américaine : la recherche du compromis idéal	826
3. Synthèse	829
3.1. Le principe fondamental	829
3.2. Les régimes d'incapacité	830
3.2.1. La présence d'un curateur	830
3.2.2. L'absence de curateur	832
3.2.2.1. Principe et applications	832
3.2.2.2. Le <i>parens patriae</i> : définition et problématique	833
3.2.2.3. Le <i>parens patriae</i> : application	833
3.2.2.4. Critique de l'application	836
3.2.3. Propositions de réforme	837

« Entre le riche et le pauvre, le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit. »

(LACORDAIRE)

Lacordaire avait-il tort ?

La société québécoise, à l'instar du monde occidental, a peur des fous¹. Elle en a peur², car elle a entouré la maladie mentale d'un voile mythique³.

1. Voir à ce sujet : G.N. GROB, *Mental Institutions in America: Social Policy to 1875*, New York, The Free Press, 1973. M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, Collection Tel, 1972. SOCIÉTÉ HISTORIQUE DE QUÉBEC, *Trois siècles de médecine québécoise*, Cahiers d'histoire n° 22, Québec, 1970, p. 15-29.

2. M. et M. KORENBERG, « Psychiatry: The Lost Horizon, the Erosion of Human Rights », (1981) 5 *Legal Medical Quarterly* 79, p. 85 : « Our thesis is that society has an irrational fear of the mental patient, that this fear has led society to pressure the legislature to draft unfair laws... ».

3. M. FOUCAULT, dans son ouvrage précité, décrit bien l'évolution de ce mythe, depuis les bateaux de fous *stultifera navis*, jusqu'à l'ère des asiles, bien souvent d'anciennes maisons de lépreux.

Cette façon de percevoir les fous, vieille de plusieurs siècles, a donné lieu à des lois qui, reflétant un certain consensus social, opprimaient le fou, au carcan de l'asile. Pas question, naguère, de discuter les DROITS des malades mentaux⁴.

Depuis quelques années cependant, et plus particulièrement depuis 1970, s'est développé un mouvement réagissant aux vieilles tendances⁵ et, mû par l'accélération du développement des droits de la personne, il a réussi à faire reconnaître par les tribunaux d'abord, puis par plusieurs gouvernements, de véritables droits aux malades mentaux. Dans bien des cas toutefois, ces droits sont basés essentiellement sur des dispositions législatives générales et non spécifiquement liées aux problèmes des malades mentaux.

Au Québec, quoique la législation prévoit encore des procédures, parfois drastiques, d'internement involontaire dans les cas où les malades sont considérés dangereux, certaines limites ont été posées aux pouvoirs discrétionnaires des médecins et autres intervenants du domaine de la santé mentale. Parmi ces nouvelles limites, l'on retrouve le droit de refuser un traitement. Extrêmement controversé et difficile à circonscrire, le droit de refuser un traitement suscite des argumentations à plusieurs niveaux et sur plusieurs plans. « Éthiquement », le médecin, généralement attaché, par formation, à une philosophie vitaliste, est confronté à des situations où le refus de traitement peut conduire à la mort, subie comme une défaite, ou même à l'euthanasie. Socialement, l'on doit, dans certains cas, se demander si l'individu, considéré comme un « bien », utile ou nécessaire à la société, a droit à une pleine autonomie sur son corps et son destin, au moment même où la science médicale le considère inapte. Juridiquement, enfin, il faut concilier plusieurs droits, plusieurs lois contradictoires.

Les problèmes s'échelonnent en une série d'étapes difficiles à franchir. En premier lieu, se pose une question fondamentale : le malade est-il capable de refuser un traitement, et qui jugera de cette capacité ? En second lieu, peut-il fournir un consentement éclairé (*informed consent*) ? Enfin, qui peut passer outre un refus du malade, et dans quelles circonstances ?

Il n'est point possible d'étudier la question du droit au refus de traitement sous tous les angles mentionnés ci-dessus. Notre optique tentera de se limiter au champ juridique, quoique, inévitablement, la morale et

4. Plusieurs termes ont été employés au fil des ans pour décrire les personnes souffrant d'une maladie mentale. Nous ne trancherons point ce débat, et emploierons, à l'instar du législateur, « malade mental ». Cf. *Loi de protection du malade mental*, L.R.Q. 1977, c. P-41.

5. On a même défendu le droit à la psychose. Voir J. JACOB, « The Right of the Mental Patient to His Psychosis », (1976) 39 *Modern Law Review*, 1977 ; N. Kittrie, *The Right to Be Different, Deviance and Enforced Therapy*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1971, 443 p.

l'éthique transparaîtront à l'occasion, témoignant en quelque sorte du chevauchement des différentes disciplines.

L'analyse juridique devra elle-même se subdiviser. En effet, il serait impossible d'aborder d'un coup tous les éléments devant ici être considérés. C'est pourquoi, nous traiterons d'abord du droit civil et statutaire applicable, et notamment des diverses formes d'incapacité qu'édicte les lois provinciales reliées au domaine de la santé mentale. Nous nous arrêterons également sur les modifications proposées au *Code civil*, qui pourraient affecter sérieusement l'état actuel du droit au refus de traitement.

Dans une seconde partie, nous étudierons le droit constitutionnel en essayant de cerner l'impact possible de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶ à la lumière des précédents américains. Nous terminerons, dans une troisième partie, par une synthèse constituant en fait une argumentation globale pouvant être utilisée lors d'un litige impliquant un refus de traitement en matière psychiatrique.

1. Le droit civil et statutaire au Québec

Deux problèmes distincts doivent être ici envisagés. Le premier relève de la capacité. Sur ce point, il faut se demander ce qu'est la capacité, et surtout, dans quels cas la capacité est perdue ou enlevée.

Le second point touche le consentement. Qui doit consentir aux traitements psychiatriques et surtout, qui peut outrepasser ce refus, et dans quelles conditions ? Il convient d'étudier ces questions successivement.

1.1. La capacité

Le droit québécois connaît plusieurs types d'incapacité. Chacun d'eux vise une situation différente et, en fait, la capacité est définie autant de fois qu'il y a de lois qui en traitent. Dans cette étude, notre propos se limitera aux conséquences sur les droits du patient de chacune des incapacités, qui seront cependant expliquées succinctement.

1.1.1. Le *Code civil*

Le *Code civil* présume la capacité (art. 18 et 985). Il édicte une procédure menant ultimement à l'interdiction, sanction civile de l'incapacité. Les critères prévus d'interdiction sont la fureur, l'imbécillité, la démence (art. 325), l'ivrognerie (art. 336a) et la narcomanie (art. 336r).

6. *Loi constitutionnelle de 1982*, U.K. 1982, c. 11.

Ces critères, datant du siècle dernier, sont fort peu conformes, il va sans dire, aux normes actuelles de la science médicale.

L'interdiction implique la nomination d'un curateur (art. 338), qui est, *a priori*, le conjoint (art. 342). Les pouvoirs du curateur sur les biens de l'interdit sont prévus en détail par le Code (art. 347 et s.). Par contre, le Code édicte laconiquement, quant aux droits relatifs à la personne interdite : le curateur « a, sur la personne et les biens de l'interdit, tous les pouvoirs du tuteur sur la personne et les biens du mineur ». Donc le curateur a les pouvoirs du tuteur au mineur, que le Code précise aux articles 290 à 307. On peut y lire : « Le tuteur prend soin (*"has the care"*) de la personne du mineur et le représente dans tous les actes civils ». À première vue, le curateur-tuteur sera donc celui que la loi désigne pour représenter l'interdit face à l'administration hospitalière.

1.1.2. La protection du malade mental

La *Loi de protection du malade mental*⁷ prévoit, à son article 11, l'admission en cure fermée⁸ d'un individu dont l'état mental est « susceptible de mettre en danger la santé ou la sécurité de cette personne et la sécurité d'autrui ». Afin d'admettre en cure fermée les personnes dangereuses, la loi permet l'examen obligatoire, à la demande d'un médecin, d'un établissement psychiatrique pour détenus ou d'un juge (art. 4 à 6), dans un délai maximum de 24 heures (art. 7). Le rapport doit mentionner, le cas échéant, l'incapacité à administrer les biens (art. 8) et doit être transmis au curateur public. La cure fermée doit être considérée nécessaire tant par le rapport initial que par celui d'un second psychiatre, qui dispose de 96 heures pour faire rapport (art. 12).

Enfin, un mécanisme est prévu pour permettre d'ordonner l'examen obligatoire (art. 13 à 20) et le directeur des services professionnels peut décréter une cure fermée d'urgence d'au plus 48 heures (art. 21).

La demande d'examen conduit inéluctablement à un jugement sur la capacité du malade à administrer ses biens, que cet examen mène ou non à une cure fermée. Le curateur public sera donc curateur auprès de toute personne soumise à l'examen susdit dès que l'incapacité d'administrer est découverte.

7. L.R.Q. 1977, c. P-41.

8. Un mémoire sur la révision de la *Loi de protection du malade mental*, présenté en juin 1978 par l'Association des psychiatres du Québec, suggère de remplacer « cure fermée » (aspect négatif) par « cure protégée » (aspect positif).

Le patient, il faut le mentionner, a plusieurs droits en cure fermée, dont celui d'être avisé de tout traitement, sauf si cette information est jugée dangereuse (art. 27 et 28). Il peut aussi communiquer avec son avocat (art. 29) et il peut en appeler à la Commission des affaires sociales de toute « décision rendue à son sujet ou au sujet d'un de ses parents ou alliés en vertu de la présente loi » (art. 30). La formation de cet appel n'est soumise à aucune formalité. Nous en étudierons la portée après avoir expliqué brièvement le fonctionnement de la curatelle publique.

1.1.3. La curatelle publique

Un mécanisme beaucoup plus important est mis en place par la *Loi sur la curatelle publique*⁹. En vertu de cette loi, une personne peut être contrainte à subir un examen psychiatrique, « de force », dit la loi (art. 8). Le curateur a les pouvoirs suivants :

Art. 6. Le Curateur public est curateur d'office de tout malade mental qui n'est pas pourvu d'un tuteur ou d'un curateur et dont l'incapacité d'administrer ses biens est attestée par certificat du directeur des services professionnels ou de tout médecin autorisé par celui-ci où ce malade est traité.

Le processus est fort simple. Un psychiatre, jugeant une personne incapable d'administrer ses biens, en fait part au directeur des services professionnels d'un établissement de santé qui transmet un *certificat d'incapacité* au curateur public. À ce moment, la personne devient juridiquement incapable, d'une façon beaucoup plus expéditive que par le biais de l'interdiction civile. Il faut surtout noter, cependant, que l'incapacité d'administrer les biens donne au curateur public non seulement le contrôle des biens de l'incapable, mais bien plus, « les pouvoirs et obligations d'un tuteur sur la personne et les biens du malade » (article 7). Ici, c'est donc le curateur public qui a, *prima facie*, le pouvoir de décision quant aux traitements à être subis par l'incapable.

Le curateur public reste en fonction jusqu'à réception d'un certificat de capacité ou jusqu'à l'annulation du certificat d'incapacité par un tribunal (art. 9). Aucun critère d'annulation n'est donné dans la loi. Quel est donc ce pouvoir d'annulation ?

La jurisprudence n'a pas répondu clairement à cette question. La jurisprudence de la Commission des affaires sociales laisse entrevoir, cependant, que ce tribunal administratif pourrait réviser, sur le fond, l'émission de certificats d'incapacité.

9. L.R.Q. 1977, c. C-80. Voir : P. BEAUDOIN, « La curatelle publique », 1977 C.P. du N. 73 ; et G. SHARPE, « Guardianship : Two Models for reform », (1983) *Health Law in Canada* 13.

1.1.4. L'appel à la Commission des affaires sociales

Dans la décision *Protection du malade mental* — 20¹⁰, la Commission s'est déclarée sans juridiction pour annuler une cure fermée ne respectant pas les prescriptions de la *Loi sur la protection du malade mental*. De plus, dans l'affaire *Protection du malade mental* — 16¹¹, la Commission s'est de même déclarée sans juridiction pour réviser un certificat d'incapacité, au motif qu'il était émis en vertu de la *Loi sur la curatelle publique*, et qu'elle n'avait pas de pouvoir en vertu de cette loi pour agir. Elle écrit :

Il se peut que la Commission ait juridiction pour annuler un certificat d'incapacité d'administrer émis en vertu de la *Loi sur la protection du malade mental*. Les soussignés laissent à ceux à qui la question sera directement posée le soin d'y répondre car, dans le présent cas, le problème est différent.

En effet, le certificat d'incapacité d'administrer entraînant la curatelle publique peut être émis en vertu de l'article 6 de la *Loi sur la curatelle publique*, c'est-à-dire à la suite de la constatation faite par un psychiatre qu'un malade mental, non visé par la *Loi sur la protection du malade mental*, est incapable d'administrer ses biens en raison de sa maladie. Dans ce cas, le doute n'est pas permis. Aucun texte de loi ne donne juridiction à la Commission des affaires sociales pour annuler un certificat d'incapacité d'administrer émis en vertu de l'article 6 de la *Loi sur la curatelle publique*...¹²

Il est difficile de dire si l'émission du certificat d'incapacité d'administrer en vertu de l'article 6 constitue, comme l'a décidé la Commission dans l'affaire précitée, un mécanisme distinct de celui prévu par la L.P.M.M., au point d'enlever toute juridiction à la C.A.S. En effet, cette dernière loi prévoit qu'un jugement sera porté sur la capacité d'administrer aux fins de faire intervenir, le cas échéant, le curateur public, lors d'un examen menant à une cure fermée. Nous croyons plutôt que ces mécanismes sont suffisamment interreliés pour que la Commission des affaires sociales puisse, en combinant l'art. 9 L.C.P. et l'art. 30 L.P.M.M., intervenir au niveau de la décision d'émettre le certificat d'incapacité.

C'est là, d'ailleurs, le sens de deux décisions récentes qu'elle a rendues dans un même dossier¹³.

La première vise une objection à la juridiction de la Commission présentée par le curateur public, au motif que la C.A.S. ne peut réviser les décisions rendues en vertu de la L.C.P. La Commission écrit :

10. [1980] C.A.S. 109.

11. [1982] C.A.S. 987.

12. *Id.*, p. 988.

13. *Protection du malade mental* — 2, [1983] C.A.S. 568 et *Protection du malade mental* — 3, [1983] C.A.S. 813.

Autant la décision d'émettre un certificat selon l'article 10 que celle de décider de l'incapacité d'administrer des biens en vertu des articles 7, 8 et 9 constituent aussi des décisions prises en vertu de la *Loi sur la protection du malade mental*.

La dualité de l'article 6 de la *Loi sur la curatelle publique* n'est qu'apparente. En effet, le premier alinéa de l'article 6 indique à quelle condition le curateur public sera curateur d'office non seulement aux malades mentaux en cure fermée, mais de tous les malades mentaux. Le deuxième alinéa établit les conditions de forme dudit certificat.¹⁴

Cette position s'appuie en outre sur l'opinion du bâtonnier Bergeron¹⁵.

Au fond, dans ce même dossier¹⁶, la Commission a annulé le certificat d'incapacité, puisque le malade était de fait capable d'administrer ses biens. Elle écrit :

... pour qu'un certificat d'incapacité puisse être émis, il faut que la maladie mentale soit telle qu'elle rende le patient incapable d'administrer ses biens. Des considérations de traitement ne doivent pas entrer en ligne de compte en ce sens que l'on ne peut émettre légalement un certificat d'incapacité dans le seul but d'obliger le patient à être assujéti à une surveillance, à subir un traitement, ou à consommer des médicaments.¹⁷

Dans le cadre des mécanismes d'incapacité prévus par la L.C.P. et la L.P.M.M., il semble que le patient puisse faire réviser la légalité de l'émission du certificat d'incapacité.

1.1.5. Le *Code criminel*

Un dernier mécanisme, fort différent, est celui prévu aux articles 543 s. du *Code criminel*, communément appelé le mandat du lieutenant-gouverneur. Il a été jugé, et à bon droit selon nous, dans une récente décision de la Cour supérieure¹⁸, que ce processus ne visait que la garde de l'accusé-malade, et non son traitement. Cet internement n'implique donc aucun régime d'incapacité.

Voilà qui complète notre étude des incapacités prévues en droit québécois actuellement. On y aura remarqué l'important rôle du psychiatre, et les effets de ses jugements professionnels quant à la « capacité d'administrer ses biens » d'un patient donné.

14. [1983] C.A.S. 568, p. 569.

15. V. BERGERON, *L'attribution d'une protection légale aux malades mentaux*, Montréal, Yvon Blais, 1981, p. 298-299.

16. [1983] C.A.S. 813.

17. *Id.*, p. 816.

18. *Institut Philippe-Pinel c. Dion*, [1983] C.S. 438.

Le psychiatre porte un jugement fondamental sur la capacité d'un patient, d'une personne que le système judiciaire peut lui amener « de force ». Il porte ce jugement discrétionnaire, quoique professionnel, au nom, en fait, de la société¹⁹.

Si ce fardeau peut être allégé dans certains cas par l'appel prévu à la Commission des affaires sociales, il n'en demeure pas moins que, dans la majorité des cas, le processus menant au jugement ne semble pas respecter, à sa face même, les garanties procédurales habituelles discutées plus loin dans cette étude.

1.2. Le consentement

1.2.1. Le principe du consentement éclairé préalable

Tous les auteurs s'entendent sur au moins un point : une personne « capable » doit consentir à tout traitement, sous réserve d'une intervention justifiée par la nécessité de protéger l'ordre public. Le principe de base est en fait qu'un patient capable doit consentir de façon libre et éclairée à tout traitement. La jurisprudence et la doctrine nous l'ont rappelé à de nombreuses reprises²⁰. Mais ce principe, facilement applicable dans une pratique médicale

19. La société se lave-t-elle les mains de ses responsabilités en prenant pour souffre-douleur la communauté psychiatrique ? Jean Hillel écrit à ce sujet : « En guise de conclusion, n'est-ce pas plutôt le psychiatre qui est l'objet de l'impérialisme de la société ? Il doit assumer des responsabilités pour lesquelles il est jugé seul compétent. Il se voit dans l'obligation de traiter ceux qui ne veulent pas se faire traiter ou pour qui les traitements actuellement connus sont souvent inefficaces. Il est tenu responsable s'il n'a pas traité celui qui a demandé de l'être. Il peut se faire poursuivre pour avoir traité ; il peut se faire poursuivre pour ne pas avoir traité ; il peut se faire poursuivre pour avoir mal traité. Il est CONDAMNÉ injustement à protéger la société contre elle-même et contre l'individu, et l'individu contre lui-même et contre la société. » (J. HILLEL, « Le psychiatre et la justice », (1976) 36 *R. du B.* 285, p. 287) Ces arguments se retrouvent dans la célèbre affaire *Schreber*, de la Cour de Dresde (voir P.-D. SCHREBER, *Memoirs of My Nervous Illness*, Londres, Dawson & Sons Ltd., 1955). À ce sujet, Maud Mannoni, anti-psychiatre écrit :

... [le psychiatre] est au service du patient dont il a à défendre les droits, mais il se trouve également placé en position d'auxiliaire de la police dans un processus d'internement qui est un processus d'obligations de soins [...].

La parole médicale se trouve trop généralement utilisée, déformée, transformée par les croyances mythiques de chacun. Le médecin n'est pas à l'abri des croyances communes ; c'est pourquoi il se laisse si souvent prendre au piège prétexté des « soins », risquant d'assumer sous la couverture médicale le rôle policier que la société cherche à lui faire jouer, pour se protéger de sa peur de la folie [...]. La dimension politique du problème des troubles mentaux se trouve trop souvent colmatée par l'intensification de ces programmes de « soins ».

M. MANNONI, *Le psychiatre, son « fou » et la psychanalyse*, Paris, Seuil, 1970, p. 168-169.

20. Voir : *Pawley c. Pawley*, [1954] R.C.S. 635, S. c. *Bordier*, [1934] 72 C.S. 319, B. c. *Lachance*, [1961] C.S. 629, *Beausoleil c. Sœurs de la Charité*, [1965] B.R. 37, *Lefebvre c. Lamontagne*,

« normale » prend une tout autre dimension en présence d'un patient juridiquement incapable, et dont les décisions importantes sont prises par une tierce personne. Si la nécessité d'un consentement éclairé demeure, les façons de le donner ou même de l'outrepasser diffèrent de la pratique en milieu régulier.

La nécessité d'obtenir un consentement à l'acte médical est essentiellement fondée sur l'inviolabilité de la personne humaine et sur son droit à l'autodétermination.

1.2.1.1. L'inviolabilité et l'autodétermination

Le *Code civil* énonce à l'article 19 que la personne est inviolable. De ce droit, qui existe également en common law, transparaît à l'analyse comparative, une approche plus collectiviste ou relativiste en droit civil qu'en common law, cependant. Le professeur Somerville expose fort bien ces nuances :

L'existence du droit à l'autodétermination peut dépendre jusqu'à un certain point de la rigidité ou de la souplesse du système juridique en présence. Dans un système juridique souple, tout ce qui n'est pas interdit est permis...

Le droit civil et la common law diffèrent théoriquement dans leur façon d'aborder le principe de l'autonomie. Toutefois, il est encore plus difficile d'évaluer l'écart qui, à ce sujet, les sépare sur le plan pratique. La jurisprudence de la common law réaffirme, à maintes reprises, le droit à l'autodétermination. L'interprétation du principe de l'autodétermination, la plus connue et la plus citée, est probablement celle que M. le juge Cardozo donne dans l'affaire *Schloendorff c. N.Y. Hospital* (211 N.Y. 127 (1914)) : (Traduction) « Tout adulte sain d'esprit a le droit de disposer librement de son corps ». Prosser partage cette opinion lorsqu'il affirme que la maxime « Volenti non fit injuria » est un principe fondamental de la common law. Cette maxime signifie qu'une personne qui, en toute liberté s'expose à un risque connu dont elle accepte les conséquences éventuelles, ne peut se plaindre du préjudice qu'elle subit. En général les tribunaux n'ont pas fait preuve de paternalisme. Lorsque l'ordre public n'était pas en jeu, ils ont laissé la personne décider de son propre destin et

[1970] C.A. 471 ; et en Ontario : *Male v. Hopmar*, (1966) 54 D.L.R. (2d) 592 (Ont. H.C.), conf. par 64 D.L.R. (2d) 105 (Ont. C.A.), *Kenny v. Lockwood*, [1932] 1 D.L.R. 507 (Ont. C.A.) ; et aux États-Unis : *Salgo v. Leland Stanford Uni. Board*, 317 P.R. (2d) 170, *Hunt v. Bradshaw*, (1955) 242 N.C.R. 517, *Woods v. Pommering*, 271 P.R. (2d) 705 (1954). C'est aussi l'opinion du bâtonnier Bergeron (*L'attribution d'une protection légale aux malades mentaux*, *supra*, note 15, p. 177) et de MOLINARI, LAJOIE et AUBRY (*Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, p. 509) ; ces derniers soumettent que le patient pourrait saisir la Commission des affaires sociales en cas de traitement non autorisé. Voir enfin B.B. SWADRON et D.R. SULLIVAN, *The law and mental disorder*, rapport de l'Association canadienne de la santé mentale de 1973, p. 45 et *Schloendorff v. N.Y. Hospital*, (1914) 211 N.Y. 127.

n'ont pas cherché à la protéger contre la déraison qui la poussait à se laisser faire du tort [...].

Kornprobst adopte l'opinion du droit civil lorsqu'il soutient qu'un traitement peut être donné sans le consentement de la personne concernée, en prenant acquis que la santé de la personne est un bienfait pour la société (n.d.a. notion d'ordre public) [...].

La common law semble davantage disposée à reconnaître des limites au principe de l'autonomie lorsqu'il s'agit d'actes auxquels on peut consentir que lorsqu'il s'agit d'actes qu'on peut refuser [...] Nous constatons ici que sur le plan de l'application plutôt que sur celui de la nature même du principe que divergent le droit civil et la common law. En effet, tous deux ont la même justification [...] Selon toute vraisemblance, la common law n'imposera pas le traitement. Cependant, elle refuse, tout comme le droit civil, de permettre à une personne de consentir à un acte qu'elle considère nuisible à la collectivité.²¹

Il semble donc que la common law semble avoir une approche plus libérale du droit à l'autodétermination. Mais en pratique, les deux systèmes se recoupent en laissant ouverte la porte de l'ordre public pour passer outre au refus d'un patient.

Le professeur Somerville explique :

En résumé, tous les systèmes juridiques en cause reconnaissent un principe d'autonomie ou d'autodétermination, dont les limites dépendent de leur politique en matière d'intérêt public et se reflètent plus particulièrement dans leur droit pénal. Ces limites sont traditionnellement plus étendues en common law qu'en droit civil. Mais en pratique, si l'on exclut la France qui interdit l'expérimentation médicale non thérapeutique, ces limites sont, à l'heure actuelle, à peu près les mêmes dans les deux systèmes juridiques.²²

Le droit à l'autodétermination peut se confondre parfois avec le principe d'inviolabilité de la personne. Mais il peut exister, du moins en théorie, une différence importante entre ces deux droits distincts.

Le professeur Somerville continue, à ce propos :

Le principe de l'autonomie consacre la prédominance de la volonté personnelle. Sur le plan concret, les résultats de son application coïncident avec ceux du principe de l'inviolabilité lorsque l'expression de la volonté vise à protéger l'intégrité même de la personne en cause. Par ailleurs le principe de l'inviolabilité peut être interprété de deux façons différentes. Il peut d'une part signifier que nul ne peut être traité sans son consentement, ce qui revient tout simplement à appliquer le principe de l'autonomie. D'autre part, il peut s'interpréter comme une application du principe de la conservation de la vie lorsqu'il s'agit de

21. M. SOMERVILLE, *Le consentement à l'acte médical*, document d'étude de la Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1980, 216, p. 4-7.

22. *Id.*, p. 8.

préserver l'intégrité physique et mentale de la personne contre des actes néfastes, de son fait ou du fait d'autrui.²³

Toutefois, cette différence théorique n'a pas trouvé d'échos en pratique au Québec. En fait, nous verrons que les tribunaux québécois et américains, pourtant de deux systèmes juridiques distincts, en sont arrivés à des conclusions semblables lorsque confrontés à des refus de traitement « déraisonnables »²⁴.

Le droit civil exprime par contre plus clairement la finalité du droit à l'inviolabilité, qui est la protection de la vie. Mayrand explique :

L'inviolabilité de la personne a pour but sa protection ; or les droits doivent être exercés dans le sens de leur finalité. Ce serait fausser le droit à l'intégrité corporelle que de lui permettre de l'invoquer pour faire échec à ce qui peut conserver sa vie et par là même son intégrité essentielle.²⁵

En limitant le droit à l'autodétermination par le biais de l'ordre public, puis le droit à l'inviolabilité (en supposant qu'il fût envisagé distinctement) par sa finalité « vitaliste », il faut conclure que les tribunaux ont le devoir, en droit civil du moins, de protéger la vie.

C'est de même le devoir de la profession médicale. Le *Code de déontologie des médecins* édicte :

Le médecin a le devoir primordial à l'occasion de l'exercice de ses fonctions médicales, de protéger la santé et le bien-être des individus qu'il dessert tant sur le plan individuel que collectif.

Le médecin doit exercer sa profession dans le respect de la vie, de la dignité et de la liberté de la personne humaine.²⁶

C'est donc dans un cadre vitaliste que se situe le droit civil.

« Vitalisme » doit ici s'entendre au sens large, soit comme englobant l'approche qui vise à faire recouvrer la santé au malade avant toute chose, cette *santé* étant le but ultime, même lorsque la vie du patient n'est pas en danger. Il ne faudrait inférer ici quelque commentaire au sujet du « droit à la mort », le « dying with dignity »²⁷, qui devrait faire l'objet d'une étude distincte. Nous envisageons plutôt les situations dans lesquelles l'absence de traitement empêche le malade d'être « libéré » de l'hôpital psychiatrique. Commence alors le cercle vicieux de l'internement, le « catch-22 », que le

23. *Id.*, p. 5-6.

24. *Infra*, p. 836.

25. A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975.

26. R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4, a. 2.02.01. et a. 2.03.01.

27. B. DICKENS, « The Right to Natural Death », (1981) 26 *McGill L.J.* 856.

professeur Gutheil a appelé « *rotting with your rights on* »²⁸. Le médecin pourra alors « négocier » le traitement avec le patient, en faisant valoir la possibilité de « libération », résultat d'un traitement fructueux.

1.2.1.2. La position de la Cour suprême du Canada

Le droit civil québécois, proche, nous l'avons vu, de la common law, pourra sans doute s'inspirer des décisions des autres provinces lors de l'évaluation des principes d'inviolabilité de la personne humaine, qui, sous certains aspects, ne se rattachent en particulier à aucun système juridique. La base de toute décision judiciaire devra quand même demeurer le droit civil.

C'est dans cette optique que nous examinons les décisions de la Cour suprême du Canada dans les causes *Lepp c. Hopp*²⁹ et *Reibl c. Hughes*³⁰. La première provient de l'Alberta, la seconde de l'Ontario. Ces arrêts réitérent apparemment la tradition de common law. Le patient peut décider en milieu régulier, de refuser un traitement. Il doit donner un consentement éclairé, et on doit pour ce faire, lui donner toute l'information nécessaire³¹. Le médecin n'a plus la discrétion de déterminer où s'arrêtera la divulgation. Le test est le suivant : il faut se demander non pas, écrit le juge en chef Laskin, ce que révélerait un médecin raisonnable, mais plutôt ce que voudrait savoir un patient raisonnable.

La réception de cette approche de common law pourra prendre plusieurs directions. Une influence indirecte de ces deux décisions unanimes pourra être de restreindre, même au Québec, les limites à l'autonomie, surtout si une cause de même nature était entendue par la Cour suprême.

Nous formulons à ce sujet deux commentaires. En premier lieu, l'article 7 de la *Loi sur les services de santé et services sociaux*³² permet de restreindre le droit à la consultation dans les cas de préjudice grave. En second lieu, malgré le rapprochement décrit ci-dessus, le droit civil permet

28. T.S. GUTHEIL, « Rotting with Your Rights On », (1979) 7 *American Academy of Psychiatry and the Law* 306.

29. [1980] 2 R.C.S. 192.

30. [1980] 2 R.C.S. 880 ; voir aussi *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 2 et B. ORCHARD, « Insanity : A Psychiatrist's view on the recent rulings of the Supreme Court of Canada », (1981) *S.C. Rev.* 451 et R.P. KOURI, « L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit québécois », (1984) 44 *R. du B.* 851.

31. Voir note précédente et W.O. McCORMICK, « Informed Consent in Psychiatric Practice », (1980) 1 *Health Law* 53 ; D.S. FERGUSON, « Informed Consent : What the Law Requires », (1980) 1 *Health Law* 56 ; A. COY, « Informed Consent : The Patient's Perspective », (1981) 2 *Health Law* 55 et M. SOMERVILLE, *supra*, note 21, et du même auteur : « Structuring the Issues on Informed Consent », (1980) 26 *McGill L.J.* 740.

32. L.R.Q. 1977, c. S-5.

encore, théoriquement du moins, de contraindre un patient si l'ordre public le justifie, à être traité, quoique le consentement soit la règle. Le législateur ne l'a-t-il pas reconnu en permettant l'examen « de force » de toute personne, en vertu de la *Loi sur la protection du malade mental*³³. Les décisions de la Cour suprême du Canada permettront par contre de définir la notion de consentement éclairé.

1.2.2. Le consentement-substitut

Qu'advient-il, par contre, des règles habituelles du milieu médical lorsqu'une personne est déclarée incapable et dont le sort est remis entre les mains d'un curateur, public ou privé, ce dernier ayant alors juridiction sur les biens et sur la personne. C'est au curateur qu'il revient alors de consentir³⁴, la nécessité d'obtenir ce consentement demeurant tout autant primordiale que pour un patient « capable ».

Le problème qui se pose provient de ce que l'incapacité juridique, généralement fondée sur l'incapacité d'administrer son patrimoine, et ayant comme but premier la protection de ces biens, entraîne une incapacité sur la personne.

Il faut accepter que quelqu'un d'autre que le patient (en milieu médical) définisse et fasse respecter ses droits et valoir ses intérêts.

Les critères de décision du curateur doivent-ils être objectifs ou subjectifs? En d'autres termes, le curateur doit-il se substituer au patient lui-même et rechercher ce que celui-ci ferait dans les mêmes circonstances ou plutôt rechercher ce qui convient le mieux à un patient dans la situation de l'interdit?

Le curateur public, responsable de milliers de personnes, ne peut appliquer qu'un critère objectif, c'est-à-dire rechercher le meilleur intérêt du patient à la lumière des informations contenues dans son dossier. Le curateur privé, par contre, peut connaître la volonté de l'incapable ou de l'interdit par rapport à une forme de traitements donnée, ou sur quelque autre aspect du traitement médical ou psychiatrique. Il faut de plus rappeler qu'un grand nombre de malades ont des « intervalles lucides », l'incapacité de droit n'entraînant pas nécessairement une incapacité totale dans les faits. Que doit faire alors le curateur?

La loi ne l'oblige pas à adopter l'une ou l'autre approche. Le curateur n'a qu'un seul point de repère : le meilleur intérêt du patient. Il devra donc

33. L.R.Q. 1977, c. P-41.

34. Voir *supra*, p. 810s.

concilier et considérer tous les éléments dont il dispose pour assurer le respect de cet intérêt, en présupant généralement le désir de guérison.

Dans les cas de mauvaise administration, le *Code civil* prévoit le remplacement du curateur. De plus, la famille, désireuse de remplacer le curateur public pourrait, avec l'accord de ce dernier, nommer un curateur privé, ou un curateur à la personne, en laissant l'administration des biens à la curatelle publique. Notre droit connaît en effet la pluralité de curateurs, et le partage biens/personne entre deux curateurs³⁵. Nous ne connaissons pas, toutefois, de cas où l'on a enlevé au curateur public juridiction sur la personne de l'incapable.

En l'absence d'incapacité, le malade doit consentir et conséquemment, il peut refuser un traitement. S'il est juridiquement incapable, c'est au curateur qu'incombe cette responsabilité.

1.2.3. De lege ferenda

Les projets de loi 106 (de 1982) et 20 (de 1984) jettent un éclairage nouveau sur le rôle du curateur face au traitement médical de l'incapable, ainsi que sur les critères d'interdiction. Ils ne parlent plus seulement d'inviolabilité, mais aussi d'intégrité de la personne humaine. (P.L. 106, art. 11; P.L. 20, art. 10).

Nous discuterons brièvement les changements relatifs au consentement-substitut.

Le Projet de loi 20, présenté en 1984 par le ministre Pierre-Marc Johnson a corrigé plusieurs hésitations rédactionnelles décriées lors de la consultation sur le Projet de loi 106^{35a}.

Le point saillant de la réforme proposée, puisqu'il s'agit bien d'une réforme, est l'instauration d'un mécanisme judiciaire particulier permettant l'obtention d'un consentement-substitut. Le Projet de loi 106 prévoyait la juridiction exclusive du tribunal (à l'exception du tuteur/curateur) lorsque

35. Voir notamment V. BERGERON, *supra*, note 15, p. 208 et *Protection du malade mental* — 3, [1983] C.A.S. 813, p. 816.

35a. Voir notamment : É. DELEURY, « Le Projet de loi 106 et les droits de la personnalité : perspective et analyse prospective », (1984) 25 *C. de D.* 699; le mémoire déposé par la Chambre des notaires lors de l'étude du Projet de loi 106; le mémoire déposé par la Commission des droits de la personne du Québec, qui resitue le débat à un niveau plus général, et qui vise, outre la réforme du *Code civil*, la *Loi sur la protection du malade mental* (L.R.Q. 1977, c. P-41); les commentaires de l'Office de révision du *Code civil*, tome 1, Éditeur officiel du Québec, 1977; M. CARON, « La personne » dans *Les enjeux de la révision du Code civil*, sous la direction d'A. Poupart.

« l'examen, le traitement ou l'intervention » présentait « un caractère permanent ou irréversible ou un risque sérieux » (art. 20).

Le Projet de loi 20 est plus souple. Le principe proposé par son article 15 est à l'effet que le tuteur ou curateur au « majeur non doué de discernement » (le nouveau critère d'interdiction civile suggéré) donne le consentement aux « soins exigés par l'état de santé » du malade. Il y a révision de ce consentement-substitut par le tribunal si le tuteur ou le curateur ne peut consentir ou refuse de le faire sans que ce refus soit justifié par l'intérêt du malade (art. 16). L'on a ici codifié le critère décisionnel existant du tuteur/curateur : l'intérêt du malade incapable.

Un point intéressant des deux projets de loi est la définition des critères que suit le tribunal appelé à consentir à des soins. L'article 19 du Projet de loi 20, reprenant l'essentiel de l'article 21 du P.L. 106, prévoit que le tribunal « prend l'avis d'experts [...] du tuteur ou curateur et du conseil de tutelle », ou de « toute autre personne qui manifeste un intérêt particulier pour la personne concernée ». L'on peut penser notamment au conjoint et aux proches parents et amis non visés par la tutelle.

Cependant, les deux projets contiennent la disposition suivante :

Il (le tribunal) *doit* aussi, sauf impossibilité, recueillir l'avis de la personne concernée et, à moins de motif grave, respecter son refus.

Les projets reconnaissent donc que le malade mental, souvent déclaré incapable en raison de son incapacité à gérer ses biens, et non sa personne, a conscience bien souvent de son état et a, en conséquence, une opinion à faire valoir à ce sujet.

Les projets distinguent donc entre le consentement-substitut, qui est révisable, et le consentement du malade, qui ne l'est pas. Cette position apparaît conforme à ce qu'étudié jusqu'ici.

Il est à prévoir toutefois que de long débats s'engageront lorsqu'il faudra déterminer quel degré d'aliénation mentale constitue « l'impossibilité » prévue à l'article 19 (P.L. 20), et quels sont les « motifs graves » qui justifieront d'outrepasser une objection au traitement formulé par le patient. Ce débat devra s'envisager, selon nous, dans l'optique du respect des droits fondamentaux vus jusqu'à présent.

Les autres dispositions des deux projets de loi réitèrent le principe fondamental du consentement préalable nécessaire aux soins, ainsi que les cas habituels d'exception, soit l'urgence, lorsque la vie de la personne est en danger. (Selon le texte du projet, ces conditions seraient cumulatives).

2. Le droit constitutionnel

Le droit au refus de traitement en général se fonde tant sur les systèmes de droit commun que sur les lois constitutionnelles. Relativement à celles-ci, et nous autorisant de certaines similitudes entre la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après appelée « la Charte ») et la Constitution américaine, il nous apparaît utile de nous pencher sur la perception américaine du droit au refus de traitement.

2.1. Le parallèle américain

Ayant fait l'objet d'un nombre imposant d'études, le droit américain relatif aux refus de traitement ne peut se décrire en quelques mots. Bien au contraire, les opinions à son sujet diffèrent radicalement d'un auteur à l'autre. Les psychiatres ont tendance à restreindre le droit au refus de traitement de plusieurs façons, persuadés qu'ils savent mieux que quiconque, ce que chaque patient requiert en soins et traitements.

Les avocats et juristes en général, formés et habitués plutôt au discours des libertés fondamentales et des droits individuels, s'attachent beaucoup plus aux intérêts du patient-client, face à la machine médicale. Si la première position est défendable, il est certain néanmoins que le savoir du médecin, surtout dans les hôpitaux de moins haut calibre³⁶, peut se métamorphoser en une attitude intolérable aux droits du patient, à sa dignité, à son autonomie, à sa vie privée. L'attitude des avocats, par contre, est critiquable à plusieurs niveaux. En premier lieu, elle constitue souvent une ingérence néfaste dans le processus de traitement avec, notamment, les interminables délais de l'appareil judiciaire³⁷. En second lieu, il faut bien avouer l'ignorance parfois frappante des avocats dans le domaine des maladies mentales³⁸.

36. Aux États-Unis, un débat a opposé les théoriciens du droit au refus de traitement aux praticiens, qui accusaient ceux-là d'ignorer le vécu de certains hôpitaux de moins haut calibre. Notre système de santé ne connaît pas, cependant, la distinction entre hôpitaux publics et privés, et cette discussion devrait donc se poursuivre ici sur des bases différentes. Voir à ce sujet : G. DIX, « Realism and Drug Refusal », (1981) 9 *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law* (ci-après abrégé *AAPL*), 180, p. 182; et pour une réponse : P.S. APPLEBAUM et T.S. GUTHEIL, « The Right to Refuse Treatment: the Real Issue is Quality of Care », (1981) 9 *AAPL* 199, p. 200-201; voir aussi l'affaire *Davis c. Hubbard*, 506 F. Supp. 915 (1980 N.D. Ohio).

37. Voir R. MILLS et T.S. GUTHEIL, « Guardianship and the Right to Refuse Treatment: a Critique of the *Roe* Case », (1981) 9 *AAPL* 239 et T.S. GUTHEIL, « Rotting with Your Rights On », (1979) 7 *AAPL* 306.

38. On peut se demander dans quelle mesure un avocat est capable de déceler la maladie mentale de son client et l'effet qu'elle peut avoir sur son comportement et ses dires. Pensons aux patients *border-line* qui peuvent, dans un très court laps de temps, passer d'un état apparemment normal à un état extrêmement agité. Voir à ce sujet P. LALONDE et

Cette ignorance des avocats (et par conséquent des juges) est souvent accentuée par la mésadaptation des psychiatres au système judiciaire. Ce qui devient trop souvent un dialogue de sourds entre avocats et médecins explique, entre autres, les nombreux problèmes des témoins experts psychiatres³⁹. L'équilibre mental se pèse mal à la balance de Thémis.

Voyons quels sont les arguments retenus par les juristes américains.

2.1.1. La liberté d'expression

Le premier fondement constitutionnel du droit au refus de traitement repose sur la liberté de parole ou d'expression (*freedom of speech*). Cet argument est l'un des plus subtils et se fonde sur l'effet psychodysleptique de certains traitements, et notamment des drogues, en ce sens que ces traitements modifient la formation, et éventuellement l'expression de la pensée, ce qui touche à la liberté d'expression. L'application de ce principe constitutionnel au Canada passe par un raisonnement plus simple, puisque l'article 2 de la Charte protège la liberté « *de pensée, de croyance et d'opinion* ». Or, il y a bel et bien atteinte à la pensée dans la majorité des traitements. L'article 2 pourrait donc avoir une utilité insoupçonnée. En effet, d'aucuns y voyaient une série de termes plutôt creux, prétextant que nul ne pouvait atteindre la pensée et l'opinion⁴⁰.

2.1.2. Le droit à la vie privée

Le second argument constitutionnel est le droit à la vie privée. Bien que non explicitement garanti par la Constitution américaine, il a été tissé par la Cour suprême des États-Unis au fil de plusieurs de ses articles. Au Québec, cette difficulté potentielle est résolue par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴¹ qui le garantit en toutes lettres, à son article 5. Ce droit comprend une protection contre les atteintes involontaires au corps humain, aux États-Unis comme ici⁴².

F. GRUNBERG, *Psychiatrie clinique : approche contemporaine*, Chicoutimi, Morin & Ass., 1980, c. 9.

39. Voir M. DONGIER, *Perspectives psychiatriques*, p. 1082 : « Toutes les cours de justice sont familières des batailles d'experts psychiatres où l'accusation et la défense trouvent des supports dans des théories, des diagnostics et des tests opposés. En fait, l'un des problèmes des psychiatres, en particulier lorsqu'ils sont appelés à témoigner en Cour est la difficulté de marquer la limite entre, d'une part les faits objectifs et scientifiques, et d'autre part, le rôle de leur propre personnalité et du facteur subjectif inévitable. » Voir aussi S. ETH, « Adolescent Separation-Individuation and the Court », (1983) 11 *AAPL* 231.

40. P.W. HOGG, *Canada Act 1982*, Toronto, Carswell, 1982, p. 15 s.

41. L.R.Q. c. C-12.

42. Voir *supra*, note 36.

2.1.3. Les garanties procédurales

Un troisième argument est basé sur le droit au *due process* du quatorzième amendement de 1868. Il oblige les autorités à écouter le point de vue du patient, dûment représenté. Au Québec, ce droit relève de la justice naturelle, du *audi alteram partem*, que nous a légué le droit romain. Il est prévu en outre à l'article 7 de la Charte canadienne⁴³ et à l'article 23 de la Charte québécoise⁴⁴. Le droit à une audition impartiale et complète pose plusieurs problèmes cependant. On peut se demander d'abord, advenant l'incapacité du patient, qui va le représenter, et surtout, devant quelle instance ? S'il s'agit d'un groupe de médecins, ne seront-ils pas juge et partie ? L'organisation judiciaire et administrative est ici remise en question, et nous y reviendrons en détail, en tentant de donner aux garanties offertes par la justice naturelle et le droit constitutionnel toute la place qui leur revient.

2.1.4. Les arguments mineurs

Quatre autres arguments constitutionnels peuvent être mentionnés, mais à nos yeux, ils ne sont que des arrières aux principales garanties déjà étudiées.

Le premier protège contre les *cruel and unusual punishments*, et provient du huitième amendement de 1791. Le traitement est ici perçu en tant que punition contre la marginalité ou la déviance, et c'est sous ce chapitre que l'on retrouve les tenants des mouvements dits alternatifs en psychiatrie, qui considèrent, si l'on peut ainsi oser un résumé, la maladie mentale comme un mythe au service d'un état oppressif et tyrannique. Sous cette forme, il risque de n'avoir que peu d'impact sur nos tribunaux. Au Canada, la formulation de la Charte étant plus libérale que celle de la Constitution américaine, on pourra soutenir une argumentation en faveur du patient subissant des traitements hors normes ou une expérimentation. La Charte protège en effet contre « tous *traitements* ou peines cruels ou *inusités* » (article 12). L'on retrouve un écho provincial à ce qui, en fait, impose au médecin traitant l'obligation de se conformer au savoir médical contemporain, dans le *Code de déontologie des médecins*⁴⁵. Il s'agit de plus du fondement principal de la responsabilité médicale⁴⁶.

43. Voir *supra*, note 6.

44. L.R.Q. 1977, c. C-12, art. 23.

45. R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.

46. T.E. CARBONNEAU, « The Principles of Medical and Psychiatric Liability in French Law », (1980) 29 *International and Comparative Law Quarterly*; et X. c. Mellen, [1957] B.R. 389; *Hôpital Notre-Dame c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605.

Un autre argument repose sur la protection qu'offre le quatrième amendement contre les *unreasonable searches and seizures*. Le traitement est alors considéré comme une saisie abusive.

Les professeurs Gutheil et Applebaum⁴⁷ mentionnent également le droit à l'*equal protection*, prétextant une atteinte aux malades en tant que groupe défavorisé, puis le droit au *least restrictive alternative*⁴⁸. Seul ce dernier vaut, à notre avis, d'être discuté, quoiqu'il demeure très fragile. Il faut pour invoquer le droit à la peine la moins sévère, se trouver dans un contexte pénal particulier, et faut-il encore que l'on puisse établir que le traitement constitue une peine suite à un comportement reprochable.

Nous sommes d'opinion, à ce propos, qu'il est préférable de ne pas éparpiller l'argumentation en une foule d'arguments subsidiaires et s'en tenir, en conséquence, aux garanties déjà mentionnées.

2.2. La jurisprudence américaine : la recherche du compromis idéal

Les publications récentes⁴⁹ mentionnent essentiellement les arrêts suivants : *Rennie c. Klein*⁵⁰ et *Rogers c. Okin*⁵¹.

L'affaire *Rogers*, dont les faits se sont déroulés au Boston State Hospital, un établissement public⁵², fut à la base de plusieurs autres décisions⁵³. Invoquant la liberté d'expression et le droit à la vie privée, ce jugement, confirmé en appel⁵⁴, reconnaissait un droit de principe au refus de traitement, sauf cas d'urgence.

47. Le professeur T.S. Gutheil enseigne le droit et la psychiatrie à l'université Harvard et le professeur P.S. Applebaum est co-directeur du programme de droit et psychiatrie à l'Institut clinique psychiatrique de l'Ouest à Pittsburgh et professeur à l'université de Pittsburgh.

48. Voir P.B. HOFFMAN et L. FOUST, « Least Restrictive Treatment of the Mentally Ill : A Doctrine in Search of its Senses », (1977) 14 *San Diego Law Review*, 1100.

49. Voir P.S. APPLEBAUM, « Legal Issues in the Care of the Chronic Mental Patient », à paraître dans J.A. TALBOTT, *Chronic Mental Patient : Five Years Later*, New York, Grune and Stratton; P.S. APPLEBAUM, « Refusing Treatment : The Uncertainty Continues », (1983) 34 *Hospital and Community Psychiatry* 11; A.D. BROOKS, « The Constitutional Right to Refuse Anti-Psychotic Medication », (1978) 8 *AAPL* 179; L.H. ROTH et P.S. APPLEBAUM, « What We Do and Do Not Know About Treatment Refusals in Mental Institutions » in *Refusing Treatment in Mental Health Institutions : Values in Conflict*, Washington, Aupha Press, 1982, p. 179 à 1916 et T.S. GUTHEIL et P.S. APPLEBAUM, *Clinical Handbook of Psychiatry and the Law*, New-York, Toronto, McGraw Hill, 1982, p. 91-96.

50. 476 F. Supp. 1294 (D.N.J. 1979).

51. 478 F. Suppl. 1342 (D. Mass. 1979).

52. Voir *supra*, note 36.

53. *Davis v. Hubbard*, 506 F. Supp. 915 (D. Ohio 1980); voir aussi *In Re Mental Health of K.K.B.*, 609 P. 2d 747 (Okla. 1980).

54. 634 F. 2d 250 (1st Cir. 1980).

Dans *Rennie*, par contre, le juge Brotman posait des limites moins strictes au traitement involontaire. Il suggérait de tenir compte du « caractère dangereux » du patient, de sa capacité, des effets secondaires prévisibles et de la possibilité d'un traitement moins drastique que celui proposé. Cette solution, reprise par la suite sous forme de test⁵⁵, tient plus du compromis et de l'équilibre entre les intérêts individuels et les intérêts collectifs que de la stricte analyse juridique. D'ailleurs, la Cour d'appel différa d'approche⁵⁶. Quoique reconnaissant le principe du droit au refus de traitement, elle permit le traitement de patients qui, selon les dires des psychiatres, avaient besoin de traitement⁵⁷. La Cour fit une différence par ailleurs entre les droits du patient volontaire et ceux du patient involontaire (en cure fermée), les droits de celui-ci étant plus restreints.

Les deux décisions furent portées à l'attention de la Cour suprême des États-Unis, qui n'en entendit aucune. Dans le cas *Rogers*, elle a demandé à la Cour d'appel du Massachussets de réétudier le dossier à la lumière de l'arrêt *In The Matter of Guardianship of Richard Roe III*⁵⁸. Cette décision oblige le curateur d'un patient en clinique externe à faire appel aux tribunaux avant de consentir à l'administration de substances psychotropes. Le tribunal ainsi saisi doit chercher alors à savoir ce que le malade, eût-il été sain d'esprit, aurait voulu⁵⁹. Ce dossier a été continué sur des questions locales de peu d'intérêt.

Dans *Rennie*, la Cour suprême des États-Unis a renvoyé l'affaire pour reconsidération (*remand*) à la lumière de l'arrêt *Youngberg c. Romeo*⁶⁰. Dans cette dernière décision, la Cour a permis le traitement, malgré les garanties constitutionnelles, en raison d'impératifs professionnels et hospitaliers⁶¹. Le professeur Applebaum écrit à ce sujet :

55. Voir l'article de A.D. BROOKS, *supra*, note 49.

56. 653 F. 2d 836 (3rd Cir. 1981).

57. A.D. BROOKS, *supra*, note 49, écrit à ce sujet (p. 180) : « The major constitutional rational relied upon by both courts is similar each court has placed a different stress on other constitutional doctrines. In both cases, the federal judges have ruled that the constitutional right of privacy, which guarantees autonomy with respect to decisions as to one's body and mind, insures that a non-dangerous and competent patient has the right to refuse medications. The Rogers case also stressed as rational the First Amendment right to freedom of thought, reading and communications. »

58. *Mills v. Rogers*, 102 S.Ct. 2442 (1982) ; 421 W.E. 2d 40, (Mass. 1981).

59. Pour des points de vue opposés sur cette question, voir : T. GUTHEIL et M.J. MILLS, « Legal Conceptualization, Legal Fictions and the Manipulation of Reality », (1982) 10 *AAPL* 17 ; S. PLOTKIN, « Limiting the Therapeutic Orgy: the Mental Patient's Right to Refuse Treatment », (1977) 72 *Northw. L. Rev.* 461.

60. 102 S.Ct. 2452 (1982).

61. Les tribunaux supérieurs américains font donc preuve de grandes réserves — la théorie dite « de la patate chaude »... Voir *Demhurst State School and Hospital v. Halderman*, 451 U.S. 1

If *Youngberg* is interpreted broadly by the Third Circuit in its reconsideration of *Rennie*, and by other courts considering the issue, the right to refuse may be moot. Although involuntary patients may nominally retain the right, the power of psychiatrists to treat them involuntarily when such is required to effect their treatment would all but eliminate its practical importance. The sole remaining effect of the right to refuse treatment would be to guarantee some reasonable process of reflection before involuntary treatment took place. It should be noted that there is near universal agreement that *voluntary* patients have and will continue to have a right to refuse treatment.⁶²

Cette attitude a déjà été adoptée par un tribunal new-yorkais⁶³.

Le droit au refus de traitement deviendrait dans cette optique un concept théorique, limitant les abus apparents et grossiers, sans plus⁶⁴. Cette position finalement pro-traitement serait constitutionnellement défendable au Canada. Il faudrait convaincre les tribunaux, interprètes ultimes de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que la nécessité, médicalement évaluée, de traiter un patient malgré son refus est « une limite qui soit raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », soit la limite de toutes les garanties constitutionnelles enchâssées qu'édicte l'article 1 de la Charte.

De ce point de vue, il est indubitable que les tribunaux auront, tant que la jurisprudence ne sera pas fixée, une vaste discrétion ce qui, tout en faisant douter de la nature purement déclaratoire du pouvoir judiciaire, permettra de s'adapter à des affaires nécessitant une infinité de nuances et une approche ponctuelle des faits de chaque espèce.

Voilà qui complète notre tour d'horizon constitutionnel. Les principales conclusions tirées jusqu'ici seront reprises lors de la synthèse, en troisième partie.

(1981) et J. BRANT, « The Hostility of the Burger Court to Mental Health Law Reform Litigation », (1983) 11 *AAPL* 77.

62. P.S. APPLEBAUM, « Legal Issues in the Care of the Chronic Mental Patient », *supra*, note 49, p. 19-20.

63. *Project Release v. Prevost*, 14 N.Y.C.R.R. 27, p. 28.

64. R. ANAND, « Involuntary Civil Commitment in Ontario: The Need to Curtail the Abuses of Psychiatry », (1979) 50 *C.B. Rev.* 250; voir aussi note 2, *supra*. En Ontario, la *Loi sur les maladies mentales* de 1978, avec l'entrée en vigueur de certains articles le premier mars 1983, contient une procédure pour imposer un traitement aux patients « involontaires ». Celle-ci consiste en une audition devant un tribunal multidisciplinaire et impartial. Il y a également possibilité d'appel aux tribunaux de droit commun, dans certains cas. En outre, la loi interdit la psycho-neurochirurgie chez les patients involontaires.

3. Synthèse

L'inviolabilité de la personne humaine a toujours été un des principes, voire même une des prémisses, du droit civil, français et québécois. Sur ce fondement ont été érigées des règles applicables aux diverses situations de la vie quotidienne des établissements de santé, susceptibles de conduire à des dérogations au principe. À cette inviolabilité s'ajoute une garantie plus moderne, ou du moins plus récemment codifiée, et complémentaire, le droit à la vie privée.

Plus intimement, la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit la liberté de conscience et de pensée et, ce qui en est une suite logique et nécessaire, la liberté d'expression.

Toutefois, la place faite à ces valeurs dans notre droit n'a pas toujours été reflétée dans la place réservée aux malades mentaux. Sujets, naguère, de sous-droits, ou plus exactement de droits de la sous-personne, ces malades, suite aux pressions de groupes de plus en plus nombreux et de plus en plus puissants, voient s'entrouvrir de nouveaux horizons juridiques. Le droit nuance de plus en plus ses prescriptions. Après avoir distingué tutelle et curatelle, voilà que le législateur s'apprête à reconnaître (c'est du moins le sens des projets de loi 106 et 20) certains pouvoirs à l'« incapable », comme si, et ceci est en fait indubitable, il y avait des degrés d'incapacité.

Il faut cependant s'en tenir, pour l'instant, au droit civil actuel. Les critères d'interdiction sont encore les archaïques « imbécillité, démence ou fureur » et les critères d'incapacité de la curatelle publique, « l'incapacité d'administrer ses biens ». Dans ce dernier cas, le déprimé, tout autant que le psychosé ou le schizophrène, peut, théoriquement du moins, se faire imposer un traitement après autorisation du curateur public, sans nuance aucune.

Les libertés fondamentales étudiées en deuxième partie peuvent, dans cette optique, assurer aux malades mentaux l'égalité que le droit civil tarde à leur reconnaître.

3.1. Le principe fondamental

Le droit constitutionnel donne de l'eau au moulin des tenants du droit au refus de traitement, mais moins qu'il paraît à première vue. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, correspondant à certains amendements de la Constitution américaine, et qui garantissent essentiellement

- le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité ;
- le droit à une audition impartiale ;

- le droit de ne pas recevoir de traitements cruels ou inusités ;
- la liberté de conscience, de pensée et d'expression ;

complètent le droit civil, qui édicte l'inviolabilité, la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, et la justice naturelle. Sans répéter les commentaires formulés lors de la dernière partie qui démontrent, nous l'espérons, dans quel cadre les arguments constitutionnels peuvent alimenter le débat autour du droit au refus de traitement, il faut noter deux points particuliers.

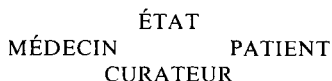
En premier lieu, le droit strict à une audition impartiale pourrait fonder une argumentation concluant à la nécessité d'un mécanisme judiciaire ou quasi judiciaire, tant dans la détermination d'incapacité que dans le traitement involontaire.

En second lieu, et c'est là, à notre avis, l'impact le plus important de la Charte canadienne, la suprématie de la Charte sur toutes les lois au Canada⁶⁵ imposera au législateur le fardeau⁶⁶ de prouver que toute atteinte législative aux libertés fondamentales est justifiée et raisonnable dans une société libre et démocratique⁶⁷. Aux États-Unis, les tribunaux⁶⁸ ont élaboré certains tests plus ou moins précis, décrits plus haut, permettant de passer outre aux garanties constitutionnelles. Nos tribunaux pourront sans doute s'en inspirer, en appliquant l'article premier de la Charte.

3.2. Les régimes d'incapacité

3.2.1. La présence d'un curateur

En présence d'un curateur, nous l'avons vu, il y a place à un consentement-substitut au traitement du malade mental incapable, ou, plus exactement, à l'autorisation valablement donnée de traiter une tierce personne, dans la relation médecin-curateur-patient. Ce rapport tend de plus en plus à devenir quadrilatéral, en présence de la curatelle publique :



65. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 6, art. 52.

66. Voir *Procureur général du Québec c. Protestant School Board Greater Montreal*, (1983) 140 D.L.R. (3d) 33; [1982] C.S. 673, conf. par [1983] C.A. 77; conf. par la Cour suprême du Canada, [1984] 2 R.C.S. 66.

67. *Charte canadienne des droits*, *supra*, note 6, art. 1.

68. Cf., par exemple, l'arrêt *Rennie c. Klein*, *supra*, note 50.

Nous avons vu également que le curateur a comme seul critère dans sa prise de décision le « meilleur intérêt de la personne ». Ce critère est difficile à définir avec quelque précision. L'affaire *In re enfant Maude Goyette* indique :

En adoptant en 1980 le critère de l'intérêt de l'enfant, le législateur ne l'a pas défini [...] L'intérêt d'une personne est la mesure de son bien [...].

Or, le bien de la personne comprend les quatre aspects suivants : physique, affectif, intellectuel et spirituel [...].

Idéalement, le bien de la personne est pleinement atteint lorsque ces quatre aspects sont entièrement satisfaits. L'intérêt de la personne exige en principe qu'on ne néglige aucun de ces aspects mais, en pratique, dans l'ordre de leur satisfaction minimale, l'aspect physique a priorité sur l'affectif, l'affectif sur l'intellectuel et l'intellectuel sur le spirituel. On conviendra que ce qui est dernier dans l'ordre de la réalisation est premier dans l'ordre des valeurs.⁶⁹

Le curateur public, qui doit jongler quotidiennement avec le meilleur intérêt des incapables sous sa protection, s'est défini une ligne de pratique. Dans une brochure qu'il publiait il y a quelques années, à ce sujet, on peut lire :

En tant que protecteur des droits de la personne, le curateur public a la responsabilité de donner ou de refuser le consentement à l'acte médical ou dentaire [...]. Le Curateur public doit prendre la décision la plus susceptible d'assurer le bien-être physique et psychologique du malade. Il lui faut donc, autant que faire se peut, se mettre à sa place. Aussi, pour guider son choix, il doit obtenir tous les renseignements qui concernent le patient, même s'ils ne sont pas directement reliés à l'intervention [...].

Dans une société où chacun se débat pour se faire respecter, certains sont plus démunis et risquent fort de se voir relégués à un rang de citoyens de second ordre faute de pouvoir se défendre de façon adéquate. Il importe que ces personnes, égales en droit au sens de la loi, reçoivent une juste protection.⁷⁰

Et, plus loin :

Le patient, lorsqu'il accepte qu'ait lieu l'intervention, ne doit être soumis à aucune contrainte, à aucune pression [...]. Il peut refuser son consentement, quels que soient ces motifs, et son refus doit être respecté.

Tel que l'exige la loi, pour permettre que le consentement donné le soit de façon éclairée, le médecin ou le dentiste doit lui-même transmettre au patient les informations relatives à l'acte médical ou dentaire [...].

Quand on parle d'informations relatives à l'acte médical ou dentaire, il faut, dans une terminologie accessible à l'individu :

- déterminer la nature de l'acte et toutes les étapes de sa procédure ;
- mentionner les conséquences possibles, qu'elles soient favorables ou défavorables [...];

69. *In Re enfant Maude Goyette*, [1983] C.S. 429, p. 434.

70. *La curatelle publique*, brochure publiée en 1981 par la curatelle publique, p. 7.

— informer le bénéficiaire des autres traitements qui pourraient solutionner son mal.⁷¹

En présence d'un curateur, c'est au meilleur du jugement de celui-ci que se prendra la décision de consentir ou de refuser le traitement. Le curateur privé pourra faire usage de sa connaissance des vœux du malade. Le curateur public, par contre, devra s'en remettre, comme le démontrent les extraits précités, à des facteurs objectifs de décision, tournant autour d'un seul point : le meilleur intérêt du malade.

Le document de la curatelle publique introduit la problématique de la prochaine section :

Qu'advient-il des individus incapables de fait qui ne jouissent de la protection ni du curateur public, ni d'un curateur privé, ni d'un tuteur ? [...]. *Légalement, nul n'est autorisé à consentir pour eux et en aucun cas.*⁷²

3.2.2. L'absence de curateur

3.2.2.1. Principe et applications

En l'absence d'un curateur, il faut présumer le patient capable en droit, dans la mesure où l'incapacité entraîne la curatelle. Qu'advient-il, alors, de l'incapacité « de fait » ?

Hormis les cas d'urgence, tels que ceux prévus par la *Loi sur la protection de la santé publique*⁷³, le patient capable doit donc consentir, sous réserve, premièrement, du danger à la vie (potentiellement assimilable à l'urgence dans certains cas) et, deuxièmement, de nos brèves remarques concernant le droit à la mort, formulées précédemment⁷⁴.

Donc, exception faite des cas extrêmes, peut-on traiter sans consentement une personne capable ? À l'étude des principes fondamentaux étudiés jusqu'ici, on serait tenté, et à bon droit, de répondre non. Mais, qu'advient-il du patient en cure fermée, au sens de la *Loi de protection du malade mental*, si celui-ci est capable ? On se rappellera qu'en première partie nous avons vu que la cure fermée n'entraîne l'incapacité que si le patient est incapable d'administrer ses biens, ce qui n'est pas toujours le cas.

La loi précitée ne permet pas d'imposer un traitement, ce que l'Association des psychiatres déplore⁷⁵. Subsiste alors le *parens patriae*.

71. *Id.*, p. 11.

72. *Id.*, p. 16.

73. L.R.Q. 1977, c. P-3.

74. Voir *supra*, note 27.

75. Mémoire de l'Association des psychiatres, *supra*, note 8, p. 10-11. Voir le *Public Hospitals Act* de la Nouvelle-Écosse, article 44.

3.2.2.2. Le *parens patriae* : définition et problématique

H.C. Black définit ainsi ce concept de common law :

Parens patriae, literally « parent of the country » refers traditionally to role of state as sovereign and guardian of persons under *legal disability*. [...] It is a concept of standing utilized to protect those quasi-sovereign interests such as health, comfort and welfare of the people [...].

Parens patriae originates from the English common law where the King had a royal prerogative to act as guardian to persons with legal disabilities such as infants, idiots and lunatics.

The use of this power to deprive a person of freedom has been limited by recent laws and decisions [...].⁷⁶

(Notre soulignement)

À lire cette définition, on peut se demander quelle peut être l'application d'un concept médiéval en droit québécois moderne.

Le *parens patriae* a toutefois des applications heureuses encore aujourd'hui. Les tribunaux s'en servent dans les cas où les droits d'un enfant sont en jeu et qu'aucune loi particulière ne permet de régler convenablement un litige. La Cour suprême s'en est servi récemment en matière d'adoption⁷⁷, et il a été invoqué dans des décisions connues en matière de traitement médical de jeunes enfants⁷⁸. Dans ces décisions, le tribunal s'est autorisé du *parens patriae* pour réviser la décision d'un tuteur ou d'un curateur, donc pour réviser un consentement-*substitut*. Le concept peut-il servir à passer outre à la *Loi de protection de la santé publique*? Autrement dit, ces lois codifient-elles l'entière intervention de l'État sur le malade mental? La Cour supérieure du Québec a récemment jugé que non⁷⁹.

3.2.2.3. Le *parens patriae* : application

Le *parens patriae* peut faire partie de notre droit, en raison de l'intégration du droit constitutionnel britannique par la *Loi constitutionnelle de 1867* et en raison, également de l'intégration de la common law à notre droit public.

La Cour supérieure l'a invoqué comme faisant partie de son pouvoir général⁸⁰. Dans son mémoire en appel de ce jugement, l'appelant soumet

76. Voir H.C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, 5^e éd., St-Paul, West Publishing, 1979, p. 1003.

77. *Beson et un autre c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716.

78. *Quinlan*, (1976) 70 N.S. 10335 A; *In Re Dawson*, C.S.C.-B., n° C831628, 18/3/83; *In Re Eve*, 115 D.L.R. (3d) 283.

79. *Institut Pinel c. Dion*, *supra*, note 18.

80. *Id.*, p. 440-441.

toutefois que les pouvoirs résiduaire de la Cour supérieure sont d'origine française et non anglaise et n'incluent pas le *parens patriae*⁸¹. La question selon nous importe peu, puisque le *parens patriae* fait partie de notre droit pour d'autres raisons.

Comment fut-il appliqué ? Le juge Durand s'en est servi pour autoriser un traitement involontaire sur une personne détenue sous mandat du lieutenant-gouverneur (inaptitude à subir son procès), mais autrement capable, au sens tant du droit civil que des lois particulières applicables.

Le juge Durand souligne d'abord qu'il n'établit pas une règle générale, mais cherche plutôt à régler un cas exceptionnel. Il est cependant raisonnable de croire que, étant un des seuls jugements sur la question, il servira de précédent. La Cour d'appel a dû rejeter l'appel puisque à l'audition de la cause, en mai 1984, l'appelant avait été, sans traitement^{81a}, déclaré apte à subir son procès. Ayant enregistré le 23 novembre 1983 un plaidoyer de culpabilité, l'appel du prévenu n'avait plus aucune utilité.

Voyons quel fut le raisonnement du juge Durand. Après avoir rappelé l'origine anglaise du *parens patriae*, il ajoute :

Le Conseil privé le décrit ainsi dans l'arrêt *Wellesley c. Duke of Beaufort* (1827) 2 Russ. 1 affirmed 2 Bligh N.S. 124, 4 E.R. 1078 :

... (it) is founded on the obvious necessity that the law should place somewhere the care of individuals who cannot take care of themselves, particularly in cases where it is clear that some care should be thrown around them.⁸²

Le juge rappelle ensuite les arrêts *In Re Eve* et *In Re Stephen Dawson*, précités. Il écrit ensuite :

Il ressort de cette étude que les tribunaux agissent couramment comme *parens patriae* afin de déterminer quelle solution est dans le meilleur intérêt d'un enfant.

Dans le cas d'une personne majeure, mais déclarée incapable, ils exercent cette juridiction afin de déterminer quelle décision cet *incapable* aurait prise s'il avait été compétent à le faire.

Il ressort également qu'il n'y a rien dans la loi, la doctrine ou la jurisprudence qui ne s'applique directement au cas de l'intimé.

Le procureur de la requérante a attiré délicatement l'attention du soussigné sur le texte de l'article 11 du *Code civil* qui se lit comme suit :

Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

Le soussigné est convaincu qu'il eût été de son devoir de prendre position dans cette affaire, même en l'absence d'un tel article.

81. Voir le dossier n° 500-09-001356-831 de la Cour d'appel du district de Montréal.

81a. Cet appel ne fut jamais entendu, puisque l'appelant est devenu apte à subir son procès peu après le jugement de la Cour supérieure.

82. *Institut Pinel, supra*, note 18, p. 440-441.

Le droit d'un individu à l'inviolabilité de sa personne inclut nécessairement l'inviolabilité de sa pensée, son droit au dissentiment et même à prendre des décisions erronées. D'aucuns vont jusqu'à dire qu'il inclut le droit du fou à conserver sa folie.

Mais ce droit doit souffrir les exceptions au besoin.⁸³

(Notre soulignement)

Cette dernière phrase ouvrant la porte à l'exception, le savant juge l'applique ainsi au cas particulier qu'il a sous les yeux :

La psychose de l'intimé n'est pas susceptible d'auto-guérison ; bien plus, elle empire avec le temps. (n.d.a. : les faits subséquents ont démontré le contraire)

Si [l'intimé] reçoit des traitements psychiatriques assortis d'une pharmacothérapie, il a de fortes chances de s'améliorer suffisamment pour subir son procès [...].

Mais voilà le hic, pas de traitement, pas de procès ; pas de procès, pas d'acquittement. Il s'agit là d'un cercle vicieux que le Tribunal se doit de briser.

La Commission de réforme du droit, parlant du refus d'un *incapable* de recevoir un traitement écrivait, en 1977 :

La question n'est pas de savoir si le refus est raisonnable, mais plutôt si la personne a suffisamment de conscience pour prendre une décision même si nous ne la partageons pas.

Le Tribunal considère que le refus de l'intimé de se soumettre aux traitements recommandés le condamne à la détention à perpétuité et à la perte éventuelle de tout contact avec la réalité, ce que le Tribunal ne peut croire qu'un homme sain d'esprit ferait volontairement. Au contraire, *il y voit là la preuve éclatante de l'incapacité de l'intimé* et utilisant *a contrario* les termes du dernier alinéa de l'article 986 C.C. il trouve que l'intimé est « incapable de donner un consentement valable. »⁸⁴

(Notre soulignement)

Le juge sent l'*obligation* de briser le cercle vicieux du refus de traitement, ce que certains auteurs américains appellent *rotting with your rights on*. Avec déférence pour l'opinion contraire, il nous semble qu'une telle obligation n'existe pas.

Cette position a eu un écho dans une autre situation, dans laquelle le juge a imposé un traitement à une personne détenue en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Ici, comme dans l'affaire *Dion*, le détenu n'était pas sur le point de mourir, il était légalement détenu, mais capable, et refusait une intervention apparemment irrationnellement. Il s'était en effet entré une broche dans la gorge en espérant retarder son expulsion du Canada⁸⁵. L'honorable juge Barbeau y adopte donc une approche semblable à celle de

83. *Id.*, p. 442-443.

84. *Id.*

85. *Procureur général du Canada c. Niemec*, [1984] C.S. 426.

M. le juge Durand, et limite les droits de la personne à l'inviolabilité et à l'autodétermination, en cas « d'excès ». Il résume ainsi sa pensée :

De l'avis de la Cour, le principe de l'inviolabilité de la personne n'est pas absolu ; essentiellement, il est édicté en vue de la protection même de la personne et de la conservation de son intégrité et de sa vie. Le respect de la vie, parce que conforme à l'intérêt même de la personne humaine, prime le respect de la volonté [...].

Si chaque être humain est, en principe, maître de sa destinée, son droit d'autodétermination demeure assujéti aux restrictions prévues par la loi.⁸⁶

3.2.2.4. Critique de l'application

La plupart des refus de traitements entraînent des séjours prolongés dans une institution, les médecins espérant un changement d'avis. Est-ce là un motif pour outrepasser le principe d'inviolabilité et d'intégrité de la personne ? Nous croyons, à la lumière de cette étude, que la réponse à cette question est négative. Dans l'affaire *Institut Pinel c. Dion*, la Cour a substitué son consentement à celui d'une personne capable, battant en brèche le principe séculaire et primordial de la nécessité d'un consentement. Il rend un capable incapable. Or, non seulement la capacité est-elle présumée, mais en outre la loi prévoit maintenant les cas d'incapacité, ce qui n'était pas le cas au moment de l'arrêt *Duke of Beaufort*, cité par le juge Durand. L'incapacité entraîne un grave empiètement sur les droits de la personne, par surcroît.

De même, dans *Niemec*, le juge Barbeau a appliqué les restrictions classiques de l'inviolabilité ayant trait à sa finalité, la préservation de la vie. De même, en ne distinguant pas véritablement l'autodétermination de l'inviolabilité, on peut croire que ce jugement a adopté la définition de l'autodétermination qui en fait un droit apparenté, sinon pareil, à l'inviolabilité, tel que discuté précédemment.

Le précédent, dans l'affaire *Dion* notamment, est important. Si l'incapacité à subir un procès est un motif suffisant à un tel empiètement, rien n'empêche d'étendre le mécanisme à tous les malades refusant un traitement. L'on y retrouve en fait le reflet d'une attitude qui fait équivaloir le refus de traitement médicalement déraisonnable à l'incapacité, assurant par ricochet le traitement du « récalcitrant » devenu incapable. Le système fait fi des garanties décrites jusqu'ici.

Quand, dans la jurisprudence antérieure, les tribunaux substituaient leur jugement à celui d'un tuteur, un consentement-substitut en remplaçant un autre, ce qui se défend juridiquement et du point de vue de l'éthique dans la mesure où deux personnes discutent sur un même pied du meilleur intérêt

86. *Id.*, p. 427.

d'une autre, soit le patient. Ici, l'on affronte directement la volonté d'un majeur capable.

En fait, dans ce domaine, la théorie juridique a cédé sa place aux accommodements dictés par le « bon sens » et la nécessité de trouver une solution pratique. Aucun des jugements québécois n'a fait une étude des droits constitutionnels des personnes refusant le traitement, ce que nous avons tenté de faire dans la seconde partie. Il est impérieux que les tribunaux supérieurs définissent les limites des droits constitutionnels garantis par la Charte canadienne, en plus de celles déjà trouvées aux droits civils.

C'est ce qui distingue les jugements américains de ceux de notre Cour supérieure. Dans l'affaire *Rennie*⁸⁷ notamment, le juge a également outrepassé le refus du malade, mais en élaborant un test plus clair tenant compte, du moins en théorie, des impératifs constitutionnels. On peut le résumer ainsi : 1) Le patient est-il dangereux ? 2) Le traitement est-il absolument nécessaire (ce qui fut précisé en Cour d'appel) ? 3) Quels sont les effets secondaires prévisibles du traitement que l'on veut imposer ? 4) Existe-t-il un traitement moins drastique ?

Vu sous cet angle, c'est-à-dire en systématisant les possibilités d'imposition d'un traitement, le patient a, à tout le moins, la possibilité de défendre ses intérêts, par avocat ou autrement, en sachant sur quelle base juridique fonder sa contestation, ce qui n'est pas encore possible au Québec, suite aux jugements *Dion* et *Niemec*.

Le recours à la notion de *parens patriae* est une arme dangereuse, et limitée par l'évolution récente des droits du malade mental. C'est pourquoi, cherchant à résoudre les nombreux problèmes posés par le droit au refus de traitement, nous suggérons notamment, en conclusion à cette étude, la formation d'une commission administrative spécialisée⁸⁸.

3.2.3. Propositions de réforme

Le Dr Denis Morrison, un des médecins impliqués dans l'affaire *Institut Pinel*, propose d'attribuer à une telle commission administrative tous les pouvoirs de curatelle à la personne, et il croit que cette commission pourrait être, par exemple, l'actuelle Commission des affaires sociales. Le rôle du curateur public, dans une telle optique, serait limité à la curatelle aux biens⁸⁹. Notre position sur ce point diffère quelque peu, comme nous l'exposerons ci-après.

87. *Supra*, note 50.

88. Voir *infra*, p. 838s.

89. Étude du Dr Denis Morrison, de l'Institut Pinel, intitulée *Une étude médico-légale du cas X*, p. 15-16. Voir aussi nos commentaires en page 22, et la note 35, *supra*.

Le Comité de santé mentale préconise une solution semblable, comme l'Association des hôpitaux, mais non l'Association des psychiatres du Québec :

Selon l'Association des hôpitaux de la province de Québec, ces comités locaux et régionaux auraient pour but, lorsque la loi le requiert, d'autoriser le traitement prescrit pour chaque personne placée en cure surveillée ou en cure fermée [...].

Pour le Comité de santé mentale du Québec, le comité de protection des malades aurait comme responsabilité :

1. d'assurer que le malade admis en cure fermée soit au courant des droits qui lui sont garantis par la loi et des recours qui y sont prévus ;
2. de réviser obligatoirement le programme thérapeutique de tous les malades en cure fermée ;
3. de consentir au traitement du malade admis en cure fermée lorsqu'il le jugera dans le meilleur intérêt de ce malade et que ce dernier n'aura pas de curateur privé.⁹⁰

Les critères à suivre dans un tel cas, selon le Comité, après rencontre avec le médecin traitant, seraient la lucidité du patient et sa capacité à fournir un consentement éclairé, la nécessité de calmer le malade, l'efficacité du traitement préconisé et les réactions anticipées du malade.

Le Comité rappelle ensuite que la loi empêche déjà certains abus, puisque les médecins sont soumis au contrôle de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁹¹, par le biais du Conseil des médecins et dentistes de chaque établissement hospitalier, et de la Corporation professionnelle des médecins. Cependant, rappelons qu'il n'est pas question ici de compétence des médecins, mais plutôt d'assurer le respect des droits du patient face au traitement.

L'Association des psychiatres rejette l'hypothèse de tout autre comité autre que la C.A.S., en raison « de l'impersonnalité de ces comités, de même que les délais occasionnés par les convocations »⁹². L'Association opte pour le maintien de l'actuelle curatelle à la personne.

Nous croyons plutôt qu'un comité administratif aurait comme avantage :

- 1) De raccourcir les délais par rapport aux tribunaux ordinaires ;
- 2) D'assurer une uniformisation des règles, évitant les aléas de la curatelle privée ;
- 3) De centraliser les décisions ;
- 4) D'assurer une audition juste et impartiale et le respect des garanties juridiques du malade mental ;

90. Mémoire de l'Association des psychiatres, *supra*, note 8, p. 18 à 21.

91. L.R.Q. 1977, c. S-5.

92. *Id.*

- 5) D'assurer que la prise de décision menant à un consentement-substitut soit faite par des experts.

Conséquemment, ce comité serait composé de médecins et de juristes, et pourrait être une division de la Commission des affaires sociales.

Des représentants du public et/ou des patients pourraient s'ajouter au comité.

Pour assurer le respect de la règle *audi alteram partem* et de garanties procédurales, le patient devrait obligatoirement y être représenté.

Cette forme d'audition spécialisée nous semble, dans le système judiciaire actuel, la seule structure viable répondant tant aux critiques formulées à l'égard de l'appareil judiciaire traditionnel, et notamment sa lenteur, qu'à celles des tenants du droit au refus de traitement, en assurant un respect des garanties procédurales et des droits fondamentaux par l'élaboration de critères connus et certains, applicables à tous les malades.