

PEUT-ON CONCILIER RÉALITÉ ET ENJEUX ÉTHIQUES, JURIDIQUES ET SCIENTIFIQUES DANS LE PROCESSUS D'ÉVALUATION MÉDICALE DE L'INAPTITUDE DES PERSONNES ÂGÉES?

Yara Barrak* et Nicholas Léger-Riopel**

Dans une société canadienne vieillissante, les médecins sont souvent appelés à évaluer l'inaptitude des patients âgés. Bien que cette évaluation soit médicale, elle s'entremêle avec des dimensions éthiques, sociales et juridiques dans lesquelles le médecin n'est pas toujours familier. La pluridisciplinarité du processus le met dans une position difficile où sa prise de décision a des conséquences importantes pour le patient. Ces considérations mènent au questionnement, pérenne au domaine de la santé, à savoir s'il est possible de concilier ces diverses disciplines en vue d'une évaluation plus complète de la notion d'inaptitude du patient. La complexité inhérente à ce type d'évaluation exige l'adoption de notions juridiques plus riches s'agissant de capacité, d'autonomie et d'autodétermination. De surplus, une compréhension des problèmes éthiques et sociaux entourant l'institution d'un régime de protection permettra d'envisager la solution que cet article préconise, soit l'interdisciplinarité virtuelle, permettant une collaboration entre les professionnels de chaque discipline en vue d'une prise de décision médicalement, juridiquement, socialement et éthiquement appropriée.

As Canadian society ages, physicians are often called upon to assess the capacity of elderly patients. This kind of medical assessment has ethical, social and legal dimensions that may be outside the physician's area of expertise. The multidisciplinary nature of this process puts physicians in a difficult position as their decisions have profound consequences for patients. These considerations raise a recurrent question in health care—how can we reconcile these different disciplines for a more comprehensive assessment of a patient's capacity? This type of multifaceted assessment requires knowledge of the complex legal notions of capacity, autonomy and self-determination. Moreover, understanding the ethical and social issues surrounding a protection regime can lead us to the solution recommended by this article—an interdisciplinary virtual system that

* Étudiante à la maîtrise en Biologie avec cheminement en science de la vie et droit. La réflexion présentée dans cet article s'inscrit dans la continuité des travaux de recherche de madame Barrak qui en est l'auteure première.

** Professeur de droit, Université de Moncton. Membre du Barreau du Québec et de l'Ontario, chercheur associé à la Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politiques de la santé. Les auteurs tiennent également à remercier Madame Laurence Largenté pour ses conseils judicieux et son encadrement comme codirectrice principale du mémoire de maîtrise de madame Barrak.

would allow professionals from each discipline to collaborate on a medically, legally, socially and ethically appropriate decision-making process.

Table des matières

Introduction	415
1. La capacité juridique et l'inaptitude médicale	417
A) La capacité juridique	418
B) La présomption de capacité	421
C) (In)aptitude, âgisme et protection des aînés	425
2. Du paternalisme juridique à la sauvegarde de l'autonomie	429
A) Le fondement du besoin de protection de la personne vulnérable au Canada	429
B) Le paternalisme juridique	431
C) Le respect de l'autonomie et de l'autodétermination	434
3. L'évaluation médicale de l'inaptitude	438
A) Les outils et protocoles standardisés d'évaluation, une solution?	439
B) Les quatre habiletés cognitives du patient (étape 1)	442
1) La compréhension	442
2) L'appréciation	443
3) Le raisonnement	443
4) L'expression d'un choix	445
C) Les quatre composantes de Grisso (étape 2)	446
1) La composante causale	447
2) La composante fonctionnelle	448
3) La composante systémique	449
4) La composante décisionnelle	450
4. Âgisme et manque de temps : des obstacles à l'évaluation médicale	452
A) L'âgisme	452
B) La rapidité de l'évaluation	453
5. Espace virtuel de discussion	455
Conclusion	456

Introduction

Le homard est un crustacé qui a la chance de ne pas vieillir: un homard âgé reste aussi robuste qu'un jeune homard¹. Inopportunément, la biologie humaine n'est pas similaire à celle du homard. Notre génétique fait qu'on vieillisse. Ce mécanisme est codifié depuis notre naissance. Il est une conséquence inévitable de notre longévité. À chaque fois qu'une cellule de notre corps se divise, elle perd un fragment de l'extrémité de son bagage génétique. Plus spécifiquement, la perte se produit à l'extrémité de nos chromosomes, soit les télomères de l'acide désoxyribonucléique (ADN). Ces derniers ont pour fonction le maintien et la stabilité de l'ADN². Après plusieurs divisions cellulaires, la fragilité de l'ADN conduit à des modifications physiologiques et morphologiques visibles³ qu'on appelle communément « vieillir ». Cette théorie a mené vers le *breakthrough*⁴ de la pilule anti-âge, la TA-65, brevetée par Geron Corporation en 2011 et vendue par Telomerase Activation Sciences⁵. Cette pilule provoque l'activation d'une protéine, la télomérase, qui maintient ou reproduit les télomères de nos cellules, ce qui a pour effet de ralentir le vieillissement⁶.

C'est la crainte de la vieillesse qui a poussé les scientifiques à investir dans ce type de recherche. En effet, dans les pays industrialisés où les valeurs de performance, de productivité, de réussite, d'autonomie et d'indépendance sont fortement recherchées⁷, certaines personnes redoutent l'étape de la vieillesse. Le stéréotype à l'égard des aînés associe la personne

¹ Passeport Santé, « [L'étude des télomères : pourra-t-on être immortel un jour ?](http://www.passeportsante.net/) », <http://www.passeportsante.net/>, en ligne : <<http://www.passeportsante.net/fr/Actualites/Dossiers/dossiercomplexe.aspx?Doc=immortalite-telomeres-p3>> (consulté le 18 février 2017).

² Radhika Muzumdar et Gil Atzmon, « [Telomere length and Aging](#) » dans Bibo Li, dir, *Reviews on Selected Topics of Telomere Biology*, InTech, 2012, 1, en ligne: <http://cdn.intechopen.com/pdfs/40891/intech-Telomere_length_and_aging.pdf> (consulté le 18 février 2017).

³ Collège National des Enseignants de Gériatrie, « [Le vieillissement humain dans Corpus de Gériatrie](#) », t 1, Faculté de médecine Pierre et Marie Curie, 2m2 Edition et Communication, 2000, 9, en ligne : <http://www.chups.jussieu.fr/polys/geriatrie/tome1/01_vieillissement.pdf> (consulté le 18 février 2017) [Collège National des Enseignants de Gériatrie].

⁴ *Breakthrough* : terme utilisé en droit pharmaceutique signifiant une amélioration substantielle d'un traitement par rapport à un traitement déjà disponible sur le marché.

⁵ TA Sciences, « [What is TA-65®: Telomerase Activator TA-65® Activation Supplement](#) », *TA Sciences®*, en ligne : <<https://www.tasciences.com/what-is-ta-65/>>(consulté le 17 février 2017).

⁶ *Ibid.*

⁷ Institut national de santé publique du Québec (Chantal Lefebvre), [Un portrait de la santé des Québécois de 65 ans et plus](#), Québec, 2003, en ligne : <https://www.inspq.qc.ca/pdf/publications/180_portraitsante_personnesagees.pdf> (consulté le 18 février 2017).

âgée à quelqu'un de peu productif, souvent médicamenteusement, fragile, isolé et dépendant de la société⁸. Ainsi, les personnes habituées à mener leur vie et leur travail de façon autonome et indépendante appréhendent souvent la vieillesse.

À la fin de la Deuxième Guerre mondiale, une augmentation drastique de natalité a été notée. Celle-ci est la principale cause associée au phénomène de vieillissement progressif qui s'est installé au Canada depuis 2010⁹. La province canadienne la plus touchée par ce phénomène est le Québec, avec près de 30 % de sa population qui seront âgés de 65 ans et plus en 2041¹⁰. Bien que ce phénomène ne date pas d'hier, sa rapidité et son ampleur en inquiètent plusieurs.

Qui plus est, avec l'avancement de la médecine et du domaine pharmaceutique, les personnes vivent plus longtemps et sont en meilleure santé. Au Canada, entre 1921 et 2005, l'espérance de vie moyenne à la naissance a augmenté considérablement, passant de 58,8 à 78 ans chez les hommes et de 60,6 à 82,7 ans chez les femmes¹¹. Ces personnes sont scolarisées, actives et possèdent des avoirs importants¹².

La qualité de vie des aînés s'améliore. Ils vivent plus longtemps et ont tendance à consulter fréquemment le système de santé. Pour cette raison,

⁸ Martine Lagacé, *l'âgisme: source de fractures générationnelles et d'exclusion sociale?* Université d'Ottawa, gérontoclub, mars 2010, en ligne : <http://www.usherbrooke.ca/gerontologie/fileadmin/sites/gerontologie/documents/Gerontoclub_2010/Lagace_2010.pdf> (consulté le 16 novembre 2015) [Lagacé].

⁹ Organisation mondiale de la Santé (OMS), *Application de l'épidémiologie à l'étude du vieillissement. Rapport d'un groupe scientifique de l'OMS sur l'épidémiologie du vieillissement*, Genève, 1984, en ligne : <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/39139/1/WHO_TRS_706_fre.pdf> (consulté le 16 novembre 2015); Statistique Canada, *Les générations au Canada*, document analytique du Programme du Recensement de 2011, en ligne : <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-311-x/98-311-x2011003_2-fra.cfm>(consulté le 16 novembre 2015).

¹⁰ Institut de la statistique du Québec, *Perspectives démographiques du Québec et des régions, 2011-2061*, Édition 2014 à la p 7, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/docs-hmi/statistiques/population-demographie/perspectives/perspectives-2011-2061.pdf>> (consulté le 16 novembre 2015).

¹¹ Statistique Canada, *Espérance de vie à la naissance, selon le sexe, par province*, 2012, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/tables-tableaux/sum-som/l02/cst01/health26-fra.htm>> (consulté le 23 mai 2016).

¹² Curateur public du Québec, « *Révision du dispositif de protection des personnes inaptes. Réflexion, enjeux et considérations* », À la rencontre de la personne, vol 2, Montréal, Gouvernement du Québec, 2009 à la p 12, en ligne : <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/revis_disp_vol2.pdf> (consulté le 12 juin 2016); Louise Tremblay, *L'évaluation de l'inaptitude chez les personnes âgées présentant une détérioration des fonctions cognitives-Analyse des pratiques professionnelles*, Essai, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, 2007.

ce sont les professionnels de la santé travaillant dans les hôpitaux, dans le secteur privé, dans les centres locaux de services communautaires (CLSC) et dans les centres d'hébergement et de soins de longue durée (CHSLD) qui sont les premiers témoins des enjeux reliés au vieillissement de la population. Ces professionnels sont de plus en plus appelés à évaluer le niveau d'aptitude des aînés à prendre soin d'eux-mêmes et à administrer leurs biens. D'ailleurs, les demandes d'évaluation de l'inaptitude se multipliant, les intervenants se retrouvent devant un processus complexe dans lequel ils essaient de trouver le juste équilibre entre la volonté de protéger la personne âgée et celle de favoriser son autonomie et son autodétermination¹³. Effectivement, l'évaluation d'inaptitude est une problématique pluridisciplinaire qui touche les domaines médical, juridique, éthique et social¹⁴.

Cet article sera l'occasion d'évaluer des avenues de conciliation des réalités et enjeux médicaux, juridiques, éthiques et sociaux du processus d'évaluation médicale de l'inaptitude des personnes âgées. Dans un premier temps, seront clarifiées les notions de capacité et d'inaptitude pour ensuite aborder les notions d'autonomie et d'autodétermination et la place qu'elles occupent en droit canadien. Aux constats qui découlent de ces analyses juridiques sera ajoutée une revue des étapes et des enjeux liés aux différents outils et procédures d'évaluation de l'inaptitude par les professionnels de la santé. Enfin, une avenue de suggestion, inspirée de la littérature récente du domaine de la santé s'agissant de la collaboration interdisciplinaire dite « virtuelle », sera également proposée pour améliorer les mécanismes d'évaluation médicale de l'inaptitude des aînés.

1. La capacité juridique et l'inaptitude médicale

Considérant qu'« entre les personnes clairement capables et les autres clairement incapables, il existe une zone grise où des individus sont à certains moments en besoin d'aide et à d'autres moments sans besoins apparents »¹⁵, il nous paraît utile de s'attarder sur la définition polymorphe des notions de capacité et d'inaptitude et sur l'importance de leur compréhension

¹³ Pascale Roy, « L'ouverture des régimes de protection pour les personnes âgées et la difficile conjugaison entre enjeux sociétaux, questionnements éthiques et réalités économiques et organisationnelles » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables* (2015), vol 393, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 3 [Roy].

¹⁴ Daniel Geneau, « Évaluation clinique de l'aptitude chez le majeur » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables* (2014), vol 378, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 55 [Geneau].

¹⁵ Denise Boulet, « Justice ou injustice en santé mentale : le droit, les regards et les perspectives » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Pouvoirs publics et protection* (2003), vol 182, Cowansville (Qc), Yvon Blais 2003, 83.

par les divers professionnels impliqués dans le processus d'évaluation de l'inaptitude.

A) La capacité juridique

La démythification de la notion de capacité juridique est primordiale pour une meilleure compréhension des enjeux juridiques liés à l'évaluation médicale. Au Canada, le concept de capacité d'exercice a été défini au paragraphe 78 du jugement *Starson c Swayze* de la Cour suprême¹⁶ :

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. Il ne fait aucun doute que l'intimé a satisfait à ce critère. 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.

[Nos soulignements]

Bien que ce jugement soit rendu dans une affaire relative au consentement aux soins, les critères sont appropriés pour toutes décisions concernant l'évaluation de l'inaptitude¹⁷. De ce jugement, nous pouvons retenir qu'il faut répondre par la négative à l'une ou aux deux questions suivantes pour pouvoir conclure à l'incapacité d'une personne :

- Est-ce que le patient est apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard d'une prise de décision?
- Est-ce que le patient est apte d'apprécier les conséquences raisonnablement prévisibles d'une prise de décision ou de l'absence d'une prise de décision? ¹⁸

¹⁶ *Starson c Swayze*, 2003 CSC 32, [2003] 1 RCS 722 [*Starson*].

¹⁷ *JP (Re)*, 2007 CanLII 54940 (ON CCB); dans cette affaire, la Commission a appliqué les critères de la Cour suprême pour un patient aîné qui ne voulait pas être admis dans un CHSLD; *JF (Re)*, 2017 CanLII 16139 (ON CCB) [*JF (Re)*]; *M (Re)* 2010 CanLII 41575 (ON CCB) [*M (Re)*]; *Temoin v Martin*, 2012 BCCA 250 [*Temoin*]; *LM (Re)*, 2008 CanLII 39209 (ON CCB); *II (Re)*, 2007 CanLII 42445 (ON CCB); *WM (Re)*, 2011 CanLII 47923 (ON CCB); *John Giranda et al v Vito Gironda et al*, 2013 ONSC 4133.

¹⁸ *M (Re)*, *supra* note 17; *Starson*, *supra* note 16; Monique Brassard, « [La maladie mentale et la capacité de prendre une décision d'ordre médical : l'affaire Starson c Swayze](#) », *Le Droit de savoir*, juillet 2003, en ligne : <http://www.lavery.ca/DATA/PUBLICATION/498_

La première question consiste à savoir si le patient a la capacité cognitive d'analyser, de retenir et de comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la décision concernant sa personne ou ses biens. La deuxième question vise à évaluer si la personne est capable d'appliquer les renseignements pertinents à sa situation personnelle et d'évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision. Par ailleurs, on retrouve ces critères dans la plupart des lois des provinces de *common law*¹⁹.

Au Québec, le législateur a codifié la notion de capacité à l'article 258 alinéa 1 du *Code civil du Québec* (CcQ) qui prévoit ce qui suit :

258. Il est nommé au majeur un curateur ou un tuteur pour le représenter, ou un conseiller pour l'assister, dans la mesure où il est inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté.

[Nos soulignements]

Selon cet alinéa, une personne qui ne peut plus prendre soin d'elle-même ou de ses biens est considérée inapte. Dès lors, elle perd la capacité d'exercer par elle-même ses droits civils. Tout dépendamment du degré d'inaptitude, il sera nommé un curateur, un tuteur ou un conseiller à l'adulte qui va le représenter dans l'exercice de ses droits civils. Quelques exemples mentionnés

fr~v~la-maladie-mentale-et-la-capacite-de-prendre-une-decision-d-ordre-medical-l-affaire-starson-c-swayze.pdf> (consulté le 1^{er} juin 2016).

¹⁹ *Representation Agreement Act*, RSBC 1996, c 405, art 10 [*Representation Agreement Act (C-B)*]; *Health Care (Consent) and Care Facility Admission Act*, RSBC 1996, c 181, art 7 [*Health Care (Consent) and Care Facility Admission Act (C-B)*]; *Adult Guardianship and Trusteeship Act*, SA 2008, c A-4.2, art 1(d) [*Adult Guardianship and Trusteeship Act (Alberta)*]; *Adult Guardianship and Co-decision-making Act*, SS 2000, c A-5.3, art 2(c) [*Adult Guardianship and Co-decision-making Act (Saskatchewan)*]; *Loi sur les personnes vulnérables ayant une déficience mentale*, CCSM c V90, art 46 [*Loi sur les personnes vulnérables ayant une déficience mentale (Manitoba)*]; *Loi sur les directives en matière de soins de santé*, CCSM c H27, art 2 [*Loi sur les directives en matière de soins de santé (Manitoba)*]; *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, SO 1992, c 30, art 47 [*Prise de décisions au nom d'autrui (Ontario)*]; *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, SO 1996, c 2, Sch A, art 4(1) [*Consentement aux soins de Santé (Ontario)*]; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, RSPEI 1988, c C-17.2, art 7(1) [*Consent to Treatment and Health Care Directives Act (Île-du-Prince-Édouard)*]; *Advance Health Care Directives Act*, SNL 1995, c A-4.1, art 14 [*Advance Health Care Directives Act (Terre-Neuve-et-Labrador)*]; *Loi sur la tutelle*, LTNO (Nu) 1994, c 29, art 2(3)b) [*Loi sur la tutelle (Nord-Ouest)*]; *Loi sur la prise de décisions, le soutien et la protection des adultes*, SY 2003, c 21, Sch A, art 6 [*Loi sur la prise de décisions, le soutien et la protection des adultes (Yukon)*].

à cet alinéa peuvent conduire à l'incapacité, soit la maladie, la déficience ou l'affaiblissement des capacités physiques et cognitives dû à l'âge.

Dans l'affaire *LR c ÉL*²⁰, le juge de première instance fait état d'une variété de causes pouvant conduire à l'incapacité :

Ainsi, on dira d'une personne majeure qu'elle est inapte à prendre soin d'elle-même si, par exemple, elle ne peut, sans aide, assurer ses besoins essentiels, tels se loger, se nourrir ou se vêtir. Il en sera également ainsi, si cette personne agit de façon à compromettre sa santé ou sa sécurité.

D'autre part, une personne majeure sera inapte à gérer ses biens s'il est manifeste qu'elle ne peut administrer ses affaires, par exemple, payer ses dettes ou procéder à des placements sécuritaires en un mot, assumer le suivi de ses affaires.

Nous pouvons constater que les lois et la jurisprudence en vigueur créent un fort lien de causalité entre le concept d'incapacité et celui d'incapacité. En effet, pour les juristes, l'incapacité médicale *implique* l'incapacité juridique²¹. Ces deux concepts sont intimement liés et ceci fait naître un enjeu pour les juristes étant donné que l'évaluation de l'incapacité ne relève pas de leur compétence, mais bien de celle des professionnels de la santé et des travailleurs sociaux. Pour cela, plusieurs juges ont de la difficulté à définir la notion d'incapacité²² :

²⁰ *LR c ÉL*, JE 2001-342 (CS) [LR].

²¹ La médiation par le droit des termes et notions médicales et leur réception à titre de vérités juridiques renvoient aux travaux de la professeure Bernheim sur la question. Comme le rappelle cette auteure, la littérature opte généralement entre deux modèles théoriques lorsqu'il est question de décrire les interactions prenant place entre droit et médecine. La relative liberté que se reconnaissent les décideurs appelés à administrer une preuve médicale a ainsi pu être exprimée par le truchement de modèles qui témoignent, sous une forme synthétique, de l'existence de rapports d'*ancillarisation* réciproques entre droit et médecine. L'analyse proposée par la littérature présente l'avantage d'exposer l'existence de phénomènes de *transferts* du pouvoir décisionnel du droit vers la médecine (modèle technocratique) ou inversement (modèle décisionniste). Voir : Emmanuelle Bernheim, « [Perspective Luhmanienne sur l'interaction entre droit et psychiatrie : théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l'expertise psychiatrique](#) » (2008) 13:1 Lex Electronica 1, en ligne : <http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/13-1_bernheim.pdf>.

²² Emmanuelle Bernheim, « [Le refus de soins psychiatriques est-il possible au Québec? Discussion à la lumière du cas de l'autorisation des soins](#) » (2012) 57:3 RD McGill 553 à la p 581, n 148, 150, en ligne : <<http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/8297294-573.art.Bernheim.pdf>> (consulté le 14 avril 2017); *Institut universitaire en santé mentale du Québec c CL*, 2009 QCCS 5354 au para 28; *Centre de santé et de services sociaux de Rivière-du-Loup c CA*, 2009 QCCS 426; *Centre de santé et de services sociaux de Beauce—Services hospitaliers c JP*, 2008 QCCS 3611.

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 ».

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 ».

En bref, le juge identifié comme le juge 3 l'a clairement indiqué : « l'inaptitude (...) n'est pas une affaire mathématique ». Conséquemment, la définition de la capacité, qui se fonde sur celle de l'inaptitude, ne doit pas être rigide ni homogène. Celle-ci fluctue d'une personne à une autre, mais également d'un temps à l'autre du vécu d'un individu dont l'état toujours changeant en appelle à une conception dynamique de la capacité. Donc, pour pouvoir renverser la présomption de capacité dont bénéficient tous et chacun, il faudra procéder à une évaluation rigoureuse et, surtout, personnalisée de l'état d'une personne. Comme nous le verrons, l'irréductible particularité de l'individu fait obstacle à la simple application d'algorithmes ou autres modèles d'évaluation de la capacité qui seraient insuffisamment sensibles aux variations individuelles des patients.

B) La présomption de capacité

La capacité est la plateforme de base de l'intégralité des actes juridiques posés par une personne. À titre d'exemples, il faut avoir la capacité pour faire un testament, consentir à un traitement médical, conduire un véhicule à moteur, se marier ou donner une procuration. Au Canada, toute personne est en principe capable parce qu'elle est présumée apte²³. Toutefois, certains

²³ Benoît Moore, « Considérations terminologiques sur les notions d'aptitude et de capacité » dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Yvon Blais, 2015, 403; CcQ, art 4, 154; *M(Re)*, supra note 17; *Institut Philippe-Pinel c Blais*, [1991] RJQ 1969 à la p 1973 (CS) [*Institut Philippe-Pinel (CS)*]; À titre d'exemples: *Adult Guardianship Act*, RSBC 1996, c 6, art 3 [*Adult Guardianship Act (C-B)*]; *Representation Agreement Act(C-B)*, supra note 19, art 3; *Health Care (Consent) and Care Facility Admission Act (C-B)*, supra note 19, art 3; *Adult Guardianship and Trusteeship Act (Alberta)*, supra note 19, art 3; *Adult Guardianship and Co-decision-making Act (Saskatchewan)*, supra note 19, art 3(b); *Loi sur les personnes vulnérables ayant une déficience mentale (Manitoba)*, supra note 19, préambule; *Loi sur les directives en matière de soins de santé (Manitoba)*, supra note 19, art 4; *Prise de décisions au nom d'autrui (Ontario)*, supra note 19, art 2; *Consentement aux soins de Santé (Ontario)*, supra note 19, art 4(2); *Code civil du Québec*, art 154; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act (Île-du-Prince-Édouard)*, supra note 19, art 3; *Hospitals Act*, RSNS 1989, c 208, art 52; *Advance Health Care Directives Act (Terre-Neuve-et-Labrador)*, supra note 19, art 7; *Loi*

événements de la vie, tels la maladie, l'accident ou la vieillesse, viennent réduire la capacité d'une personne à prendre des décisions rationnelles. Dans ces cas spécifiques, il est nécessaire de pouvoir renverser la présomption de capacité pour nommer un tuteur ou un curateur qui va représenter la personne dans sa prise de décision.

La plupart des provinces prévoient qu'une demande doit être portée devant les tribunaux pour renverser la présomption de capacité. Certaines juridictions ont même des tribunaux spécialisés, communément appelés « commissions de consentement et de capacité », pour procéder à de telles déterminations²⁴.

Au Québec, la présomption de capacité est une présomption simple et seul un doute sérieux sur l'inaptitude, semé par les évaluations médicales, psychosociales et l'interrogatoire de la personne âgée, peut la renverser²⁵. Le fardeau de la preuve repose sur les épaules de la personne qui invoque l'inaptitude²⁶.

Dans une affaire récente soumise devant la Cour supérieure, le juge de première instance décide de renverser la présomption de capacité de l'intimée H.B., une personne âgée de 90 ans et atteinte de la maladie de l'Alzheimer, en se fondant sur les évaluations médicale et psychosociale²⁷ :

Le Tribunal a eu l'occasion d'entendre Docteur Diane Morin. Elle confirme les diagnostics de démence, Alzheimer, trouble cognitifs et inaptitude complète.

Elle soutient que Madame B. n'est pas en mesure de prendre des décisions éclairées pour elle-même ni exercer ses droits civils, comme par exemple, donner mandat à un avocat, ce geste étant au-dessus de ses capacités cognitives [...]

La travailleuse sociale Myriam Bouchard témoigne. Après avoir fait état de la situation familiale et de ce qui oppose les enfants de Madame B., elle conclut que

sur la tutelle (Nord-Ouest), supra note 19, art 1.1; *Loi sur la prise de décisions, le soutien et la protection des adultes (Yukon)*, supra note 19, art 3.

²⁴ *Commission du Consentement et de la Capacité*, en ligne : <<http://www.ccboard.on.ca/scripts/french/index.asp>> (consulté le 30 avril 2017).

²⁵ Cpc, art 315; CcQ, art 288, 2847; Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice. Code de procédure civile. Chapitre C-25.01*, Québec, SOQUIJ/Wilson & Lafleur, 2015 à la p 251 [Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires*]; Québec, Ministère de la Justice, *Le nouveau Code de procédure civile*, 2014, en ligne : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/themes/npcp/index.htm>> (consulté le 7 mars 2017) [Québec, Ministère de la Justice, *Le nouveau Code de procédure civile*]; *JL c Ja C*, 2004 CanLII 39677 (QCCS); *Se Ro et E Ro*, 2011 QCCS 3624.

²⁶ *Institut Philippe-Pinel (CS)*, supra note 23.

²⁷ *CS c HB*, 2015 QCCS 4413 aux para 29, 30, 34, 45.

Madame B. est inapte pour s'occuper d'elle-même, exercer ses droits et administrer ses biens, de façon totale [...]

Dans cette affaire, la preuve prépondérante confirme l'inaptitude totale de Madame B.

Ainsi, pour renverser la présomption de capacité, les juges doivent se rabattre sur les évaluations médicale et psychosociale²⁸. Au surplus, ils se fondent sur des témoins et sur l'interrogatoire de la personne âgée. En cas de doute, ils doivent rejeter la demande d'homologation de mandat de protection ou d'ouverture d'un régime de protection²⁹.

Au Nouveau-Brunswick, pour renverser la présomption de capacité mentale, il faut prouver *hors de tout doute raisonnable* que la personne est mentalement inapte³⁰. La preuve s'appuie sur l'évaluation médicale de la capacité mentale de la personne. Cette évaluation est composée de divers tests qui ont pour objectif d'établir l'inaptitude de la personne à prendre des décisions concernant sa personne et ses biens. Les résultats de l'évaluation sont présentés en preuve devant le tribunal qui s'en inspire pour statuer sur la nécessité d'ouvrir un régime de tutelle à la personne concernée³¹.

En Ontario, toute personne a le droit de se fier sur la présomption de capacité d'une autre personne à moins qu'elle n'ait des motifs raisonnables de croire que cette autre personne est incapable de conclure un contrat³². Ces motifs raisonnables s'appuient sur des preuves irréfutables des limites mentales ou cognitives empêchant la personne de comprendre et d'apprécier diverses situations³³. Ces limites mentales ou cognitives doivent être d'un degré suffisamment élevé pour interférer avec l'aptitude d'une personne à gérer ses biens ou sa personne.

²⁸ Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 651.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Loi sur les personnes déficientes*, LRN-B 1973, c I-8, art 5; Service public d'éducation et d'information juridiques du Nouveau-Brunswick, [Capacité mentale](#), mars 2015 à la p 12, en ligne : <http://www.legal-info-legale.nb.ca/fr/uploads/file/Files/PDF/Mental_Competence_FR.pdf> (consulté le 7 mars 2017).

³¹ *Ibid.*

³² *Loi sur la prise de décisions au nom d'autrui*, *supra* note 19, art 2(3); *JF (Re)*, *supra* note 17.

³³ Ontario, Ministry of the Attorney General (Capacity Assessment Office), [Guidelines for conducting assessments of capacity](#), mai 2005, en ligne : <<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/pgt/capacity/2005-06/guide-0505.pdf>> (consulté le 8 mars 2017) [Ontario, Ministry of the Attorney General, *Guidelines*].

En Colombie-Britannique, contrairement à certaines provinces, une personne est totalement capable ou totalement incapable d'exercer les droits concernant ses biens et/ou sa personne, selon le cas. Pour déclarer quelqu'un incapable, la demande peut être présentée au tribunal ou au PGT (*Public Guardian and Trustee of British Columbia*). Celle-ci est accompagnée de deux évaluations médicales, de documents sur l'entourage, les actifs, les revenus, les dépenses, les passifs de la personne inapte et d'une recommandation écrite du Curateur public³⁴. Pour renverser la présomption de capacité, le tribunal ou le PGT doivent être convaincus, par prépondérance de preuves, que l'adulte est incapable de prendre des décisions concernant sa personne ou ses affaires, qu'il a besoin et bénéficiera de l'assistance et de la protection d'un tuteur légal et que les besoins de l'adulte ne seraient pas satisfaits par d'autres moyens d'assistance³⁵.

Bien que la norme de preuve applicable en semblable matière soit celle généralement applicable aux affaires civiles en droit canadien et québécois, soit la prépondérance des probabilités, il existe autant de critères opérationnels et de normes de contrôle de la capacité d'un individu qu'il y a de juridictions. Ainsi, un individu peut être déclaré « incapable » dans une juridiction et « capable » dans une autre, car il ne répondra pas aux critères légaux de cette juridiction. À titre d'exemple, une personne qui est partiellement inapte ne se verra pas restreindre son autonomie dans la province de la Colombie-Britannique puisque cette dernière ne reconnaît pas les régimes d'inaptitude partielle. Toutefois, au Québec, le tribunal peut ouvrir à cette même personne un régime de tutelle adapté à son inaptitude partielle. Dans le même ordre d'idées, une personne peut être déclarée inapte au Québec, puisque la prépondérance de preuve penche du côté de l'inaptitude, tandis qu'au Nouveau-Brunswick, cette même personne restera apte s'il subsiste un doute raisonnable d'aptitude.

L'éclatement des règles juridiques concernant la capacité démontre que cette notion n'est pas homogène. En effet, la capacité est déterminée à l'instar de l'inaptitude qui est un concept qui varie d'une personne à une autre et qui ne peut être écarté par des évaluations générales. Pour pouvoir renverser la présomption de capacité, la preuve doit être personnalisée. Ceci sous-tend alors un passage vers une intervention moderne, graduée, nuancée et libre de tous préjugés sur les notions de capacité et d'inaptitude.

³⁴ Lauren Liang, « [Court Ordered Examinations to Determine Incapacity in British Columbia](http://yourestateblog.ca/court-ordered-examinations-determine-incapacity-british-columbia/) », *Your Estate Matters Blog* (26 juin 2012), en ligne : <<http://yourestateblog.ca/court-ordered-examinations-determine-incapacity-british-columbia/>> (consulté le 26 mai 2017).

³⁵ *Adult Guardianship Act (C-B)*, *supra* note 23, art 32.

C) (In)aptitude, âgisme et protection des aînés

Statuer sur l'inaptitude est un processus médicalement complexe qui occasionne des conséquences juridiques graves. Tel que vu précédemment, le médecin joue un rôle déterminant dans la décision prise par le Tribunal qui examine, entre autres, l'évaluation médicale pour établir les zones d'incapacité de l'adulte; des zones où ce dernier sera privé de son autonomie et de son autodétermination au nom de la protection de sa personne.

Lors de l'appréciation de l'inaptitude, les évaluateurs doivent éviter de commettre les quatre erreurs les plus courantes de la définition de l'inaptitude des personnes âgées, cernées par Grisso (1994), Moye (1996) et Moye *et al.* (1996).

Premièrement, l'inaptitude n'est pas déterminée par la présence d'un simple désordre mental. « Dans le milieu de la gériatrie, il est fréquent que l'on conclue à l'inaptitude du simple fait qu'un majeur souffre d'une démence d'Alzheimer »³⁶. Or, la gravité de la maladie n'est qu'un facteur de risque parmi tant d'autres qui peut conduire à l'inaptitude³⁷. Il est très probable qu'une personne âgée atteinte de déficits cognitifs légers soit incapable de comprendre sa situation, de bien apprécier les conséquences découlant de sa maladie, de raisonner et de faire des choix éclairés³⁸, tandis qu'une autre patiente aînée, atteinte de déficits cognitifs sévères, soit capable de le faire en ayant recours à des moyens compensatoires³⁹. Sur ce sujet, le professeur Dr Bruce Quarrington de l'Université de York de Toronto mentionne que :

*Very few diagnosed conditions automatically imply incompetence in some aspects of social or intellectual functioning. For example, neither the diagnosis of schizophrenia, nor the identified psychopathology of "thought disorder" necessarily imply incompetence in managing one's financial affairs.*⁴⁰

³⁶ Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec (Lyse Gauthier), *Guide de pratique. L'évaluation psychosociale dans le contexte des régimes de protection, du mandat donné en prévision de l'inaptitude et des autres mesures de protection au majeur*, 2011 à la p 23, en ligne : <<http://www.otstcfq.org/docs/default-source/default-document-library/guide-evaluation-psychosociale-2016.pdf?sfvrsn=2>> (consulté le 3 juin 2016) [OTSTCFQ (Lyse Gauthier)].

³⁷ Geneau, *supra* note 14 aux pp 55–56.

³⁸ Louis C Charland, « [Decision-Making Capacity](#) » dans Edward N Zalta, dir, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Center for the Study of Language and Information, Stanford University, 2015, en ligne : <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/decision-capacity/>> (consulté le 11 juillet 2016) [Charland].

³⁹ Geneau, *supra* note 14 à la p 56.

⁴⁰ 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 aux pp

Être malade ne signifie pas être inapte à prendre des décisions concernant ses biens ou sa personne⁴¹. Pour qu'une maladie implique l'inaptitude, il faut établir un lien de causalité entre les déficits cognitifs et l'impossibilité de la personne âgée à prendre diverses décisions juridiques.

Deuxièmement, l'inaptitude n'est pas une question de tout ou rien⁴². Il faut cerner les zones d'inaptitude et les contextes spécifiques dans lesquels la personne âgée est inapte à prendre soin d'elle-même ou de ses biens. Effectivement, « un majeur peut être reconnu inapte à prendre certaines décisions et apte à en prendre d'autres. Dans l'appréciation de l'inaptitude, il faudra définir le contexte spécifique au sein duquel l'évaluation est demandée »⁴³. Donc, une personne qui n'est plus apte à gérer certains états financiers complexes peut être tout de même lucide à se prononcer sur des transactions budgétaires quotidiennes. De plus, il a été démontré que les adultes âgés dont le cerveau est encore sain, trouveront des solutions pour préserver leurs fonctions en développant des moyens intermédiaires pour pallier leur inaptitude⁴⁴. Voici un exemple justifiant l'importance des moyens compensatoires⁴⁵ :

Un homme dans la soixantaine avait été évalué dans un service de gériatrie et on avait conclu suite aux évaluations fonctionnelles et cognitives qu'il n'était pas apte à gérer ses biens et à s'occuper de lui-même. On avait observé par exemple qu'il était incapable de se faire à manger et de compter la monnaie d'une transaction suite à des tests standardisés qu'on administre couramment. Une demande de curatelle a été faite et il a été hébergé en CHSLD. Lors de la réévaluation, nous avons conclu qu'il n'avait jamais su se faire à manger ou compter la monnaie. Il avait un fonctionnement limité de longue date en raison d'une déficience intellectuelle légère, mais il n'avait pas de problème puisqu'il a expliqué lui-même qu'il mangeait tous les jours à l'Accueil Bonneau et qu'il regardait la caisse enregistreuse pour savoir combien on lui devait suite à une transaction. La demande de régime de protection a été annulée et on l'a informée qu'il était libre de partir du CHSLD, ce qu'il n'a finalement jamais fait.

5-6, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2003-tome-63-1-p1.pdf>> (consulté le 11 juillet 2016).

⁴¹ Geneau, *supra* note 14 aux pp 55-56.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Françoise Lotstra, « [Quand le cerveau vieillit](#) » (2003) 31:2 Cah Crit Thérapie Fam Prat Réseaux 111, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-cahiers-critiques-de-therapie-familiale-2003-2-page-111.htm>> (consulté le 12 juin 2016); Lucie Laflamme, Robert P Kouri et Suzanne Philips-Nootens, « L'aptitude du mandant au moment de la confection du mandat » dans *Le mandat en prévision de l'inaptitude—De l'expression de la volonté à sa mise en œuvre*, Yvon Blais, 2008 à la p 5 (pdf) [Laflamme, Kouri et Philips-Nootens].

⁴⁵ *Ibid.*

De là, le contexte social spécifique à chaque personne et les moyens compensatoires qu'un aîné utilise ne sont pas à négliger lors de l'évaluation de l'inaptitude.

Troisièmement, l'inaptitude ne doit pas être conçue comme permanente, car elle peut être réversible. Dans le bulletin d'information juridique pour les infirmiers et infirmières, on mentionne que : « La capacité d'une personne peut varier avec le temps ou en fonction de la décision qui doit être prise. L'évaluation de la capacité d'une personne peut donner des résultats différents à des époques différentes. »⁴⁶ En effet, 50 % des régimes de protection publics ouverts au Québec cessent à l'intérieur d'un délai de 5 ans, puisque la personne qui était jugée autrefois inapte regagne son aptitude⁴⁷. En l'occurrence, une constatation s'impose : l'inaptitude n'est pas statique⁴⁸. Elle est plutôt variable et tout changement de santé dans la vie de la personne âgée peut l'amener à redevenir apte⁴⁹.

Quatrièmement, il n'existe pas qu'une seule définition de l'inaptitude et on ne doit pas en avoir un modèle unique⁵⁰. Il faut plutôt opter pour une approche personnalisée, malléable et adaptée aux circonstances⁵¹ :

⁴⁶ Société de Protection des Infirmières et Infirmiers du Canada, [Consentement pour l'Adulte Incapable](http://www.cnps.ca/upload-files/pdf_french/consent_incapable-fr.pdf), 2009, en ligne : <http://www.cnps.ca/upload-files/pdf_french/consent_incapable-fr.pdf> (consulté le 3 mars 2017) [Société de Protection des Infirmières et Infirmiers du Canada].

⁴⁷ Curateur public du Québec, [Coup d'œil sur la représentation légale au Québec](https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/pdf/coup_oeil_repr_leg.pdf), 31 mars 2016, en ligne : <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/pdf/coup_oeil_repr_leg.pdf> (consulté le 3 mars 2017) [Curateur public du Québec, *Représentation légale*].

⁴⁸ Starson, *supra* note 16 au para 118.

⁴⁹ OTSTCFQ (Lyse Gauthier), *supra* note 36; Geneau, *supra* note 14.

⁵⁰ Geneau, *supra* note 14.

⁵¹ Charland, *supra* note 38. "In many Western jurisdictions, the law presumes that adult persons, and sometimes children that meet certain criteria, are capable of making their own health care decisions; for example, consenting to a particular medical treatment, or consenting to participate in a research trial. But what exactly does it mean to say that a subject has or lacks the requisite capacity to decide? This last question has to do with what is commonly called "decisional capacity," a central concept in health care law and ethics, and increasingly an independent topic of philosophical inquiry. Decisional capacity can be defined as the ability of healthcare subjects to make their own health care decisions. Questions of 'capacity' sometimes extend to other contexts, such as capacity to stand trial in a court of law, and the ability to make decisions that relate to personal care and finances. However, for the purposes of this discussion, the notion of decisional capacity will be limited to health care contexts only; most notably, those where decisions to consent to or refuse treatment are concerned. The combined theoretical and practical nature of decisional capacity in the area of consent is probably one of the things that makes it so intellectually compelling to philosophers who write about it. But this is still largely uncultivated philosophical territory. One reason is the highly interdisciplinary and rapidly changing nature of the field. Clinical methods and tests to assess capacity are proliferating. The law is also increasingly being called upon to respond to these clinical developments. All of this

The first assumption is that decision-making capacity is decision relative (Buchanan & Brock 1989, 18–20). The significance of this assumption is that capacity is always assessed relative to a specific decision, at a particular time, in a particular context. Note that this differs markedly from the era when capacity was thought to extend globally over time and place, irrespective of context (Buchanan & Brock 1989, 20–23).

Indubitablement, l'inaptitude n'est pas un concept absolu. Elle dépend de chaque personne et de chaque situation⁵², d'où l'importance, lors de l'évaluation, de prendre en compte les valeurs personnelles de l'ainé et les environnements au sein desquels il évolue.

Qui plus est, l'inaptitude peut bien provenir d'un manque d'instruction de la personne et non pas d'une déficience intellectuelle. Ce point a été précisé par la Cour supérieure dans la décision *GD c RD*⁵³ :

Dans la réalité de tous les jours, des gens sont plus intelligents, d'autres moins. Des gens sont plus instruits, des gens le sont moins. Des gens ont un jugement et des gens en ont malheureusement peu. On n'ouvre pas un régime de protection à tous les majeurs qui manquent de jugement ou qui n'ont pas assez d'expérience ou d'instruction pour « bien » gérer leurs affaires ou pour prendre de sages décisions⁵⁴.

Enfin, il est fondamental d'éviter de statuer sur l'inaptitude par la présence d'un simple désordre mental, de prétendre qu'il s'agit d'une question de tout ou rien, de croire que c'est une notion permanente ou qu'elle possède une seule et unique définition. Une telle interprétation suggère une notion élémentaire et statique, ce qui ne correspond pas à la réalité de l'inaptitude. L'évaluation médicale doit être personnalisée pour que le tribunal puisse délimiter les zones d'incapacités d'exercice de l'adulte, ces zones où l'adulte verra son autonomie atteinte au nom de l'objectif de la protection de sa personne.

makes for a very eclectic and challenging field of inquiry. Philosophers must tread carefully if their contributions are to be timely and relevant."

⁵² Laflamme, Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 44 à la p 1 (pdf) : « L'aptitude, ou disposition naturelle à faire quelque chose, peut difficilement se définir dans l'absolu. Il faut se demander sur quel objet elle porte, tout être humain étant habile à faire certaines choses et inhabiles à en faire d'autres. »; James M Lai et Jason Karlawish, « [Assessing the Capacity to Make Everyday Decisions: A guide for Clinicians and an Agenda for Future Research](#) » (2008) 15 *American Journal of Geriatric Psychiatry* 101, en ligne: <http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=neuroethics_pubs>.

⁵³ *GD c RD*, 2006 QCCS 1862 [*GD*].

⁵⁴ *Ibid* au para 44.

2. Du paternalisme juridique à la sauvegarde de l'autonomie

À maintes reprises, la parenté de l'aîné est confrontée aux défis qui entourent l'inaptitude. À titre d'exemple, un proche qui remarque une inaptitude spécifique chez l'aîné peut vouloir le soumettre aux évaluations médicales. Toutefois, l'aîné peut refuser d'être évalué. Dans ce cas, doit-on respecter son autodétermination et son autonomie ou doit-on, au nom de la protection de sa personne, l'obliger à se soumettre aux évaluations médicales?

Cette question a fait l'objet d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en 2012. Dans son analyse, la Cour statue que :

These circumstances required the judge to consider whether the exercise of her parens patriae powers to order medical examinations would serve Mr. Martin's interests or those of others. In my view, she properly concluded the evidence was insufficient to establish a compelling need to protect Mr. Martin that justified her intervention. There was nothing to suggest he was personally at risk, or subject to abuse or neglect. The evidence indicated he is financially comfortable, lives with family and caregivers in his own home, and has retained appropriate consultants to assist in managing his business and financial interests. Although the family dispute underlying this proceeding causes him distress, he has apparently remained on good terms and in contact with members of both his first and second families.⁵⁵

Dans l'affaire *Temoin*, la Cour a décidé que la preuve n'était pas suffisante pour établir que le père était *prima facie* incompetent ni qu'il avait besoin de protection. Elle a donc refusé de soumettre le père, contre sa volonté, à l'examen médical. Toutefois, cette affaire ouvre la porte à ce qu'une personne puisse demander à la Cour d'exercer sa compétence pour ordonner au patient de subir une évaluation médicale afin d'obtenir les affidavits nécessaires.

A) Le fondement du besoin de protection de la personne vulnérable au Canada

Au Canada, la protection de la personne tire son fondement de la compétence *parens patriae*, une doctrine de la *common law* britannique⁵⁶ définie par une décision de la Cour suprême intitulée *E (Mme) c Eve*⁵⁷ :

La compétence *parens patriae* est, comme je l'ai dit, fondée sur la nécessité, c.-à-d. le besoin d'agir pour protéger ceux qui ne peuvent prendre soin d'eux-mêmes. Les tribunaux ont souvent déclaré qu'elle devait être exercée dans "l'intérêt" de la personne protégée ou encore, à son "avantage" ou pour son "bien-être".

⁵⁵ *Temoin*, *supra* note 17 au para 76.

⁵⁶ *Beson c Director of Child Welfare (T-N)*, [1982] 2 RCS 716 à la 724.

⁵⁷ [1986] 2 RCS 388 au para 73.

Selon ce jugement, la doctrine de *parens patriae* s'applique à tous ceux qui ont besoin de protection en raison de leur inaptitude à prendre soin d'eux-mêmes⁵⁸. Un jugement récent de la Cour supérieure de l'Ontario a décidé de protéger une femme aînée inapte, en se basant sur la compétence *parens patriae*⁵⁹ :

Even if it were necessary in order to declare Mary fiscally incapable, more detailed medical evidence is necessary, what evidence exists is clearly that of an elderly vulnerable person who because of her memory deficits and her "dementia", would have absolutely no ability to "understand" or "appreciate", as referenced by Wilson, J. in McDougald Estate v. Gooderham, Opus (cited). Mary is the embodiment of an individual who needs protection of the court, otherwise she is a pawn in the investment schemes of her son. The concept of parens patriae can be relied upon by the court to critically assess pursuant to section 39(1) of the Statute [sic] to assess the stewardship of Malcolm.

Cette doctrine s'est concrétisée dans les provinces canadiennes par des régimes de protection qui viennent assurer la représentation des personnes majeures en voie de perte d'autonomie. Au Québec, en 1991, à l'occasion de l'adoption du *Code civil du Québec*, le législateur québécois s'est intéressé à la question du besoin de protection de la personne âgée inapte qui ne bénéficie pas d'un mandat en prévision de son inaptitude. Ont été mis en place des régimes de protection pour ne pas priver ces personnes majeures de représentation ou d'assistance lorsqu'elles en ont besoin⁶⁰. Les régimes diffèrent selon le degré d'inaptitude de la personne⁶¹. Le législateur vient encadrer l'homologation du mandat de protection ou l'ouverture d'un régime de protection en imposant certaines conditions impératives qui sont essentielles à la procédure d'homologation telle l'obtention d'une évaluation médicale et d'une évaluation psychosociale constatant l'inaptitude⁶². Qui plus est, le juge, le greffier ou le notaire a l'obligation d'interroger la personne âgée afin de recueillir les observations ou l'avis de cette dernière avant qu'une décision ne soit rendue contre elle, à moins que cela ne soit impossible en raison, entre autres, de son état de santé⁶³. De là, la personne qui interroge l'aîné devra vérifier l'inaptitude de ce dernier, constater *de visu* son état

⁵⁸ *Ibid* au para 36.

⁵⁹ *McMaster v McMaster*, 2013 ONSC 1115 au para 56.

⁶⁰ CcQ, art 268–280.

⁶¹ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires, supra* note 25 à la p 175.

⁶² NCpc, art 309, 315.

⁶³ *Ibid*, art 391–392. Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires, supra* note 25 : « Il doit s'agir d'une réelle impossibilité. Cette exception, comme d'autres, devrait être interprétée restrictivement, d'autant que les matières d'intégrité, d'état et de capacité ont de grandes conséquences pour la personne concernée et qu'il importe que celle-ci puisse être entendue. Il y a aussi dispense s'il est manifestement inutile d'exiger son témoignage en raison de l'urgence ou de son état de santé, ou encore s'il est démontré qu'il pourrait être nuisible à la santé ou à la sécurité de la personne concernée ou d'autrui d'exiger son témoignage. »

de santé physique et mentale et devra évaluer si l'interrogatoire corrobore avec les évaluations médicale et psychosociale obtenues préalablement. Avec l'entrée en vigueur du Nouveau *Code de procédure civile*, le législateur a voulu faciliter la procédure de protection des personnes inaptes en élargissant le pouvoir des notaires en la matière. Dans l'ancien code, pour qu'une procédure puisse être présentée devant notaire, il fallait respecter les critères d'absence de litige et d'adversaire, d'exigence d'un contrôle judiciaire et d'absence d'autorité de la chose jugée⁶⁴.

Le nouveau code élimine deux de ces critères à son article 302 et prévoit dorénavant que les demandes sont traitées suivant la procédure non contentieuse devant notaire uniquement en l'absence de litige. Dans le même ordre d'idées, le législateur a apporté un changement en ce qui a trait à la nécessité d'un majeur d'être représenté. Il prévoit à l'article 316 NCpc que le notaire n'est plus obligé de se dessaisir du dossier lorsqu'un majeur doit être représenté. Le but est de simplifier la procédure pour le majeur, d'augmenter l'accessibilité à la justice et d'améliorer l'efficacité et la rapidité du processus.

B) Le paternalisme juridique

Les régimes de protection ont été développés dans diverses provinces canadiennes comme un outil social et juridique par lequel une personne transfère sa capacité d'exercice à une autre personne, et ce, par le biais d'un jugement ou d'une autorité compétente. En ce sens, ils sont constitutifs d'une forme de « paternalisme juridique » au sens où l'entend Gerald Dworkin, soit une : « interférence avec la liberté d'action d'une personne justifiée par des raisons qui renvoient exclusivement au bien-être, au bien, au bonheur, aux besoins, aux intérêts ou aux valeurs de la personne ainsi contrainte »⁶⁵.

On retrouve au Québec trois régimes de protection pour les majeurs : le conseiller au majeur, la tutelle et la curatelle⁶⁶. Le premier est un régime

⁶⁴ Québec, Ministère de la Justice, *Le nouveau Code de procédure civile*, supra note 25; Michel Beauchamp, Élisabeth Brière et Anne-Marie Lachapelle, « [Le nouveau Code de procédure civile et la profession notariale](#) », *Magazine numérique de la Chambre des notaires du Québec (ENTRACTE)*, février 2016, en ligne : <<http://entracte.cnq.org/article/le-nouveau-code-de-procedure-civile-et-la-profession-notariale/>> (consulté le 30 juillet 2017).

⁶⁵ Gerald Dworkin, « Paternalism: Some Second Thoughts » dans Rolf Sartorius, dir, *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, 19 à la p 20, traduit par Christophe Béal, « Le paternalisme peut-il être "doux" ? Paternalisme et justice pénale » (2011) 44:4 *Raisons politiques* 41, doi:10.3917/rai.044.0041.

⁶⁶ CcQ, art 258.

d'assistance, alors que les deux autres sont des régimes de représentation⁶⁷. Comme nous le verrons, ces régimes diffèrent au regard du degré d'incapacité de la personne⁶⁸.

Le tribunal ouvre une curatelle pour la personne âgée inapte à s'occuper d'elle-même et de ses biens de façon totale et permanente⁶⁹. Le ministre de la Justice précise qu'« en pratique, la curatelle s'applique aux personnes incapables d'agir en société et dont la guérison est improbable. Elle s'applique également aux personnes atteintes d'une déficience mentale profonde ou dont les facultés sont profondément et irrémédiablement altérées par une maladie ou un accident »⁷⁰. Ainsi, le régime de curatelle est ouvert lorsque l'incapacité de l'ainé est claire, totale et permanente. Autrement, le tribunal opte pour l'ouverture d'un régime de tutelle.

Le tribunal peut prononcer l'ouverture d'une tutelle pour la personne inapte à s'occuper d'elle-même ou de ses biens de manière partielle ou temporaire⁷¹. Il nomme alors un tuteur soit à la personne, soit aux biens, soit aux deux. L'étendue des responsabilités du tuteur est déterminée par le jugement et par la loi. Le tuteur à la personne prend les décisions relatives à l'hébergement, aux besoins quotidiens et aux soins de santé de la personne inapte⁷², de surcroît, il agit en justice au nom de l'ainé pour les questions qui touchent sa personne, telles les questions concernant les atteintes à son intégrité physique et morale⁷³. En ce qui concerne le tuteur aux biens, il gère les revenus de la personne âgée, paye ses factures, gère ses actifs, produit ses déclarations fiscales, récupère en son nom toute somme qui lui est due et la représente en justice pour les questions concernant ses biens, telles les questions relatives à ses valeurs mobilières et à ses immeubles à revenus⁷⁴.

⁶⁷ Michel Beauchamp, *Les régimes de protection du majeur (art. 256 à 297 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 20.

⁶⁸ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires, supra* note 25 à la p 175.

⁶⁹ CcQ, art 281.

⁷⁰ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires, supra* note 25 à la p 251.

⁷¹ CcQ, art 285.

⁷² *Ibid*, art 11, al 2, 15, 21, al 6, 270.

⁷³ Pierre Deschamps, « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2013)*, vol 359, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, 69 à la p 79; Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 à la p 11.

⁷⁴ *Educaloi*, « [Le mandat donné en prévision de l'incapacité](https://www.educaloi.qc.ca/capsules/le-mandat-donne-en-prevision-de-linaptitude) », en ligne : <<https://www.educaloi.qc.ca/capsules/le-mandat-donne-en-prevision-de-linaptitude>> (consulté le 24 novembre 2015); *CCcMC*, 2011 QCCA 1235 aux para 14, 80.

En 2016, plus de 43 000 Québécois bénéficiaient d'une mesure de protection⁷⁵. L'âge moyen des adultes sous curatelle publique est de près de 60 ans pour les hommes et de 65 ans pour les femmes⁷⁶. L'âge moyen des adultes sous tutelle publique est de 55 ans pour les hommes et de 60 ans pour les femmes⁷⁷.

Dans les provinces de *common law*, le régime de protection qui existe est celui de la tutelle⁷⁸. Ce régime légal transfère le pouvoir décisionnel d'un individu jugé incapable de gérer sa personne ou ses affaires financières à une autre personne, appelé le tuteur.

La tutelle comporte trois volets : la tutelle de propriété, la tutelle personnelle et la codécision⁷⁹. Les deux premiers sont des régimes de représentation et le dernier est un régime d'assistance. Tout comme en droit civil québécois, cette tutelle aux biens concerne les biens personnels, meubles et immeubles, de l'adulte, tandis que la tutelle personnelle consiste à représenter l'adulte dans les droits concernant sa personne. Ces deux types de tutelle se subdivisent en deux formes : la forme plénière et la forme partielle⁸⁰. La forme plénière donne au tuteur le plein pouvoir de prendre les décisions touchant les biens et la personne. La forme partielle limite l'autorité du tuteur aux pouvoirs énumérés par le jugement du tribunal. Cette limitation de l'autorité du tuteur se fait selon le degré d'inaptitude de l'adulte et elle a pour objectif de respecter son autonomie résiduelle, d'encourager une prise de décision indépendante et, le cas échéant, d'aider l'adulte à retrouver sa capacité fonctionnelle. En 1976, l'Alberta a été la première province à adopter une loi autorisant les régimes de tutelle partiels⁸¹. Par la suite, la plupart des juridictions de *common law* ont suivi son exemple en adoptant des modèles similaires de tutelle partielle. La troisième forme de tutelle est celle de la codécision, dans laquelle un codécideur assiste l'adulte dans sa prise de décisions plutôt que de prendre des décisions pour lui. Ce troisième modèle existe uniquement au Saskatchewan, au Manitoba et au Yukon⁸².

⁷⁵ Curateur public, *Représentation légale*, supra note 47 à la p 1.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Sarah Burningham, « Developments In Canadian Adult Guardianship And Co-Decision-Making Law » (2009) 18 Dalhous J Leg Stud 119.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.* à la p 121.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.* à la p 122. En matière de tutelle sous la forme codécisionnelle, voir notamment : Commission du droit de l'Ontario (Michael Bach et Lana kerzner), [A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right for Legal Capacity, Advancing Substantive Equality for Persons with Disabilities through Law, Policy and Practice](#), octobre 2010, en ligne : <<http://>

Historiquement, les lois traitant de la tutelle ont été paternalistes, car elles étaient justifiées par le besoin de protéger les personnes inaptes. Graduellement, l'objectif principal du régime de tutelle s'est intéressé à promouvoir l'autonomie de l'adulte.

C) Le respect de l'autonomie et de l'autodétermination

Autonomie ou « auto-nomos » signifie, au sens étymologique, le droit pour un État ou pour une personne de se régir par ses propres lois. Ce sont les Grecs qui, vers le milieu du cinquième siècle, employaient ce terme dans un contexte de revendication de leur indépendance politique⁸³. Effectivement, un État est autonome si son droit d'autogouvernance est respecté⁸⁴. Depuis, le concept d'autonomie a évolué pour devenir plurivoque.

Durant les années 1980, Tom L Beauchamp et James F Childress introduisent une approche appelée *principlism*⁸⁵. Cette approche fait ressortir quatre principes qui occuperont la scène bioéthique, soit la bienfaisance, la non-malfaisance, la justice et l'autonomie⁸⁶. Cette dernière réfère à l'indépendance d'un individu et à son droit de prendre des décisions le concernant, et ce, sans l'interférence d'un tiers. Cette théorie préconise une

www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>.

⁸³ Éric Gaziaux, *L'autonomie en morale: au croisement de la philosophie et de la théologie*, coll « Bibliotheca Ephemeridum Theologicarum Lovaniensium, CXXXVIII », Louvain, Leuven University Press, 1998 à la p 377.

⁸⁴ Encyclopædia Universalis, « [AUTONOMIE](http://www.universalis.fr/encyclopedie/autonomie/) », *Universalis.fr*, en ligne : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/autonomie/>> (consulté le 28 février 2016).

⁸⁵ Hubert Doucet, *L'éthique clinique. Pour une approche relationnelle dans les soins*, coll « Paramètres », Presses de l'Université de Montréal (PUM), 2014 à la p 10 [Doucet]. À l'approche dite du *principlism* a été proposée différentes alternatives, par exemple l'approche du « *narrative ethic* » dont fait l'objet certains travaux du professeur Clive Baldwin. Voir : Clive Baldwin, « Narrative ethics and ethical narratives in dementia » dans Alistair Burns et Bengt Winblad, dir, *Severe dementia*. Londres, Wiley, 2006, 215; Clive Baldwin, « Who needs fact when you've got narrative? The case of P,C&S vs United Kingdom » dans Anne Wagner, Wouter Werner et Deborah Cao, dir, *Interpretation, Law and the Construction of Meaning. Collected Papers on Legal Interpretation in Theory, Adjudication and Political Practice*, New York, Springer, 2007, 85; Clive Baldwin, « The Narrative Dispossession of People with Dementia : Thinking About the Theory and Method of Narrative » dans Kate Milnes *et al*, dir, *Narrative, Memory and Knowledge: Representations, Aesthetics and Contexts*, Huddersfield, University of Huddersfield Press, 2006, 101; Clive Baldwin, « Competing narratives in cases of alleged Munchausen syndrome by proxy » dans Vieda Skultans, Brian Horowitz et Trisha Greenhalgh, dir, *Narrative research in health and illness*, Oxford, Blackwell, 2004, 205; Clive Baldwin, « Narratives of innocence in cases of alleged Munchausen syndrome by proxy » dans Christine Horrocks *et al*, dir, *Narrative, memory and health*. University of Huddersfield Press. 2003, 67.

⁸⁶ Doucet, *supra* note 85 à la p 10.

définition globale, simple, accessible et neutre de la notion d'autonomie⁸⁷. À cet effet, le juriste américain Marshall B Kapp mentionne ce qui suit :

From the Greek « auto » (self) and « nomos » (rule), autonomy represents the fundamental ethical principle of self-determination. The autonomy principle undergirds legal rules protecting the right of an adult individual to liberty in making personal choices, including the prerogative to give or withhold informed consent to various medical and social service interventions. To exercise autonomous choice, an individual must have decisional capacity, although advance directives may be executed by a person while decisionally capable to preserve a measure of autonomy in the future, when capacity may no longer be present. Autonomy also assumes that the individual's choices are voluntary and informed.⁸⁸

[nos soulignements]

Suivant les propos de M. Kapp, l'autonomie est le principe éthique fondamental de l'autodétermination. Il précise que pour pouvoir exercer son autodétermination et faire un choix libre et éclairé, une personne doit être bien informée, apte et capable de le faire. C'est ainsi que les notions d'autonomie, d'autodétermination et de consentement libre et éclairé s'intercalent et se transposent du monde politique et moral vers le monde juridique.

Au niveau international, la réflexion sur l'autodétermination est liée à l'encadrement de l'expérimentation humaine règlementée par le Code de Nuremberg de 1947 et la *Déclaration d'Helsinki* de l'Association médicale mondiale de 1964⁸⁹, lesquels intègrent, pour la première fois, la bioéthique dans des déclarations juridiques. Au fil des années, le concept de la bioéthique légale a pris une ampleur mondiale et c'est sous la présidence de la professeure Michèle Stanton-Jean⁹⁰ que le Comité international

⁸⁷ Clive Baldwin, [A narrative ethics for person-centred care. Autumn Conference 2012—Ethics and Dementia Care](http://dementia.ie/images/uploads/site-images/Clive-Baldwin.pdf), automne 2012, en ligne : <<http://dementia.ie/images/uploads/site-images/Clive-Baldwin.pdf>> (consulté le 14 avril 2017).

⁸⁸ Marshall B Kapp, « Patient Autonomy in the Age of Consumer-Driven Health Care: Informed Consent and Informed Choice » (2006) II:1 *J Health & BiomedLaw* 1 à la p 4.

⁸⁹ Association médicale mondiale, [Déclaration d'Helsinki de l'AMM—Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains](https://www.wma.net/fr/policies-post/declaration-dhelsinki-de-lamm-principes-ethiques-applicables-a-la-recherche-medicale-impliquant-des-etres-humains/), adoptée par la 18^e Assemblée générale de l'AMM à Helsinki (Finlande), juin 1964, en ligne : <<https://www.wma.net/fr/policies-post/declaration-dhelsinki-de-lamm-principes-ethiques-applicables-a-la-recherche-medicale-impliquant-des-etres-humains/>>.

⁹⁰ Québec, Ministère des Relations internationales et de la Francophonie, [Michèle Stanton-Jean fait la promotion de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme](http://www.mrif.gouv.qc.ca/fr/Relations-du-quebec/Organisations-et-Forums/Representation-UNESCO/Nouvelles/2011/2011_09_06) 6 septembre 2011, dernière mise à jour 2017, en ligne : <http://www.mrif.gouv.qc.ca/fr/Relations-du-quebec/Organisations-et-Forums/Representation-UNESCO/Nouvelles/2011/2011_09_06>.

de bioéthique de l'UNESCO a adopté, le 19 octobre 2005, la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*. À son article 5, cette déclaration protège l'autonomie et la responsabilité individuelle :

L'autonomie des personnes pour ce qui est de prendre des décisions, tout en assumant la responsabilité et en respectant l'autonomie d'autrui, doit être respectée. Pour les personnes incapables d'exercer leur autonomie, des mesures particulières doivent être prises pour protéger leurs droits et intérêts.⁹¹

Au niveau canadien, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹² vient protéger implicitement le droit à l'autonomie et à l'autodétermination : « Bien que nous ne retrouvions pas le mot "autonomie" dans la Charte, celle-ci traite des principes de base liés à l'autonomie de la personne. »⁹³ On y prévoit notamment que toute personne a droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne, qu'elle est titulaire de libertés fondamentales telles que la liberté de conscience, de religion, d'opinion, d'expression et la liberté d'association⁹⁴.

Au Québec, le *Code civil du Québec* complète la Charte en réitérant les droits fondamentaux de la personne et, plus explicite que la Charte, il mentionne à son article 257 que :

Toute décision relative à l'ouverture d'un régime de protection ou qui concerne le majeur protégé doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie.

Le majeur doit, dans la mesure du possible et sans délai, en être informé.⁹⁵

[nos soulignements]

Le législateur ne parle pas pour ne rien dire. Il a expressément utilisé le mot « sauvegarde » pour accompagner l'autonomie afin de mettre l'emphase sur l'importance de la prise en compte de l'autonomie partielle ou totale de la personne à qui on prévoit ouvrir un régime ou homologuer un mandat de

⁹¹ Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Doc OffNU 33 C/Rés 15, 19 oct 2005, art 5, en ligne : <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180F.pdf>>.

⁹² *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 1, 3, 4, 6, 10, 24.

⁹³ Annie Rainville et Marie-Claude Lafleur, « L'absence de mécanisme de révision dans le cadre des requêtes en autorisation de traitements : une violation du principe de sauvegarde de l'autonomie? Réflexion, pistes de solutions et difficultés » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2011)*, vol 330, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 43 à la p 46.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ CcQ, art 257.

protection. En effet, certains font valoir que la notion de « sauvegarde » serait encore plus exigeante que la notion de « respect » puisqu'elle impliquerait un devoir d'agir encore plus affirmé⁹⁶.

L'atteinte à l'autonomie doit être fortement justifiée. Dans un litige sur le refus de soins, le juge Rochon de la Cour d'appel fait primer le droit à l'autonomie et à l'autodétermination des personnes âgées sur le désir médical de les protéger⁹⁷ :

Malgré les inquiétudes des milieux de la santé, le 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 patient.

[nos soulignements]

En 1999⁹⁸, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la notion d'autonomie :

En quoi consiste la dignité humaine? Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la Charte, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) visé la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination.

[nos soulignements]

La Cour suprême met la dignité humaine en harmonie avec l'autonomie *personnelle* et l'autodétermination. Ainsi, il est important que, lors de chaque traitement, les professionnels de la santé adoptent une approche personnalisée en évaluant l'autonomie de leurs patients. Ce respect de

⁹⁶ Christian Brunelle, « La dignité, ce digne concept juridique » dans École du Barreau du Québec, *Justice, société et personnes vulnérables*, vol 13, Collection de droit 2008–09, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, 21 à la p 28.

⁹⁷ *Québec (Curateur public) c Centre de santé et de services sociaux de Laval*, 2008 QCCA 833 au para 20.

⁹⁸ *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 au para 53.

l'autonomie se déploie dans des situations moins apparentes, tel permettre aux patients à domicile de choisir entre un bain et une douche ou permettre à un patient âgé bénéficiaire de soins de longue durée de choisir de manger la nourriture qu'il préfère. En fait, si l'ainé bénéficie de certaines zones d'aptitude et qu'il est correctement informé des risques de son choix, il a le droit au respect de son autonomie⁹⁹.

En bref, le principe de la sauvegarde de l'autonomie et de l'autodétermination est venu bouleverser l'éthique médicale¹⁰⁰ et est devenu une pierre angulaire du domaine juridique canadien¹⁰¹. Ce principe doit dorénavant guider nos tribunaux, nos représentants légaux, nos travailleurs sociaux et nos professionnels de la santé.

3. L'évaluation médicale de l'inaptitude

Le contexte légal de l'évaluation de l'inaptitude s'appuie de manière importante sur les définitions, méthodes et outils d'évaluation développés dans les domaines de la santé. Si le juriste assure une protection adéquate de la personne et une élaboration d'un mandat de protection adapté à chaque client, c'est au médecin de reconnaître les déficits fonctionnels du patient, d'évaluer s'ils occasionnent une inaptitude et de vérifier si cette inaptitude met la vie du patient ou ses biens en danger. Dans le contexte de l'administration d'une preuve d'expert, le médecin, de par ses fonctions et son expertise, est un professionnel respecté partout dans le monde et qui est bien souvent considéré comme le spécialiste incontournable du fonctionnement du corps humain et qui identifie les désordres physiques et/ou psychologiques qui affectent l'aptitude d'agir d'une personne. Toutefois, la loi ne précise pas quelle spécialité de la médecine est responsable de l'évaluation de l'inaptitude. Ainsi, n'importe quel spécialiste peut évaluer la personne âgée. Au Canada, la majorité des personnes âgées sont soignées par des médecins de famille¹⁰². Ce sont les patients avec des problèmes de déficience cognitive relativement complexes qui font appel aux gériatres. Cependant, les études ont démontré qu'il est plus avantageux pour l'ainé d'être évalué directement

⁹⁹ Karen L. Rich, « [Introduction to Bioethics and Ethical Decision Making](#) » dans Janie B. Butts et Karen L. Rich, dir., *Nursing Ethics Across the Curriculum and into Practice*, 4^e éd., Burlington (MA), Jones & Bartlett, 2016, 33, en ligne : <http://samples.jbpub.com/9781284059502/Chapter_2_Sample.pdf>.

¹⁰⁰ *Institut Philippe-Pinel de Montréal c AG*, [1994] RJQ 2523 (CA).

¹⁰¹ Marie Beaulieu et Suzanne Philips-Nootens, « La détermination de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines : le défi du respect de l'autonomie » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2014)*, vol 378, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 145 [Beaulieu et Philips-Nootens].

¹⁰² David B. Hogan *et al.*, « Specialist Physicians in Geriatrics—Report of the Canadian Geriatrics Society Physician Resource Work Group » (2012) 15:3 *Can Geriatrics J* 68, doi : 10.5770/cgj.15.41.

par les gériatres plutôt que des médecins de famille puisque les gériatres sont plus susceptibles de faire partie d'équipes interdisciplinaires, leur volume de patients étant plus faible (en 2004, le nombre moyen de visites pendant une semaine typique chez un gériatre était de 38,81 patients contre 67,29 patients chez un médecin généraliste)¹⁰³.

En vue d'évaluer l'inaptitude chez les patients, plusieurs outils et méthodes ont été élaborés pour aider les professionnels à déterminer si une personne est réellement inapte. Toutefois, bien que ces outils soient une solution simple et rapide à la portée de main des évaluateurs, ils présentent plusieurs enjeux.

A) Les outils et protocoles standardisés d'évaluation, une solution?

Afin que l'évaluation médicale soit le moins teintée par les valeurs personnelles du médecin, ce dernier peut utiliser des outils objectifs qui l'aident à effectuer l'évaluation. Cependant, vu qu' « il n'existe pas d'instrument de mesure standardisé, et que [...] les médecins sont en général peu formés à de telles évaluations »¹⁰⁴, nous consacrons cette partie sur les enjeux occasionnés par les outils d'évaluation de l'inaptitude disponibles au Québec.

D^{re} Dominique Giroux, ergothérapeute ayant travaillé sur les outils d'évaluation de l'inaptitude des personnes âgées, a recensé 53 outils différents utilisés par les intervenants de santé et des services sociaux au Québec pour évaluer différentes variables liées au concept d'inaptitude¹⁰⁵.

Parmi ces outils, certains ont été élaborés pour évaluer les habiletés cognitives des patients, tels le test de 5 mots (Dubois *et al*, 2002), la Batterie Rapide d'Efficiency Frontale (BREF) (Dubois *et al*, 2000), le *Mini-Mental Examination* (MMSE) (Folstein, Folstein & McHugh, 1975), le *Montreal Cognitive Assessment* (MOCA) (Nasserddine *et al*, 2007), le Protocole d'Évaluation Cognitive de la Personne Âgée (PECPA-2R) (Geneau & Taillefer, 1996), le 3MS (Hébert *et al*, 1992) et le RMG-3 (Bélanger *et al*, 2007)¹⁰⁶. Bien que ces outils soient très utiles pour l'évaluation cognitive,

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Serge Gauthier, « Comment déterminer l'aptitude d'un mandant? » dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée?* (2001), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 71 à la p 73 [Gauthier].

¹⁰⁵ Dominique Giroux, *L'évaluation de l'aptitude à gérer ses biens et sa personne chez une clientèle âgée atteinte de déficits cognitifs. Un outil d'évaluation*, Thèse de doctorat en Médecine Expérimentale, Faculté des études supérieures de l'Université Laval/Département de rédaction, Faculté de Médecine, 2011 à la p 70 [non publiée] [Giroux, *Un outil d'évaluation*].

¹⁰⁶ *Ibid* aux pp 57, 71.

les professionnels de la santé doivent faire preuve de prudence, car ils ne peuvent conclure à l'inaptitude sur la simple base d'une atteinte cognitive¹⁰⁷. Par exemple, une patiente avec une déficience intellectuelle aura un faible pointage dans ces tests, pourtant elle utilise des moyens compensatoires dans son quotidien la rendant « apte »¹⁰⁸. D'un autre côté, ces tests peuvent passer outre l'inaptitude d'une personne ayant une démence frontale, car ils visent uniquement les atteintes cognitives¹⁰⁹. Ainsi, ces instruments ne doivent servir que de référence et ne doivent pas être déterminants¹¹⁰ :

Although extremely popular and practical, the mini-mental state examination is now thought to be too global and general for a proper assessment of a patient's mental capacity to make treatment decisions. Indeed, by law, assessments of capacity must now be more 'case-specific' and responsive to 'situational variations in demands' (Grisso & Appelbaum 1998, 22).

Certains outils ont été élaborés afin d'évaluer la capacité décisionnelle de la personne âgée comme le *Decision Making Instrument for Guardianship* (DIG) (Anderer 1997, Grisso *et al*, 2003), le *Hopemont Capacity Assessment Interview* (HCAI) (Edelstein, 2000) et le *Everyday Problem Test* (EPT) (Willis & Marsiske, 1993)¹¹¹. Ces tests créent des situations problématiques hypothétiques afin d'évaluer le raisonnement du patient et sa capacité à prendre une décision. Toutefois, ils ne peuvent différencier les actes que la personne âgée peut faire par simple habitude et répétition de ceux qu'elle fait par raisonnement¹¹².

Certains auteurs ont élaboré des outils pour évaluer les habiletés de l'ainé à gérer sa personne. Parmi ces outils, on retrouve le *Adult Functional Adaptive Behavior Scale* (AFABS) (Spurrison & Pierce, 1989), le *Assessment of Motor and Process Skills* (AMPS) (Pan & Fisher, 1994), le *Independent Living Scale* (ILS) (Loeb, 2003), le *Perceive, Recall, Plan and Perform* (PRPP) (Chapparo & Ranka, 1997) et le Système de Mesure de l'Autonomie Fonctionnelle (SMAF) (Hébert *et al*, 1988). Ces outils ne sont pas spécifiques, ils ne font que dresser le portrait global de l'inaptitude de l'ainé à gérer sa personne en l'observant en train d'effectuer certaines activités de la vie quotidienne (AVQ) et activités de la vie domestique (AVD)¹¹³.

¹⁰⁷ *Ibid* à lap 42.

¹⁰⁸ Beaulieu et Philips-Nootens, *supra* note 101 à la p 150.

¹⁰⁹ *Ibid*; Raphael J Leo, « Competency and the Capacity to Make Treatment Decisions: A Primer for Primary Care Physicians » (1999) 1:5 Prim Care Companion J Clin Psychiatry 131 [Leo].

¹¹⁰ Charland, *supra* note 38.

¹¹¹ Giroux, *Un outil d'évaluation*, *supra* note 105 à la p 59.

¹¹² Ontario, Ministry of the Attorney General, *Guidelines*, *supra* note 33.

¹¹³ Giroux, *Un outil d'évaluation*, *supra* note 105 à la p 82.

Les outils élaborés pour évaluer les habiletés fonctionnelles des personnes âgées à gérer leurs biens sont l'Échelle de Montréal pour l'évaluation des activités financières (EMAF) (Bedirian, 2008), le *Financial Capacity Instrument* (FCI) (Marson *et al*, 2000), le *Semi-Structured Clinical Interview for Financial Capacity* (SCIFC) (Marson *et al*, 2009)¹¹⁴. L'EMAF est le seul instrument québécois permettant d'évaluer l'aptitude d'une personne à gérer ses finances¹¹⁵. Il s'agit aussi du seul outil francophone utilisé au Canada dans le cadre de l'évaluation de la gestion des biens¹¹⁶.

Les outils existants dans les établissements de santé du Québec sont nombreux et ne sont pas tous traduits¹¹⁷. Deux professeures de l'Université de Sherbrooke, soit la professeure Beaulieu et la professeure Philips-Nootens, ont étudié cette question en menant un projet de recherche multidisciplinaire auprès des professionnels de la santé de divers milieux. Elles ont recueilli le témoignage de la D^{re} Paule Hottin, gérontopsychiatre, sur les outils d'évaluation de l'inaptitude :

... la mesure étalon du diagnostic d'inaptitude sur le plan médical est l'évaluation clinique. Les instruments spécifiques, s'ils peuvent être utiles pour donner des questions à poser au patient, ne peuvent prétendre à une telle qualité; ils sont souvent peu validés, trop longs pour être d'application pratique, ou encore basés sur des hypothèses. Les tests comme le Folstein, le 3MS, le MOCA ou autres échelles de mesure cognitive ne sont pas, en eux-mêmes, des tests d'aptitude, car ils ne permettent pas, quoi qu'en pensent trop souvent certains professionnels, d'évaluer effectivement l'état d'inaptitude de la personne. De plus, leur sensibilité varie selon la culture, la langue ou d'autres considérations qui font que les scores bruts ne peuvent être interprétés sans nuances¹¹⁸.

[nos soulignements]

D^{re} Paule Hottin soulève des enjeux très pertinents liés aux outils d'évaluation de l'inaptitude telle la validité des outils. Au Québec, des 53 outils différents utilisés par les intervenants de la santé et des services sociaux, uniquement 33 sont validés¹¹⁹. De ceux qui sont validés, la majorité des outils sont en

¹¹⁴ *Ibid* à la p 63.

¹¹⁵ Valérie Bédirian, *L'aptitude à gérer ses biens chez les personnes âgées: élaboration d'un outil fonctionnel et étude des variables sociodémographiques et neuropsychologiques associées*, Thèse présentée comme exigence partielle du doctorat en psychologie, Faculté des études supérieures, Université du Québec à Montréal, 2008 à la p 44 [non publiée].

¹¹⁶ *Ibid* à la p 130.

¹¹⁷ Giroux, *Un outil d'évaluation*, *supra* note 105 à la p 86.

¹¹⁸ Beaulieu et Philips-Nootens, *supra* note 101 à la p 150.

¹¹⁹ Réseau Québécois de Recherche sur le Vieillessement, *Banque d'instruments. Répertoire des instruments de mesure*, en ligne : <http://www.rqrv.com/fr/banque_inst.php> (consulté le 17 avril 2016).

anglais, ce qui constitue une barrière aux intervenants francophones qui, pour remédier à ce problème, effectuent une traduction libre des outils¹²⁰.

En bref, les tests cités précédemment sont non nombreux, traduits et très objectifs. Pour arriver à un résultat juste, ils doivent s'intégrer dans un processus plus subjectif qui prend en compte l'environnement du patient évalué. Ce sont des outils non déterminants, et les médecins ne doivent pas se fier uniquement sur eux, ils doivent les utiliser avec précaution, car ils peuvent induire en erreur¹²¹. Ainsi, nous préconisons une approche intégrative et globale, qui se base sur des points larges afin que le jugement émane de l'évaluateur et non pas d'un simple test.

B) Les quatre habiletés cognitives du patient (étape 1)

L'aptitude du patient à prendre des décisions est basée sur quatre habiletés cognitives du consentement aux soins, soit la compréhension, l'appréciation, le raisonnement et l'expression d'un choix¹²².

1) La compréhension

L'habileté cognitive de la compréhension réfère à la capacité de saisir les faits d'une situation et d'en identifier les éléments pertinents¹²³. Pour cela, il est recommandé de demander à la personne âgée de paraphraser l'explication de sa maladie qui lui a été présentée par le médecin¹²⁴. Ce faisant, le médecin apprécie l'habileté de communication et de verbalisation des pensées du patient, soit par des paroles, par des symboles ou par des gestes. De même, la personne doit être consciente de ses maladies, de sa prise de médication et de ses besoins de soins personnels, tels se nourrir, se vêtir, se laver et se loger¹²⁵. Comme nous le verrons, outre la compréhension de sa situation, l'ainé doit également posséder l'habileté cognitive et intellectuelle d'apprécier sa maladie.

¹²⁰ Giroux, *Un outil d'évaluation*, *supra* note 105 à la p 57.

¹²¹ Barbara Frank, « Réflexions éthiques sur la sauvegarde de l'autonomie » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *Pouvoirs publics et protection* (2003), vol 182, Cowansville (Qc), Yvons Blais, 2003, 183.

¹²² Dre Élisabeth Azuelos, « Évaluation clinique de l'inaptitude », [Plan Alzheimer Québec—Tronc commun de formation provinciale. Fiche de commentaires complémentaires à la présentation](#), juillet 2015 à la diapo 48, en ligne : <<http://www.csss-iugs.ca/c3s/data/files/Publications/12Inaptitude.pdf>> (consulté le 2 juin 2016) [Dre Azuelos].

¹²³ Ontario, Ministry of the Attorney General, *Guidelines*, *supra* note 33.

¹²⁴ Leo, *supra* note 109.

¹²⁵ Ontario, Ministry of the Attorney General, *Guidelines*, *supra* note 33.

2) L'appréciation

En plus de comprendre l'information, le patient doit pouvoir *apprécier* sa maladie et connaître les *conséquences* de cette maladie sur ses activités de vie quotidienne et domestique¹²⁶. Par exemple, une personne souffrant d'une maladie psychiatrique grave peut être en mesure de démontrer sa compréhension des symptômes de diagnostic de la maladie et la pertinence de son traitement, mais en même temps, ne pas reconnaître qu'elle présente les signes de la maladie¹²⁷. Ainsi, « apprécier » exige que les individus aient, outre leur habileté intellectuelle et cognitive de comprendre l'information, l'habileté de reconnaître leur maladie et d'apprécier les conséquences que cette dernière a sur leur vie :

*From my review of the jurisprudence, in order to be found capable, it is not necessary that the appellant possess an actual appreciation of the reasonably foreseeable consequences, but rather that she has the ability to appreciate such consequences.*¹²⁸

[nos soulignements]

L'ainé n'a pas à avoir une appréciation exacte de toutes les conséquences raisonnablement prévisibles, mais il faut uniquement qu'il puisse prévoir, de manière générale, les conséquences de sa maladie sur sa vie quotidienne et domestique.

3) Le raisonnement

L'habileté cognitive de raisonner fait appel à la capacité du patient d'utiliser des processus logiques pour comparer les risques et les avantages de différentes options¹²⁹. À cette étape, les professionnels de la santé doivent évaluer la manipulation rationnelle de l'information dans diverses situations chez les patients¹³⁰. Il ne s'agit pas de juger si les décisions de l'ainé sont « raisonnables », mais bien plutôt si elles sont motivées :

In determining capacity, the court in Starson cautioned that capable individuals have the right to take risks and are presumed free to make decisions that are considered unreasonable. The test is not whether the choice by the patient appears reasonable or wise, but whether the patient is capable, within the meaning of the statute, of making the decision. The Board is not to inject its own personal values, judgments, and priorities into the process. As Justice Harris stated in Bartoszek v Ontario (Consent

¹²⁶ *Ibid*; *Montagna v Klukach*, 2016 ONSC 3293 au para 19 [*Montagna*].

¹²⁷ Ontario, Ministry of the Attorney General, *Guidelines*, *supra* note 33 à la p 11.

¹²⁸ *Montagna*, *supra* note 126.

¹²⁹ Dr^e Azuelos, *supra* note 122 à la diapo 43.

¹³⁰ *Ibid*.

and Capacity Board), [2002] O.J. No. 3800 (S.C.J.) at para 20, “It is mental capacity, not wisdom, that is at issue here. The appellant, Mrs. Bartoszek carries with her, like all citizens, the right to be wrong”.¹³¹

Ainsi, la motivation de ces choix et préférences permet d’identifier certaines valeurs personnelles de la personne âgée, qui doivent être incluses à titre de composante essentielle de l’évaluation de leur aptitude. Ces valeurs sont importantes dans le processus, car elles aident les évaluateurs à comprendre le raisonnement et la prise de décision du patient. Un médecin humanitaire, Sir William Osler, disait : « Si vous écoutez attentivement les patients, ils vous diront le diagnostic. »¹³² La capacité de raisonner le pour du contre est un processus très subjectif et individualisé. Il faut alors apprécier ce qui est important pour le patient (les croyances religieuses, les valeurs familiales, l’importance de la valeur de l’autonomie, etc.) et non pas ce qui est important pour l’évaluateur.

Certaines études démontrent que les médecins sont confrontés à des barrières culturelle et linguistique lorsqu’ils communiquent avec leurs patients¹³³. Indubitablement, l’asymétrie qui règne entre le médecin et son patient crée un déséquilibre dans le processus de communication. Ce déséquilibre freine la découverte des valeurs, des croyances et des idéologies du patient qui aide le médecin à comprendre le raisonnement de son patient. En l’occurrence, il est d’une importance vitale qu’un médecin soit ouvert aux autres cultures, croyances et valeurs pour qu’il puisse évaluer adéquatement la composante du raisonnement chez ces patients : la compétence culturelle et linguistique fait l’objet de certaines normes encadrant l’activité clinique du médecin¹³⁴ et est tant une condition d’un accès effectif aux services de soins de santé par les patients¹³⁵, que celle de l’expression de leurs choix et préférences¹³⁶.

¹³¹ *Neto v Klukach*, [2004] OJ No 394 au para 11 (SC).

¹³² Jessica D Fowler, *Cultural and Structural Barriers that Affect the Doctor-Patient Relationship: A Bolivian perspective*, Essai de baccalauréat spécialisé, Sciences biologiques et Arts, Oregon State University, 2009, en ligne : <<https://ir.library.oregonstate.edu/xmlui/bitstream/handle/1957/9896/Fowler.pdf>>.

¹³³ À cet effet, voir l’étude publiée dans le journal du Collège des médecins de famille du Canada : Emmanuel Ngwakongnwi *et al.*, « Language barriers -Use of regular medical doctors by Canada’s official language minorities », (2012) 58:12 Canadian Family Physician e709. Voir également : Renata Meuter *et al.*, « [Overcoming language barriers in healthcare: A protocol for investigating safe and effective communication when patients or clinicians use a second language](#) » (2015) 15 BMC Health Services Research 371, en ligne : <<http://doi.org/10.1186/s12913-015-1024-8>>[Meuter *et al.*].

¹³⁴ Meuter *et al.*, *supra* note 133.

¹³⁵ Donald A Barr et Stanley F Wanat, « Listening to Patients: Cultural and Linguistic Barriers to Health Care Access » (2005) 37: 3 Fam Med 199.

¹³⁶ Yolanda Partida, « Language Barriers and the Patient Encounter » (2007) 9:8 AMAJ Ethics 566.

4) L'expression d'un choix

La quatrième habileté à évaluer est celle de l'expression d'un choix. À cette étape, les professionnels évaluent la compétence de l'ainé à faire des choix motivés. Ceci signifie qu'ils apprécient la capacité de l'ainé de prendre une décision, de la maintenir et de la mettre en œuvre¹³⁷. Les personnes qui ne respectent pas ce critère sont reconnues inaptes à communiquer efficacement leurs souhaits¹³⁸. Cette norme ne tient pas compte des spécificités de la décision ou de la façon dont elle a été prise, mais seulement si elle a été prise¹³⁹. En outre, les personnes ayant un état de délire, celles qui ont des troubles psychotiques ou celles qui ont des déficits de la mémoire à court terme sont susceptibles d'avoir des difficultés à passer cette étape. Par conséquent, cette norme peut être testée en demandant aux patients qui ont été informés au sujet de leur état de santé et des interventions qui pourront être faites, de faire un choix, puis, peu de temps après, leur redemander la même question¹⁴⁰. Certes, les patients ont le droit de changer d'avis, mais il faut qu'il y ait une justification raisonnable pour l'altération¹⁴¹.

Certaines maladies, de nature purement physique, rendent impossible le pouvoir d'exprimer un choix. Par exemple, le « *locked-in syndrom* » (LIS) paralyse les nerfs crâniens, ce qui résulte en une incapacité de communiquer verbalement¹⁴². Aucune formulation de la parole ni articulation n'est possible. Dans ces cas, il faut établir une base de communication qui est non verbale¹⁴³ :

Afin d'éviter toute interprétation erronée de la part de l'interlocuteur, il convient de définir, si possible dès le début, un modèle communicationnel unique. Dans les premiers stades du LIS, il est fréquent d'avoir recours à des codes de communication, par exemple regarder en l'air signifie « oui » et regarder au sol signifie « non ». En règle générale, les proches sont les premières personnes à déceler l'existence d'une capacité de communication chez les patients. Plus tard dans le processus de réadaptation, il sera plus fréquent d'avoir recours à des claviers et il sera possible

¹³⁷ Dre Azuelos, *supra* note 122 à la diapo 34; Leo, *supra* note 109.

¹³⁸ American Bar Association (ABA) Commission on Law and Aging et American Psychological Association Assessment of Capacity in Older Adults Project Working Group, *Assessment of Older Adults with Diminished Capacity: A Handbook for Psychologists*, 2008 à la p 53, en ligne : <<https://www.apa.org/pi/aging/programs/assessment/capacity-psychologist-handbook.pdf>> (consulté le 5 juin 2016) [ABA et APA].

¹³⁹ Leo, *supra* note 109.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Anja Raab et Elisabeth Sandner, « Comment traiter des patients presque totalement paralysés mais dans un état de pleine conscience ? Locked-in syndrome: un concept de prise en charge » (2015) 15:5 Forum Med Suisse 106, doi : 10.4414/fms.2015.02141.

¹⁴³ *Ibid.*

de tester une large palette d'outils de communication. Comprendre les souhaits des patients demande une grande patience et une certaine sensibilité.

Ainsi, dans le cas de maladies qui empêchent les professionnels de la santé d'évaluer les habiletés cognitives du patient, il faut recourir à d'autres outils d'évaluation pour essayer de comprendre les désirs et volonté du patient. Par ailleurs, comme l'a rappelé le conseil de discipline du Collège des médecins du Québec, les professionnels de la santé appelés à évaluer une personne qui souffre de difficultés locutoires doivent éviter d'en inférer une compromission de ses aptitudes cognitives¹⁴⁴.

En bref, « [l']aptitude à donner un consentement libre et éclairé dépend de la capacité de la personne à comprendre, apprécier, raisonner et exprimer un choix. Pour s'assurer de respecter l'autonomie de la personne tout en la protégeant, il faut que l'évaluation de l'aptitude soit ciblée, individualisée et adaptée afin de déterminer les mesures de protection appropriées »¹⁴⁵. Effectivement, les quatre habiletés cognitives du patient doivent être évaluées lors de l'appréciation de l'aptitude de la personne âgée.

C) Les quatre composantes de Grisso (étape 2)

Lorsque les quatre habiletés cognitives du patient sont atteintes et que l'inaptitude est établie, il faut établir la cause médicale derrière l'inaptitude, les moyens compensatoires qu'utilisent le patient dans ses AVD et AVQ, son entourage et le risque de danger que lui cause son inaptitude. Thomas Grisso, professeur en psychiatrie et directeur du programme de droit—psychiatrie à l'Université de Massachusetts aux États-Unis, a élaboré quatre composantes pour guider les évaluateurs lors de l'appréciation

¹⁴⁴ « Face à une patiente atteinte de difficultés de locomotion et d'élocution qu'il rencontrait pour la première fois, le médecin se devait de porter une attention particulière afin de bien saisir le but de sa visite et ses attentes face à lui, de mieux évaluer son niveau de compréhension, ainsi que d'expliquer de façon précise les gestes qu'il entendait poser ainsi que leur justification médicale, notamment la raison pour laquelle il devait lui faire baisser son pantalon, a mis des gants pour l'examen et a procédé à la recherche d'une plaie de pression qui était étrangère à la raison initiale de la consultation pour douleurs lombaires. Le fait que le médecin avait l'impression que la patiente était peut-être limitée cognitivement n'est pas un justificatif pour ne pas le faire, mais en appelait sans doute à une prudence et attention particulière dans ses échanges avec la patiente : *Médecins (Ordre professionnel des) c. Khuon*, 2003 CanLII 64718 (C.D.C.M.Q.). », tiré de Nicolas Léger-Riopel et Patrice Deslauriers, *Code de déontologie des médecins. Édition commentée et annotée*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015 au para 17/7 aux pp 31–32.

¹⁴⁵ D^{re} Azuelos, *supra* note 122 à la diapo 6.

de l'inaptitude : la composante causale, la composante fonctionnelle, la composante systémique et la composante décisionnelle¹⁴⁶.

1) La composante causale

L'inaptitude est causée par une multitude de facteurs médicaux. Cette étape a pour objectif primaire le discernement des causes cliniques qui pourraient mener à l'inaptitude. Elle est effectuée par le médecin¹⁴⁷. Ce dernier diagnostique la ou les maladies provoquant des difficultés fonctionnelles rencontrées par la personne âgée¹⁴⁸. La maladie peut être de nature cognitive, psychiatrique, intellectuelle ou neurologique¹⁴⁹. Le médecin évalue si la maladie diagnostiquée affecte les quatre habiletés cognitives de l'ainé étudiées plus haut, soit la compréhension, l'appréciation, le raisonnement et l'expression d'un choix¹⁵⁰.

Pour mieux illustrer l'importance de la composante causale, voici un exemple reporté par le Dr Geneau où les quatre habiletés ont été déterminantes dans la diagnostic de la maladie neurologique de la patiente¹⁵¹ :

Une dame dans la cinquantaine atteinte de sclérose en plaques sévère et vivant seule dans une maison isolée non adaptée à sa condition refusait les soins et l'aide du CLSC, se mettant ainsi à risque, au grand désespoir de ses filles qui s'attendaient à tout moment à la retrouver morte chez elle. On hésitait à la déclarer inapte parce qu'elle connaissait bien la nature de sa maladie, comprenait les services proposés, comprenait toutes les explications fournies quant à sa condition, mais maintenait un refus ferme. Elle était de plus bien orientée, n'avait pas de troubles de mémoire. L'évaluation du neuropsychologue a permis de mettre en évidence une anosognosie frontale dans laquelle le sujet est conscient de ses problèmes, peut même les décrire, mais est incapable d'en tenir compte dans son fonctionnement quotidien. La dame a finalement été jugée inapte et une ordonnance d'hébergement a été accordée par la cour.

Ici, la maladie affectait l'habileté cognitive d'appréciation de la dame. Dans ce cas, les impacts de la pathologie rendaient madame indubitablement

¹⁴⁶ Curateur public du Québec, « [Module 2. Inaptitude à l'ouverture d'un régime de protection](#) », [À la rencontre de la personne](#), novembre 2015, en ligne : <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/reseau_de_la_sante/mod02.ppt> (consulté le 23 mai 2016) [Curateur public du Québec, « Inaptitude »]; Geneau, *supra* note 14; D^{re} Azuelos, *supra* note 122; Giroux, *Un outil d'évaluation*, *supra* note 105 à la p 45.

¹⁴⁷ Curateur public du Québec, « Inaptitude », *supra* note 146 à la diapo 35; Geneau, *supra* note 14 à la p 60.

¹⁴⁸ Giroux, *Un outil d'évaluation*, *supra* note 105 à la p 68.

¹⁴⁹ D^{re} Azuelos, *supra* note 122 à la diapo 33.

¹⁵⁰ *Ibid*; Gauthier, *supra* note 104; ABA et APA, *supra* note 138.

¹⁵¹ Geneau, *supra* note 14 à la p 60.

inapte à effectuer ses activités de vie quotidienne (AVQ) et ses activités de vie domestiques (AVD)¹⁵².

2) La composante fonctionnelle

La composante fonctionnelle est la pierre angulaire de l'évaluation de l'inaptitude. Elle permet d'évaluer l'aptitude de la personne âgée à effectuer ses AVQ et ses AVD. Plus spécifiquement, elle vérifie si le majeur est apte à gérer sa personne : peut-il, sans aide, assurer ses besoins essentiels, tel prendre sa médication, se loger, se nourrir ou se vêtir?¹⁵³ Ensuite, elle vérifie si le majeur arrive à gérer ses biens. Peut-il écrire un chèque, peut-il utiliser ses comptes bancaires, paye-t-il ses dettes ou le paiement se fait de façon automatique?¹⁵⁴

Il existe deux approches pour évaluer la composante fonctionnelle : l'approche inférentielle et l'approche fonctionnelle. La première est une évaluation standardisée qui tente de prédire le fonctionnement au lieu de l'évaluer¹⁵⁵. Elle est effectuée par le travailleur social et elle est utilisée pour évaluer des cas simples¹⁵⁶. La deuxième approche est réservée pour les situations plutôt complexes et elle est un acte dont l'accomplissement est réservé aux ergothérapeutes¹⁵⁷. Elle apprécie directement le fonctionnement de la personne dans son milieu de vie. L'évaluation en établissement n'est pas comparable à celle effectuée à domicile. En effet, une étude de Ramsdell et ses collaborateurs démontre que¹⁵⁸ :

- Seuls 3 cas sur 173 ont obtenu la même évaluation en clinique en comparaison avec l'évaluation à domicile;
- Les problèmes identifiés en clinique ne sont pas nécessairement confirmés à domicile;

¹⁵² Curateur public du Québec, « Inaptitude », *supra* note 146 à la diapo 35.

¹⁵³ *LR*, *supra* note 20.

¹⁵⁴ Geneau, *supra* note 14 à la p 59.

¹⁵⁵ Curateur public du Québec, « Inaptitude », *supra* note 146 à la diapo 11; Geneau, *supra* note 14 aux pp 58–59.

¹⁵⁶ Curateur public du Québec, « Inaptitude », *supra* note 146 à la diapo 11.

¹⁵⁷ *Ibid*; *Code des professions*, LRQ c C-26, art 37 o) : L'évaluation fonctionnelle des patients atteints de troubles neuropsychologiques ou mentaux est réservée aux ergothérapeutes; D^{re} Azuelos, *supra* note 122 à la diapo 52.

¹⁵⁸ Joe W Ramsdell *et al*, « Comparison of clinic-based home assessment to a home visit in demented elderly patients » (2004) 18:3 *Alzheimer Dis Assoc Disord* 145; Dominique Giroux, « L'évaluation clinique de l'inaptitude par les professionnels de la santé et des services sociaux : un défi comportant de nombreux enjeux ! » dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, La protection des personnes vulnérables (2015)*, vol 393, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 37 à la p 43 [Giroux, « L'évaluation clinique »].

- Les types de problèmes non identifiés par l'évaluation en clinique correspondent souvent à des risques plus graves relevés dans l'évaluation à domicile;
- L'évaluation de la gravité des problèmes en milieu clinique est souvent sous-estimée comparée à celle effectuée à domicile;
- Donc, l'évaluation faite en milieu non familial ne cerne pas adéquatement les zones d'inaptitude de la personne âgée. Ainsi, il est préférable que l'évaluation soit accomplie dans le milieu de vie de l'ainé.

Lors de l'évaluation de cette composante, il est important de ne pas favoriser le paradigme « fonctionnel » qui prescrit un style de vie propre aux personnes âgées et de ne pas considérer comme une « pathologie » la moindre déviation du style de vie associé aux aînés. Avec les aidants naturels et la robotisation déjà annoncée de certains services de maintien à domicile¹⁵⁹, la médecine et le droit doivent commencer à reconnaître un nouveau paradigme aux personnes âgées à domicile qui, bien qu'elles puissent être en situation de perte d'autonomie, demeurent juridiquement capables, et ce, en utilisant des moyens pour compenser leur inaptitude et favoriser leur maintien dans le milieu de vie qu'elles ont choisi.

3) La composante systémique

Cette composante consiste à examiner l'aptitude de l'ainé à s'occuper de sa personne et à gérer ses biens¹⁶⁰. C'est le travailleur social qui a le rôle de vérifier le type de services et de soins dont l'ainé a besoin. Pour ce faire, il évalue son milieu de vie, son encadrement familial, son entourage, son voisinage, la nature de ses finances, son patrimoine, son état de santé et les soins qui lui sont nécessaires¹⁶¹. De surcroît, il évalue si, sur le plan personnel et économique, l'ainée est à risque d'abus et d'exploitation¹⁶². Le travailleur social est donc à l'affût de tout détournement de fonds irrégulier, vol ou fraude. Il prend en compte les conflits familiaux et les influences

¹⁵⁹ Jérôme Pigniez, « Technologies et Maintien à domicile : Vers un nouveau paradigme », *Portail national de la Silver Economie*, 28 août 2015, en ligne : [SilverEco.fr <http://www.silvereco.fr/technologies-et-maintien-a-domicile-vers-un-nouveau-paradigme/3149880>](http://www.silvereco.fr/technologies-et-maintien-a-domicile-vers-un-nouveau-paradigme/3149880) (consulté le 1 mai 2017).

¹⁶⁰ Curateur public du Québec, « Inaptitude », *supra* note 146 à la diapo 12 : « Cette évaluation est un acte réservé aux travailleurs sociaux. »

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*; D^{re} Azuelos, *supra* note 122 à la diapo 35.

indues pour des dons ou des prêts non constatés par écrits¹⁶³. Qui plus est, il examine la possibilité de mettre en place des mécanismes compensatoires pour éviter d'empiéter sur l'autonomie résiduelle de la personne âgée¹⁶⁴. Il existe deux grands types de moyens compensatoires qui viennent en aide à une personne jugée inapte : le support humain et le support matériel¹⁶⁵. Le premier consiste à trouver quelqu'un de la famille de l'ainé pour l'aider dans ses besoins quotidiens. Si cela n'est pas envisageable, il est possible d'engager du personnel pour supporter l'ainé dans son inaptitude à s'occuper de sa personne¹⁶⁶. Cette personne peut accomplir les travaux d'entretien ménager, les courses ou la préparation du repas. Le second moyen consiste à trouver des moyens matériels et techniques, tels un lit médicalisé, chaise garde-robe, lève-malade, matelas anti-escarres, fauteuil roulant manuel ou électrique, cannes, déambulateurs, barres d'appui, rehausseur de cuvette de toilettes, siège pivotant pour baignoire, aide informatisée à la communication, que ce soit pour déficience visuelle ou pour troubles de la communication verbale¹⁶⁷.

4) La composante décisionnelle

À la lumière de l'évaluation médicale, fonctionnelle et psychosociale, les divers intervenants prennent une décision. Ils apprécient l'impact de la pathologie sur l'aptitude de la personne à effectuer ses AVQ et ses AVD. Pour ce faire, ils évaluent le *degré* d'inaptitude de la personne âgée, son besoin de protection et identifient les diverses mesures qui peuvent venir en aide pour répondre aux besoins de l'ainé¹⁶⁸.

Préalablement à la prise de décision finale, les intervenants doivent se poser la question suivante : « Considérant l'incapacité résultant d'une pathologie et s'actualisant dans un certain environnement, la personne

¹⁶³ Georges Aubé, « Collaborations interprofessionnelles en contexte de détermination de l'inaptitude » dans Chambre des notaires du Québec, *Cours de perfectionnement du notariat* (2008), Yvon Blais, 2008, 2 [Aubé].

¹⁶⁴ Curateur Public du Québec, « Révision du dispositif », *supra* note 12 à la p 12.

¹⁶⁵ Fil Santé Jeunes, *Les moyens de compensation*, 11 février 2014, en ligne : <<http://www.filsantejeunes.com/les-moyens-de-compensation-6519>> (consulté le 26 mai 2017).

¹⁶⁶ Université de Lyon 1, *Principes d'évaluation et de compensation du handicap*, Faculté de Médecine et de Maïeutique. Lyon Sud—Charles Mérieux, 2009, en ligne : <http://lyon-sud.univ-lyon1.fr/servlet/com.univ.collaboratif.util.LectureFichiergw?ID_FICHIER=1320402910619>.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Curateur public du Québec, « Inaptitude », *supra* note 146.

majeure est-elle à ce point à risque qu'il soit nécessaire de la protéger en la reconnaissant inapte ? »¹⁶⁹

Dans les cas complexes, trancher entre la protection de la personne et la sauvegarde de son autonomie devient subtil. Alors, pour résoudre ce dilemme éthique, la réponse nécessitera une réflexion poussée et une intervention interdisciplinaire où les diverses disciplines impliquées dans le processus amorcent une discussion. Les divers points de vue, teintés par la formation professionnelle de chaque intervenant, alimentent la discussion : « C'est difficile lorsqu'il y a une vision différente de la situation par les divers intervenants impliqués, c'est-à-dire qu'il y a une tolérance différente aux risques possibles, probables, imminents qui est souvent teintée par la formation professionnelle de chacun. »¹⁷⁰

Nous recommandons fortement d'inclure l'ainé et ses proches dans la discussion interdisciplinaire. Corroborer avec un proche pour valider l'information obtenue suite aux évaluations est une étape qui nous paraît importante tant pour l'ainé que pour les évaluateurs¹⁷¹. De plus, comme le soulignent les auteurs Canuel *et al*, une telle corroboration permet de plus d'augmenter la fiabilité des évaluations aux yeux des juristes¹⁷².

Enfin, l'inaptitude résultant d'une même pathologie n'entraîne pas les mêmes conséquences d'une personne à une autre. Tout dépendamment de l'entourage de l'ainé, de son style de vie et des moyens compensatoires mis en place pour combler son inaptitude, cette dernière agira de manière à compromettre, ou non, sa santé ou sa sécurité. De là, les rôles du travailleur social et de l'ergothérapeute sont essentiels, car grâce à leurs évaluations, le médecin est capable de s'immerger dans la vie quotidienne de l'ainé et de se familiariser avec les activités domestiques qu'effectue le patient. Les évaluations doivent être le plus contemporaines possible : il faut éviter un gros laps de temps entre chaque évaluation, car l'aptitude peut changer avec le temps¹⁷³. Par la suite, en équipe interprofessionnelle (médecin, infirmière, travailleur social, ergothérapeute, personne âgée et ses proches), chaque personne amènera un point de vue différent et c'est aux professionnels de mitiger le pour du contre des aspects induisant, ou non, à l'inaptitude.

¹⁶⁹ Daniel Geneau, « [Évaluation clinique de l'aptitude chez la personne âgée](#) » (2005) 28:4 Objectif Prévention 20 à la p 21, en ligne : <<http://www.sepec.ca/inap.pdf>> (consulté le 25 mars 2016).

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Catherine Canuel, Yves Couturier et Marie Beaulieu, « Le rôle des proches dans le processus de détermination de l'inaptitude de la personne âgée en perte d'autonomie du point de vue des professionnels » (2010) 13 *Enfances, Familles et Générations* 97 à la p 107.

¹⁷² *Ibid* à lap 108.

¹⁷³ *Starson, supra* note 16 au para 118.

4. Âgisme et manque de temps : des obstacles à l'évaluation médicale

L'inaptitude s'inscrit dans un contexte social spécifique. Elle varie selon la pathologie, l'entourage et les moyens compensatoires mis en place. Donc, pour pouvoir porter atteinte à l'autonomie et à l'autodétermination, le médecin doit se méfier de certaines généralisations touchant les personnes âgées ainsi que du manque de temps.

A) L'âgisme

Lors de la vieillesse, le métabolisme ralentit, le nombre de neurones diminue dans le système nerveux, la presbytie apparaît et le système immunitaire s'affaiblit¹⁷⁴. Toutefois, une personne à un stade de vie avancé peut être encore lucide à exercer son autonomie et son autodétermination dans le cadre de sa vie quotidienne, pensons à Charles Aznavour qui performe des concerts à 92 ans. L'âge, à lui seul, ne fait naître aucune présomption d'inaptitude¹⁷⁵ :

We must be careful not to substitute suspicion for proof. We must not by an extensive doing so render it impossible for old people to make wills of their little worldly goods. The eye may grow dim, the ear may lose its acute sense, and even the tongue may falter at names and objects it attempts to describe, yet the testamentary capacity be ample.

Pour cela, les professionnels doivent éviter de présumer l'inaptitude en se basant principalement sur le grand âge de la personne¹⁷⁶. En 1969, le gérontologue Robert N. Butler a été le premier à utiliser et à décrire le terme « âgisme » comme étant un processus par lequel des personnes sont stéréotypées et discriminées en raison de leur âge. Voici un exemple d'âgisme relevé par le Dr Geneau lorsqu'une personne vient d'être hébergée en CHSLD¹⁷⁷ :

Une dame de 98 ans vient d'entrer en CHSLD. Il est bien indiqué au dossier qu'elle est lucide, bien orientée, aucun déficit cognitif n'est mentionné. Pourtant, lorsqu'est venu le moment de décider du niveau d'intensité du soin, par exemple veut-on que des procédures de réanimation soient tentées en cas d'arrêt cardiaque, on a fait signer la nièce. Quand j'ai questionné pourquoi on s'était adressé à la nièce, on m'a répondu « C'est la nièce qui s'occupe de sa tante, elle est la personne de référence, habituellement ce sont les familles qui décident ces choses-là ! ». On n'avait jamais

¹⁷⁴ Collège National des Enseignants de Gériatrie, *supra* note 3.

¹⁷⁵ *Laramée v Ferron*, [1909] 41 SCR 391 à la p 409.

¹⁷⁶ Conseil des aînés du Québec (Claudia Pilote), [Avis sur l'âgisme envers les aînés : état de la situation](#), mars 2010, en ligne : <http://www.agisme.fr/IMG/pdf/Avis_sur_l_agisme_envers_les_aines.pdf> [Conseil des aînés du Québec (Claudia Pilote)].

¹⁷⁷ Geneau, *supra* note 14 à la p 57.

demandé à la dame, on a présumé son inaptitude par le simple fait qu'elle était très vieille et hébergée.

Il a été documenté que de telles manifestations âgistes demeurent présentes et peuvent influencer les décisions des professionnels de la santé dans les organisations publiques de la santé et des services sociaux¹⁷⁸. Ces professionnels ont tendance à donner moins de traitements préventifs aux patients aînés, à traiter les personnes âgées de façon moins proactive et à les exclure des études cliniques¹⁷⁹. Dans un contexte d'évaluation de l'inaptitude, un tel comportement trouble la recherche d'un équilibre entre le besoin de protection et le respect des valeurs d'autonomie et d'autodétermination de l'aîné¹⁸⁰. Il importe alors de ne pas stigmatiser ou délaisser les personnes âgées en se basant sur leurs problèmes de santé et leur âge. Ces caractéristiques ne devront pas diminuer le temps consacré à leur évaluation pour aboutir à des conclusions générales et stéréotypées. Ceci implique une oblitération indue des droits fondamentaux d'autonomie et d'autodétermination.

B) La rapidité de l'évaluation

Outre le risque d'avoir une attitude paternaliste et un comportement âgiste, les médecins souffrent d'un manque de temps lorsqu'ils évaluent l'aîné¹⁸¹ :

Manque de communication. Manque d'écoute de la part de certains intervenants. Le contexte de travail en milieu hospitalier est souvent marqué par une pression du temps. Les interventions doivent être faites rapidement.

Ce témoignage relevé par le Dr. Dominique Giroux affirme la contrainte temporelle dont souffrent les professionnels de santé exerçant dans les milieux hospitaliers. La pression exercée sur ces derniers les pousse à procéder rapidement à des évaluations fort complexes¹⁸². Pour répondre à une demande croissante de patients, une chute ou une absence totale de

¹⁷⁸ Conseil des aînés du Québec (Claudia Pilote), *supra* note 176.

¹⁷⁹ Lagacé, *supra* note 8.

¹⁸⁰ Commission du droit de l'Ontario, « III. Combattre l'âgisme et promouvoir une égalité réelle pour les personnes âgées : élaboration d'une démarche fondée sur des principes » dans *Cadre du droit touchant les personnes âgées. Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques. Rapport final*, Toronto, avril 2012, 77, en ligne : <<http://www.lco-cdo.org/fr/nos-projets-en-cours/la-loi-et-les-personnes-agees/le-droit-et-les-personnes-agees-rapport-final-avril-2012/iii-combattre-lagisme-et-promouvoir-une-egalite-reelle-pour-les-personnes-agees-elaboration-dune-demarche-fondee-sur-des-principes/>> (consulté le 8 mai 2017).

¹⁸¹ Giroux, « L'évaluation clinique », *supra* note 158 à la p 44.

¹⁸² Dominique Giroux, Sylvie Tétreault et Marie-Pier Landry, « Evaluating Adult's Competency: Application of the Competency Assessment Process » (2015) 2015 Int J Alzheimer's Disease 1 à la p 4 [Giroux, Tétreault et Landry].

communication est notée dans les hôpitaux. Ceci est attribué à un manque de temps et à une surcharge de travail des professionnels. Voici quelques témoignages de personnes âgées dans un contexte de soins : « Ils sont toujours très occupés »; « Ouais, le matin on a dix minutes ... »; « On ne parle pas, les gens sont pressés, c'est attendre »; « ils ont pas la possibilité de parler beaucoup parce qu'ils sont vraiment trop surchargés de travail. Et ils peuvent pas rester longtemps »¹⁸³. Dans un autre projet de recherche axé sur la personne âgée au sein des CHSLD, les intervenants rapportent que le manque de temps et le manque de communication dans leur contexte de travail représentent une difficulté lors de l'évaluation de l'inaptitude des patients¹⁸⁴ :

La pression occasionnée par la pénurie et l'instabilité du personnel, la lourdeur de la clientèle et le peu de marge de manœuvre dans l'organisation des soins (ex. : les résidents doivent être lavés avant le dîner), se traduiraient pour le collectif de travail en un manque de temps chronique pour exécuter les choses et surtout les faire en respectant les désirs du résident et leur idéal de soins.¹⁸⁵

[nos soulignements]

Un enjeu éthique s'installe, celui de la reconnaissance sociale des aînés. Une personne a besoin d'être reconnue socialement, d'être écoutée et de se voir accorder du temps¹⁸⁶. Lorsque ce temps ne lui est pas consacré, son besoin de reconnaissance n'est pas comblé et le lien de confiance entre patient-médecin ne se développe pas. Ceci peut induire à une réticence de la part de l'aîné à coopérer lors de l'évaluation de son inaptitude.

De surcroît, les statistiques montrent que dans les établissements de soins de longue durée, la majorité des patients admis ont entre 65 et 90 ans¹⁸⁷. Ce large éventail d'âge fait naître un enjeu médical, car les médecins sont confrontés à des patients avec des vies et des antécédents médicaux très variés, qui ont comme seul point commun leur perte d'autonomie. Se

¹⁸³ Lagacé, *supra* note 8.

¹⁸⁴ Giroux, Tétreault et Landry, *supra* note 182 à la p 5; Roy, *supra* note 13 à la p 23.

¹⁸⁵ Institut de recherche Robert-Sauvé en santé et en sécurité du travail (IRSST), *L'approche relationnelle de soins dans les CHSLD : mieux comprendre son implantation et explorer son impact*, [Études et recherches-Prévention durables en SST et environnement de travail](#), Rapport R-857, Montréal, 2014 à la p 55, en ligne : <<http://www.irsst.qc.ca/media/documents/PubIRSST/R-857.pdf>>.

¹⁸⁶ Lagacé, *supra* note 8.

¹⁸⁷ Collège des médecins du Québec, [La pratique médicale en soins de longue durée. Guide d'exercice](#), Montréal, avril 2015 à la p 6, en ligne : <<http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2015-04-01-fr-pratique-medicale-en-soins-de-longue-duree.pdf>> : 59 % des personnes admises en CHSLD avaient plus de 80 ans entre 2011 et 2012.

prononcer sur le besoin de protection de chaque patient devient un processus délicat qui requiert une attention judicieuse et beaucoup de temps :

L'évaluation d'une personne âgée en perte d'autonomie demande plus de temps que celle d'un adulte en raison de sa complexité, des présentations atypiques des maladies et de l'état psychologique, cognitif et physique du patient âgé.¹⁸⁸

En bref, le médecin est considéré comme un *témoin privilégié*¹⁸⁹. Conséquemment, son examen doit être effectué avec rigueur et assiduité, car il a une valeur probante lors du processus d'évaluation de l'inaptitude¹⁹⁰. Sachant ceci, une situation où le médecin est dans l'impossibilité de prendre son temps lors de l'évaluation de l'inaptitude serait très préjudiciable pour l'ainé, car elle peut impliquer une restriction injustifiée à son autonomie et à son autodétermination.

5. Espace virtuel de discussion

Statuer sur l'inaptitude des personnes âgées est un processus complexe et personnalisé. De ce fait, les professionnels de la santé doivent s'interroger sur la justesse des évaluations effectuées. Une approche collaboratrice de prise de décisions médicales, sociales, éthiques et juridiques minimiserait grandement le risque de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'ainé. Un programme s'intitulant BRIGHTEN (*Bridging Resources of an Interdisciplinary Geriatric Health Team via Electronic Networking*) a été élaboré par l'Université Rush à Chicago¹⁹¹ pour traiter la dépression et l'anxiété chez les personnes âgées¹⁹². Pour ce faire, une équipe interdisciplinaire collabore virtuellement pour examiner les résultats des différentes évaluations, pour développer un plan de traitement et pour recommander le patient à la spécialité médicale appropriée¹⁹³. BRIGHTEN est ainsi une évaluation centrée sur le patient qui repose sur une communication interdisciplinaire et sur la planification d'un traitement d'une manière « virtuelle »¹⁹⁴.

¹⁸⁸ *Ibid* à lap 9.

¹⁸⁹ *McDermid v Howman-Trainor*, REJB 2003-45067 au para 32 (CS).

¹⁹⁰ *Ibid*.

¹⁹¹ Pamela H Mitchell *et al*, [Core Principles & Values of Effective Team-Based Health Care](#), Discussion Paper, Institute of Medicine of the National Academies, Washington (DC), octobre 2012, en ligne : <<http://nam.edu/wp-content/uploads/2015/06/VSRT-Team-Based-Care-Principles-Values.pdf>>.

¹⁹² [BRIGHTEN—ProgramHome](#), en ligne : <<http://brighten.rush.edu/en/Pages/ProgramHome.aspx>> (consulté le 11 juillet 2016).

¹⁹³ Erin E Emery *et al*, « The BRIGHTEN Program: Implementation and Evaluation of a Program to Bridge Resources of an Interdisciplinary Geriatric Health Team via Electronic Networking » (2012) 52:6 *The Gerontologist* 857, doi : 10.1093/geront/gns034.

¹⁹⁴ *Ibid*.

Subséquemment, un forum de discussion virtuelle, inspiré du modèle BRIGHTEN, où les professionnels peuvent débattre leurs idées, permettrait d'assurer une prise en charge complète et idéale de la personne âgée lors de l'évaluation de son inaptitude. Ceci prône un passage d'une évaluation multidisciplinaire vers une évaluation interdisciplinaire. La multidisciplinarité est un processus autonome où chaque professionnel est autonome et peut prendre des décisions indépendantes¹⁹⁵ alors que l'interdisciplinarité « permet l'intégration des actions des intervenants de la santé dans une approche globale et se caractérise par une plus grande interactivité et une véritable dynamique de groupe »¹⁹⁶. Dans un esprit d'interdisciplinarité, les professionnels devront être capables de surmonter les enjeux juridiques, éthiques et médicaux auxquels ils font face lors de l'évaluation de l'inaptitude de chacun de leurs patients. Qui plus est, un espace virtuel tient compte des contraintes géographiques et temporelles des évaluateurs.

Conclusion

« ... il est important de s'interroger sur le genre de société dans laquelle on vit et on veut vivre alors que de plus en plus de gens vont vivre de plus en plus vieux. Si on établit un standard trop élevé ou disproportionné, eu égard aux conséquences à peu près inévitables du vieillissement, cela signifie que la plupart des gens âgés finiront par être privés de leur autonomie. »¹⁹⁷

Les propos de la juge Le Bel confirment l'importance d'avoir une évaluation clinique médicalement, éthiquement et juridiquement adéquate. Dû au vieillissement de la population canadienne, ces évaluations seront de plus en plus nombreuses. Il est alors primordial de diminuer les failles de ce processus afin de réduire le risque de porter atteinte à l'autonomie et à l'autodétermination des aînés. La protection de la personne âgée en voie d'inaptitude fait naître des questionnements au niveau médical, éthique, social et juridique. Ainsi, la solution ne repose pas uniquement entre les mains du juriste, mais entre les mains du médecin, du travailleur social, de l'ergothérapeute et de tous les professionnels participant au processus d'évaluation de l'inaptitude. Inévitablement, ce processus nécessite la collaboration de ces divers professionnels¹⁹⁸. Dans une zone grise où

¹⁹⁵ Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Les équipes interdisciplinaires en oncologie. Avis*, Comité des équipes interdisciplinaires de lutte contre le cancer (CEILCC), [Direction de la lutte contre le cancer, Québec](http://www.msss.gouv.qc.ca/sujets/organisation/lutte-contre-le-cancer/documents/equipes_interdisciplinaires_avis_aout2005.pdf), août 2005 à la p 26, en ligne : <http://www.msss.gouv.qc.ca/sujets/organisation/lutte-contre-le-cancer/documents/equipes_interdisciplinaires_avis_aout2005.pdf>.

¹⁹⁶ Shahad Salman, « De certains enjeux en responsabilité médicale des oncologues : les décisions collectives dans le traitement individualisé du cancer » (2015) 45 RDUS 367.

¹⁹⁷ GD, *supra* note 53 au para 45, j Le Bel.

¹⁹⁸ Aubé, *supra* note 163.

l'inaptitude n'est pas claire et où la divergence de vision est grande, un forum de discussion entre les professionnels est fort pertinent. Dans ce forum, chaque intervenant apportera une intervention teintée de sa discipline et de son parcours professionnel¹⁹⁹. C'est la mise en commun des diverses interventions qui nourrira le dialogue dans l'espoir de trouver une solution qui statuera sur l'inaptitude d'une manière exacte, précise et juste, l'objectif étant d'amener la multidisciplinarité à l'interdisciplinarité²⁰⁰. Cependant, la réalité des établissements de santé ne permet pas toujours aux professionnels de procéder à des discussions approfondies en équipe interdisciplinaire²⁰¹. Chaque établissement a des réalités différentes en termes de temps, de ressources professionnelles et d'informations disponibles. Ceci limite la possibilité d'avoir une réunion dans un milieu physique pour discuter de l'inaptitude²⁰². Selon nous, la création d'un espace virtuel de discussion s'avère une solution envisageable pour résoudre les cas complexes d'inaptitude. Les professionnels pourront alors mettre en commun leurs remarques, argumenter et négocier sur cet espace virtuel²⁰³.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Giroux, « L'évaluation clinique », *supra* note 158 à la p 44.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Roy, *supra* note 13.