La détermination de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines : le défi du respect de l'autonomie

Marie Beaulieu* et Suzanne Philips-Nootens**

Introduction 145

I. Les pratiques des différents professionnels confrontés à la détermination de l'inaptitude de la personne âgée 147

II. L'autonomie du juge, outil privilégié de sauvegarde de l'autonomie de la personne âgée 156

A. Le devoir d'intervention du juge 157

B. Le juge face aux préjugés touchant l'inaptitude de la personne âgée. 160

Conclusion 166

* Ph. D. Professeure titulaire, Faculté des lettres et sciences humaines, Université de Sherbrooke ; Titulaire, Chaire de recherche sur la maltraitance envers les personnes aînées ; <marie.beaulieu@usherbrooke.ca>.

** M.D., LL.B, LL.M. Professeure émérite, Faculté de droit, Université de Sherbrooke ; <suzanne.philips-nootens@usherbrooke.ca>.

INTRODUCTION

De très nombreux débats et écrits, notamment ceux du Barreau axés sur la protection des personnes vulnérables, et des décisions jurisprudentielles non moins nombreuses, ont déjà porté sur une des questions les plus délicates qui puissent toucher une personne dans sa communauté, à savoir le constat de son inaptitude à prendre soin d'elle-même et à administrer ses biens. Une des étapes les plus pénibles dans le cheminement d'une personne avancée en âge est de voir ainsi érodée, sinon réduite à néant, l'autonomie qui a jalonné son parcours de vie : vie personnelle, familiale, professionnelle s'il en est, vie sociale. Pour celle qui en est encore pleinement consciente, l'ouverture d'un régime de protection ou l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude constitue le deuil d'une partie d'elle-même.

Il n'est pas inutile de rappeler ici que la notion d'aptitude, même si elle n'est pas définie spécifiquement par le législateur, réside, au sens civil du terme, dans la possibilité d'exprimer une volonté saine à propos d'une décision particulière[1]. Son contraire, l'inaptitude, procède d'une impossibilité d'exprimer sa volonté en raison d'une altération des facultés mentales ou physiques et « l'affaiblissement dû à l'âge » en est une des sources mentionnées au *Code civil du Québec*[2]. Elle est une situation de fait, indépendante de la présence, ou non, d'un régime de protection[3]. Il faut éviter soigneusement de confondre inaptitude et perte d'autonomie physique, celle-ci devant avoir des répercussions sur le processus mental pour devenir source d'inaptitude au plan légal.

L'aptitude est présumée et c'est l'inaptitude qui doit être clairement établie par prépondérance de preuve, on ne le répétera jamais

1. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude : de l'expression de la volonté à sa mise en œuvre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 36.
2. Art. 258 C.c.Q.
3. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, par. 218.

assez. L'élément déclencheur susceptible de mener à des mesures de protection peut provenir de la famille immédiate, des proches, d'autres aidants, d'amis et il repose le plus souvent sur des constats très concrets dans la vie quotidienne.

Différents professionnels vont dès lors intervenir auprès de la personne âgée pour apprécier sa situation. Alors que leur démarche peut aboutir à l'intervention du tribunal, leur évaluation va inévitablement se voir colorée par leur formation et leur approche particulière. Trop souvent encore les professionnels se côtoient sans s'interroger sur leurs représentations réciproques du phénomène et sans en mesurer suffisamment les conséquences juridiques.

> Considérant la législation québécoise à propos des droits des personnes déclarées légalement inaptes, il appert que les conséquences sont lourdes pour la personne et sa famille. Bien que les intervenants soient davantage conscients de l'impact de cette décision sur la personne âgée, sur son entourage et sur l'ensemble de la société, ils doivent être davantage informés sur la législation et sur les droits civils.[4]

Une prise de conscience absolument fondamentale s'impose maintenant et doit désormais guider les interventions : un accent positif doit être mis sur l'autonomie résiduelle de la personne, les acquis qu'elle possède encore, les moyens qu'elle peut elle-même mettre de l'avant pour suppléer à certaines déficiences, et non plus sur le revers de la médaille, lesdites déficiences seules.

Dans le but de mieux comprendre le processus qui amène les intervenants à conclure à l'inaptitude de la personne âgée, nous avions réalisé voici quelques années un projet de recherche multidisciplinaire dont nous faisons état ci-après[5]. Dans un premier temps, nous traitons spécifiquement de la façon dont le respect de l'autonomie est mobilisé par les différents professionnels. Dans un deuxième

4. D. GIROUX, S. TÉTREAULT et L. LANGLOIS, « Aptitude de la personne âgée atteinte de déficits cognitifs à gérer sa personne et ses biens : situation actuelle au Québec », (2012-13) 68-69 *Revue canadienne de politique sociale* 133.
5. L'étude *Le champ conceptuel de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines* a été financée de 2003 à 2006 par le Fonds de recherche sur la société et la culture du Québec et réalisée par Suzanne Philips-Nootens, Marie Beaulieu, Yves Couturier, Robert Kouri et Lucie Laflamme des Facultés de droit et des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke. Elle a été soumise non seulement au Comité d'éthique de la recherche de l'Université de Sherbrooke, mais aussi à celui des différents centres de santé et de services sociaux où les participants furent recrutés.

temps, nous nous penchons sur les devoirs et pouvoirs du juge saisi d'une demande de mise sous protection, légale ou conventionnelle, quant à la sauvegarde de l'autonomie de la personne visée par la démarche.

I. Les pratiques des différents professionnels confrontés à la détermination de l'inaptitude de la personne âgée

Cherchant à mieux saisir et documenter les problèmes soulevés par l'évaluation de l'inaptitude des personnes âgées et les réponses données à cette question par les professionnels appartenant aux champs psychosocial, médical et juridique, notre étude a poursuivi trois objectifs généraux : (1) mieux comprendre l'évaluation de l'inaptitude de la personne âgée par les intervenants appartenant aux disciplines psychosociale, médicale et juridique ; (2) dégager ce qui pourrait constituer un terrain commun dans la recherche du meilleur équilibre possible entre le droit de la personne à l'autodétermination d'une part et le besoin de protection de cette même personne d'autre part ; et (3) procéder, dans une double perspective éthique et juridique, à une analyse critique des mesures prises par le législateur pour pallier l'inaptitude de la personne âgée. Nous anticipions proposer aux professionnels concernés une démarche reposant sur une compréhension mutuelle de leur façon d'évaluer l'inaptitude pour ensuite intégrer les diverses approches professionnelles afin de développer un modèle fonctionnel commun qui se serait situé au carrefour de leur discipline d'appartenance. Nos travaux nous ont plutôt amenés à reconnaître la diversité de savoirs intra et interdisciplinaires pour embrasser dans toute son ampleur le phénomène complexe de l'inaptitude. Nous avons interviewé 42 professionnels représentant les trois groupes d'acteurs (intervenants juridiques, psychosociaux et médicaux) engagés dans le processus de détermination de l'inaptitude, provenant de milieux de pratique variés (centres hospitaliers, CLSC, cliniques et bureaux privés) de diverses régions du Québec (Estrie, Montérégie, Montréal et Québec). Nos entretiens, en deux parties, ont permis d'abord d'aller cerner le fin détail de leurs actions, au moment de l'entretien d'explicitation[6], puis leurs représentations de la pratique, des personnes âgées, de leurs proches. Les professionnels ont offert une grande collaboration à cette étude, en la situant, entre autres, tel un défi sociétal de vieillissement de la population où

6. P. VERMERSCH, *L'entretien d'explicitation*, 7e éd., Paris, ESF Éditeur, 2011, 224 p.

la fréquence de ces situations sera vraisemblablement augmentée en raison du poids démographique des aînés.

> Puis, cela, il faut faire attention, aussi, parce que, justement, on est dans une population vieillissante, que les enfants ne se mettent pas à dire : bien ma mère elle ne sait plus ce qu'elle fait, mon père, il dépense son argent n'importe comment. Mon père, il a peut-être toujours économisé et puis là, il est rendu (rire) au stade où il a envie de la dépenser, puis de la dépenser sans trop regarder ! Cela veut-il dire qu'on est inapte ça ? (notaire)

Notre analyse ici présentée origine de la question suivante : comment, dans le cœur même de sa pratique, chaque professionnel compose avec le principe central, soit celui du respect de l'autonomie, et s'interroge non seulement sur la justesse de son évaluation, mais aussi sur les conséquences de ses recommandations ou décisions à la fois pour la personne ayant des pertes cognitives, mais aussi pour ses proches ? Volontairement, les propos de divers groupes de professionnels sont exposés sans pour autant les mettre en opposition[7].

D'emblée, la pratique de la détermination de l'inaptitude est posée comme une **responsabilité professionnelle** de haut niveau en raison non seulement de ce qu'elle implique en cours de processus d'évaluation pour la personne évaluée, mais surtout par conscience de la gravité des impacts de la mise en place d'un régime de protection dans la vie de la personne déclarée inapte. Deux intervenants psychosociaux en témoignent :

> C'est quand même assez grave d'enlever les droits des personnes. [...] Il faut être bien sûr dans le fond qu'on ne met pas quelque chose qui n'est pas nécessaire, tu sais. Donc, l'enjeu, ce pourrait être de la brimer cette personne-là si on n'a pas bien évalué. Brimer ses droits.

Pour mener à bien leur action professionnelle, une juriste expose comment il redouble de prudence « Puis regarde, avant d'ouvrir une curatelle à quelqu'un, c'est que je vais être certaine que

7. Pour un aperçu plus spécifique des enjeux en travail social, voir Y. COUTURIER, M. BEAUDRY, M. BEAULIEU et S. PHILIPS-NOOTENS, « Le travail social dans le processus interprofessionnel de détermination de l'inaptitude de la personne âgée », (2006) 124 *Intervention* 52-60. Pour un exposé sur les défis associés à la rencontre des professions, voir J. BÉLANGER et M. BEAULIEU, « L'évaluation clinique de l'inaptitude : des travailleurs sociaux et des médecins commentent le travail de l'autre et leurs espaces de rencontre », (2006) 124 *Intervention* 61-70.

cette personne-là, elle ne peut rien faire » et un juge témoigne de la gravité de ces actions « Moi je dirais que c'est parmi les plus importantes [décisions] qu'on peut avoir à prendre, parce que l'on n'a pas un droit de vie ou de mort, mais on a un droit de liberté et un droit de protection puis d'encadrement ». Trois médecins témoignent de l'unicité des décisions et de la gravité des gestes posés.

> C'est une décision grave et sérieuse, il faut regarder chaque cas en particulier. [...] C'est touchy [délicat] de dire maintenant que la valeur peut-être numéro un dans notre société, c'est notre droit à choisir, à décider pour nous-mêmes. Quand on enlève ce droit-là, il faut avoir de bonnes raisons. [...] On ne déclare pas inapte pour toutes sortes de raisons futiles. Je pense que ça prend des bonnes raisons avant de déclarer quelqu'un inapte... parce que c'est lourd en conséquences.

Bien que la question de l'autonomie soit au cœur de la déclaration de l'inaptitude, son énonciation pose son lot de difficulté. Ainsi, la **définition de l'autonomie** passe par une série d'évocations, allant de l'expression de la personne âgée (non seulement le fait de pouvoir dire, mais aussi d'être respectée dans ce dire), au pouvoir d'être entendue, au respect de la volonté de rester à domicile le plus longtemps possible en planifiant tout le soutien nécessaire, à la mise en place de moyens de pouvoir faire ce que la personne est capable de faire le plus longtemps possible, et surtout au fait de respecter le désir de la personne à vivre selon la continuité de ce qu'elle a été qui s'exprime, entre autres, par le respect de ses conditions de vie (ex. : maison sale). En voici quelques illustrations éloquentes :

> Ce n'est pas parce que les patients sont inaptes, qu'ils ne se rendent pas compte. On parlait des valeurs tantôt, une des valeurs qui doit rester quand un patient est inapte, c'est justement le respect de ce qu'il est capable de faire, bien on va lui laisser faire. (médecin) [...] On arrive, des fois, dans des situations où est-ce que les gens ont vécu toute leur vie : à manger dans la même assiette, à avoir le couteau rouillé sur la table, les souris qui se promènent, à peine du chauffage. Bien, ils ont toujours vécu comme cela là, tu sais. Alors, il faut faire attention parce que nos valeurs... C'est sûr là, on n'est pas sans être influencé, nous, par notre façon de voir les choses... (intervenant psychosocial).

L'**évaluation de l'autonomie** pose de nombreux défis cliniques. Comme l'évoque un juriste, il n'y a pas de seuil précis de l'inaptitude :

> S'il n'y a pas de contestation, il n'y a rien dans la loi qui nous dit le degré si minime soit-il d'incapacité qui devrait ou ne devrait pas mener à l'ouverture [d'un régime de protection] ou à l'homologation d'un mandat. À quelque part, nous, on est un petit peu en malaise face à cela... (greffier)

Pour la Dre Paule Hottin, gérontopsychiatre, 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, quoiqu'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 nuances[8].

Par exemple :

- Une patiente avec une déficience intellectuelle aura un faible pointage, pourtant elle a assez bien fonctionné toute sa vie et elle est apte.

- Une patiente ayant un delirium, c'est-à-dire un état confusionnel aigu secondaire à une condition médicale ou à la médication, aura un très faible pointage, pourtant il s'agit le plus souvent d'une condition réversible et la patiente sera par la suite apte.

- Ou, au contraire, la patiente ayant une démence frontale aura un très bon pointage puisque ces tests ne mettent pas en évidence certains déficits liés à cette condition, pourtant il est probable que la patiente soit inapte en raison de l'atteinte de son jugement, de sa capacité d'analyse et de raisonnement, de son manque d'autocritique.

8. G. BRAVO et R. HÉBERT, « Age – and Education – Specific Reference Values for the Mini-mental and Modified Mini-mental State Examination Derived from a Non-demented Elderly Population », (1997) 12 *International Journal of Geriatric Psychiatry* 1008-1018.

Néanmoins, notre étude a révélé que plusieurs professionnels s'appuient largement sur ces outils pour étayer le jugement clinique. Le Folstein, à notre grand étonnement, est utilisé par des professionnels de nos trois groupes de participants, soit des médecins, des intervenants psychosociaux, y compris des notaires dans leur pratique. À la lumière des limites ci-haut présentées, ce constat suscite des inquiétudes sur ce qui sera fait des résultats et de l'interprétation de ces tests et surtout sur leur poids dans ce qui sera conclu au sujet de la personne évaluée. Comment être assuré que tous les professionnels conservent une nécessaire appréciation critique de ces outils dans un contexte où ils n'ont pas nécessairement reçu la formation nécessaire à leur usage ? D'autres lecteurs, à la lumière de cette pratique répandue, peuvent néanmoins y voir un début de partage interprofessionnel, pourvu que des professionnels se mettent en dialogue autour d'un même matériau. Mais l'actuel contexte de pratique de détermination de l'inaptitude permet-il cela ?

Les conditions dans lesquelles est évaluée l'inaptitude d'une personne âgée et la prise en compte de handicaps physiques peuvent avoir un impact important sur les résultats de ladite évaluation : problèmes d'audition, réveil brusque après une sieste, changement récent dans l'environnement, attente prolongée...[9]. L'évaluation médicale repose sur l'appréciation de diverses composantes[10] : compréhension, appréciation, raisonnement, expression du choix. Les professionnels énoncent une série d'indices permettant de juger de la justesse de leur travail. Selon eux, une **bonne évaluation de l'inaptitude** repose sur : la relation ou le lien qui se crée entre le professionnel et la personne âgée, le temps consacré à l'évaluation (durée et nombre de visites), la précaution prise pour bien ancrer l'évaluation dans l'histoire de vie de la personne, la certitude d'avoir recommandé ce qu'il y a de mieux pour la personne dont l'inaptitude est évaluée, la certitude que la personne, tout comme ses proches, ont le sentiment de s'être rendus au bout des actions possibles et finalement, pour le professionnel lui-même, la capacité d'accepter que l'inaptitude n'est pas un concept entièrement objectivable. Les citations suivantes en illustrent quelques aspects :

9. G. LACOMBE, R. HÉBERT et R. CARRIER, « Évaluation clinique de la personne âgée », dans ARCAND-HÉBERT, *Précis pratique de gériatrie*, 3e éd., Edisem Maloine, 2007, chap. 7, p. 93-113.
10. S. PHILIPS-NOOTENS et P. HOTTIN, « Aspects juridiques. Évaluation de l'inaptitude », dans ARCAND-HÉBERT, *Précis pratique de gériatrie*, 3e éd., Edisem Maloine, 2007, chap. 58, p. 963-979.

> Ce n'est pas une difficulté, puis si on me disait : allez faire deux fois l'interrogatoire... Comme des fois, je l'ai faite ! Je suis allée une première fois, puis ça ne marchait pas parce que quelqu'un ne voulait pas me parler, je retourne une deuxième fois, ça ne « m'achale » [m'embête] pas ! (notaire) ... ne pas attribuer à la maladie les comportements habituels de toute une vie... (médecin)

Les notions de temps et de coûts s'articulent différemment selon les déterminants organisationnels de la pratique. Une médecin témoigne de pressions sociales reliées à l'usage judicieux des deniers publics, donc des ressources, qui peuvent teinter la pratique et, plus particulièrement, de la nécessité qu'elle a sentie de s'en émanciper afin non seulement d'avoir le sentiment de mieux pratiquer sa profession, mais aussi de mieux accompagner à la fois la personne âgée, mais aussi son entourage.

> Puis, disons qu'avant, j'étais... je me sentais très responsable face au système de santé, très responsable des coûts, pour qu'on n'abuse pas. Mais je m'en fous, je m'en fous, c'est la liberté ! Qu'il vienne à l'urgence 20 fois, que ça coûte 500,000 $, c'est fini. Aïe ! Je me suis chicanée avec des familles, je me suis fait de la peine, j'ai fait de la peine pour la rationalisation, pour que ce soit au meilleur coût possible. C'est fini, maintenant c'est la liberté ! (médecin)

Ces déterminants organisationnels sont aussi nommés par les autres professionnels, en particulier les intervenants psychosociaux qui œuvrent au sein du réseau de la santé et des services sociaux qui évoquent clairement le manque de temps à consacrer à ces dossiers. Cela peut avoir comme conséquence d'impressionnants délais qui ne sont pas sans conséquence pour la personne aînée en attente d'une possible protection contre elle-même ou autrui[11] ou encore, le sentiment pour le professionnel de devoir procéder rapidement dans l'appréciation de la situation, allant ainsi à l'encontre d'une des approches préconisées, soit celle de prendre le temps pour poser un jugement nuancé et arriver à des recommandations adaptées à la situation spécifique de la personne.

« C'est toujours la protection face à l'autonomie ! » (médecin) Rien d'étonnant, le nom des mesures légales l'évoque clairement, soit

11. Sont clairement énoncées des situations de maltraitance, en particulier d'exploitation financière.

des *mesures de protection*. En contexte d'évaluation de l'inaptitude, la valeur centrale de l'autonomie et du respect qu'elle évoque est idéalement équilibrée, mais souvent mise en tension, avec celle de la **protection** de la personne, de ses biens, de son entourage, de ses gestes pour l'ensemble de la société. « On ne remplit pas des papiers d'inaptitude parce que quelqu'un est inapte seulement, mais ... on remplit les papiers quand la personne est inapte et qu'elle a besoin de protection. » (médecin) Un médecin rappelle encore ici la subjectivité de la démarche « ... et puis la question de la protection, l'autonomie par rapport à la protection de la personne : les valeurs ! ... Il y a toujours la question de nos valeurs personnelles et des valeurs de la personne ». Au-delà des valeurs individuelles, de l'intrasubjectivité qui ne se traduit pas toujours par une intersubjectivité, la question de la sécurité demande une appréciation clinique réfléchie. Une neuropsychologue en témoigne :

> Mon premier critère c'est, quand j'ai le patient devant moi, c'est : quand il va partir, je vais me questionner à savoir s'il est en danger ou pas quand il n'y a personne avec lui. Quand quelqu'un est là, je ne peux pas me prononcer. Mais quand il n'y a personne, s'il n'y a personne avec le patient quand il est à la maison, sur la rue, n'importe où, mais qu'il est seul, est-ce qu'il est en danger pour x ou y raison ? C'est mon premier critère.

En fait, l'action professionnelle visant à déterminer l'inaptitude inclut *de facto* plusieurs actions liées à l'appréciation de la dangerosité de la personne. À cet effet, plusieurs exemples nous furent donnés au sujet de l'évaluation spécifique de la capacité à conduire. La tension se joue entre la possibilité de permettre à la personne de jouir le plus longtemps possible de sa liberté de déplacement et les enjeux de sécurité publique.

> Si on avait été juste lui et moi, je pense que je lui aurais laissé son permis de conduire pour faire son coin de rue, parce que je trouvais cela abominablement triste. Mais j'ai contrôlé mon comportement et j'ai dit à sa fille « Allez-vous laisser votre père conduire avec ce que vous avez vu ? ». Elle m'a dit « Non madame, je ne laisserai pas mon père conduire avec ce que j'ai vu ». (médecin)

Soucieux de leur **approche auprès de la personne évaluée**, les professionnels énoncent une série d'attitudes qu'ils mettent de l'avant dans leur approche. Le **respect** est sans conteste la méta-

valeur qui transcende la majorité des propos. Ce respect couvre l'intégrité de la personne, sa dignité, ses droits, ses volontés, etc. Les intervenants psychosociaux en témoignent ainsi : « Je te dirais que la première, c'est, sans hésitation, le respect. C'est le respect de la personne. Le grand respect du client » (intervenant psychosocial), « Le respect de l'autre – la personne, le respect des droits. » (intervenant psychosocial), « Tout en voulant respecter les volontés de ces gens-là. » (intervenant psychosocial). Les juristes traitent plus des précautions que permet la procédure ou encore de l'importance du choix langagier pour ne pas porter atteinte à la personne :

> C'est primordial de tout faire cela. La garantie procédurale, la façon de l'interpréter, c'est vraiment à la lumière de c'est quoi le meilleur intérêt, c'est quoi la protection maximale avant de... Il faut que cela soit respecté. (greffier) Tout cela rejoint la notion de respect de la personne âgée. J'ai des gens dans des centres qui sont venus témoigner devant le curateur public, puis la personne responsable du dossier, qui est avocate, au lieu de dire Madame, elle disait « l'inapte » devant le tribunal. Moi ça me rejoint, ça me dérange beaucoup. (avocat)

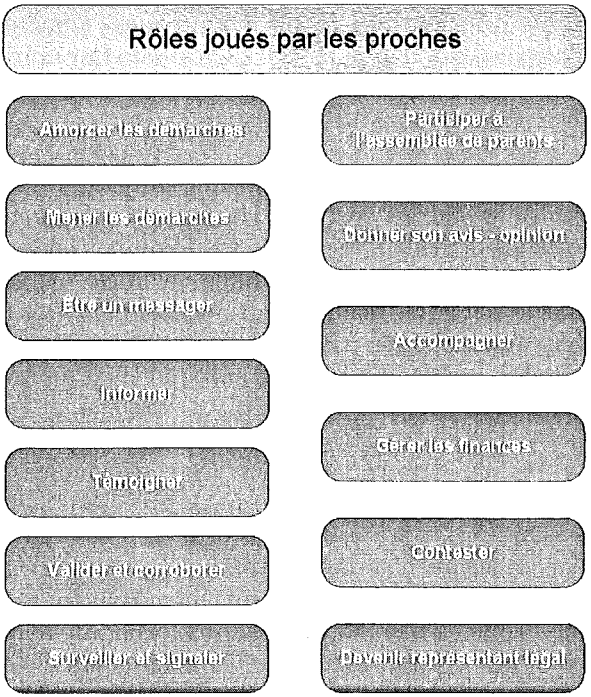
Et finalement les médecins déclarent « Il y a la volonté, le respect des volontés de la personne aussi ». Les autres approches préconisées dans le contact avec la personne évaluée sont l'importance de **recevoir la personne telle qu'elle est**, non seulement de l'**écouter,** mais aussi de l'**entendre** dans ce qu'elle souhaite, de l'**informer**, de la **rassurer** et finalement, d'**identifier ou bien cerner les zones où elle a besoin de protection.**

À partir de nos données, Catherine Canuel[12] a étudié le **rapport qu'entretiennent les professionnels avec les proches**. Son mémoire de maîtrise a permis de dégager ce que les professionnels font en présence des proches, mais aussi le rôle attendu de la part de

12. C. CANUEL, *Le processus de détermination de l'inaptitude : La place occupée par les proches de la personne âgée inapte*, Mémoire de maîtrise inédit en gérontologie, Université de Sherbrooke, 2008 ; C. CANUEL, Y. COUTURIER et M. 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 *Enfance, Famille, Générations* 97-115, accessible en ligne à <www.efg.inrs.ca> ; C. CANUEL, Y. COUTURIER et M. BEAULIEU, « Le rôle des professionnels à l'égard des proches lors de la détermination de l'inaptitude d'un aîné », chapitre 10 dans F. LE BORGNE-UGUEN et M. REBOURG (éd.), *L'entraide familiale : régulations juridiques et sociales*, Rennes, Presses universitaires de Rennes (France), 2012, p. 185 à 207.

ces derniers. Les 13 rôles joués par les proches (famille, amis, voisins) témoignent de l'importance de la mobilisation de l'entourage dans le processus.

FIGURE 1
Ensemble des rôles joués par les proches de la personne âgée tout au long du processus de détermination de l'inaptitude[13]



À travers ces divers rôles, les professionnels sont en mesure d'apprécier la justesse d'un proche pour jouer le rôle éventuel de curateur ou tuteur. Inversement, c'est aussi dans ce contexte qu'ils sont en mesure d'identifier les « proches-problèmes », soit des proches incapables de protéger une personne aînée en perte de capacité, voire potentiellement dangereuse pour son intégrité physique, psychique ou matérielle. Ces travaux ont permis de mettre en mot ce qui est souvent évoqué en sourdine, soit le fait que le processus de détermination de l'inaptitude d'une personne âgée comprend une dimension

13. Tirée de CANUEL 2008, *ibid.*, p. 88.

évaluative de l'adéquation de son entourage. Ainsi, l'appréciation de l'autonomie de la personne est placée dans un contexte plus global de soutien social dans lequel, le rappelle un notaire, c'est le point de vue de l'aîné qui doit primer : « Je leur ai dit : ... Je ne veux pas savoir ce que vous voulez. Je veux savoir, qu'est-ce qu'il veut, lui. ».

Implicitement ou explicitement, les professionnels rencontrés se montrent soucieux **des conséquences de leurs recommandations ou décisions**. Une réflexion s'instaure dès l'amorce du processus d'évaluation. « Est-ce que je suis en train de faire pire avec mon intervention et mes gros sabots ? » (intervenant psychosocial). Cette réflexion reste vive en cours de processus ou au moment de l'annonce.

> C'est toujours cette crainte-là, de nuire au patient, comme cette dame qu'on voudrait sortir de chez elle. Si on la sort... On ne peut pas la sortir de force... Elle va décompenser... » (médecin) Souvent, quand on dit aux familles qu'on est obligé d'aller en régime de protection, ça fait peur aux familles. Des fois, ça provoque une crise, on réussit à calmer, mais, des fois... Des fois, on pense aider, mais je ne suis pas sûre que c'est aidant. (intervenant psychosocial).

Pour certains, cette réflexion sur les conséquences taraude le professionnel même des années après que le processus soit complété.

> À cause du risque d'abus, tu es obligé de donner le grand coup. Là où ça brise le cœur. Et tu ne sais même pas toi-même si tu as raison. J'en ai eu des histoires comme cela... Celle que je garde en moi et qui m'a fait le plus de peine dans ma vie et que je ne sais toujours pas si j'ai eu tort. (médecin).

II. L'autonomie du juge, outil privilégié de sauvegarde de l'autonomie de la personne âgée

L'article 257 du *Code civil du Québec* énonce que toute décision relative à la protection du majeur « doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie ». François Dupin, à l'instar de Christian Brunelle[14], souligne, fort judicieusement selon nous, l'importance du terme « sauvegarde », beaucoup

14. C. BRUNELLE, « La dignité, ce concept juridique », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2008-2009, vol. 13, *Justice, société et personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, EYB2008CDD281.

plus fort, selon ces auteurs, que le simple « respect » de l'autonomie de la personne[15]. Le devoir du juge n'en est que plus considérable.

A. Le devoir d'intervention du juge

Dans sa sagesse, le législateur a fait du juge l'arbitre ultime de la sauvegarde de l'autonomie de la personne âgée, droit fondamental s'il en est : un constat d'inaptitude entraînant des mesures de protection la touche au plus intime d'elle-même en tant qu'être humain et sujet de droit[16]. Le magistrat, ou le notaire, reçoit certes les évaluations médicales et psychosociales des professionnels impliqués[17]. Mais la Loi lui prescrit en outre de se forger une opinion personnelle, donc de ne pas se fier aveuglément aux documents qui lui sont soumis ni de se contenter de trancher entre des expertises contradictoires[18]. Qu'il s'agisse d'une demande d'ouverture d'un régime de protection ou de l'homologation d'un mandat, à moins que ce ne soit manifestement déraisonnable en raison de l'état de santé de la personne visée[19], le juge doit interroger celle-ci, cette obligation étant, a dit et répété la Cour d'appel, d'ordre public[20] : il s'agit là d'une « garantie

15. F. DUPIN, « Autonomie et mandat de protection », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, EYB2010DEV1630, p. 5.
16. Nous n'abordons pas, dans le présent texte, la vaste question des requêtes en autorisation de traitement ou d'hébergement pour fins de traitement, dans laquelle la préservation de l'autonomie est aussi au cœur des débats. Voir notamment, sur le sujet, A. RAINVILLE et M.C. LAFLEUR, « L'absence de mécanismes 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 la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, EYB2011DEV1735, p. 8-11.
17. Sur le sujet, voir notamment H. GUAY, « Quelles sont les responsabilités des intervenants qui réalisent les diverses évaluations en milieu de santé ? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Responsabilités et mécanisme de protection*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 181 ; A.M. VEILLEUX, « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, EYB2012DEV1825, p. 9 et s.
18. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude : de l'expression de la volonté à sa mise en œuvre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 77.
19. Art. 878, 884, 884.4 C.p.c. E. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 606-607, nos 692-693.
20. *Québec (Curateur public)* c. *C.G.*, 2012 QCCA 1064, AZ-50863235 : de plus, si l'interrogatoire n'a pas lieu, le juge doit en préciser le motif (par. 2) ; *J.C.* c. *Québec (Curateur public)*, 2010 QCCA 1113, AZ-50644395 (par. 7-10). Dans ces deux arrêts, la personne visée n'était même pas présente à la Cour et aucune preuve n'a été faite d'un quelconque empêchement en raison de son état de santé. François

procédurale fondamentale liée au respect de la dignité de la personne »[21]. Une entente entre les parties visant à ne pas faire comparaître la personne visée « ne suffit pas à mettre de côté l'exigence de la faire entendre »[22].

Cet interrogatoire, outre le fait qu'il permet à la personne de s'exprimer directement, peut éventuellement permettre au magistrat de déceler le caractère disproportionné de la demande par rapport à ce que lui-même perçoit de l'autonomie encore présente de la défenderesse[23]. Il peut aussi, le cas échéant, l'éclairer sur les conflits familiaux qui se révèlent trop souvent à cette occasion et sur la présence d'intérêts moins avouables[24].

Puisque l'aptitude se présume, en cas de doute sur la preuve de l'inaptitude, le juge se doit de donner préséance à l'autonomie de la personne âgée et donc de refuser l'ouverture du régime. Ou encore, il peut « fixer un régime différent de celui dont on demande l'ouverture », car il n'est pas lié par la demande[25]. En effet, « toute décision relative à l'ouverture d'un régime de protection [du majeur...] doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauve-

---

Dupin dénonce « l'absence systématisée d'interrogatoires » dans certains districts lorsque ce sont les greffiers qui sont saisis de la demande : « Autonomie et mandat de protection », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, EYB2010DEV1630, p. 7 ; E. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 604, nº 688. Certains auteurs avaient autrefois contesté cette obligation en l'absence, simplement, d'opposition de la part de la personne : voir notamment P. LAMARCHE et Y. PÉPIN, « Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant », dans *Actes du Congrès 1994, un nouveau code civil, un nouveau contrat social ?*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1995, p. 128. Or, la personne âgée est particulièrement vulnérable, elle peut être dans l'ignorance totale des procédures à effectuer, n'ayant jamais eu à faire de telles démarches, ou dans l'incapacité physique de le faire et être ainsi démunie face à la demande des proches si ceux-ci s'entendent tous pour demander sa mise sous protection ou l'homologation du mandat.

21. *Québec (Curateur public)* c. *C.G.*, 2012 QCCA 1064, AZ-50863235 (par. 5) et *J.C.* c. *Québec (Curateur public)*, 2010 QCCA 1113, AZ-50644395, par. 10 : « sa violation affectera la validité de la procédure entreprise et du jugement en découlant ».
22. *G.N.* c. *E.L.*, 2012 QCCS 5601 (jugement rectifié), AZ-50911136 (par. 64).
23. Dans *Lévesque* c. *Ouellet*, [1990] R.J.Q. 2607 (C.S.), le juge a l'impression que l'inaptitude de madame n'est pas aussi importante que ce qu'en dit le rapport du psychologue et il n'hésite pas à demander lui-même une évaluation supplémentaire.
24. *M.R.* c. *K.M.*, 2008 QCCS 3545, AZ-50505958 : madame souffre certes d'un trouble émotionnel en raison du conflit avec et entre ses enfants, mais ses facultés cognitives sont encore bien présentes et elle est encore capable de prendre ses propres décisions.
25. Art. 268 C.c.Q.

garde de son autonomie »[26]. Une des enfants d'une dame de 97 ans demande l'ouverture d'un régime de protection pour sa mère. Celle-ci, lors du rapport de la première ergothérapeute, est perturbée par le décès de son mari et son installation dans une résidence ; elle a de plus des problèmes avec son appareil auditif. Mais 10 mois plus tard, dans des circonstances plus favorables, le rapport d'une autre ergothérapeute conclut que madame « présente les capacités physiques et cognitives pour gérer sa personne » avec une aide partielle, tout en ayant besoin d'accompagnement pour la gestion de ses biens[27]. De plus, dit le juge, « Mme C... a témoigné à l'audience et j'ai été impressionné par les capacités de cette dame de 97 ans : sa présence en Cour confirme les forces et les faiblesses que nous exposent les deux ergothérapeutes »[28].

L'homologation d'un mandat d'inaptitude donnant pleins pouvoirs au mandataire alors que le mandant n'est que partiellement inapte, a soulevé les passions juridiques[29]. La Cour d'appel, en 2009, a clairement pris position en faveur du respect de l'autonomie de la personne[30], livrant ainsi, dit éloquemment François Dupin, « un arrêt audacieux dans lequel elle se substitue carrément au législateur, qui a résisté aux appels tant de la doctrine que de la jurisprudence, afin d'aplanir les difficultés engendrées par l'identité hybride du mandat de protection »[31]. Dans cette cause, la défenderesse contestait et son

26. Art. 257 C.c.Q.
27. *B. (L.)* c. *C. (La.)*, EYB 2013-221826 (C.S.), par. 13.
28. *Ibid.*, par. 14. En raison des conflits familiaux, le juge nomme le curateur public tuteur aux biens. *Québec (Curateur public)* c. *L. (I.)*, EYB 2012-210073 (C.S.) : le régime de curatelle est remplacé par un régime de tutelle en raison du retour à une inaptitude partielle seulement (par. 40 et 42).
29. Pour l'homologation dans de telles circonstances, voir notamment M. BEAUCHAMP, « Commentaires sur la décision *P. (L.) Re* », dans *Repères*, avril 2005, *La référence Droit civil*, EYB2005REP339 ; G. GUAY, « Conseils pratiques concernant la prise d'effet du mandat en cas d'inaptitude partielle », (2004) 13:3 *Entracte* 13 ; avec les adaptations nécessaires : J. LAMBERT, « Commentaire sur la décision *P. (L.)* c. *H. (F.)* – Inaptitude partielle et mandat de protection : une incompatibilité insurmontable ? », dans *Repères*, juillet 2009, *La référence Droit civil*, EYB2009REP850 et les références y citées. *Contra* : F. DUPIN, « Autonomie et mandat de protection », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, EYB2010DEV1630 ; L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude : de l'expression de la volonté à sa mise en œuvre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 109-112.
30. *L.P.* c. *F.H.*, EYB 2009-158975 (C.A.), accueillant l'appel de EYB 2008-143339 (C.S.).
31. F. DUPIN, « Autonomie et mandat de protection », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, EYB2010DEV1630, p. 1.

inaptitude et l'homologation du mandat dans lequel elle donnait pleins pouvoirs à la mandataire même si elle n'était pas alors totalement inapte. Pour la Cour, la volonté de la personne doit pouvoir s'exprimer non seulement lors de la rédaction de son mandat, mais aussi lors de la demande d'homologation[32], et le juge de première instance n'a pas, en l'espèce, tenu compte alors de l'opposition de la dame. Or, dit la Cour par la voix du juge Robert, « Je suis d'avis que la volonté exprimée par l'appelante dans le mandat du 9 mai 2002 ne peut prendre le pas sur son autonomie résiduelle et que cette dernière par l'homologation soit réduite à néant [...] »[33].

B. Le juge face aux préjugés touchant l'inaptitude de la personne âgée

Le champ de l'inaptitude est fertile en préjugés aussi répandus que tenaces. Ne pas y céder requiert non seulement pour tout intervenant, mais aussi pour tout citoyen, un constant travail sur soi-même et sur ses réactions spontanées. Le juge lui-même, arbitre ultime, doit garder toute son objectivité pour préserver au maximum l'autonomie de la personne âgée.

Nous venons de voir comment les différents professionnels saisissent et font leur la notion d'inaptitude. Malgré leur compétence et leur dévouement, ils peuvent se laisser influencer par des préjugés ou des facteurs qu'ils estiment défavorables, par un désir excessif de protection, ou encore avoir été indûment poussés à « rentabiliser leur prestation de services », comme le soulignent fort à propos Lyse Gautier et Marielle Pauzé au sujet des travailleurs sociaux[34]. Nous

32. *L.P.* c. *F.H.*, EYB 2009-158975 (C.A.), par. 38.
33. *Ibid.*, par. 40. Dans le même sens : *G.N.* c. *E.L.*, 2012 QCCS 5601 (jugement rectifié), AZ-50911136. P. DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 4. Dans le contexte de la sauvegarde de l'autonomie, Gérard GUAY, « Problématiques et nouveautés quant à la protection des personnes vulnérables », (2012) *C.P. du N.* 155, EYB2012CPN96, p. 4, met en garde contre la confusion entre la perte d'autonomie physique évaluée par les professionnels de la santé et l'inaptitude partielle au sens juridique du terme. Mais il nous semble quelque peu excessif de réserver celle-ci aux situations dans lesquelles « la personne peut voir seule à tous les aspects de la protection de sa personne ».
34. Dans leur excellent article, plein de nuances et de sensibilité : « L'évaluation psychosociale dans le cadre des régimes de protection : l'acceptation de la solitude des choix difficiles pour le travailleur social », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, EYB2012DEV1827.

illustrons ici, à l'aide de quelques exemples tirés de la jurisprudence, certaines situations qui doivent inciter à la prudence, mais sans prétendre aucunement à une analyse exhaustive[35].

De par son tempérament même ou en raison d'un **ralentissement naturel dû à l'avance en âge**, la personne peut ne plus répondre aux exigences d'une vie moderne plutôt trépidante sans être pour autant inapte. Ainsi, elle « peut fonctionner à l'intérieur de tâches à sa portée, avec un support familial ou professionnel et le respect d'un rythme qui lui est propre. Le mode de fonctionnement d'une personne entre donc en contradiction avec certaines valeurs sociales telles la rapidité et l'efficacité. Elle peut « faire bien », mais plus lentement et moins à la fois »[36]. Il importe aussi de tenir compte des conditions dans lesquelles s'est faite l'évaluation, la personne âgée étant particulièrement sensible aux perturbations de son environnement[37]. Emmanuelle Bernheim approfondit de façon intéressante la notion d'égalité réelle dans notre société : « la participation des personnes vulnérables aux décisions les concernant impose la reconnaissance et l'acceptation inclusives de la différence »[38].

L'âgisme, néologisme introduit dans les années 1960 par Butler[39] qui décrit alors le processus systématique de production de stéréotypes et de discrimination contre des gens parce qu'ils sont âgés (notion variable s'il en est[40]), est de plus en plus répandu. L'âgisme se manifeste en dépit de l'évolution des connaissances liées à la diver-

35. Pour de nombreux exemples dont certains sont repris dans les lignes qui suivent, voir notamment L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude : de l'expression de la volonté à sa mise en œuvre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 36-43 et 52-70 et les références y citées.
36. *M. (L.)* c. *M. (J.)*, EYB 1996-85427 (C.S.).
37. Voir plus haut, section A, *B. (L.)* c. *C. (La.)*, EYB 2013-221826 (C.S.) ; *Québec (Curateur public)* c. *L. (I.)*, EYB 2012-210073 (C.S.), par. 33 : Madame « fonctionne mieux en début de journée mais de moins en moins bien au fur et à mesure que la journée avance ».
38. E. BERNHEIM, « Repenser la vulnérabilité sociale en termes d'égalité réelle : une contribution des droits de la personne », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2012)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, EYB2011DEV1739, p. 4.
39. R. BUTLER, « Age-Ism, Another Form of Bigotry », (1969) 9 *The Gerontologist* 243-246.
40. La catégorie personne « âgée » touche indistinctement toutes les personnes de 65 ans et plus et devient ainsi de plus en plus inadaptée. On oublie trop souvent de préciser que seulement 8 % environ des personnes âgées vivent en institution de santé : M.J. KERGOAT et J. LÉGARÉ, « Aspects démographiques et épidémiologiques du vieillissement au Québec », dans ARCAND-HÉBERT, *Précis pratique de gériatrie*, 3e éd., Edisem-Maloine, 2007, chap. 1, p. 7.

sité des parcours individuels et collectifs de vieillissement[41]. Souvent mis en parallèle avec le sexisme ou le racisme, l'âgisme s'en distingue, car il porte sur une caractéristique non pas extrinsèque – tel le sexe ou la race – à la personne, mais bien intrinsèque à celle-ci, soit le vieillissement inéluctable à tout un chacun. L'âgisme dépasse la simple dimension individuelle pour s'inscrire dans des perspectives sociale, politique et économique. Ses manifestations sont paradoxales. Comme toute généralisation, l'âgisme fait en sorte de considérer comme homogènes tous les individus de 65 ans et plus, niant par le fait même la grande diversité des parcours individuels dans ce groupe d'âge qui s'étend de l'âge auquel les gens ont droit aux prestations fédérales de retraite (65 ans) à celui des centenaires, soit une période pouvant couvrir plus de 35 ans. Pourtant, nous viendrait-il à l'idée de considérer comme semblables des gens de 25 ans et de 60 ans (il s'agit bien pourtant de la même différence de 35 ans) ? Heureusement, des juges n'ont jamais hésité à reconnaître la validité de mandats faits par des personnes très avancées en âge. Dans la cause *R. (G.)* c. *R. (A.H.)*, par exemple, concernant le premier mandat fait par une dame alors âgée de 89 ans, « tous les témoins s'entendent pour affirmer qu'avant son hospitalisation de juillet 1990, l'intimée était alerte pour son âge, lucide et autonome, et rien dans la preuve ne permet de prétendre qu'elle n'était alors « pas apte à s'obliger »[42].

Les difficultés de la personne âgée dont on évalue l'aptitude à administrer ses biens peuvent être dues à **un manque de formation ou, tout simplement, d'expérience dans le domaine visé**. Dans la décision *G.D.* c. *R.D.*, la juge fait un constat philosophe : « 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 décisions »[43]. Le fait qu'une femme âgée éprouve des difficultés

41. Le vieillissement n'est pas un état mais bien un processus qui est conditionné à la fois par des déterminants sociaux et historiques (tel le fait d'avoir vécu au temps d'une guerre par exemple) et individuels (scolarité, parcours en emploi, santé, etc.).
42. *R. (G.)* c. *R. (A.H.)*, EYB 1995-94348 (C.S.). Il en va de même pour un monsieur tout aussi âgé dans *S.M. (R.)* c. *B. (J.)*, REJB 2000-17186 (C.S.), confirmé par REJB 2000-21683 (C.A.). Voir également plus haut, la dame de 97 ans qui a impressionné le tribunal.
43. *G.D.* c. *R.D.*, 2006 QCCS 1862, *sub nom. D. (G.)* c. *D. (R.)*, EYB 2006-103624 (C.S.), par. 44.

peut s'expliquer aussi par le fait que le mari décédé assumait toutes les démarches de nature économique du ménage et qu'elle n'avait jamais eu même à signer un chèque[44]. La même explication peut s'appliquer, pour un homme particulièrement, aux activités de la vie quotidienne. Lorsqu'une travailleuse sociale juge un monsieur de 85 ans inapte à assurer sa subsistance et requérant un régime de protection, elle méconnaît cette réalité : curé retraité, ce monsieur ne savait pas cuisiner tout simplement parce qu'il n'avait jamais eu à le faire et il y a d'autres moyens pratiques de combler cette lacune[45] !

Le quotient intellectuel lui-même peut être en cause sans justifier pour autant l'ouverture d'un régime ou l'homologation du mandat : « Bien qu'une personne soit déficiente intellectuelle, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, elle peut avoir assez d'autonomie pour ne pas avoir besoin de protection parce qu'elle comble elle-même ses besoins »[46].

Le handicap physique, compagnon trop fréquent du vieillissement, voit le doute sur l'aptitude mentale de celui qui en est atteint croître à la mesure de son importance, et plus encore s'il affecte la capacité de s'exprimer. Une des illustrations les plus percutantes est sans doute celle de l'astrophysicien Stephen Hawking, tout déformé, cloué dans un fauteuil et contraint de s'exprimer via un ordinateur d'où s'élève une voix métallique. « Les gens, dit-il, sont fascinés par le contraste entre mes capacités physiques très limitées et la nature extrêmement étendue de l'univers que j'étudie. »[47]

L'hébergement, en raison de son environnement et du fait que l'on retrouve dans les institutions de plus en plus de personnes avec de graves déficits, ne manque pas de susciter la méfiance. Or, même si un régime de protection a été ouvert, le maintien de l'autonomie reste primordial. Dans la cause *Curateur public du Québec* c. *I.L.* touchant une dame hébergée à la suite d'un accident cérébro-vasculaire, la curatelle est remplacée par une tutelle dont est chargé le curateur public : « Madame L. elle-même, assistée par son entourage et par l'équipe de soins, est tout à fait capable de faire ses choix, de décider

44. *Lévesque* c. *Ouellet*, [1990] R.J.Q. 2607 (C.S.).
45. *G.D.* c. *R.D.*, 2006 QCCS 1862, [2006] R.J.Q. 1442.
46. *M. (L.)* c. *M. (J.)*, EYB 1996-30557 (C.S.).
47. <http://www.lapresse.ca/sciences/201201/06/01-4483464-lastrophysicien-stephen-hawking-defie-la-science.php>. Son handicap à lui n'est pas lié à l'âge mais à la maladie.

elle-même ce qu'elle veut ou ne veut pas et de manifester ses préférences et ses besoins. »[48].

Le volet de **la maladie mentale** présente à l'évidence des défis particuliers, en raison notamment des limites inhérentes à notre compréhension du fonctionnement de l'esprit humain et aux préjugés tenaces, presque instinctifs, éprouvés à son égard. On ne le répétera jamais assez, ce n'est pas la maladie elle-même qui importe, mais bien ses répercussions sur les facultés de la personne. Il est primordial de tenir compte du caractère évolutif de ces affections, notamment les maladies neurologiques progressives et les démences, dont la maladie d'Alzheimer, et des effets des traitements. « Very few diagnosed conditions automatically imply incompetence [...] neither the diagnosis of schizophrenia, nor the identified psychopathology of « thought disorder » [..], souligne Bruce Quarrington[49]. Les différents stades de la maladie d'Alzheimer, par exemple, illustrent bien la prudence dont il faut faire preuve. Une fois le diagnostic établi, le juge répondra négativement à une demande de protection si celle-ci est prématurée. L'inaptitude de la personne doit s'apprécier au moment de la demande et non par anticipation. Une personne peut être, aux stades un et deux de cette maladie, encore parfaitement apte à poser un acte juridique[50]. Dans une autre cause, une dame âgée de 85 ans en est, selon l'expertise très nuancée de la neuropsychologue, aux stades 3 à 4 de la même maladie. La travailleuse sociale conclut, pour sa part, à une inaptitude totale. La dame impressionne néanmoins le juge Dumas par sa présence d'esprit, « ce qui est tout à fait contraire à ce qu'annonçaient les procédures »[51]. Reconnaissant avoir besoin d'assistance et de conseils pour la gestion de ses biens, mais refusant d'être « placée », elle demande au juge de ne pas homologuer son mandat et d'ouvrir plutôt un régime de protection approprié : le magistrat accède à sa demande et la pourvoit d'une tutelle. Une autre personne

48. *Québec (Curateur public)* c. *L. (I.)*, EYB 2012-210073 (C.S.), par. 50. Le constat du juge porte tant sur les soins que sur les diverses activités de loisirs.
49. B. QUARRINGTON, « Approaches to the Assessment of Mental Competency », (1994) 15 *Health L. Can.* 35, 36.
50. Dans la cause *P. (L.)* c. *H. (F.)*, EYB 2009-158975 (C.A.), madame, atteinte de la maladie d'Alzheimer, n'est que partiellement inapte. Sur ladite maladie, voir notamment S. GAUTHIER et J. POIRIER, « Maladie d'Alzheimer », dans ARCAND-HÉBERT, *Précis pratique de gériatrie*, 3e éd., Edisem-Maloine, 2007, chap. 16, p. 257, notamment les stades cliniques aux p. 262-265. Les mêmes questions se posent à propos de la validité des testaments : voir notamment C. MORIN, « Règles et outils pour apprécier la capacité de tester », dans Collection Blais, vol. 11, *Liquidation des successions : variations sur un thème*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, EYB2011CBL43.
51. *A. (T.)* c. *B. (L.)*, EYB 2012-205486 (C.S.), par. 13.

peut être maniaco-dépressive, mais contrôler elle-même très bien sa maladie[52], ou encore atteinte d'un trouble schizoaffectif sans perdre pour autant les moyens de se gouverner elle-même[53].

Un **refus de traitement ou d'intervention**, jugé nécessaire pour la personne, soulève aussitôt la question de son aptitude à prendre une telle décision et les experts seront rapidement consultés pour qu'elle soit évaluée[54]. La littérature, à notre connaissance, ne relève aucun cas où l'aptitude d'une personne âgée a été mise en doute pour avoir accepté sans réserve les soins et traitements qui lui étaient proposés, à supposer même que ceux-ci n'eussent pas été dans son meilleur intérêt. Or, consentir à une atteinte à son intégrité est la décision la plus intime qui soit et c'est bien là le dernier refuge de l'autonomie. Les tribunaux l'ont bien compris lorsqu'ils ont établi, voici près de vingt ans, que l'inaptitude à consentir à des soins médicaux doit s'évaluer différemment de l'inaptitude donnant ouverture à un régime de protection[55].

La **surestimation du besoin de protection** de la part des proches et de certains professionnels peut teinter les évaluations professionnelles. L'on souhaite certes prémunir la personne âgée ou malade contre les risques inhérents à la vie quotidienne, contre les risques d'abus réels ou potentiels, contre elle-même en raison des décisions qu'elle pourrait prendre, et s'assurer qu'elle est en sécurité et bénéficie des meilleurs soins. Mais l'on craint aussi de se sentir responsable en cas d'accident. Prendre des décisions à sa place finit alors par sembler naturel. On évalue alors trop souvent l'inaptitude à accomplir des tâches fonctionnelles de la vie quotidienne, mais non celle à prendre des décisions, à résoudre les problèmes liés à ces activités[56]. Or, une personne apte, quel que soit son âge ou son état, a parfaitement le droit de prendre des risques en toute connaissance de cause. Un juge a déjà décidé qu'un individu paraplégique, en chaise roulante, avait le droit de vivre dans son chalet assez éloigné, car il en

52. *M. (L.)* c. *M. (J.)*, EYB 1996-30557 (C.S.).
53. *Québec (Curateur public)* c. *G. (J.)*, EYB 2009-164826 (C.S.) : la demande de tutelle aux biens et à la personne présentée par le Curateur public est refusée.
54. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, par. 228.
55. Dans l'arrêt de principe *Institut Philippe-Pinel de Montréal* c. *A.G.*, [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.).
56. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude : de l'expression de la volonté à sa mise en œuvre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 38 et s.

comprenait bien les risques et assumait son mode de vie[57]. De quel droit donc dénierait-on à une personne âgée lucide le droit de prendre des risques en assumant le mode de vie qui lui convient ?

On ne répètera jamais assez les éléments suivants quand il s'agit de mesurer le degré d'autonomie d'une personne âgée :

- Ce qui importe est le processus mental suivi par la personne et non la décision elle-même.

- Chez une personne ayant des déficits cognitifs, ceux-ci doivent interférer avec sa compréhension de la problématique, son processus décisionnel et sa capacité à exprimer sa volonté pour la rendre inapte à consentir à prendre une décision à un moment donné.

- L'inaptitude peut varier dans le temps.

- L'inaptitude peut varier en fonction de la gravité et de la complexité de la décision à prendre.

- Les instruments d'évaluation sont généralement trop imprécis pour déterminer véritablement la compréhension, l'appréciation, le raisonnement et l'expression d'un choix par la personne.[58]

CONCLUSION

Les pratiques de détermination de l'inaptitude posent des questions spécifiques à chacun des professionnels engagés dans son processus, que ce soit dès l'initiation d'une demande d'évaluation jusqu'à la mise en place d'un régime de protection en tenant compte de ses diverses conséquences positives ou restreignantes dans la vie des personnes âgées et de leurs proches. Nos travaux initiés il y a 10 ans ont permis de rencontrer des professionnels réflexifs sur leur pratique, composant souvent aisément mais parfois difficilement avec les incertitudes entourant la justesse de leurs actions professionnelles. L'évolution des pratiques au cours de la dernière décennie, dont l'adoption d'un acte réservé d'évaluation psychosociale pour les

57. *Centre hospitalier de Chandler* c. *C.C.*, [2000] R.J.Q. 1159, REJB 2000-17538 (C.S.).
58. S. PHILIPS-NOOTENS et P. HOTTIN, « Aspects juridiques. Évaluation de l'inaptitude », dans ARCAND-HÉBERT, *Précis pratique de gériatrie*, 3e éd., Edisem Maloine, 2007, chap. 58, p. 963-979.

travailleurs sociaux et les divers dispositifs de formation et d'accompagnement-conseil mis en place entre autres par l'Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec, nous amènent à émettre le souhait de réaliser une nouvelle recherche-action en temps réel sur le suivi de diverses situations. Nous pourrions ainsi mieux comprendre, au-delà d'un discours *a posteriori* que nous avons amassé il y a quelques années, les défis inhérents et les modes de solution envisagés dans la détermination de l'inaptitude. Cette étude pourrait encore mieux nous aider à baliser les espaces disciplinaires propres et les espaces partagés entre professionnels visant le mieux-être de personnes vulnérables. Le dernier mot est laissé à un de nos participants « Notre travail en collaboration avec les spécialistes, quant à moi est important ! » (Juge)

Volume 378

LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES

SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE

Barreau du Québec

ÉDITIONS YVON BLAIS

© 2014 Thomson Reuters Canada Limitée

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peut être tenu responsable de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Les opinions exprimées ainsi que l'exactitude des citations et références dans ces textes relèvent de la responsabilité exclusive de leur(s) auteur(s).

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada accordée par l'entremise du Fonds du livre du Canada (FLC) pour nos activités d'édition.

Dépôt légal : 1er trimestre 2014
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN: 978-2-89635-761-1

THOMSON REUTERS

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

C.P. 180 Cowansville
(Québec) Canada
J2K 3H6

Service à la clientèle
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : (450) 263-9256
Site Internet : www.editionsyvonblais.com