

Le refus de soins psychiatriques est-il possible au Québec ? Discussion à la lumière du cas de l'autorisation de soins

Emmanuelle Bernheim

Volume 57, Number 3, March 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1009067ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1009067ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)

1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bernheim, E. (2012). Le refus de soins psychiatriques est-il possible au Québec ? Discussion à la lumière du cas de l'autorisation de soins. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 57(3), 553–594. <https://doi.org/10.7202/1009067ar>

Article abstract

Personal inviolability is a fundamental principle in Quebec law, which is notably being updated to include the right to refuse treatment. Even when a person does not have the capacity to consent to care, personal autonomy must be taken into account, and at best observed. The law thus reflects the importance of self-determination. The empirical research discussed in the present article concerns the update of these fundamental principles in the domain of psychiatry. In light of jurisprudence, interviews, and observations conducted at the Quebec Superior Court, the author documents current practices in the authorization for treatment. A review of the general principles regarding consent and the right to refuse treatment and of the specific parameters regarding the authorization for care puts in question, on the one hand, the relevance of current interpretation and application of these principles, and on the other hand, the consequences that result for psychiatric patients.

LE REFUS DE SOINS PSYCHIATRIQUES EST-IL POSSIBLE AU QUÉBEC ? DISCUSSION À LA LUMIÈRE DU CAS DE L'AUTORISATION DE SOINS

*Emmanuelle Bernheim**

Le droit à l'inviolabilité de la personne est fondamental au regard du droit québécois et son actualisation procède notamment du refus de soins. Même dans le cas d'une inaptitude démontrée à consentir aux soins, les volontés individuelles doivent être au moins prises en compte, au mieux respectées, ce qui démontre l'importance accordée à l'autodétermination. La recherche empirique dont il est question ici porte sur l'actualisation de ces principes fondamentaux en matière psychiatrique. À la lumière de la jurisprudence, d'entretiens et d'observations menées à la Cour supérieure du Québec, l'auteure documente les pratiques en matière d'autorisation de soins. L'examen des principes généraux du consentement et du refus de soins et des paramètres spécifiques à l'autorisation de soins permet de questionner, d'une part, la pertinence des interprétations et des applications actuelles et, d'autre part, leurs conséquences pour les patients psychiatriques.

Personal inviolability is a fundamental principle in Quebec law, which is notably being updated to include the right to refuse treatment. Even when a person does not have the capacity to consent to care, personal autonomy must be taken into account, and at best observed. The law thus reflects the importance of self-determination. The empirical research discussed in the present article concerns the update of these fundamental principles in the domain of psychiatry. In light of jurisprudence, interviews, and observations conducted at the Quebec Superior Court, the author documents current practices in the authorization for treatment. A review of the general principles regarding consent and the right to refuse treatment and of the specific parameters regarding the authorization for care puts in question, on the one hand, the relevance of current interpretation and application of these principles, and on the other hand, the consequences that result for psychiatric patients.

* Emmanuelle Bernheim est professeure au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. L'auteure a été financée par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada. Elle remercie ses directeurs de recherche, les professeurs Pierre Noreau et Jacques Commaille, pour leur précieuse contribution à la réalisation de ce projet. L'opinion exprimée ici n'engage toutefois que l'auteure. Cette étude a été menée dans le cadre d'une recherche doctorale : Emmanuelle Bernheim, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire : une étude du pluralisme normatif appliqué*, thèse de doctorat en droit et en science de l'homme et de la société, Université de Montréal et École normale supérieure de Cachan, 2011 [non publiée].

Introduction	555
I. Cadre juridique : du refus à l'autorisation de soins	560
<i>A. Principes généraux : le refus de soins en psychiatrie</i>	560
<i>B. Le régime exceptionnel de l'autorisation de soins</i>	565
II. Les constats de la recherche empirique	573
<i>A. La méthodologie de recherche</i>	573
<i>B. Les résultats de recherche</i>	577
1. Des principes généraux le plus souvent inappliqués	577
2. De l'aptitude à consentir aux soins : un concept juridique ?	579
3. De la nécessité des soins : la chasse gardée de l'expert	585
Conclusion : de la citoyenneté et du droit au refus de soins	589

Introduction

Au début des années 1960, au Québec, l'élection du gouvernement de Jean Lesage donne le coup d'envoi à la Révolution tranquille¹. En une décennie, de multiples changements surviennent, notamment concernant les droits des groupes minoritaires, qui revendiquent la reconnaissance du principe juridique d'égalité². Cette reconnaissance « constitue la transposition, dans la sphère du droit, de l'égalité politique qu'on reconnaît par ailleurs aux citoyens et qu'on érige au rang de valeur démocratique »³. Par exemple, la femme mariée, considérée incapable depuis 1866, retrouve la gestion de ses biens, puis l'égalité entre époux est affirmée⁴. Certains droits sont reconnus à l'enfant, tant légitime qu'illégitime⁵.

Pour la première fois, dans le cadre du système de santé, des droits sont reconnus à tous les citoyens québécois⁶ : le droit de « recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social »⁷, le droit de choisir son professionnel et son établissement de santé, ainsi que le droit à la confidentialité du dos-

¹ Le gouvernement de Jean Lesage a été élu avec le slogan « Maîtres chez nous ! ». Sur le sujet, voir par ex Dale C Thomson, *Jean Lesage et la Révolution tranquille*, traduit par Francis Dufau-Labeyrie, Montréal, Trécarré, 1984.

² Gregorio Peces-Barba Martínez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, traduit par Ilié Antonio Pelé, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004 à la p 257 :

L'égalité consiste [...] à ne pas retenir ces éléments, physiques, socio-économiques ou culturels pour différencier les conduites et la façon dont elles doivent être juridiquement régulées. C'est en cela que l'égalité se manifeste : positivement, en considérant comme égales, en égalisant les personnes que distinguent des éléments, des critères qui ne sont pas jugés comme importants ; et négativement, en n'instaurant pas de discrimination, selon le même raisonnement.

³ Pierre Noreau, « Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : Objets et perspectives pour la sociologie politique du droit » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, Barreau du Québec, 2009 à la p 1.

⁴ *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, LQ 1964, c 66 ; *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, LQ 1969, c 77.

⁵ *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, LQ 1970, c 62.

⁶ Et ce, sans discrimination : voir *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, LRQ c S-4.2, art 5 [LSSSS].

⁷ *Ibid*, art 5. Ce droit sera cependant tributaire des ressources disponibles et ne sera pas exigible : Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, « Projet de loi n° 65 : Loi de l'organisation des services de santé et des services sociaux (11) » dans *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales*, vol 29, n° 115 (15 et 17 décembre 1971) à la p 5940 (Claude Castonguay).

sier médical⁸. Autre fait majeur : la participation citoyenne est pour la première fois encouragée et un processus de plainte est mis en place⁹. Il s'agit donc d'une véritable révolution par laquelle l'individu se voit mis au centre du système, dans une perspective égalitaire.

Dans les mêmes années, la publication de l'ouvrage *Les fous crient au secours*¹⁰ fait l'effet d'une bombe, dévoilant les conditions d'hospitalisation dans les hôpitaux psychiatriques¹¹. Des psychiatres appuient ouvertement les revendications des patients internés et l'enjeu devient rapidement politique et largement médiatisé¹². Le gouvernement québécois met sur pied la Commission d'étude des hôpitaux psychiatriques¹³, puis entreprend une réforme des services psychiatriques qui s'inscrit dans la réorganisation globale du système de santé. On favorise la mise en place de programmes thérapeutiques et une première vague de désinstitutionnalisation est amorcée¹⁴. En même temps, les hôpitaux généraux se dotent de départements de psychiatrie et la *Loi instituant l'assurance-hospitalisation* instaure la gratuité des traitements en milieu hospitalier¹⁵. C'est la fin de l'asile tel qu'on l'avait connu jusque-là.

⁸ LSSSS, *supra* note 6, art 6, 7, 19. Il est à noter que cette liste n'est pas exhaustive.

⁹ *Ibid*, art 3(3), 16, 29.

¹⁰ Jean-Charles Pagé, *Les fous crient au secours*, Montréal, Éditions du Jour, 1961.

¹¹ Durant les deux décennies suivantes, des scandales concernant les conditions de détention et de soins des psychiatisés éclatent successivement. Voir Lucie Laurin, *Des luttes et des droits : Antécédents et histoire de la Ligue des Droits de l'Homme de 1936 à 1975*, Montréal, Méridien, 1985 à la p 80 ; Hubert A Wallot, *La danse autour du fou : Survol de l'histoire organisationnelle de la prise en charge de la folie au Québec depuis les origines jusqu'à nos jours*, t 1, Beauport, MNH, 1998 à la p 167.

¹² Yves Lecomte, « De la dynamique des politiques de désinstitutionnalisation au Québec » (1997) 22 : 2 Santé mentale au Québec 7 à la p 8.

¹³ La Commission fait la lumière sur l'archaïsme des hôpitaux psychiatriques et des soins qu'on y propose, ainsi que sur leur décalage par rapport aux connaissances issues de la recherche scientifique : *Rapport de la Commission d'étude des hôpitaux psychiatriques*, Québec, Ministère de la santé, 1962 (président : Dominique Bédard) à la p 26.

¹⁴ Au Québec, on compte quatre principales vagues de désinstitutionnalisation, que nous indiquons ici en précisant le nombre de lits fermés : de 1962 à 1970 (3519 lits), de 1971 à 1988 (6485 lits), de 1989 à 1996 (3724 lits) et de 1995 à 2002 (2504 lits) : Comité de la santé mentale du Québec, *Défis de la reconfiguration des services de santé mentale*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1997 à la p 23 ; Québec, Vérificateur général, *Rapport à l'Assemblée nationale pour l'année 2002-2003*, t 2, Québec, Publications du Québec, 2003 à la p 16.

¹⁵ Voir *Loi instituant l'assurance-hospitalisation*, LQ 1960, c 78 ; *Loi de l'assurance-maladie*, LQ 1970, c 37.

Au chapitre des droits des patients psychiatriques¹⁶, des organismes voués à la réinsertion sociale et la défense des droits des personnes désinstitutionnalisées ou vivant avec une maladie mentale voient le jour. De même, des comités de bénéficiaires tentent, à l'intérieur des hôpitaux, de contribuer à la mise en place d'une culture des droits. Les premières revendications concernent les droits négatifs et notamment la protection contre les arrestations et les détentions arbitraires et contre les traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁷. C'est surtout devant les tribunaux que les premiers débats concernant les droits fondamentaux des usagers des services de santé mentale ont lieu¹⁸. Aussi, des améliorations notables en ce qui a trait aux droits civils ainsi qu'à l'équité procédurale sont dues à la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹.

Au regard du refus de traitement, cependant, aucune disposition n'a prévu de mécanisme particulier jusqu'à la fin des années 1980, malgré la reconnaissance dans le *Code civil du Bas-Canada*²⁰ des droits à l'inviolabilité de la personne et au consentement aux soins. La question des modalités de traitement est pourtant d'autant plus cruciale en psychiatrie que, depuis les années 1950, le développement et la disponibilité de médicaments variés ont radicalement changé la pratique médicale²¹. En effet, si, au départ, la médication a contribué à la sortie de l'asile de nombreux patients, « l'observance stricte de la médication [est doréna-

¹⁶ Voir Emmanuelle Bernheim, *Garde en établissement et autorisation de soins : quel droit pour quelle société ?*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 aux pp 35 et s [Bernheim, *Garde en établissement*].

¹⁷ Lawrence O Gostin et Lance Gable, « The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health » (2004) 63 Md L Rev 20 aux pp 24 et s.

¹⁸ Michael McCubbin et David Cohen, « Les droits des usagers de services en santé mentale : Le nœud étroit du pouvoir, de la loi et de l'éthique » (1998) 23 : 2 Santé mentale au Québec 212 aux pp 212-24. Notons que, dès 1905, la Cour du Banc de la Reine accueillait une requête en *habeas corpus* pour une femme « accusée » de folie : *Ex parte Sarrault* (1905), [1906] 15 BR 3 (disponible sur WL Can) (Qc) ; en 1945, la Cour accueillait une requête en annulation d'interdiction pour démence par manque de preuve : *Dame R v Johnson* (1945), [1946] CS 101 (disponible sur WL Can) (Qc) ; en 1959, la notion de danger fut discutée restrictivement : *Dame L v Larue*, [1959] BR 549 (disponible sur WL Can) (Qc). Voir Commission des droits de la personne du Québec, *Commentaires sur la Loi de protection du malade mental*, Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1978 aux pp 7-9.

¹⁹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

²⁰ Art 19 CcBC.

²¹ Voir Louise Mallette, « La psychiatrie sous influence » (2003) 28 : 1 Santé mentale au Québec 298 aux pp 305-06 ; Alain Ehrenberg, *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, 1995 ; Robert Whitaker, *Mad in America: Bad Science, Bad Medicine, and the Enduring Mistreatment of the Mentally Ill*, Cambridge (Mass), Perseus, 2002.

vant] considérée comme la voie royale de la guérison »²², un outil de désinstitutionnalisation, de prévention du syndrome de la porte tournante²³ et de l'engorgement des urgences²⁴. Le débat sur le droit au refus de traitement des patients psychiatriques, tel qu'il s'est développé au début de la décennie 1970²⁵, met en lumière des positions antagonistes encore actuelles aujourd'hui²⁶. Pour les psychiatres, la loi ne doit pas constituer un obstacle au traitement, les confinant à un rôle de geôlier difficilement conciliable avec leurs obligations éthiques²⁷. Pour les juristes, la loi confie aux psychiatres un rôle prépondérant, paternaliste, opposé aux prémisses du droit civil et des droits de la personne²⁸. Pour les malades, l'équilibre reste à trouver entre le respect des droits et le retour à la santé²⁹.

²² Henri Dorvil, « Prise de médicaments et désinstitutionnalisation » dans Johanne Collin, Marcelo Otero et Laurence Monnais, dir, *Le médicament au coeur de la société contemporaine : Regards croisés sur un objet complexe*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2006, 35 à la p 53.

²³ Le syndrome de la porte tournante est un phénomène par lequel les patients désinstitutionnalisés doivent régulièrement recourir à l'hôpital pour se stabiliser, les admissions psychiatriques étant en réalité des réadmissions. En 1970, 51% des admissions sont dans les faits des réadmissions et cette proportion monte à 72.3% à la fin des années 1980. Voir Lecomte, *supra* note 12 à la p 14 ; Comité de la santé mentale du Québec, *supra* note 14 à la p 20.

²⁴ Dorvil, *supra* note 22 aux pp 42, 45, 53.

²⁵ Lors de la réforme de la procédure de cure fermée : *Loi sur la protection du malade mental*, LRQ c P-41. La cure fermée constitue jusqu'à la réforme du *Code civil* la procédure d'internement psychiatrique. Elle sera remplacée par la garde en établissement (art 26 et s CcQ ; *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, LRQ c P-38.001).

²⁶ Loren H. Roth se demande même si ces positions peuvent être conciliables : Loren H Roth, « A Commitment Law for Patients, Doctors and Lawyers » (1979) 136 : 9 *American Journal of Psychiatry* 1121 aux pp 1121-27. Voir aussi David Roe et al, « Patients' and Staff Members' Attitudes About the Rights of Hospitalized Psychiatric Patients » (2002) 53 : 1 *Psychiatric Services* 87 aux pp 87-91.

²⁷ Voir Frédéric Grunberg, « La doctrine du consentement libre et éclairé : ses fondements éthiques, juridiques et ses applications dans la recherche et la pratique de la psychiatrie » (1990) 35 : 5 *Revue canadienne de psychiatrie* 443 à la p 448 ; JE Gray, RL O'Reilly et GW Clements, « Protecting the Rights of People with Mental Illness: Can We Achieve Both Good Legal Process and Good Clinical Outcomes? » (2002) 23 : 2 *Health L Can* 25 à la p 27 ; Richard Michaud, « La législation et le malade mental au Québec » dans Robert Duguay et Henri-Frédéric Ellenberger, dir, *Précis pratique de psychiatrie*, Montréal, Paris ; Chenelière et Stanké, Maloine, 1981, 643 à la p 651.

²⁸ Voir Brian P Hill, « Civil Rights of the Psychiatric Patients in Quebec » (1977) 12 : 3 *RJT* 503 ; Jean Barrière, « Droit à la santé et politique psychiatrique » (1970) 30 : 4 *R du B* 282.

²⁹ Comité de santé mentale du Québec, *La Loi de protection du malade mental : Considérations du Comité de santé mentale du Québec*, Montréal, Ministère des Affaires sociales, 1978 à la p 21.

À la fin des années 1980, une nouvelle vague de réformes de la justice et de la santé est initiée. Au cœur de ces changements, soulignons la place privilégiée attribuée à l'individu et au discours sur les droits, envisagés comme autonomistes et émancipatoires. L'efficacité du système repose désormais, du moins en partie, sur la revendication des droits, ce qui justifie l'inflation législative et la judiciarisation³⁰. Le tribunal, en tant que « mécanisme unique d'interprétation »³¹, devient incontestablement l'« opérateur juridique compétent pour [...] défendre [et] protéger [l'individu] sans lacunes formelles »³². Il constitue donc, dans ce contexte, l'ultime rempart contre l'atteinte aux droits fondamentaux³³.

Dans notre recherche doctorale, nous nous sommes intéressée à l'application du régime d'autorisation de soins³⁴ par les juges de la Cour supérieure du Québec. Après une analyse de contenu de la jurisprudence, nous avons rencontré des juges en entretien et en observation. Les données de la recherche empirique éclairent les tendances constatées dans les décisions judiciaires, notamment sur l'interprétation problématique du critère d'inaptitude à consentir aux soins. Plus globalement, notre étude soulève des questions sur l'effectivité de la protection judiciaire du droit à l'inviolabilité des patients psychiatriques et, conséquemment, sur la possibilité pour ces derniers d'opposer un refus de soins. Nous ne nous prononçons cependant pas sur la nécessité des traitements que l'on cherche à imposer dans le cadre des demandes d'autorisation de soins et nous ne remettons d'aucune façon en question le fait qu'il soit parfois nécessaire d'imposer des soins à certains patients.

³⁰ Voir Jacques Commaille et Laurence Dumoulin, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines : Une sociologie politique de la “judiciarisation” » (2009) 59 : 1 *L'Année sociologique* 63 ; Jacques Commaille, « La juridicisation du politique : Entre réalité et connaissance de la réalité » dans Jacques Commaille, Laurence Dumoulin et Cécile Robert, dir, *La juridicisation du politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, 199.

³¹ Pierre Noreau, *Droit préventif : Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis, 1993 à la p 35 [Noreau, *Droit préventif*].

³² Peces-Barba Martínez, *supra* note 2 à la p 225.

³³ Voir par ex Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, « Étude détaillée du projet de loi n° 39 : Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives (2) » dans *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales*, vol 35, n° 100 (5 décembre 1997) à la p 6 (Jean Rochon) ; *R v Board of Visitors of Hull Prison, Ex parte St Germain* (1978), [1979] 1 QB 425, 1 All ER 701 à la p 701 (CA), tel que cité dans *Martineau c Comité de discipline de l'Institution de Matsqui* (1979), [1980] 1 RCS 602 à la p 635, 30 NR 119 ; *R c Kang-Brown*, 2008 CSC 18 au para 7, [2008] 1 RCS 456.

³⁴ L'autorisation de soins permet de soigner contre son gré un majeur inapte à consentir aux soins : art 16 CcQ.

Nous développerons cette réflexion en deux temps. D'abord, nous exposerons le cadre juridique en matière de refus et d'autorisation de soins (I). Ensuite, nous présenterons notre méthodologie et nos résultats de recherche (II).

I. Cadre juridique : du refus à l'autorisation de soins

Le cadre juridique en matière de soins, tel que nous le connaissons actuellement, est le fruit d'une riche évolution législative et jurisprudentielle. En matière psychiatrique, cependant, bien que les principes généraux en matière de refus de soins soient applicables, certaines spécificités doivent être prises en compte. Dans un premier temps, nous exposerons les principes généraux du refus de soins en psychiatrie (A), puis, dans un second temps, nous nous attarderons au régime particulier d'autorisation de soins (B).

A. Principes généraux : le refus de soins en psychiatrie

C'est en 1971 que l'universalité de la personnalité juridique ainsi que les droits à l'inviolabilité de la personne et au consentement aux soins sont introduits au *Code civil du Bas-Canada*³⁵. Au regard de la pratique psychiatrique, pourtant, certains auteurs de l'époque rapportent des pressions exercées sur les patients afin qu'ils acceptent d'être traités³⁶. Les patients admis en cure fermée étaient le plus souvent considérés incapables de donner leur consentement, et leur médecin traitant pouvait adresser une requête écrite au curateur public, permettant à un fonctionnaire d'approuver les soins sans même avoir vu le patient³⁷. Il était de pratique courante de traiter ces patients contre leur gré, et le fait de refuser un

³⁵ *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, LQ 1971, c 84, art 18-19. Le droit à l'inviolabilité était néanmoins déjà reconnu (Louis Baudoin, « La personne humaine au centre du droit québécois » (1966) 26 : 2 R du B 66) et l'obligation d'information pour le médecin était déjà établie par la jurisprudence québécoise depuis les années 1930 (*Bordier c S*, [1934] 72 CS 316 (disponible sur WL Can), tel que cité dans Raymond Boucher, « La responsabilité hospitalière » (1974) 15 : 2 C de D 219 à la p 473).

³⁶ Voir Hill, *supra* note 28 à la p 515 ; Albert Mayrand, « L'inviolabilité de la personne humaine », Série de conférences Wainright, présentée à la Faculté de droit de McGill, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975 à la p 51 ; Viateur Bergeron, *L'attribution d'une protection légale aux malades mentaux*, Montréal, Yvon Blais, 1981 à la p 177 ; Robert Kouri et Monique Ouellette-Lauzon, « Corps humain et liberté individuelle » (1975) 6 RDUS 85 à la p 105.

³⁷ Et ce, même pour des électrochocs : Commission des droits de la personne du Québec, *supra* note 18 aux pp 26-27.

traitement entraînait le plus souvent une hospitalisation prolongée³⁸. Malgré l'absence de dispositions législatives habilitantes, il arrivait que les tribunaux substituent leur consentement à celui d'un patient légalement apte, la tendance générale étant d'assimiler le refus médicalement déraisonnable de traitement à l'inaptitude, voire d'identifier maladie mentale et inaptitude³⁹. Les jugements québécois portant sur cette question demeuraient silencieux quant aux droits constitutionnels des personnes refusant un traitement⁴⁰.

Au début des années 1990, la révision du *Code civil du Québec (Code)* promettait à cet égard un changement majeur⁴¹. Reprenant les principes qui fondent la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴², et plus particulièrement celui de l'égalité⁴³, le livre premier du nouveau *Code* — rompant avec le *Code civil du Bas-Canada* auquel on reprochait de porter « la marque des doctrines individualistes et libérales des siècles passés »⁴⁴ — porte le titre *Des personnes*, lequel « met davantage en lumière [...] la primauté accordée à la personne humaine »⁴⁵. Le titre premier, *De la*

³⁸ Voir Jean-Pierre Ménard, « Capacité et consentement éclairé : les droits du patient psychiatrique » dans Pierre Migneault et John O'Neil, dir, *Consentement éclairé et capacité en psychiatrie : Aspects cliniques et juridiques*, Montréal, Douglas, 1988, 123 à la p 125 [Ménard, « Capacité »] ; Daniel Gervais, « Le droit de refuser un traitement psychiatrique au Québec » (1985) 26 : 4 C de D 807 aux pp 810-11 ; Andrée Lajoie, Patrick A Molinari et Jean-Marie Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981 à la p 312.

³⁹ Voir par ex *Institut Philippe Pinel de Montréal c Dion*, [1983] CS 438 (disponible sur WL Can) (Qc). Jusqu'en 1989, la compétence des tribunaux à cet égard était nébuleuse : Margaret A Somerville, « Refusal of Medical Treatment in "Captive" Circumstances » (1985) 63 : 1 R du B can 59.

⁴⁰ Gervais, *supra* note 38 aux pp 836 et s.

⁴¹ Soulignons que les dispositions sur l'autorisation de soins avaient originalement été introduites au CcBC en 1989, par la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, LQ 1989, c 54.

⁴² LRQ c C-12 [*Charte québécoise*]. La disposition préliminaire du CcQ énonce que celui-ci « régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* [...] et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ».

⁴³ Monique Ouellette, « L'égalité sous le Code civil : la réalité et l'espoir » (1990) 24 RJT 421.

⁴⁴ Paul-André Crépeau, « Centenaire du Code civil du Québec » (1966) 35 : 3 R du B can 389. Pour Adrian Popovici, il ne s'agit pas d'une réforme du *Code civil*, mais plutôt de la mise en place d'un « *ordre juridique nouveau* » [italiques dans l'original] : Adrian Popovici, « Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise » (1995) 29 : 2 RJT 545 à la p 548.

⁴⁵ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec*, t 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p 3 [*Commentaires du ministre*].

jouissance et de l'exercice des droits civils, énonce les grands principes gouvernant l'application du *Code*, certains y voyant même une « “mini” charte »⁴⁶, assurant « la protection de ce qui constitue l'individualité propre de la personne, son essence, sa dignité »⁴⁷. D'après Jean Pineau, les changements linguistiques témoignent, tout au long du nouveau *Code*, de la primauté de la personne⁴⁸. Ainsi, pour le ministre de la Justice, le fait d'affirmer que toute personne est titulaire des droits de la personnalité « consacre le fait que la personne est au centre des préoccupations de cette législation fondamentale »⁴⁹. Le *Code* distingue la jouissance des droits, un attribut essentiel de la personnalité et dont on ne peut se départir, de l'exercice des droits, une réalité contingente à laquelle une personne peut ou doit parfois renoncer⁵⁰. Le *Code* énonce ainsi, après la « protection “collective” » de la personne humaine sanctionnée par les chartes des droits ou les instruments internationaux, une « protection [...] “personnelle” » de la personne humaine cristallisée dans les rapports privés⁵¹.

Le titre deux du livre *Des personnes* — intitulé *De certains droits de la personnalité* — s'ouvre sur un chapitre concernant spécifiquement l'intégrité de la personne. Les droits qui y sont rattachés permettent à chacun de préserver son être propre contre l'action de tiers, quelle qu'en soit la nature — l'atteinte à l'inviolabilité — mais également d'être protégé contre son propre fait — l'atteinte à l'intégrité⁵². « En somme, c'est une véritable zone réservée, inaccessible à autrui, que ces droits créent autour de la personne même du sujet »⁵³. Ils consacrent également la prééminence de la volonté personnelle — le droit à l'autodétermination —

⁴⁶ Monique Ouellette, « Livre premier : Des personnes » dans *La réforme du Code civil : Personnes, successions, biens*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 11 à la p 16.

⁴⁷ France Allard, « Les droits de la personnalité » dans *Personnes, famille et successions*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 55 à la p 55. Les droits de la personnalité se distinguent des autres droits subjectifs par leurs caractéristiques d'insaisissabilité, d'imprescriptibilité, d'intransmissibilité et d'indisponibilité : Robert P Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 aux pp 77 et s [Kouri et Philips-Nootens, *Intégrité de la personne*].

⁴⁸ Jean Pineau, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec » (1992) 71 : 3 R du B can 423 à la p 436.

⁴⁹ *Commentaires du ministre*, *supra* note 45 à la p 3.

⁵⁰ *Ibid* à la p 4.

⁵¹ Grégoire Loiseau, « Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps » (1992) 37 : 4 RD McGill 965 à la p 972.

⁵² *Commentaires du ministre*, *supra* note 45 à la p 12. Notons que cette interprétation des droits à l'intégrité et à l'inviolabilité contredit « [le] passé jurisprudentiel et doctrinal » québécois (Popovici, *supra* note 44 à la p 557). Pour nous, cette interprétation ajoute à la confusion caractéristique du domaine.

⁵³ Loiseau, *supra* note 51 à la p 972.

l'inviolabilité devenant une limite, voire une contrainte, notamment dans les rapports thérapeutiques⁵⁴.

Ce chapitre sur l'intégrité se divise en deux sections : d'abord des soins⁵⁵, puis de la garde en établissement. Il s'ensuit que le droit à l'intégrité est directement rattaché aux procédures médicales, et plus particulièrement à la relation médecin-patient, traditionnellement conçue comme paternaliste et inégale⁵⁶. Le cadre juridique vise à atténuer ce rapport de force en favorisant l'expression de la volonté des patients, même lorsque celle-ci va à l'encontre des avis médicaux. L'obtention du consentement du patient est donc systématiquement requise⁵⁷, les seules exceptions étant la situation où « la vie de la personne est en danger ou son intégrité menacée et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile »⁵⁸ ou encore celle où une personne menace de s'infliger ou d'infliger à autrui des lésions⁵⁹. Autrement, le refus de soins, même fatal, devra être respecté. Le fait qu'une personne soit inapte ou incapable de donner son consentement ne dispense pas d'en obtenir un : il faudra alors recourir au consentement substitué⁶⁰. Les obligations de recueillir le consentement et de respecter la décision du patient sont également consacrées par le *Code de déontologie des médecins*⁶¹.

Pour permettre une pleine liberté de décision et d'action par rapport à son propre corps en matière médicale, le consentement ou le refus de

⁵⁴ Gervais, *supra* note 38.

⁵⁵ Aux fins d'interprétation, le terme soins renvoie à « toutes espèces d'examen, de prélèvements, de traitements ou d'interventions, de nature médicale, psychologique ou sociale, requis ou non par l'état de santé, physique ou mentale. Il couvre également, comme acte préalable, l'hébergement en établissement de santé lorsque la situation l'exige » (*Commentaires du ministre, supra* note 45 à la p 12).

⁵⁶ Voir par ex Georges A Legault, *Professionnalisme et délibération éthique : Manuel d'aide à la décision responsable*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1999 aux pp 28 et s ; Suzanne Lamarre, « Le respect de l'autonomie » dans Louise Blanchette, dir, *L'approche systémique en santé mentale*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1999, 113 aux pp 114 et s.

⁵⁷ Notre analyse exclut des exceptions qui se situent à l'extérieur du rapport médecin-patient, comme l'immunisation ou le traitement obligatoire (*Loi sur la santé publique*, LRQ c S-2.2, art 83, 123) et l'examen psychiatrique permis par une ordonnance de garde provisoire (art 27 CcQ).

⁵⁸ Art 13 CcQ.

⁵⁹ Dans le cas spécifique des mesures de contrôle (isolement, contention, substances chimiques), voir *LSSSS, supra* note 6, art 118.1 ; Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Orientations ministérielles relatives à l'utilisation exceptionnelle des mesures de contrôle : Contention, isolement et substances chimiques*, Québec, Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, 2002.

⁶⁰ Art 11, al 2 CcQ ; *LSSSS, supra* note 6, art 9.

⁶¹ RRQ, c M-9, r 17, art 28-29.

soins doivent être libres et éclairés. Pour ce qui est du premier critère, il vise plus précisément un consentement ou un refus dénué de toute contrainte indue. Le second critère s'attache au consentement ou au refus informé. Le médecin a l'obligation de divulguer à son patient l'information qui porte sur le diagnostic, la nature et l'objectif du traitement proposé, les risques, les effets et les bénéfices du traitement, la procédure, la conséquence d'un non-traitement et les alternatives thérapeutiques possibles⁶². Le patient doit être en mesure de comprendre et d'évaluer les informations transmises par le médecin et d'arrêter une décision en fonction de ses besoins personnels⁶³. L'impossibilité de le faire constitue l'inaptitude à consentir aux soins.

Il existe essentiellement deux types d'exceptions à la règle absolue de la primauté de la volonté individuelle. La première concerne l'aliénation entre vifs d'une partie du corps et la participation de majeurs aptes à donner leur consentement à une expérimentation. Le *Code* exige expressément, dans ces cas spécifiques, que « le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer »⁶⁴. La seconde exception concerne les mineurs et les majeurs inaptes. Outre le consentement substitué donné par une personne autorisée, l'autorisation du tribunal devient nécessaire lorsque le « majeur inapte à consentir refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il ne s'agisse de soins d'hygiène ou d'un cas d'urgence »⁶⁵. Dans ce cadre, le tribunal doit mener une enquête exhaustive auprès de tous les protagonistes susceptibles de l'éclairer. La personne concernée doit être entendue et les soins autorisés doivent absolument être requis par l'état de santé, faute de quoi la volonté du majeur, même inapte à consentir aux soins ou légalement incapable, doit être respectée⁶⁶.

Les tribunaux avaient déjà affirmé la primauté de la volonté individuelle en matière de soins avant même que ne soit achevée la révision du

⁶² Jean-Pierre Ménard, « Le refus de traitement du majeur inapte » dans *Le refus catégorique*, Montréal, Association des hôpitaux du Québec, 1993, E-1 à la p E-4 ; Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P Kouri, *Éléments de responsabilité civile médicale : Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 à la p 145.

⁶³ Il semblerait cependant que plusieurs facteurs constituent des obstacles à un consentement de qualité : « [L]es limites de sa compréhension, l'inattention, la distraction, la peur, l'anxiété, le *selective hearing*, les effets de la maladie et de la médication » (*ibid* à la p 140).

⁶⁴ Art 19-20 CcQ.

⁶⁵ Art 16, al 1 CcQ.

⁶⁶ Art 23, al 2 CcQ.

*Code*⁶⁷. En effet, dans l'affaire *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, la demanderesse, atteinte de dégénérescence nerveuse, demandait à être débranchée du respirateur qui la maintenait en vie. Elle avait notamment été rencontrée quatre fois par un psychiatre qui confirmait que celle-ci « joui[ssait] d'une très bonne santé mentale : elle [était] en mesure de prendre des décisions et d'en saisir la portée »⁶⁸. Estimant qu'en raison de son aptitude à consentir, Nancy B. avait le droit « qu'on la libère de l'esclavage d'une machine, sa vie dût-elle en dépendre »⁶⁹, le juge concluait qu'il « continuerai[t] quand même à espérer contre toute espérance »⁷⁰. En se référant à la cohérence du système juridique, à la jurisprudence antérieure en matière d'information médicale et de consentement aux soins ainsi qu'à la doctrine, le tribunal concluait que le droit au refus de soins devait être interprété largement. Cette décision judiciaire constitue l'un des principaux précédents en matière de refus de soins.

B. Le régime exceptionnel de l'autorisation de soins

Soulignons d'entrée de jeu que l'autorisation du tribunal n'est nécessaire que dans le cas où le majeur inapte refuse catégoriquement les soins, mais non quand il les accepte. Or, si le consentement est altéré, il l'est tant dans les cas de refus que d'acceptation. Pour Jean-Pierre Ménard, « [c]onsidérer apte un patient qui ne l'est pas équivaut à le traiter sans consentement » ; il faut donc éviter de déduire l'aptitude du consentement ou de la passivité⁷¹, tout comme l'inaptitude du refus. Or, certains auteurs affirment que des patients, en raison de leur diagnostic, feraient l'objet d'une présomption d'inaptitude jusqu'à ce qu'ils fassent la démon-

⁶⁷ Voir *Couture-Jacquet c Montreal Children's Hospital*, [1986] RJQ 1221, 28 DLR (4^e) 22 (CA) [*Couture-Jacquet* avec renvois aux RJQ] ; *Nancy B c Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] RJQ 361, 86 DLR (4^e) 385 (CS) [*Nancy B* avec renvois aux RJQ] ; *Manoir de la Pointe-Bleue c Corbeil*, [1992] RJQ 712 (disponible sur WL Can) (CS). Ces décisions furent rendues en vertu du CcBC.

⁶⁸ *Nancy B*, *supra* note 67 à la p 363.

⁶⁹ *Ibid* à la p 365.

⁷⁰ *Ibid* à la p 367.

⁷¹ Jean-Pierre Ménard, « L'impact de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui sur le consentement aux soins » dans *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 237 à la p 246 [Ménard, « Impact de la Loi »]. Voir aussi Céline Corbeil, *Le consentement aux soins psychiatriques*, mémoire de maîtrise en droit de la santé, Université de Sherbrooke, 1997 [non publié] à la p 26. Notons cependant qu'il n'existe aucun consensus sur la forme explicite ou implicite que devrait avoir le consentement : Collège des médecins du Québec, *Le consentement aux soins*, Montréal, Collège des médecins du Québec, 1996 à la p 5.

tration de leur aptitude⁷². Le plus souvent, l'inaptitude à consentir aux soins ne semble être soupçonnée que lorsque le patient fait des choix allant à l'encontre de ses propres intérêts cliniques, des choix jugés déraisonnables ou irrationnels⁷³. À ce sujet, les commentaires du ministre de la Justice sont éclairants :

Comme la valeur du refus d'une personne inapte est douteuse, ce refus est qualifié pour indiquer qu'il doit s'apparenter à un refus libre et éclairé et distinguer du simple réflexe biologique totalement étranger à l'expression de la volonté. [...]

De façon générale, [l']article [16 du *Code*] a pour but de respecter davantage l'expression de volonté [...] des majeurs inaptes et de protéger leur intégrité contre un refus injustifié provenant soit de leur représentant soit d'eux-mêmes⁷⁴.

Toute la question est de savoir jusqu'où il est possible de tenir ce raisonnement. Peut-on simplement déduire l'inaptitude du refus ? Dès 1996, la Cour d'appel du Québec précisait que

[l]e refus de soins médicaux n'est pas, en soi, [...] l'indication d'une incapacité mentale et d'une inaptitude à donner un consentement. Toutefois, replacé dans le contexte particulier de chaque cas, il peut être indicateur d'une certaine incapacité⁷⁵.

À cet égard, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens posent deux constats :

Le premier porte sur la détermination du seuil de compétence en matière médicale même. Il semblerait que l'on tende parfois à juger apte la personne acceptant les conseils de son thérapeute, et inapte, celle qui les questionne et surtout, qui les refuse. Le deuxième constat est la tendance à inférer l'inaptitude à partir d'une décision qui ne semble pas rationnelle [notes omises]⁷⁶.

⁷² S Van McCrary et A Terry Walman, « Procedural Paternalism in Competency Determination » (1990) 18 : 2 *JL Med & Ethics* 108 à la p 108.

⁷³ Danielle Blondeau et Éric Gagnon, « De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique » (1994) 35 : 4 *C de D* 651 à la p 657 ; Caroline Gendreau, *Le droit du patient psychiatrique de consentir à un traitement : élaboration d'une norme internationale*, Montréal, Thémis, 1996 à la p 30 ; Claire Gamache et Frédéric Millaud, « Le psychiatre face au refus de traitement : une démarche clinique et juridique » (1999) 24 : 1 *Santé mentale au Québec* 154 à p 160 ; Corbeil, *supra* note 71 à la p 26. Dans ce cas, les médecins omettraient de dispenser l'information complète sur les alternatives thérapeutiques qui pourraient éventuellement convenir au patient (*ibid* à la p 112).

⁷⁴ *Commentaires du ministre*, *supra* note 45 à la p 18.

⁷⁵ *JMW c SCW*, [1996] RJQ 229 à la p 235, [1996] RDF 15 (CA).

⁷⁶ Robert P Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins : Le regard du législateur et des tribunaux ci-*

Dans un autre texte, ils tirent la conclusion suivante :

Cette position traduit un *a priori* qui peut se révéler très contestable : le consentement irait d'emblée dans le sens du meilleur intérêt de la personne, [...] s'il est donné par un tiers, ou serait une réelle manifestation d'autonomie s'il est donné par le majeur inapte. Le refus, quant à lui, est suspect⁷⁷.

Dans cette perspective, le traitement est considéré *a priori* comme positif ou nécessaire, ce qui élude la gravité de l'enjeu réel, surtout en psychiatrie. Le traitement psychiatrique touche en effet, chez le patient, à ce qu'il y a « de plus fondamental, de plus intime, soit sa pensée et sa perception du monde »⁷⁸. Il semblerait *a contrario* que le concept d'intégrité de la personne ne concerne que l'intégrité du corps et non l'intégrité psychologique, auquel cas il est facile de glisser dans le jugement de valeur quant à la raisonnable du choix de refuser un traitement, surtout lorsqu'il s'agit de maladie mentale⁷⁹. Cette interprétation va pourtant à l'encontre de la finalité admise de la législation, soit la protection des droits des patients à l'autodétermination, à l'inviolabilité et à l'intégrité⁸⁰.

En matière d'autorisation de soins, le juge doit procéder à une évaluation en deux temps. Il doit d'abord trancher la question de l'incapacité à consentir aux soins, dont le fardeau de preuve revient entièrement au demandeur. À cette étape, le juge doit faire un examen objectif de la preuve. S'il conclut que le défendeur est inapte à consentir aux soins, il devra évaluer la nécessité effective du traitement proposé ainsi que les risques et bénéfices qui y sont associés. Lors de cette seconde étape, le

vils, Sherbrooke, Éditions de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1999 au para 204.

⁷⁷ Robert P Kouri et Suzanne Philips-Nootens, « Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé : un concept pour le moins ambigu » (2003) 63 : 1 R du B 1 à la p 23.

⁷⁸ Ménard, « Capacité », *supra* note 38 à la p 131. Voir Hill, *supra* note 28 à la p 515.

⁷⁹ Les tribunaux reconnaissent pourtant, dans le cadre de la *Charte québécoise*, que le droit à l'intégrité touche tant l'intégrité physique que psychologique, notamment depuis l'amendement de l'article 1. Voir *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211 à la p 252, 138 DLR (4^e) 577.

⁸⁰ Gendreau, *supra* note 73 aux pp 30-31 :

Cette pratique qui consiste, d'une part, à considérer incapable un patient qui refuse explicitement un traitement et, d'autre part, à considérer capable un patient qui accepte un traitement, c'est-à-dire qui n'y résiste pas, a une double conséquence sur les droits de la personne. La première conséquence consiste à outrepasser la décision des patients qui sont capables de consentir à un traitement et qui refusent le traitement. Ainsi, on porte atteinte, entre autres, à leur droit à l'autodétermination et à leur droit à l'égalité en rendant impossible l'exercice de leur droit. La deuxième conséquence consiste à priver de la protection d'un tiers une personne incapable qui n'opposerait pas de résistance à l'administration d'un traitement.

juge devra agir dans le seul intérêt du défendeur, en tenant compte dans la mesure du possible des volontés qu'il aura exprimées⁸¹.

Pour démontrer l'inaptitude à consentir aux soins, une évaluation de nature médicale — non forcément psychiatrique — est nécessaire. L'aptitude à consentir à des soins médicaux doit être soumise à une évaluation particulière, qui s'avère différente de celle visant l'ouverture d'un régime de protection et l'établissement de l'incapacité légale⁸². On oppose ici « aptitude de droit et aptitude de faits »⁸³, cette dernière pouvant fluctuer dans le temps ou être influencée par divers facteurs⁸⁴. Les critères d'évaluation de l'aptitude à consentir aux soins — également dénommés « critères de la Nouvelle-Écosse »⁸⁵ — ont été approuvés par l'Association des psychiatres du Canada en 1987 et repris par la jurisprudence québécoise dans l'affaire *Pinel*⁸⁶. Soulignons que les cinq critères retenus par la majorité pour démontrer l'inaptitude ne sont cependant pas « cumulatifs »⁸⁷, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas nécessairement tous être rencontrés. Voici ces critères :

1. La personne comprend-elle la nature de la maladie pour laquelle un traitement lui est proposé ?
2. La personne comprend-elle la nature et le but du traitement ?
3. La personne saisit-elle les risques du traitement si elle le subit ?
4. La personne comprend-elle les risques de ne pas subir le traitement ?
5. La capacité de comprendre de la personne est-elle affectée par sa maladie [notre traduction] ⁸⁸ ?

⁸¹ Art 12, al 1 CcQ.

⁸² *Institut Philippe-Pinel de Montréal c AG*, [1994] RJQ 2523, [1994] RDF 641 (CA) [*Pinel* avec renvois aux RJQ] ; *MC c Service professionnel du Centre de santé et de services sociaux d'Arthabaska-et-de-l'Érable*, 2010 QCCA 1114 (disponible sur WL Can) [*MC*].

⁸³ Ainsi, une personne peut être inapte à consentir à un contrat médical, mais apte à consentir aux soins : Ménard, « Impact de la Loi », *supra* note 71 à la p 242.

⁸⁴ Kouri et Philips-Nootens, *Intégrité de la personne*, *supra* note 47 à la p 208.

⁸⁵ Ils sont inspirés de la législation de cette province : *Hospitals Act*, RSNS, 1989, c 208, art 52, al 2. Ces critères existent depuis 1967.

⁸⁶ *Supra* note 82.

⁸⁷ *MC*, *supra* note 82 au para 13.

⁸⁸ *Pinel*, *supra* note 82 à la p 2539. Le jugement cite la version originale anglaise de ces critères :

- a) *understands the condition for which the treatment is proposed;*
- b) *understands the nature and purpose of the treatment;*
- c) *understands the risks involved in undergoing the treatment;*

Ces critères posent des difficultés à plusieurs égards⁸⁹. D'abord, la reconnaissance de la maladie constitue un élément central de l'évaluation de l'aptitude à consentir aux soins⁹⁰ ; or il n'existe pas de consensus sur l'impact du déni de la maladie sur l'aptitude à consentir aux soins. Si, pour certains, l'inaptitude est « liée de façon intrinsèque » au déni de la maladie⁹¹, pour d'autres, celui-ci constitue le moyen ultime d'y survivre⁹². En outre, il semblerait que le concept d'autocritique (« *insight* »), largement utilisé en psychiatrie pour mesurer l'appréciation faite par le patient de son état ou de son comportement, ne fasse pas l'objet d'un consensus permettant de le mesurer adéquatement⁹³. Dans l'affaire *Pinel*, le juge Steinberg, dissident, avait d'ailleurs exprimé des réserves :

The major weakness I perceive in the position of the Appellant is that the incapacity of the Respondent to consent is attributed to a denial of his condition, and that denial is inferred from the refusal to undergo the treatment. If pushed to extremes, this reasoning deprives the in-

*d) understands the risks involved in not undergoing the treatment; and
e) whether or not his ability to consent is affected by his condition.*

⁸⁹ Ce test fonde la détermination de l'aptitude uniquement sur les compétences cognitives et ne permet pas de jauger les éléments affectifs susceptibles de conditionner la décision, comme les croyances, les connaissances ou les valeurs. Voir Irwin Kleinman, « The Right to Refuse Treatment: Ethical Considerations for the Competent Patient » (1991) 144 : 10 Canadian Medical Association Journal 1219 aux pp 1219-22 ; Somerville, *supra* note 39 à la p 65. Des différences socioculturelles entre l'évaluateur et l'évalué influeraient sur le résultat de l'évaluation à consentir, un refus de soins appuyé d'une explication culturellement convenable aux yeux du médecin étant considéré comme une preuve d'aptitude : Constantin Tranulis, Ellen Corin et Laurence J Kirmayer, « Insight and Psychosis: Comparing the Perspectives of Patient, Entourage and Clinician » (2008) 54 : 3 International Journal of Social Psychiatry 225 à la p 238.

⁹⁰ *Pinel*, *supra* note 82 à la p 2533 :

En santé mentale, il y a une réalité extrêmement importante : la personne impliquée se rend-elle compte qu'elle est malade ? C'est un critère capital, à l'égard duquel le profane est vulnérable parce qu'il risque d'être manipulé par la personne malade, qui, sous d'autres aspects, paraît normale et peut même ébahir. L'ignorance ou la non-reconnaissance par une personne de sa maladie est trop souvent la composante essentielle du maintien de cette maladie.

⁹¹ Denis Morrison, « Consentement éclairé et capacité en pratique clinique psychiatrique ou opinion : le consentement éclairé s'applique-t-il en psychiatrie ? » dans Migneault et O'Neil, *supra* note 38, 5 à la p 7 ; Frédéric Grunberg, « Réflexion sur le déni psychotique et le refus catégorique aux soins » dans *Le refus catégorique*, *supra* note 62, B-1 à la p B-2.

⁹² Yvon Garneau et Jean-Martin Diener, « La règle du consentement éclairé et ses impasses en psychiatrie » dans Migneault et O'Neil, *supra* note 38, 49 à la p 53 ; Somerville, *supra* note 39 à la p 63.

⁹³ Constantin Tranulis, Martin Lepage et Ashok Malla, « Insight in First Episode Psychosis: Who Is Measuring What? » (2008) 2 Early Intervention in Psychiatry 34.

*dividual of the very right to refuse treatment conferred by Article 10 of the Civil Code of Quebec*⁹⁴.

Quant au dernier critère, concernant l'impact de la maladie sur la capacité à consentir, il permet pratiquement d'inférer l'inaptitude du diagnostic. Or, la juridicisation et la judiciarisation de la décision de traitement et le discours sur les droits et libertés auraient dû permettre une reconnaissance effective des dimensions non médicales du consentement aux soins⁹⁵. Ce dernier critère, en plus de conférer une nette prépondérance au témoignage des médecins, aurait au contraire pour effet de neutraliser l'intervention judiciaire⁹⁶.

En 2003, dans l'arrêt *Starson c. Swayze*, la Cour suprême du Canada se prononce pour la première fois sur l'aptitude à consentir aux soins, et plus particulièrement sur les deux critères problématiques :

[P]our que le patient soit considéré apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation personnelle, il n'est pas nécessaire que le patient soit d'accord avec son médecin traitant sur le diagnostic. La psychiatrie n'est pas une science exacte et il faut s'attendre à ce que des personnes par ailleurs capables donnent des interprétations divergentes de l'information. [...] Bien qu'un patient n'ait pas à être d'accord avec un diagnostic particulier, s'il est démontré qu'il est dans un « état » psychologique donné, le patient doit être apte à reconnaître la possibilité qu'il puisse être affecté par cet état. [...]

Par conséquent, le patient n'est pas obligé de décrire son état psychologique comme une « maladie » ou de qualifier autrement son état en termes négatifs. Le patient n'est pas non plus obligé d'être d'accord avec le médecin traitant quant à la cause de cet état. Néanmoins, si l'état du patient a pour conséquence que celui-ci n'est pas apte à reconnaître qu'il est affecté par les manifestations de cet état, il ne sera pas apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les conséquences de sa décision⁹⁷.

⁹⁴ *Pinel, supra* note 82 à la p 2542.

⁹⁵ *Gendreau, supra* note 73 à la p 12.

⁹⁶ Jean-Pierre Ménard, « Le refus catégorique de soins revu et corrigé » dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Famille et protection*, vol 219, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 295 à la p 314 :

Avec respect, ce raisonnement, s'il devait s'appliquer, réduirait le rôle du juge du fond à constater qu'il existe une preuve médicale à l'effet que la personne souffre d'une maladie mentale, preuve qui lierait le juge quant à la conclusion sur l'inaptitude de la personne et ce, sans que le tribunal puisse tenir compte des incertitudes de la preuve et des opinions divergentes des experts quant au diagnostic.

⁹⁷ *Starson c Swayze*, 2003 CSC 32 au para 79, [2003] 1 RCS 722, confirmant (2001), 201 DLR (4^e) 123, 146 OAC 121 (CA Ont).

La cour propose plutôt un test en deux volets, qui concerne la capacité à comprendre l'information sur le traitement et les conséquences de la décision de soins⁹⁸. Si la Cour d'appel du Québec confirma dès l'année suivante que la décision *Starson* était applicable en droit québécois, elle affirma du même souffle qu'elle ne contrevenait pas aux principes déjà établis dans *Pinel*⁹⁹. La consultation des décisions de la Cour supérieure depuis l'affaire *Starson* permet de constater que le test élaboré dans l'affaire *Pinel*, y compris le dernier critère, est encore couramment appliqué¹⁰⁰, sans toutefois l'être de façon systématique¹⁰¹. Toutefois, il semblerait que certaines décisions réduisent le test de *Pinel* à « [d]eux fils conducteurs [...] : la perception de sa maladie par la personne et les effets de cette maladie sur sa capacité de consentir à des soins »¹⁰². Cette réduction du test est d'autant plus problématique qu'elle crée un double standard : si, dans ce cadre, la nécessité de démontrer l'inaptitude protège une majorité de patients, ce n'est cependant pas le cas des patients psychiatriques. Ainsi, l'autorisation de soins, bien que pouvant possiblement s'appliquer à toute situation médicale, est le plus souvent demandée pour des soins psychiatriques ou pour les soins physiques de patients psychiatriques¹⁰³,

⁹⁸ *Ibid* au para 78 :

La détermination de la capacité exige l'application de deux critères. Premièrement, la personne concernée doit être apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant un traitement. Pour ce faire, cette personne doit avoir la capacité cognitive d'analyser, de retenir et de comprendre les renseignements pertinents. [...] Deuxièmement, la personne concernée doit être apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision. Pour cela, cette personne doit être apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision.

⁹⁹ *MB c Centre hospitalier Pierre-le-Gardeur*, [2004] RJQ 792, [2004] RDF 224 (CA) [*MB* avec renvois aux RJQ]. Soulignons que le législateur néo-écossais a amendé l'*Hospitals Act* pour retirer du test sur l'aptitude à consentir aux soins le dernier critère : *Amendment to the Regulations Respecting Hospitals made by the Governor in Council pursuant to Section 17 of Chapter 208 of the Revised Statutes of Nova Scotia, the Hospitals Act*, NS Reg 236/2007, Form A.

¹⁰⁰ Voir par ex *Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke — Hôtel-Dieu c RC*, 2008 QCCS 6001, [2008] RL 661 ; *Institut Philippe-Pinel de Montréal c JG*, 2008 QCCS 1084 (disponible sur QL) ; *Hôpital général juif Sir Mortimer B Davis c BK*, 2007 QCCS 4247, [2007] RL 495 ; *Centre hospitalier Robert-Giffard c SL*, 2006 QCCS 5154 (disponible sur QL).

¹⁰¹ Ainsi, le tribunal conclut régulièrement à l'inaptitude sans appliquer le test de *Pinel*. Voir par ex *Hôtel-Dieu de Lévis c A*, 2007 QCCS 1993 (disponible sur QL) ; *Centre de santé et de services sociaux de Rivière-du-Loup c DB*, 2010 QCCS 72 (disponible sur QL).

¹⁰² *Institut Philippe Pinel de Montréal c HM*, 2005 CarswellQue 11253 au para 19 (WL Can) (disponible sur QL) (CS).

¹⁰³ Bernheim, *Garde en établissement*, *supra* note 16 à la p 119.

tout simplement parce que les critères retenus et l'application qui en est faite réduisent l'inaptitude à consentir aux soins à une atteinte d'ordre mental¹⁰⁴. Nous questionnons cet état de fait, considérant que les patients psychiatriques, même sous garde en établissement, conservent, au regard des soins, les mêmes droits que tous les patients du système de santé. Ainsi, si l'inaptitude à consentir aux soins découle généralement d'une altération de l'état mental, l'inverse ne peut être tenu pour acquis : une altération de l'état mental n'a pas forcément pour conséquence l'inaptitude à consentir aux soins.

Le régime juridique de l'autorisation de soins est pourtant une exception au sein du droit médical québécois. La teneur des principes généraux, la centralité du droit à l'intégrité en droit des personnes et la prépondérance de la volonté des patients — même inaptes — dans leur rapport avec leur médecin devraient imposer naturellement une prudence dans l'interprétation des dispositions concernées. À cet égard, le concept d'inaptitude et les critères retenus pour en faire la démonstration devraient agir comme des « remparts » protégeant l'individu contre des atteintes potentielles à son inviolabilité. Il est d'autant plus important dans ce cadre que les traitements imposés aux personnes inaptes à consentir aux soins soient strictement requis par leur état de santé¹⁰⁵. Dans la mesure où l'inaptitude à consentir aux soins devient l'attribut de certains types de maladies, l'évaluation de la nécessité des soins envisagés constitue *de facto* la seule manière de s'assurer de la protection du droit à l'inviolabilité.

¹⁰⁴ D'après les recherches menées par Thomas Grisso et Paul S. Appelbaum, les critères retenus pour évaluer l'inaptitude influent sur le profil des patients considérés comme inaptes à consentir aux soins. De même, plus les critères sont nombreux, moins la proportion de patients jugés aptes est importante : Thomas Grisso et Paul S. Appelbaum, « Comparison of Standards for Assessing Patients' Capacities to Make Treatment Decisions » (1995) 152 : 7 *American Journal of Psychiatry* 1033.

¹⁰⁵ Dans *MB, supra* note 99, la Cour d'appel renverse partiellement la décision de première instance dans laquelle le juge, après avoir conclu à l'inaptitude de la défenderesse concernant uniquement le consentement à l'hébergement, avait décidé d'autoriser la médication « pour éviter des démarches répétitives en cas de refus de sa part » (*ibid* à la p 800). Le juge Chamberland écrit :

Dans ce contexte, et même si la décision du juge peut se justifier en termes de rapidité, d'efficacité et d'économie, il n'est pas permis de l'entériner sur le plan du droit. Le respect de l'autonomie, de l'inviolabilité et de l'intégrité de la personne est une valeur fondamentale du droit québécois en matière de soins. Il n'y a rien dans la lettre et l'esprit de la loi qui permette d'évaluer à l'avance une demande future advenant un refus et d'en décider. La situation peut évoluer entre aujourd'hui et demain ; il est imprudent, et contraire à la loi, de décider aujourd'hui en fonction d'une situation qui risque de se présenter demain (*ibid*).

La possibilité de choisir et, ultimement, de refuser des soins constitue la reconnaissance ultime des droits à l'inviolabilité et à l'autodétermination. L'étude du contexte législatif, jurisprudentiel et doctrinal en matière psychiatrique dénote cependant des nuances et des contradictions difficilement conciliables avec ces principes généraux. En seconde partie, nous présenterons les résultats de la recherche empirique que nous avons menée auprès de juges de la Cour supérieure, en nous intéressant plus particulièrement à la conception qu'ils ont du rôle du tribunal dans ce genre d'instance et du type d'intervention nécessaire auprès des personnes souffrant de maladie mentale.

II. Les constats de la recherche empirique

Nous présenterons dans un premier temps notre méthodologie de recherche (A), puis nos résultats (B).

A. La méthodologie de recherche

La recherche que nous avons menée ne portait pas précisément sur le refus de soins, mais plutôt sur la dynamique des décisions cliniques et judiciaires de garde en établissement et d'autorisation de soins. Nous nous interrogeons alors sur la place respective que peuvent tenir différents types de normes dans le processus décisionnel des juges et des psychiatres, dans ces matières complexes où droits des personnes et protection sont fondamentalement en opposition¹⁰⁶. Plus précisément, nous voulions mieux comprendre comment se déploie le rapport subjectif aux normes et au droit, et ce qui détermine leur choix et leur mobilisation¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Nous nous étions déjà intéressée aux décisions judiciaires prises dans ce genre de contexte lors de notre recherche de maîtrise sur l'expertise psychiatrique (pour laquelle nous avons rencontré des juges en entretien) : Emmanuelle Bernheim, « Perspective Luhmannienne sur l'interaction entre droit et psychiatrie : théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l'expertise psychiatrique » (printemps 2008) 13 : 1, en ligne : Lex Electronica <<http://www.lex-electronica.org>> [Bernheim, « Perspective Luhmannienne »]. À cette époque, nous avons conclu, au sujet des juges de la Cour du Québec statuant sur des requêtes pour garde en établissement, qu'ils se trouvaient « captif[s] », donc « soumis à une contrainte [...] entrav[ant] la liberté d'action » (*ibid* à la p 95). Nous affirmions, à ce sujet, que les juges, de manière générale, cherchent à se constituer « un savoir juridique personnel sur l'affaire qu'il[s] entend[ent] » (*ibid*), ce qui leur permet notamment de prendre leurs distances par rapport à la preuve médicale et ainsi de trancher de manière éclairée. À cette époque, nous énoncions que la piètre qualité de la preuve était responsable de la captivité des juges, car elle ne leur permettait justement pas de se composer un bagage substantiel de connaissances. C'est dans ce contexte que nous avons voulu en savoir plus sur la dynamique décisionnelle judiciaire.

¹⁰⁷ Pour nous permettre de faire cette étude, nous avons construit le *Modèle de pluralisme normatif appliqué*, qui met en lien respectivement différents types de normes avec différents types de rationalités, ainsi qu'un cadre théorique sociologique permettant

Dans l'exposé qui suit, nous rendrons compte de notre démarche méthodologique, puis de nos résultats auprès des juges de la Cour supérieure du Québec en matière d'autorisation de soins.

Nous avons rencontré les juges d'abord en entretien, puis en observation à la Cour¹⁰⁸. Lors des entretiens¹⁰⁹, nous les avons interrogés sur la conception qu'ils avaient de leur rôle en matière d'autorisation de soins, sur les fondements des dispositions en la matière ainsi que sur leur connaissance objective et leur interprétation du droit et de la jurisprudence. Les observations¹¹⁰ nous ont permis de prendre connaissance de leur pratique, qui s'est parfois révélée peu conforme avec ce qui nous avait été dit au préalable en entretien¹¹¹. À la fin de la séance d'observation, soit en général d'une audience, nous avons l'opportunité de discuter avec le juge

d'appréhender la complexité du processus décisionnel subjectif, notamment à travers les concepts d'individualisme, de système de raisons, de rationalité, de configuration et d'intermonde. Nous nous sommes notamment inspirés des auteurs suivants : Norbert Élias, *Qu'est-ce que la sociologie ?*, Marseille, Éditions de l'Aube, 1991 ; Raymond Boudon, *Raison, bonnes raisons*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003 ; Raymond Boudon, « La "rationalité axiologique" : une notion essentielle pour l'analyse des phénomènes normatifs » (1999) 31 : 1 *Sociologie et sociétés* 103 ; Danilo Martuccelli, *La consistance du social : Une sociologie pour la modernité*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005 ; Patrick Pharo, *Le sens de l'action et la compréhension d'autrui*, Paris, L'Harmattan, 1993 ; Georg Simmel, « Digression sur le problème : Comment la société est-elle possible ? » dans Patrick Watier, dir, *Georg Simmel : La sociologie et l'expérience du monde moderne*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986, 21 ; Emmanuelle Bernheim, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire : une étude du pluralisme normatif appliqué*, thèse de doctorat en droit et en science de l'homme et de la société, Université de Montréal et École normale supérieure de Cachan, 2011 [non publié] aux pp 293-332 [Bernheim, *Les décisions*].

¹⁰⁸ Dans le district judiciaire de Montréal.

¹⁰⁹ Notre échantillon d'entretiens est composé de quatre hommes et quatre femmes, et le nombre d'années de pratique en tant que juge est variable, allant d'une à une trentaine. Nous avons rencontré les juges au Palais de justice de Montréal, à leur bureau. Les entretiens ont duré entre une heure et une heure et demie. Sur les huit juges rencontrés, trois ont refusé d'être enregistrés.

¹¹⁰ Nous avons pu observer quatre juges durant quatre semaines en 2009. Au total, nous avons passé 18 heures en salle d'audience. Notre échantillon d'observation est composé de deux femmes et deux hommes. Sur ces quatre juges, deux avaient été rencontrés au préalable en entretien.

¹¹¹ Anne-Marie Arborio et Pierre Fournier affirment que l'utilité centrale de l'observation directe est « de résister aux constructions discursives des acteurs sur leurs pratiques pour s'assurer de la réalité de ces pratiques » : Anne-Marie Arborio et Pierre Fournier, *L'enquête et ses méthodes : L'observation directe*, Paris, Nathan, 1999 à la p 6. Voir aussi Henri Peretz, *Les méthodes en sociologie : l'observation*, 2^e éd, Paris, La Découverte, 2004 à la p 12.

des motivations de sa décision¹¹². Nous avons pu également faire de courts entretiens spontanés avec différentes personnes comme des défendeurs, des familles du défendeur au litige et différents professionnels de la santé. Nous avons également rencontré en entretien ou en groupes de discussion différents acteurs qui, en raison de la nature de leurs activités professionnelles, étaient susceptibles de nous éclairer sur la pratique des juges et des psychiatres. Nous visions, par la multiplication des sources de données et des participants à la recherche, à augmenter la fiabilité de nos résultats de recherche¹¹³.

Tableaux des échantillons

Données principales		
Type de donnée	Type d'informateur ¹¹⁴	Nombre
Entretien	Juges CQ	7
Entretien	Juges CS	8 ¹¹⁵
Entretien	Psychiatres	7 ¹¹⁶
Observation	Juges CQ	5
Observation	Juges CS	4 ¹¹⁷
Observation	Psychiatres	10 ¹¹⁸

¹¹² Nous avons constaté que le retour discursif sur les événements, à chaud, permet aux acteurs observés une réflexivité facilitée par le contexte d'observation. De plus, pour le chercheur, ces discussions avec les acteurs observés contribuent à éviter de relier trop facilement ses hypothèses et ses interprétations des faits observés.

¹¹³ Derek Layder, *New Strategies in Social Research: An Introduction and Guide*, Cambridge (Mass), Polity Press, 1993 à la p 121 ; Matthew B Miles et A Micheal Huberman, *Analyse des données qualitatives*, 2^e éd, traduit par Martine Hlady Rispal, Bruxelles, De Boeck, 2003 à la p 482.

¹¹⁴ CQ : Cour du Québec ; CS : Cour supérieure du Québec.

¹¹⁵ Constituant les juges 1 à 8 témoignant dans le présent article.

¹¹⁶ Constituant les psychiatres 1 à 7 témoignant dans le présent article.

¹¹⁷ Constituant les juges 9 à 12 témoignant dans le présent article.

¹¹⁸ Les rencontres ont eu lieu lors des audiences pour autorisation de soins à la Cour supérieure.

Données complémentaires		
Type de donnée	Type d'informateur ¹¹⁹	Nombre
Entretien	Juges CA	2
Entretien	Psychiatres	3
Entretien	Infirmier	1
Entretien	Juge TAQ	1
Entretien	Avocat	1
Groupe de discussion	Avocats	3 ¹²⁰

Tout au long de la collecte de données, puis de l'analyse¹²¹, nous avons opté pour une posture qualitative et réflexive. Le contact avec nos informateurs a été l'occasion de nous immerger dans leur contexte de travail, de faire une expérience de nature « culturelle »¹²². Dans cette perspective, le chercheur et les informateurs, par une « construction interpersonnelle »¹²³, jouent chacun un rôle essentiel au regard de l'émergence du savoir et nous nous sommes efforcée de préserver « une haute valeur à l'indépendance psychologique de chaque individu et au maintien de son intégrité psychique »¹²⁴. Notre démarche d'analyse est plus précisément celle de l'étude de cas, soit « une approche de recherche empirique qui consiste à enquêter sur un phénomène, un évènement, un groupe ou un ensemble d'individus, sélectionné de façon non aléatoire, afin d'en tirer une description précise et une interprétation qui dépasse ses bornes »¹²⁵. Cette méthode permet « d'étudier des phénomènes contemporains dans la réalité où les frontières entre le phénomène et son contexte ne sont pas

¹¹⁹ CA : Cour d'appel du Québec ; TAQ : Tribunal administratif du Québec.

¹²⁰ Constituant les avocats 1 à 3 témoignant dans le présent article.

¹²¹ Nous avons analysé nos données d'entretien et d'observation à l'aide du logiciel N'Vivo.

¹²² Anne Laperrière, « L'observation directe » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale : De la problématique à la collecte des données*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, 311 à la p 315.

¹²³ Lorraine Savoie-Zajc, « L'entrevue semi-dirigée » dans Gauthier, *supra* note 122, 337 à la p 339.

¹²⁴ Carl Rogers, tel que cité dans Alain Blanchet et Anne Gotman, *L'enquête et ses méthodes : L'entretien*, 2^e éd, Paris, Armand Collin, 2007 à la p 10.

¹²⁵ Simon N Roy, « L'étude de cas » dans Gauthier, *supra* note 122, 199 aux pp 206-07.

toujours claires et où il faut habituellement utiliser des sources multiples d'information et d'évidence »¹²⁶.

B. Les résultats de recherche

Nous avons choisi de diviser nos résultats de recherche en trois catégories correspondant aux éléments du cadre juridique qui nous semblent les plus importants en matière de refus de soins psychiatriques. Nous aborderons, dans un premier temps, les principes généraux, puisque ceux-ci, nous l'avons vu, imposent une perspective donnée sur le consentement et le refus de soins (1). Puis nous exposerons nos résultats de recherche sur l'autorisation de soins plus spécifiquement, soit l'inaptitude à consentir aux soins (2), puis la nécessité des soins (3).

1. Des principes généraux le plus souvent inappliqués

Rappelons, en premier lieu, que le rôle des tribunaux dans ces matières particulières est de protéger les droits des défendeurs. C'est d'ailleurs ce qu'exprime clairement la Cour d'appel du Québec :

[L]e législateur a confié aux tribunaux la mission d'autoriser les atteintes à l'intégrité d'une personne malgré son refus. Dans l'accomplissement de cette tâche, le tribunal doit s'assurer du respect que la loi accorde à tout être humain, y compris le majeur inapte qui refuse les soins. Le législateur aurait pu assigner cette tâche aux organismes issus du milieu médical ou hospitalier ou encore à une commission administrative quelconque. Il a plutôt opté pour un recours aux tribunaux. Ce choix marque sa volonté de faire primer le droit à l'autonomie et l'autodétermination de la personne sur l'approche éthique médicale traditionnelle qui veut que tout soit mis en œuvre pour le bien-être du patient¹²⁷.

Pourtant, en entretien, aucun juge n'a affirmé faire des droits de la personne une priorité. Les informateurs identifient plutôt soit « le droit à la liberté des individus de disposer d'eux-mêmes à tous égards »¹²⁸, soit le droit au refus de traitement¹²⁹, comme étant la justification *a priori* de l'action du tribunal, sans pour autant être au centre de leurs préoccupations. Notons également que tous ne s'entendent pas sur les fondements juridiques du régime d'autorisation de soins. Pour un informateur par

¹²⁶ Gordon Mace et François Pétry, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2000 à la p 80.

¹²⁷ *Québec (Curateur public) c Centre de santé et de services sociaux de Laval*, 2008 QCCA 833 au para 20, [2008] RDF 239.

¹²⁸ Juges 2, 7.

¹²⁹ Juges 4-6.

exemple, il existe une tension entre le droit au consentement aux soins et le droit de recevoir des soins¹³⁰. L'autorisation de soins viserait dans cette perspective à mettre en œuvre le droit de recevoir des soins du défendeur, favorisant une interprétation positive des dispositions sur l'autorisation de soins et, plus globalement, sur le droit à l'intégrité¹³¹. Pour un autre informateur, cette interprétation nie tout simplement le droit à l'autodétermination¹³².

Un seul informateur a fait référence aux principes jurisprudentiels en matière de consentement aux soins¹³³, ce qui nous semble révélateur du décalage entre soins physiques et soins psychiatriques dont nous avons parlé précédemment. Ce décalage est encore renforcé par l'interprétation et l'application de la jurisprudence relative à l'aptitude des patients psychiatriques et le refus de soins plus généralement. À cet égard, l'absence de liens conceptuels clairs entre les principes généraux et l'autorisation de soins révèle la structuration de deux logiques distinctes, comme si les décisions d'autorisation de soins étaient prises en vase clos. Il s'ensuit que l'interprétation des principes généraux semble bien souvent tributaire de la compréhension et du sens donné à l'intervention judiciaire.

Deux éléments inhérents semblent conditionner l'interprétation du droit applicable, soit une perspective négative de la maladie mentale —

¹³⁰ Juge 2. Rappelons que le droit de recevoir des soins, bien que non justiciable en soi, est prévu à l'article 5 de la *LSSSS*, *supra* note 6.

¹³¹ Il est en effet possible de penser que le fait de ne pas bénéficier des soins requis par l'état de santé constitue une atteinte au droit à l'intégrité, surtout dans un contexte où le droit à la santé ne bénéficie d'aucune reconnaissance formelle.

¹³² Juge 5 :

[T]u as le droit aux soins, mais tu as aussi le droit de ne pas recevoir de soins. [...] Pour moi [le droit de recevoir des soins] ne reconnaît pas la contrepartie, c'est que tu as le droit de ne pas en avoir. Ton droit, ce n'est pas le droit aux soins, c'est le droit de consentir aux soins. Alors, pour moi, il a le droit de dire non. Je ne pars pas du fait qu'il a le droit de dire oui. Je pars du fait qu'il a le droit de dire non. [...] D'abord la primauté de la volonté de l'individu. Le droit à la vie privée. Le droit à l'intégrité physique, qui implique le droit de dire non.

¹³³ Juge 5 :

C'est la même chose. [...] Ce sont des pathologies. Pour moi, c'est juste une autre pathologie. Est-ce qu'on peut avoir une approche qui se ressemble ? Puis pourtant on ne l'a pas. Parce qu'on accepte beaucoup plus facilement, comme dans le cas de *Nancy B*, ça on l'accepte. [...] Pourquoi, quand on change de pathologie, on change de régime ? Ça ne devrait pas. C'est pour ça que, moi, je ne le vois pas comme un droit aux soins. Oui tu as le droit d'en avoir, mais tu as aussi le droit de ne pas en avoir. Puis à partir du moment où tu es devant moi, c'est parce que tu as dit non. La question c'est de savoir si c'est un vrai non. Convincez-moi.

plus particulièrement sur la vulnérabilité et la réelle capacité de prendre des décisions des personnes souffrant de maladie mentale¹³⁴ — et une déduction corolaire implicite quant à l'aptitude réelle des défendeurs. Dans ce cadre, le droit de refuser des soins est systématiquement négligé, voire oublié, en rupture avec la jurisprudence québécoise depuis les années 1980 en matière de refus de soins¹³⁵. Nous avons constaté que les droits de la personne, et plus particulièrement les droits de la personnalité, sont facilement écartés au profit de la protection du défendeur. À cet égard, plusieurs juges rencontrés ont clairement affirmé la prépondérance de la relation d'aide dans leur interaction avec le défendeur¹³⁶. Dans cette perspective, le défendeur est appréhendé *a priori* comme ayant besoin de protection et la décision judiciaire est conceptualisée comme un substitut au consentement du défendeur, dans son meilleur intérêt. Dans ce contexte, les éléments émotifs sont centraux et la décision est prise « avec le cœur »¹³⁷. De plus, certains juges ont tendance à anticiper les conséquences de leurs décisions à long terme, se voyant investis d'une responsabilité morale envers les défendeurs¹³⁸. Ce contexte particulier laisse peu de place à l'application de critères objectifs, comme celui de l'aptitude à consentir aux soins, et l'autorisation de soins semble être vue comme un « moindre mal » dès lors que le défendeur est perçu comme « vulnérable ».

2. De l'aptitude à consentir aux soins : un concept juridique ?

Dans le cadre des entretiens que nous avons menés, nous avons demandé aux juges de la Cour supérieure comment ils appréciaient l'aptitude à consentir aux soins des défendeurs¹³⁹. À notre grande surprise, la majorité a affirmé ne pas savoir définir le concept d'inaptitude.

¹³⁴ Bernheim, *Les décisions*, supra note 107 aux pp 394 et s.

¹³⁵ Avant l'affaire *Nancy B*, en effet, la Cour d'appel avait déjà affirmé « l'autorité finale [du majeur] d'accepter ou de refuser un traitement médical qu'on lui propose » (*Couture-Jacquet*, supra note 67 à la p 1227).

¹³⁶ Juges 1-2, 6-7, 10-12.

¹³⁷ Juge 2.

¹³⁸ Voir par ex juge 7 :

Parce que si cette personne-là peut vivre en harmonie avec ce qui est proposé pour son bien, et comprendre l'intervention que souhaitent faire le médecin et les hôpitaux, et adhérer à ce processus-là, je pense que la suite va être plus facile. Parce que j'essaie toujours de concevoir mon rôle, dans ce domaine-là comme dans d'autres, comme n'étant pas un rôle qui se termine à ma décision. Si je suis capable d'ajouter pour faire en sorte que cette décision-là soit viable, éventuellement, j'essaie de le faire.

¹³⁹ La question posée était la suivante : « Comment appréciez-vous l'aptitude à consentir aux soins ? »

Les réponses évoquent de nombreux éléments, comme la normalité¹⁴⁰ ou le danger¹⁴¹, et la majorité des informateurs établit un lien *a priori* entre la schizophrénie ou la psychose et l'inaptitude¹⁴². Seulement deux juges ont nommé spontanément l'arrêt *Pinel*, tout en admettant que l'inaptitude est « fluctuante »¹⁴³ :

Ça devient une question de jugement, il n'y en a pas dans la loi et je ne sais pas c'est quoi le critère non plus. Ça devrait être qu'il n'y a pas d'autres solutions. La personne est en danger¹⁴⁴.

C'est là où on prend notre boule de cristal. Tu poses des questions à l'individu. C'est quand tu n'as pas l'individu que c'est compliqué parce que tu es obligé de te faire une idée à partir de ce que les psychiatres pensent¹⁴⁵.

Le dernier extrait soulève un élément central : le fait que le rapport psychiatrique est déterminant dans l'évaluation de l'inaptitude à consentir aux soins¹⁴⁶, en dépit de l'indétermination substantielle du concept — ou peut-être en raison de cette indétermination¹⁴⁷. En effet, d'après un in-

¹⁴⁰ Juge 3 : « Il y a des éléments physiques liés à ça, il y a des éléments liés à la condition physiologique, il y a la perception du réel, et de ce que la personne normale ferait dans les mêmes circonstances ».

¹⁴¹ Juge 6 : « L'hôpital est convaincu que la personne doit être soignée car elle est dangereuse pour elle-même ou pour autrui » ; Juge 5 : « Tu as le droit d'être fou et libre, tu n'as juste pas le droit d'être dangereux ». Juge 11 autorise des soins en référant explicitement à la garde en établissement ordonnée par une juge de la Cour du Québec la semaine précédente. La consultation de la jurisprudence démontre que la dangerosité est un facteur parfois retenu au regard de l'aptitude à consentir aux soins. Voir *Centre hospitalier Robert-Giffard c WK*, 2008 QCCS 5501 (disponible sur QL) ; *Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke — Hôtel-Dieu c PM*, 2008 QCCS 549 (disponible sur QL). Contra *Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke — Hôtel-Dieu c GT*, 2009 QCCS 4029 (disponible sur QL) ; *Centre hospitalier Anna-Laberge c AT*, 2004 CanLII 31651 (disponible sur WL Can) (Qc CS). Dans *Pinel*, pourtant, la Cour d'appel avait écarté l'argument selon lequel il s'agit d'un élément à considérer dans l'évaluation de l'aptitude (*Pinel*, *supra* note 82 à la p 2536).

¹⁴² Juges 3-5, 8. Pour le juge 6, bien qu'il affirme ne pas établir ce lien, il précise que « les cas de schizophrénie » sont « plus lourds ».

¹⁴³ Juge 5.

¹⁴⁴ Juge 4.

¹⁴⁵ Juge 5.

¹⁴⁶ La Cour d'appel a rappelé plusieurs fois que les juges d'instance ne sont pas liés par la preuve médicale, mais doivent impérativement expliquer « d'une part, les motifs pour lesquels [ils] rejette[nt] la preuve d'expert et, d'autre part, ceux pour lesquels [ils ont] considéré valides les raisons données par l'intimé au soutien de son refus de traitement » : *Centre hospitalier de l'Université de Montréal (CHUM) — Hôpital Notre-Dame c GC*, 2010 QCCA 293 au para 6 (disponible sur QL).

¹⁴⁷ Dans la mesure où le rapport psychiatrique doit broser un tableau, non seulement de l'aptitude du défendeur, mais également de ses besoins cliniques, il deviendrait en

formateur, les juges « n'ont pas la science qui permet d'évaluer la capacité à consentir »¹⁴⁸. De sorte que, dans cette évaluation, le point de départ est l'opinion du médecin, qui semble bien souvent servir de lorgnette à travers laquelle la situation du défendeur sera comprise et interprétée¹⁴⁹. Soulignons également que le déroulement classique de l'audience veut que le demandeur présente sa preuve en premier — notamment par le témoignage du psychiatre — ce qui impose d'emblée une perspective sur la condition du défendeur¹⁵⁰.

Malgré l'absence de discours structuré sur l'évaluation de l'aptitude à consentir, nous avons pu, à travers nos entretiens et nos observations, recenser plusieurs éléments récurrents. Soulignons d'abord que la connaissance et l'application de la jurisprudence applicable sont inégales. Nous avons pu constater en entretien que certains juges ne connaissaient pas l'affaire *Starson*¹⁵¹. Ceux qui la connaissaient ont affirmé que *Starson* et *Pinel* peuvent faire l'objet d'une application conjointe, mais que les critères applicables restent ceux de *Pinel*¹⁵². De même, un informateur affirme qu'« on se sert peu de *Starson* », mais que la décision a servi à rappeler que « le principe est l'autonomie en toute situation »¹⁵³. Pour un autre informateur, *Starson* reste un cas exceptionnel, puisque le défendeur était professeur d'université. Il affirme d'ailleurs qu'« on n'a pas des cas comme ça »¹⁵⁴. Les informateurs les plus concernés par les droits de la

quelque sorte ce que Danielle Blondeau et Éric Gagnon appellent « un verdict anticipé » (Blondeau et Gagnon, *supra* note 73 à la p 661).

¹⁴⁸ Juge 6. Juge 7 : « Je me fie beaucoup à ce que le médecin dit. Alors je cherche beaucoup un diagnostic médical pour m'amener à prendre une décision juridique quant à l'inaptitude à consentir ». Certaines décisions semblent aller dans le même sens : *Institut universitaire en santé mentale du Québec c CL*, 2009 QCCS 5354 au para 28 (disponible sur QL) [CL] (« Le Tribunal doit d'abord mentionner qu'il n'est pas un expert médical »). Voir aussi *Centre de santé et de services sociaux de Rivière-du-Loup c CA*, 2009 QCCS 426 (disponible sur QL) ; *Centre de santé et de services sociaux de Beauce – Services hospitaliers c JP*, 2008 QCCS 3611 (disponible sur CanLII).

¹⁴⁹ Juge 1.

¹⁵⁰ Voir par ex juge 3 :

Deux choses : premièrement, la preuve de l'expert. Au vu de la preuve d'expert, tant le rapport que le témoignage, le compte-rendu du dossier médical dans la mesure où il est produit. Puis, évidemment, le témoignage de la personne elle-même. [...] Alors le patient ou la personne visée, vous lui parlez en termes de diagnostic, mais il faut bien qu'on lui parle de sa condition. Et de ce pourquoi il est là. Je veux dire, l'inaptitude, à mon sens, ce n'est pas une affaire mathématique.

¹⁵¹ Juges 7-8.

¹⁵² Juges 1-2, 6.

¹⁵³ Juge 6.

¹⁵⁴ Juge 1.

personne ont généralement affirmé que la décision de la Cour suprême n'avait fait que les conforter dans leur manière de fonctionner¹⁵⁵. De façon générale, tous les juges ont confirmé que la décision *Starson* n'avait pas changé leur manière de prendre leur décision en matière d'autorisation de soins¹⁵⁶.

En salle d'audience, nous avons constaté que la jurisprudence est généralement peu plaidée et que, conformément à ce que révèle l'étude des jugements, sur les cinq critères de *Pinel* censés démontrer l'incapacité à consentir aux soins, seulement deux sont réellement appliqués : il s'agit du déni et de l'incidence de la maladie sur la capacité à consentir, qui sont souvent indissociables dans la démonstration. Dans certains cas, le rapport psychiatrique fait état d'une maladie dont une des caractéristiques est le manque d'autocritique et, lorsque le défendeur ne reconnaît pas sa maladie telle que décrite par le psychiatre, il ne fait que démontrer à quel point il est atteint. Le déni du diagnostic psychiatrique sert alors directement de confirmation de ce même diagnostic¹⁵⁷ :

Quand on est en présence de gens dont on est vraiment convaincu que cette problématique-là existe et que ces gens-là vous disent : « Non je ne suis pas malade. Non, je n'ai pas besoin ». Comment on fait pour dire : « Est-ce qu'il est capable de consentir ? » [...] Et là, ça nous place devant le déni. Bien, le déni, évidemment, ça peut être le droit de choisir quelque chose d'autre. J'essaie de m'assurer que c'est vraiment enligné pour produire les résultats que je pense souhaitables, pour le patient. J'avoue que le comportement, la crédibilité du psychiatre deviennent très importants et quand on sent que ce sont des gens — et puis ça se sent — impliqués avec leurs patients, *caring*, des gens qui ne se prennent pas pour le bon Dieu, mais qui ont vraiment un lien affectif avec leur patient. On est plus porté à les écouter¹⁵⁸.

Prenez par exemple en schizophrénie, c'est classique, dans tous les rapports vous allez voir que la personne elle-même n'apprécie pas sa condition. Et ça, il suffit de faire témoigner la personne, c'est clair. Ils ne comprennent pas... en fait, ils sont en déni. Et c'est une question de crédibilité aussi. Évidemment, au départ, je tiens pour acquis que l'expert, qui est souvent psychiatre, ne ment pas. Il a à cœur le suivi de cette personne-là¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Juges 4-5.

¹⁵⁶ Nous avons posé la question directement : « Est-ce que la décision *Starson* a influencé votre manière de rendre jugement ? »

¹⁵⁷ Par exemple, le juge 11 conclut que le défendeur « ne se reconnaît pas de maladie mentale malgré l'avis des experts ».

¹⁵⁸ Juge 4.

¹⁵⁹ Juge 3.

Ces extraits laissent penser que, non seulement le déni de la maladie est considéré comme un facteur démontrant l'inaptitude à consentir aux soins, mais également que, dans cette perspective, le tribunal se cantonne à vérifier si un diagnostic a bel et bien été posé. Le rôle du psychiatre est donc central à cette étape de l'évaluation, non en tant qu'expert, mais en tant que médecin traitant. En tant qu'expert¹⁶⁰, le psychiatre fournit les informations objectives de l'impact de la maladie sur la capacité à consentir, mais c'est en tant que médecin traitant que son dévouement à l'égard du défendeur s'exprime. Ce dévouement semble curieusement constituer une preuve supplémentaire de sa crédibilité¹⁶¹. À ce sujet, un informateur affirme qu'il « recherche constamment ce grand souci du professionnel de la santé »¹⁶². Ici, l'exercice fait par les informateurs semble être celui de contrôler l'existence de cette attention bienveillante pour se convaincre du bien-fondé de la requête. Ultimement, bien que nous ne puissions pas le vérifier empiriquement, cette logique décisionnelle pourrait mener certains juges à ne pas interroger réellement l'aptitude des défendeurs, pour se reposer seulement sur le dévouement de leur médecin traitant.

À l'appui de cette interprétation, soulignons le fait qu'un seul juge a nommé expressément les critères se rapportant à la compréhension du traitement, à ses risques et à ses bénéfices et aux conséquences potentielles du refus de traitement¹⁶³. Cette constatation est confirmée par nos observations, ainsi que par les témoignages d'avocats rencontrés en groupe de discussion qui rapportent que les juges « passent les cinq critères tellement vite »¹⁶⁴. Pour deux de ces avocats, les juges tiennent pour acquis que les défendeurs ne « comprennent rien »¹⁶⁵. Nos observations ne nous permettent pas de tirer une conclusion aussi catégorique.

Cependant, nous avons constaté entre les juges une différence importante quant à la réception de la preuve d'inaptitude exigée par la cour. De manière générale, les psychiatres témoignent spontanément sur le déni,

¹⁶⁰ De la maladie mentale et non en tant qu'expert judiciaire, puisque, dans le cadre de l'autorisation de soins, les psychiatres ne font pas office d'experts nommés par le tribunal, mais plutôt de « tiers experts » qui agissent à titre de conseillers du tribunal : Louise Rolland, « Les tiers, vecteurs du réseau social : Les personnes et les biens dans le *Code civil du Québec* » (2006) 40 RJT 75 à la p 97.

¹⁶¹ Voir Nicolas Dodier, *L'expertise médicale : Essai de sociologie sur l'exercice du jugement*, Paris, Métailié, 1993.

¹⁶² Juge 7.

¹⁶³ Juge 8.

¹⁶⁴ Avocats 1-2.

¹⁶⁵ *Ibid.* Juge 3 : « Je demande toujours à l'expert de m'expliquer de quoi il s'agit. Même si j'ai un rapport. "Donnez-moi le contenu de votre rapport", pour la raison simple que la personne l'entende. La personne a le droit de lire le rapport, elle l'a peut-être lu, mais qu'est-ce qu'elle a compris ? »

l'absence d'autocritique en raison de la maladie et, plus rarement, sur les risques de ne pas recevoir de traitement. Sur les quatre juges observés en cour, un seul posait lui-même des questions liées à la compréhension du traitement par le défendeur, de ses risques et bénéfices et des risques de ne pas recevoir ce traitement. Les trois autres juges se contentaient de la preuve telle qu'elle était présentée par l'hôpital. À deux reprises, il n'y eut aucune démonstration de l'inaptitude. Dans le premier cas, le défendeur, schizophrène et déficient intellectuel, était sous curatelle publique, alors que, dans le second, la défenderesse était absente mais représentée¹⁶⁶. Concernant le premier cas, rappelons qu'aucune condition préexistante, telle la curatelle, n'entraîne de conclusions au regard de l'aptitude du défendeur de consentir aux soins. Quant à la défenderesse absente, le juge s'est contenté de demander si cette dernière comprenait la démarche entreprise par l'hôpital. Le psychiatre a déclaré ne pas avoir obtenu de réponse claire de cette dernière à ce sujet¹⁶⁷.

Dans les faits, à cette étape de l'évaluation, la discussion porte principalement sur le déni du défendeur, sur l'impact de la maladie sur son aptitude à consentir, sur les raisons de son refus de traitement, sur ses choix personnels, ainsi que sur son mode de vie. Le psychiatre est le principal témoin, même lorsque le défendeur est présent. Bien souvent, en effet, ce dernier assiste à l'interrogatoire du psychiatre sans pouvoir intervenir, et son avis ne sera sollicité qu'en second lieu, le plus souvent sur des points précis. Un juge rencontré en entretien explique pourquoi la question de la vie personnelle du défendeur est importante :

Écoutez, si dans le dossier, j'ai un diagnostic qui est établi dans le rapport du psychiatre, de schizophrénie avec ses conséquences, des gens qui sont devenus dysfonctionnels dans la société, c'est clair que pour moi ça c'est... Je sais que la Cour suprême ne pense pas ça, mais si j'ai quelqu'un qui ne fonctionne pas dans la société, puis qui n'arrive pas à s'insérer dans la société et qui a généralement un comportement dysfonctionnel, ça, pour moi, c'est quelqu'un qui est inapte à gouverner sa vie. Il a besoin d'aide. Il va falloir qu'on l'aide. Il ne réussira pas à prendre sa vie en main. Et je ne dis pas qu'on doit tous fonctionner de la même façon, loin de là. Je suis le premier pour la liberté des gens. Les gens organisent bien leur vie comme ils l'entendent¹⁶⁸.

Cette déclaration est surprenante dans la mesure où elle laisse entendre que l'autorisation de soins est un moyen de réinsertion sociale. Il semblerait qu'un glissement conceptuel de l'inaptitude à consentir aux soins vers le comportement dysfonctionnel ou problématique permette

¹⁶⁶ Juges 11-12.

¹⁶⁷ Juge 12.

¹⁶⁸ Juge 3.

l'intervention judiciaire et médicale dans le meilleur intérêt des personnes concernées à l'étape de l'évaluation de l'aptitude à consentir aux soins¹⁶⁹. Or, les fondements de ce type d'intervention sont extrêmement problématiques, à la fois sur les plans légal et médical, entre autres parce qu'ils sous-tendent une appréciation subjective — voire morale — du dysfonctionnement, voire de la normalité¹⁷⁰, mais également du meilleur intérêt. Quelle est la limite entre le normal et l'anormal, l'acceptable et l'inacceptable ? À quel moment considère-t-on un comportement comme problématique, dysfonctionnel, déviant ? Comment s'assurer que, dans un cas précis, les interventions de type médical sont celles qui conviennent ? À cet égard, soulignons de plus qu'associer meilleur intérêt et traitement permet difficilement de tenir compte des volontés de la personne concernée, comme est pourtant tenu de le faire le tribunal¹⁷¹. Nous établissons un lien entre cette conception de l'autorisation de soins, paternaliste, et la dynamique de relation d'aide qui caractérise parfois l'intervention judiciaire¹⁷².

À propos des soins demandés, rappelons que le juge doit mettre en balance les risques et les bénéfices attendus, et que les premiers ne doivent pas être plus importants que les seconds. Dans cette perspective, le meilleur intérêt du défendeur, qui doit être la seule préoccupation à ce stade du processus, commande de favoriser l'intervention la moins invasive possible.

3. De la nécessité des soins : la chasse gardée de l'expert

Interrogés sur les critères à appliquer pour autoriser des soins, les juges rencontrés en entretien ont peu développé sur la question de la nécessité des soins. Tout au plus ont-ils mentionné qu'« une fois qu'on a déterminé que la personne n'a pas la capacité nécessaire, après ça, c'est de valider que ce qu'on nous demande est nécessaire aussi »¹⁷³. Un seul informateur explique, bien que brièvement, les critères à respecter à cette étape du processus :

¹⁶⁹ Voir Katherine Brown et Erin Murphy, « Falling Through the Cracks: The Quebec Mental Health System » (2000) 45 : 4 RD McGill 1037.

¹⁷⁰ Voir Emmanuelle Bernheim, « De l'existence d'une *norme de l'anormal*. Portée et valeur de la recherche empirique au regard du droit vivant : une contribution à la sociologie du droit » (2011) 52 : 3-4 C de D 461.

¹⁷¹ À cet égard, certaines décisions laissent entendre qu'en l'absence de contre-expertise, les prétentions du défendeur ne pourront être retenues : voir par ex *CL*, *supra* note 148.

¹⁷² Nous pourrions également discuter de la médicalisation — voire de la psychiatrisation — du social qui nous semble à l'œuvre ici.

¹⁷³ Juge 5.

Dans quelle mesure le plan de traitement choisi va améliorer la condition du patient, quels sont les effets secondaires, quelle est la durée de tout ça. Et moi, ce qui est très important aussi, c'est de vérifier au bout de deux ans, il va être où, ce patient-là ? Est-ce qu'il va être guéri ? Et puis, des fois, on m'a répondu : « Ah non ! Dans deux ans, on va revenir, on va recommencer ». Et puis, il faut qu'on démontre que si on n'intervient pas, cette personne-là va vraiment déperir d'une façon qui lui est nuisible pour sa santé¹⁷⁴.

En entretien, plusieurs juges ont affirmé « se fier aux psychiatres » quant au traitement adéquat¹⁷⁵. De la même façon, si les juges en audience questionnent les psychiatres sur les effets secondaires, voire la toxicité, du traitement proposé et sur les moyens pris pour contrer ces effets, ils ne refusent pas pour autant d'accorder le traitement demandé¹⁷⁶, même dans le cas de traitements particulièrement invasifs¹⁷⁷. Ils se servent régulièrement des « projets d'ordonnance »¹⁷⁸ soumis par l'établissement demandeur, même lorsqu'ils sont peu précis¹⁷⁹. Plusieurs

¹⁷⁴ Juge 8.

¹⁷⁵ Juges 1-2, 5-8.

¹⁷⁶ Juges 9-12.

¹⁷⁷ Par exemple, les électrochocs (juge 11).

¹⁷⁸ Une différence conceptuelle importante existe pourtant entre ordonnance et autorisation. Alors qu'une ordonnance est une « décision émanant d'un juge », une autorisation constitue une permission pour la partie demanderesse « d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule » : Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, Quadrige, 2005 aux pp 94, 628.

¹⁷⁹ Pourtant, le juge « ne peut déléguer ses pouvoirs aux autorités médicales ou leur donner un blanc-seing que celles-ci pourraient utiliser à volonté » (*JR c Centre hospitalier de l'Université de Montréal*, 2009 QCCA 480 au para 14 [disponible sur CanLII]) et il doit être extrêmement précis quant aux traitements permis, à leur fréquence et à la durée de l'autorisation : voir *Québec (Curateur public) c Institut Philippe-Pinel de Montréal*, 2008 QCCA 286 au para 24, [2008] RDF 34. Cependant, ce n'est manifestement pas toujours le cas. Voir *Centre de santé et de services sociaux de Sept-Îles c JL*, 2010 QCCS 6395 aux para 14, 16-17 (disponible sur CanLII) :

Pour ces motifs, le tribunal : [...]

Autorise le demandeur, le Centre de santé et de services sociaux de Sept-Îles ou tout autre établissement de santé, pour une période de cinq (5) ans à compter du présent jugement, à traiter le défendeur contre son gré, lors d'un refus catégorique et ce, en recourant à tout moyen pour se faire, y compris la force jugée nécessaire selon la formule suivante, à savoir :

- administrer au défendeur toute médication nécessaire au traitement de sa condition psychiatrique et physique, jugée pertinente à sa stabilisation et utilisée de façon régulière et en urgence, par voie orale, intramusculaire ou intraveineuse, lesdits traitements pour une période de cinq (5) ans, à savoir :

a) l'administration de médicaments antipsychotiques, typiques ou atypiques ;

affirment être confortés par le fait que la médication a été essayée avec succès par le passé. Ainsi, le questionnement ne porte pas tant sur la nécessité du traitement, mais plutôt sur ses résultats attendus :

La chose que je demande aux médecins c'est : « Avez-vous déjà entrepris le traitement ? » C'est une façon de vérifier si le plan proposé a des chances de succès. Si on n'a jamais pu entreprendre quoi que ce soit, ça m'embête encore plus que si on l'a entrepris et que ça a montré un certain résultat, et là on a besoin d'une autorisation parce que pour toutes sortes de raisons le patient refuse de continuer. [...] Si on n'a jamais essayé ça me cause beaucoup d'anxiété. On essaie de questionner davantage : « Pourquoi vous pensez que celui-là c'est le bon ? » Ils vont me parler de la littérature scientifique¹⁸⁰.

Le même informateur explique ainsi sa position :

b) l'administration de médicaments d'appoint tels les antiparkinsoniens, les anxiolytiques, les hypnotiques et les stabilisateurs de l'humeur ;

c) des examens de laboratoire de routine comprenant les bilans, prises de sang, analyses d'urine, ainsi qu'électrocardiogrammes, électroencéphalogrammes, imageries cérébrales, nécessaires au suivi adéquat de patients recevant de tels médicaments, afin d'ajuster le dosage de la médication, d'en monitorer les effets indésirables, et afin de vérifier la concentration sanguine de sa médication, si indiqué ;

d) ainsi que l'utilisation de traitements d'électroconvulsothérapie en série pour un nombre de 8 à 12 en uni ou bilatéral, ou en traitement d'entretien, pouvant varier de l'équivalent d'un traitement par semaine jusqu'à un traitement tous les trois (3) mois, et ce, de façon espacée selon l'état clinique du défendeur. Le traitement en est un de dernière ligne dans le cas où la médication ne serait pas efficace ou si l'état de désorganisation du défendeur venait à comporter un risque pour sa vie ;

- assurer le suivi médical et psychosocial approprié par des membres d'une équipe multidisciplinaire composée de travailleurs sociaux, infirmières, omnipraticiens et psychiatres ;

Autorise le demandeur ou tout autre établissement de santé à procéder aux examens et aux investigations médicales nécessaires et requis par la condition psychiatrique et physique du défendeur, et ce, afin de contrôler l'ensemble des paramètres biologiques du défendeur, incluant le taux sanguin de certains médicaments faisant partie du traitement proposé [...].

Voir aussi *Centre de santé et de services sociaux des Îles c JM*, 2010 QCCS 2129 au para 19 (disponible sur CanLII) :

Autorise le demandeur, son personnel, ses professionnels ou tout autre établissement constitué suivant la *Loi sur la santé et les services sociaux* choisi par le demandeur, à traiter le défendeur contre son gré, et ce, en rapport avec les maladies dont il souffre, soit une schizophrénie paranoïde avec traits de personnalité narcissiques, l'obésité, le diabète insulino-traité, l'hypertension artérielle, une maladie cardiaque athérosclérotique, la dyslipidémie, l'apnée du sommeil, l'athérosclérose multi-étagée ainsi qu'un ulcère bulbaire, nonobstant le refus de celui-ci [...].

¹⁸⁰ Juge 8.

C'est un chèque en blanc. Oui. Mais quand on signe un chèque en blanc pour les traitements, il faut quand même qu'on ait l'impression que sans cette médication-là la personne va être vraiment pire. Il faut également qu'on ait l'impression qu'avec la médication, non seulement elle risque d'être stabilisée, mais qu'elle va s'améliorer et que sa qualité de vie risque de s'améliorer. Si on n'est pas convaincu, on a vraiment un problème¹⁸¹.

Il s'ensuit que l'évaluation du besoin de traitement se cantonne bien souvent à ce qui pourrait arriver si le défendeur n'était pas traité¹⁸². En même temps, d'après les dires de certains informateurs, les raisons du refus de soins des défendeurs peuvent servir à confirmer le besoin de traitement. Partant, la séparation entre évaluation de l'inaptitude, d'une part, et évaluation des besoins effectifs de soins, d'autre part, semble être poreuse. En effet, des raisons jugées dérisoires constitueraient une démonstration de l'inaptitude et donc du besoin de soins¹⁸³.

Paradoxalement, malgré le fait qu'ils aient conclu au préalable à l'inaptitude du défendeur, plusieurs informateurs rapportent tenter d'obtenir le consentement de ce dernier¹⁸⁴. Dans cette quête du consente-

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Or ce genre de prédiction est pratiquement impossible. En réponse aux questions du juge sur les conséquences d'une absence de traitement pour le défendeur, un psychiatre a répondu : « Je ne peux pas le savoir. Je suis compétent mais je ne suis pas devin » (Juge 11). Psychiatre 4 :

Alors, la psychiatrie, maintenant, est vécue comme une espèce de radiographie de l'âme du patient, et si le patient a été vu par un psychiatre, tout le système, tout à la fois les familles, mais le système psychiatrique et le système légal, fait que c'est absolument sûr, ce gars-là ne se suicidera pas, celui-là ne fera pas telle chose, celui-là va faire ça. Et au psychiatre d'avoir l'odieuse de cette énorme responsabilité, c'est-à-dire en 35 minutes, de prévoir qu'est-ce qui va se passer dans la vie des gens.

De plus, il faut garder en tête que la psychiatrie n'est pas une science exacte et que l'évaluation du psychiatre est subjective. Psychiatre 5 :

C'est-à-dire que, vous et moi, qui sommes normaux, entre guillemets, si vous faites le silence, si vous vous assoyez en silence, vous méditez, par exemple, un des défis auxquels tous les gens qui font de la méditation sont confrontés, c'est les pensées qui n'arrêtent pas dans la tête. Ça n'arrête pas. C'est comme une espèce de discours intérieur, constant, constant, constant. Comment, sur la base de quoi, on va décider que tel discours intérieur est psychotique ou ne l'est pas ? C'est très, très subjectif. [...] Moi-même comme individu, est-ce que, à certains moments, je frôle cette zone où on perd contact avec une certaine réalité ? Donc ça, c'est toute la notion de subjectivité.

¹⁸³ Voir par ex juge 8 : « Et c'est de questionner le patient : "Pourquoi vous refusez ça ?" Et des fois des choses aussi bêtes que : "Je ne veux pas grossir" ».

¹⁸⁴ Voir par ex juge 7 :

À partir de là, je vois, et je dois comprendre également dans ses fins détails, quels sont les traitements qui sont recommandés, avec toutes les compo-

ment du défendeur, plusieurs informateurs expliquent tenter d'abord de cerner la raison du refus de traitement, qui réside le plus souvent dans les effets secondaires. Puis, ils peuvent aménager l'autorisation de soins en fonction des craintes exprimées par le défendeur, voire entériner un consentement obtenu expressément. Soulignons le paradoxe qui consiste à solliciter et à considérer comme valable le consentement aux soins d'un défendeur dont l'inaptitude à consentir aux soins a été démontrée.

Ces constats soulèvent plusieurs interrogations. D'abord, dans un contexte où l'établissement demandeur produit à la fois la preuve de l'inaptitude à consentir aux soins et celle de la nécessité des traitements requis par l'état de santé, comment le tribunal peut-il prendre le recul nécessaire à la prise de décision dans le meilleur intérêt du défendeur¹⁸⁵ ? Ensuite, et c'est la question qui nous intéresse plus particulièrement, quels sont les impacts d'un tel processus judiciaire sur l'effectivité du droit de refuser des soins pour les patients psychiatriques ?

Conclusion : de la citoyenneté et du droit au refus de soins

Nous avons vu en introduction et dans la première partie de cet article que l'inviolabilité de la personne est fondamentale au regard du droit civil québécois et que son actualisation procède notamment du consentement aux soins. Le consentement — élément central des points de vue juridique, déontologique ou éthique — en tant que processus réciproque d'échanges, est la pierre angulaire du rapport médecin-patient. Il permet — ou il assure — la possibilité d'expression des opinions et des volontés, son postulat étant que tous sont réputés aptes à faire des choix concernant leur corps et leur santé. *A priori*, aucun état physiologique, psychologique ou psychiatrique n'a d'incidence sur l'aptitude à consentir aux soins.

Au-delà de la protection des droits à l'intégrité et à l'inviolabilité, la possibilité de faire des choix thérapeutiques, l'obligation de recueillir le consentement et, le cas échéant, de respecter le refus de soins, dénotent la centralité de la volonté individuelle au regard de la personnalité juri-

santes de posologie, de durée, d'intervention, etc., et de nouveau j'essaie d'évaluer, avec la personne qui vit avec cette maladie mentale, la meilleure façon de l'amener à consentir. Évidemment si on en vient à la conclusion que les soins sont appropriés. Et c'est là que je considère que la relation d'aide peut être importante.

La jurisprudence démontre parfois une tentative de concilier les points de vue des parties : *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c RD*, 2009 QCCS 5252 (disponible sur CanLII).

¹⁸⁵ C'est dans ce cadre que le juge est « captif » de la preuve psychiatrique : Bernheim, « Perspective Luhmannienne », *supra* note 106.

dique. D'ailleurs le fait que, même dans le cas d'une inaptitude démontrée, les volontés individuelles doivent être au moins prises en compte, au mieux respectées, démontre l'importance accordée à l'autodétermination. Selon ces prémisses, l'exercice des droits ne peut être que minimalement restreint.

Soulignons cependant plusieurs difficultés conceptuelles liées à la mise en œuvre du refus de soins. Nous pourrions classer ces difficultés en deux catégories. La première catégorie concerne les postulats qui sous-tendent les principes généraux et qui placent les individus en position de responsabilité, tant à l'égard de leur santé que de la revendication de leurs droits. Ces postulats, s'ils ont l'avantage de promouvoir l'émancipation des populations déjà privilégiées¹⁸⁶, constituent bien souvent des obstacles pour les personnes visées¹⁸⁷. La seconde catégorie se rapporte aux paramètres actuels du refus de soins et de l'autorisation de soins tels que nous les avons étudiés dans cet article. En effet, les critères légaux et la procédure judiciaire — comme dans le cas des principes généraux — bien que mis en place pour protéger les droits des patients, semblent avoir parfois l'effet inverse¹⁸⁸. Soulignons que la teneur de ces difficultés conceptuelles résulte non pas des textes législatifs eux-mêmes, mais plutôt de l'interprétation et de l'application qui en est faite.

D'après Lajoie, Molinari et Auby, il existerait une « obligation à la santé » qui supposerait « d'une part que l'individu est responsable de son état de santé et que, d'autre part, il a le devoir, non seulement moral, mais également juridique, de préserver et de rétablir sa santé »¹⁸⁹. Le fait de conceptualiser les décisions de traitement comme dénotant une responsabilité individuelle est particulièrement problématique sur le plan juridique. Dans un premier temps, il a pour effet de neutraliser la véritable possibilité de refuser des soins : une fois informé des conséquences potentielles ou du risque de ne pas se soigner, le choix d'assumer ce risque — même s'il est possible juridiquement — deviendrait une manifestation d'irresponsabilité. Dans un second temps, les interventions de protection, comme le consentement substitué ou l'autorisation de soins, ne peuvent pas dans ce contexte être conceptualisées comme positives — soit en faveur d'un individu — étant plutôt conçues comme des transferts de res-

¹⁸⁶ Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché global*, Paris, Seuil, 2010 à la p 51.

¹⁸⁷ Philippe Warin, « Une approche de la pauvreté par le non-recours aux droits sociaux » (2009) 61 *Lien social et Politiques* 137.

¹⁸⁸ Voir Christine Vézina et Emmanuelle Bernheim, « Risques de santé et populations marginalisées : réflexion interdisciplinaire sur la centralité des droits de la personne dans le statut citoyen » (2009-10) 40 *RDUS* 1.

¹⁸⁹ Lajoie, Molinari et Auby, *supra* note 38 à la p 288.

ponsabilités. Il ne s'agirait plus d'inaptitude à consentir aux soins, mais bien d'inaptitude à prendre ses responsabilités en matière de santé, ce qui est fort différent.

En outre, l'interprétation restrictive du droit à l'intégrité — en tant que liberté de décision et d'action par rapport à son propre corps, et plus particulièrement en matière de soins — réduit dramatiquement son champ d'application. En plus du problème déjà évoqué du fondement paradigmatique des interventions de protection, cette interprétation restrictive permet en pratique, nous l'avons vu, une lecture morale des situations de soins. Nous postulons que, si le droit à l'intégrité était au contraire interprété comme le droit à la protection de son intégrité, et notamment, lorsque nécessaire, par le biais des soins, les interventions de protection seraient conceptualisées comme des processus de mise en œuvre des droits. Dans cette perspective, le droit à l'intégrité deviendrait un droit collectif, puisqu'il ne se conceptualiserait plus ponctuellement, dans le rapport entre le médecin et le patient, mais plutôt globalement, en tant que bien commun. Le droit à l'intégrité engloberait ainsi le droit de recevoir des soins, et même le droit à la santé, ce qui nous semble plus conforme avec la finalité même des interventions de protection et, plus particulièrement, du régime d'autorisation de soins.

Au sujet de l'autorisation de soins, rappelons que l'intervention judiciaire vise la protection des droits à l'inviolabilité et à l'autodétermination. Cependant, ce rôle pratique du tribunal se double d'un rôle symbolique particulièrement important au regard du principe d'égalité. En effet, l'instance judiciaire, en tant que *moment citoyen*, constitue la matérialisation du statut citoyen et de la non-altérité de la personnalité juridique, en dépit des mesures de protection. Il s'agit ici de garantir à tous citoyens, y compris les personnes inaptes au regard de leur inviolabilité et de leur autodétermination, le droit à une audition impartiale¹⁹⁰. Ces deux rôles judiciaires, pratiques et symboliques, sont étroitement imbriqués l'un dans l'autre dans la mesure où tant la protection des droits que la mise en œuvre du moment citoyen sont essentielles à l'actualisation de l'égalité.

Les résultats de notre recherche nous autorisent cependant, en raison des paramètres légaux, à questionner la possibilité pour les tribunaux de s'assurer de la protection des droits des défendeurs. Quant au critère d'inaptitude à consentir aux soins, soulignons le caractère fluide et inconstant de la réalité que l'on vise ainsi à objectiver¹⁹¹. L'être humain, en effet, en perpétuelle construction, n'a jamais fini de changer. Or, les cri-

¹⁹⁰ *Charte québécoise*, supra note 42, art 23.

¹⁹¹ Voir Patrick Pharo, *Phénoménologie du lien civil: Sens et légitimité*, Paris, L'Harmattan, 1992 à la p 119.

tères objectifs — nécessaires à l'activité judiciaire¹⁹² — laissent penser le contraire. Alors que la logique clinique serait de faire la différence entre l'acte, la pensée et la parole pour faire des choix au cas par cas¹⁹³, les critères objectifs tendent au contraire à figer les situations et les personnes. Selon la théorie dworkinienne de l'interprétation, le flou des concepts place invariablement l'interprète juridique devant un « cas difficile » à trancher. En effet, si le cas facile peut être résolu par l'interprétation et l'application stricte du droit, la solution s'imposant d'elle-même, le cas difficile, en revanche, exige que l'interprète cherche une solution en s'inspirant des principes généraux qui fondent la cohérence du système juridique¹⁹⁴. Or, dans le cas que nous avons étudié, où les concepts juridiques s'attachent à la catégorisation des comportements humains, notamment par l'intervention d'experts¹⁹⁵, le droit est pratiquement inutile. C'est donc bien à l'extérieur du droit que l'interprète cherche le sens à attribuer aux concepts, éventuellement par l'application de principes moraux ou paternalistes.

La dépendance à l'expert est encore plus évidente au regard de l'évaluation de la nécessité des soins. Rappelons que l'établissement demandeur est le seul à produire une preuve de nature médicale et que le médecin concerné est le médecin traitant. Nous avons vu que les tribunaux hésitent souvent à rejeter une preuve médicale uniquement sur la foi du témoignage du défendeur et qu'une certaine jurisprudence laisse même entendre qu'en l'absence de contre-expertise, les prétentions du défendeur ne pourront être retenues. Dans les faits, la faiblesse de la preuve, notamment au soutien de la position du défendeur, permet difficilement aux juges de se dissocier de la preuve médicale¹⁹⁶. Dans ce cadre, le tribunal ne devient plus que le lieu de l'expression de toutes les opinions — d'un point de vue formel¹⁹⁷ — et non plus le lieu de la décision.

¹⁹² Noreau, *Droit préventif*, *supra* note 31 aux pp 50-51.

¹⁹³ Voir Bernheim, *Les décisions*, *supra* note 107 aux pp 712-13.

¹⁹⁴ Voir Ronald Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation » (1985) 1 *Droit et société* 81 à la p 83 ; Ronald Dworkin, *L'Empire du droit*, traduit par Elisabeth Soubrenie, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

¹⁹⁵ Pour François Ost, l'intervention de l'expert devient nécessaire lorsque le droit fait dépendre la solution de faits : François Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007 à la p 18.

¹⁹⁶ Même si la preuve profane seule peut « permettre au juge d'affirmer son indépendance par rapport à la preuve scientifique » : Lara Khoury, « L'incertitude scientifique en matière civile et la preuve d'expert » dans Pierre Patenaude, dir, *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : La preuve d'expertise*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2001, 45 à la p 65.

¹⁹⁷ Dans la mesure où tous ont droit de parole de manière égale.

Il semble évident qu'en matière d'autorisation de soins, le cadre juridique actuel échoue à assurer la protection des droits des défendeurs. Tant les critères retenus pour démontrer l'inaptitude à consentir aux soins, la nature de la preuve — notamment sur la nécessité des soins — et la procédure elle-même¹⁹⁸ posent problème. Les conséquences sont donc dramatiques, à la fois sur le plan pratique — par rapport à la mise en œuvre des droits des défendeurs dans leurs cas particuliers — et sur le plan symbolique — par rapport au groupe visé — puisque l'instance se voit vidée de son sens premier, l'exercice du statut citoyen.

Il est nécessaire à cette étape de revenir plus particulièrement aux patients psychiatriques. Dans la mesure où, nous l'avons vu, les autorisations de soins les concernent tout particulièrement, nos constats sont alarmants à plusieurs égards, plus précisément sur leur possibilité réelle de refuser des soins. Dans un premier temps, rappelons que les critères retenus pour démontrer l'inaptitude à consentir aux soins induisent une interprétation naturellement *psychiatrisante*, notamment par la déduction de l'inaptitude de certains diagnostics. Dans un second temps, l'interprétation et l'application du cadre juridique général, ainsi que les paramètres du processus judiciaire — en place expressément pour permettre la mise en œuvre des droits — limitent, voire aliènent paradoxalement la possibilité pour ces patients d'y recourir efficacement. La réelle possibilité de refuser des soins semble donc être tributaire de la maladie dont on serait diagnostiqué, de la reconnaissance ou de l'acceptation du diagnostic, des raisons que l'on serait en mesure d'invoquer, voire de nos choix et de notre style de vie. Dans ce cadre, nous nous voyons malheureusement dans l'obligation de tirer de notre étude les mêmes conclusions que celles de Jean Héту et Herbert Marx en 1976 :

Le principe de l'égalité de tous devant la loi est bien sûr un mythe.
Ce ne sont que les favorisés qui y croient.

Dans tous les domaines du droit, les défavorisés reçoivent un traitement spécial à cause principalement de leur condition et de leur position sociale. [...] Ce n'est pas que la loi en elle-même est

¹⁹⁸ Lors de nos observations à la Cour, nous avons constaté que les défendeurs sont régulièrement non représentés. Or, dans les cas où le juge considère le défendeur inapte, il peut lui nommer d'office un procureur : art 394.1 Cpc. D'après la jurisprudence, deux conditions doivent être satisfaites pour que le juge exerce ce pouvoir : « 1) l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur qu'il estime inapte est en jeu et 2) il est nécessaire, pour assurer la sauvegarde de cet intérêt, que le mineur ou le majeur inapte soit représenté » (*MF c JL*, [2002] RJQ 676 à la p 686, 211 DLR (4^e) 350 [CA]).

toujours discriminatoire ; c'est dans son application que la discrimination se manifeste souvent¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Jean Héту et Herbert Marx, « Les défavorisés, le Code civil et les juges » (1976) 22 : 3 RD McGill 352 à la p 367-68. Sur la question de savoir pour qui l'interprétation judiciaire de la condition sociale limite la portée du droit à l'égalité, voir également Henri Brun et André Binette, « L'interprétation judiciaire de la condition sociale, motif de discrimination prohibé par la Charte des droits du Québec » (1981) 22 C de D 681. Notons que pour Hélène Tessier, les différences culturelles, scolaires et sociales causent d'importants désavantages devant les tribunaux : Hélène Tessier, « Pauvreté et droit à l'égalité : égalité de principe ou égalité de fait ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 45 à la p 65.