

## LES ÉVOLUTIONS DE LA RECONNAISSANCE DES (IN)CAPACITÉS JURIDIQUES : UNE COMPARAISON FRANCE-QUÉBEC

[Benoît Eyraud](#), [Audrey-Anne Dumais Michaud](#), [Simon Saint-Onge](#), [Paul Véron](#)

La Documentation française | « [Revue française des affaires sociales](#) »

2020/4 | pages 129 à 152

ISSN 0035-2985

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
<https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2020-4-page-129.htm>  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour La Documentation française.

© La Documentation française. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

## **Les évolutions de la reconnaissance des (in)capacités juridiques : une comparaison France-Québec**

Benoît Eyraud, Audrey-Anne Dumais Michaud,  
Simon Saint-Onge et Paul Véron<sup>1</sup>

1. L'ordre de présentation a été défini par les auteurs.

## RÉSUMÉ

Les travaux comparatifs sur les enjeux de santé et de protection sociale ont développé des modèles concernant l'organisation sociopolitique de l'État social, prenant en compte notamment le coût des prises en charge des personnes vulnérables. Peu se sont en revanche intéressés à la place des droits civils et politiques dans la comparaison.

Au-delà de l'augmentation du nombre de mesures de contraintes légales dans de nombreux pays occidentaux, la reconnaissance des (in)capacités juridiques soulève la question des répercussions que peuvent produire des situations de handicap, de dépendance ou de maladie sur l'exercice par les personnes vulnérables de leurs droits. Elle révèle plus largement les tensions concrètes produites par la coexistence d'idéaux difficiles à articuler, comme ceux d'autonomie et de protection ou de solidarité et de liberté.

Cet article entend comparer de manière sociohistorique l'évolution des modes de reconnaissance des (in)capacités juridiques en France et au Québec. Il éclaire la place prise par des acteurs et savoirs « experts » dans l'évaluation clinique des (in)capacités ainsi que celle d'experts internationaux des droits humains en dégageant les éléments saillants de trois modes de reconnaissance des (in)capacités. Il met en perspective les articulations et tensions contemporaines entre le souci clinique pour les personnes vulnérabilisées et celui du respect de leurs droits.

## ABSTRACT

### **Expertise in Legal (in)capacity? A Comparison between France and Quebec**

Comparative studies on health and social welfare issues have led to the development of models pertaining to the socio-political organization of the welfare state, especially ones that take into account the cost of caring for vulnerable people. Few, however, have focused on the place of civil and political rights in their comparisons.

Beyond the increase in the number of legal constraints in many Western countries, recognizing legal (in)capacity raises the question of the repercussions that situations of disability, dependency or illness can have on vulnerable people's ability to exercise their rights. More broadly, it reveals the very real tensions resulting from the coexistence of ideals that are difficult to articulate to one another, such as autonomy and protection, or solidarity and freedom.

This article draws a socio-historical comparison of the evolution of modes of recognition of legal (in)capacity in France and in Quebec. It sheds light on the role of "expert" actors and knowledge in the process of clinically assessing (in)capacity, as well as on that of international human rights experts, by highlighting the salient elements of three modes of recognition of (in)capacity. It puts into perspective contemporary connections and tensions between clinical concern for vulnerable people and respect for their rights.

À la mémoire d'Anne Saris,

## Introduction<sup>2</sup>

Les travaux comparatifs sur les enjeux de santé et de protection sociale ont développé des modèles concernant l'organisation sociopolitique de l'État social, prenant en compte notamment l'économie des prises en charge pour faire face aux différentes vulnérabilités. Peu se sont en revanche intéressés à la place des droits civils<sup>3</sup> dans la comparaison. Ce manque d'intérêt est d'autant plus étonnant que les conditions d'exercice des droits civils peuvent avoir un impact important sur les politiques sociales, à travers notamment les usages sociaux et juridiques des mesures de « contrainte légale » (tutelle, curatelle, internement psychiatrique). Cette question de la place des droits civils dans la protection sociale est d'autant plus importante dans un contexte sociétal paradoxal, se caractérisant d'un côté par la réaffirmation normative de l'autonomie des personnes vulnérables et l'importance de respecter leur consentement, et de l'autre par une augmentation importante du recours aux mesures de contraintes légales. Pour éclairer ce paradoxe, et plus généralement l'effet des droits civils sur les politiques sociales, l'enjeu de la reconnaissance des (in)capacités juridiques apparaît déterminant. Cette reconnaissance se situe en effet à l'articulation de l'appréhension de « la personne » d'un côté, et des modalités sanitaires et sociales de son traitement de l'autre, et implique différents types d'expertises, notamment juridique, médicale, mais aussi sociale, dont l'influence varie selon les contextes et les époques. Cet article a pour objectif de participer à la construction du problème social de la reconnaissance des (in)capacités juridiques, en même temps qu'il entend décrire les différentes influences d'experts participant à cette construction.

## Le problème de la reconnaissance juridique de la capacité à exercer ses droits

La capacité est une notion centrale des droits civils. C'est un terme polysémique désignant aussi bien des aptitudes concrètes de personnes humaines à réaliser des actes que, dans un sens proprement juridique, la reconnaissance par le droit d'un pouvoir d'agir. Elle fonde le pouvoir de la personne de décider pour elle-même dans tous les domaines de la vie sociale. La question de la reconnaissance

2. Cet article a été initié par les discussions menées avec Anne Saris. Sa disparition au printemps, suite à une longue maladie, nous a remplis d'une immense tristesse. Elle n'a pas pu relire ces pages que nous lui dédions.

3. Nous utilisons le terme de « droits civils » dans une acception souple, comprenant aussi bien ce que les juristes académiques en France nomment « le droit civil », ou ce que la tradition anglo-saxonne nomme « civil rights ».

juridique de ces capacités fait l'objet d'évolutions historiques importantes et varie selon les traditions juridiques. La manière d'établir cette reconnaissance peut se faire *a priori*, c'est-à-dire que la preuve de cette reconnaissance est établie par « présomption »<sup>4</sup>, ou *a posteriori*, c'est-à-dire qu'elle est établie par une évaluation. Comment s'articulent ces modalités de reconnaissance ? La capacité à exercer ses droits doit-elle être évaluée ? Si oui, quels sont les outils développés pour cela ? Quels sont les acteurs amenés à développer ces outils et quelles influences ont-ils sur les politiques publiques, notamment sanitaires et sociales ? Traiter ces questions conduit à faire place aux enjeux d'expertise à double titre : d'une part au niveau des modalités de spécialisation des évaluations cliniques, à travers notamment leur adossement à des savoirs scientifiques ; d'autre part au niveau de la capacité que différents acteurs ont à se faire reconnaître comme experts des « capacités juridiques » au niveau des politiques publiques<sup>5</sup>.

Ces questions se posent dans un contexte de recompositions fortes des formes de reconnaissance des (in)capacités juridiques. Dans les traditions juridiques modernes, civilistes ou de *common law*, la capacité est classiquement présumée pour les personnes majeures, ce qui garantit l'autonomie et la liberté des individus. En même temps, ces traditions prévoient que cette présomption peut être défaite notamment pour des motifs de santé mentale, de vieillissement ou de handicap. Des procédures d'évaluation sont alors prévues qui varient, en fonction notamment de l'influence de différents types d'experts (médecins, juristes, travailleurs sociaux...), selon les périodes, les traditions juridiques, ou les domaines. Or, ces évaluations sont aujourd'hui contestées. Le comité onusien des droits des personnes handicapées, interprétant les dispositions de la Convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH), considère en effet qu'il n'est pas possible d'évaluer « objectivement les capacités » et exige en conséquence que les États parties à cette convention abolissent ces « systèmes légaux de prise de décision substitutive » (Observation générale n° 12), et reconnaissent ainsi ce que la rapporteuse spéciale de l'ONU sur les droits des personnes handicapées nomme, après des juristes internationaux, la « capacité juridique universelle » (ONU, Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, 2018). Certes, cette interprétation est loin de faire l'unanimité. Ainsi, des débats existent au niveau international entre des

4. Dans le dictionnaire juridique de l'association Henri Capitant, la technique de la présomption est définie comme l'absence d'expertise pour établir un fait juridique.

5. La question de l'expertise fait l'objet classiquement d'une littérature importante en sciences sociales et juridiques, se situant à l'articulation des enjeux cliniques et politiques. Mentionnons succinctement quelques ressources utiles. Les dernières décennies ont été marquées par l'intervention accrue d'experts dans la sphère juridique (Habermas 1973 ; Encinas de Munagorri, 2002) conduisant certains analystes à considérer que l'expertise est de l'ordre d'une nouvelle source du droit (Lasserre, 2015). En sciences sociales, de nombreux travaux se sont intéressés à la place des experts dans le monde médical (Dodier, 1993), ou médico-légal (Juston, 2015), celui du droit (Dumoulin, 2007), du handicap ou de l'action sociale (Barreyre, 2004). Ces travaux portent notamment une attention particulière aux enjeux de spécialisation des experts. L'expertise « médico-légale » fait par ailleurs l'objet historiquement de discussions nombreuses, et notamment de critiques provenant des sciences sociales. La question de la scientificité de l'avis expert est posée, au regard de la subjectivité des décisions et de l'expression d'opinion plutôt que de l'apport de preuves (Poupart *et al.*, 1982 ; Houssin, 2013). En particulier, l'autorité des psychiatres dans des procédures judiciaires ou médico-administratives étant notamment de plus en plus fortement contestée (Lézé, 2008 ; Protais, 2016).

experts de différentes disciplines, des juristes de droit international, des médecins psychiatres, des travailleurs sociaux, des experts d'usage (Eyraud, Minoc, Hanon, 2018). Ces débats ont un écho assez différencié dans les contextes domestiques, et ne font l'objet, d'une manière générale, que d'une faible réception parmi les professionnels du soin et de l'accompagnement, ou par les théoriciens de l'accès aux droits et des politiques sociales. Ils ont cependant une relative influence au niveau de l'action publique et des évolutions législatives. Ainsi, des projets de réforme, en France comme au Québec, justifient des évolutions de leur droit des (in)capacités par le souci d'une mise en conformité ou du moins d'un respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés en droit international. Dans ce contexte, la comparaison entre les traditions française et québécoise est particulièrement intéressante en ce qu'elle permet de faire ressortir des convergences et des divergences dans la prépondérance de certaines disciplines scientifiques dans le temps, dans la persistance des rivalités entre savoirs médicaux et savoirs juridiques, ou encore l'influence d'une référence internationalisée aux droits humains.

## Une mise en perspective des influences sur les modes de reconnaissance des (in)capacités

Pour éclairer cet enjeu de la reconnaissance des (in)capacités juridiques, nous proposons d'en établir des modalités à partir d'une enquête articulant histoire conceptuelle et sociale (Kosellek, 2005). L'étendue des dispositions juridiques et de leurs évolutions dans les matières qui concernent les droits des (in)capacités est grande. Au regard de l'ambition de ce que serait une véritable histoire socio-conceptuelle des (in)capacités juridiques, nous nous limitons dans cet article à analyser des évolutions législatives ayant plus spécifiquement un impact sur les politiques sanitaires et sociales.

### LES POLITIQUES SANITAIRES ET SOCIALES CONCERNÉES

[ENCADRÉ 1]

La reconnaissance de la capacité juridique a des effets sur de nombreux secteurs de l'action publique, tout particulièrement dans les domaines sanitaires et sociaux. Prenant un cadrage temporel long, il n'est pas possible de délimiter l'ensemble des politiques concernées par la reconnaissance de la capacité juridique, ni de décrire exhaustivement les dispositions relatives aux capacités juridiques dans les traditions civiles et de protection sanitaire et sociale en France et au Québec. Nous nous concentrons plus spécifiquement dans l'article sur les législations relatives à deux dispositifs de reconnaissance des (in)capacités, à savoir les tribunaux civils et les établissements sanitaires psychiatriques, dans lesquels s'est problématisée la question de l'évaluation des (in)capacités. De ce fait, ces législations ont un impact direct sur les politiques publiques relatives à la « protection des majeurs » d'une part, à la « psychiatrie » d'autre part. Elles ont aussi des effets sur les politiques relatives au handicap et à la dépendance.

Nous dessinons ainsi une esquisse du problème social de reconnaissance des (in)capacités en identifiant des séquences socio-historiques caractérisées par différents modes de reconnaissance. Ceux-ci sont constitués par la place variable donnée à l'évaluation selon l'influence d'experts provenant des mondes du droit, de la santé, de l'action sociale, et de l'activisme.

Le premier mode se caractérise par la place importante prise par une profession et par un type de savoir spécifique sur l'évaluation des (in)capacités, à savoir celui des médecins aliénistes. Il renvoie à une séquence historique au cours de laquelle se sont mises en place des modalités médico-administratives d'évaluation parallèlement à la création d'un statut spécifique pour des « incapables ».

Un second mode est marqué par une volonté d'individualisation des évaluations des (in)capacités des personnes vulnérabilisées sans qu'aucune expertise ne parvienne à en revendiquer le monopole. Nous montrerons que cette séquence est marquée par des différences significatives entre la France et le Québec, la tradition française mettant davantage en avant le souci de protection, alors que l'émergence du langage des droits de la personne est prégnante au Québec.

Enfin, nous souhaiterions ouvrir quelques perspectives d'analyse sur le mode « universalisant » de reconnaissance des capacités, affirmé très fortement par les experts internationaux des droits humains des personnes handicapées, se traduisant par une critique des formes expertes d'évaluation et une certaine radicalisation des droits des personnes vulnérabilisées.

## **La présomption de capacité et l'expertise médicale**

Dans un premier temps, nous décrivons le régime de la présomption de capacité et ses exceptions dans la tradition de droit civil. Nous présentons la place prise à partir du XIX<sup>e</sup> siècle par le savoir d'un groupe spécifique d'experts, les médecins aliénistes, dans l'évaluation des (in)capacités. Ce savoir se diffuse à travers une action publique spécifique, le développement d'établissements hospitaliers soumettant leurs résidents à un statut particulier. Le succès des établissements hospitaliers spécialisés conduit à ce que les dispositions médico-administratives d'évaluation, réalisées par les médecins aliénistes, supplantent les dispositions civiles. Cette « captation médico-administrative » est commune à la France et au Québec. Cependant, une instance hybride, le curateur public, est mise en place exclusivement au Québec, s'expliquant notamment par la double influence des traditions anglaise et française sur ce territoire.

### ***Le principe de présomption de capacité et ses exceptions***

La capacité juridique est une notion de droit qui traduit le pouvoir reconnu à des personnes d'exercer des droits dans leur vie civile et sociale. Dans les traditions

de droit romain ou d'Ancien Régime, de multiples dispositions permettent d'élargir ou réduire cette capacité<sup>6</sup>. La santé, le handicap, la dépendance, sont notamment des critères justifiant des limitations de la capacité à agir. Les critères prévus par le droit positif (fureur, sénilité, imbécillités...), qui permettent d'ouvrir une mesure de protection, évoluent peu dans le temps. Avec la période moderne apparaît une « présomption » de capacité, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'expertise nécessaire pour établir l'état d'une personne par rapport à ses droits. La formulation d'une égale présomption de capacité, préparée dans les droits d'Ancien Régime, est codifiée dans le droit civil français en 1804 : à 21 ans, « on est capable de tous les actes de la vie civile » (Article 489 du Code Napoléon : France 1804)<sup>7</sup>. Elle s'accompagne d'un maintien des exceptions liées aux incapacités concrètes des personnes. Le Code civil français, comme un peu plus tard le Code civil québécois, reprend les catégories médico-légales classiques « d'imbécillité, démence et fureur » (Code Napoléon 1804 ; Code civil Québec 1866 article 325). Les deux codes ajoutent également le critère de prodigalité ; seul le code français inclut les critères d'oisiveté et d'intempérance. Le processus d'évaluation des (in)capacités dans la procédure civile est peu précisé, aucun examen spécialisé (médical ou autre) n'étant explicitement requis. Les proches, à travers le conseil de famille et les juges judiciaires (de paix et de grande instance) sont amenés à établir l'altération des facultés mentales. En France comme au Québec, les dispositions prévues pour la protection des majeurs renvoient à celles des mineurs<sup>8</sup>. Il s'agit notamment de « prendre soin » de la personne, mais aussi de décider d'éventuelles restrictions à la liberté d'aller et venir, à travers le choix du lieu de traitement. Pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle et une grande partie du XX<sup>e</sup>, le recours à ce droit commun des incapacités est resté peu fréquent. Deux raisons majeures expliquent ce phénomène. La première raison est que les mesures tutélaires ont une visée principalement patrimoniale et présuccessorale (Gotman, 1995), et la procédure d'interdiction est coûteuse. Seules les familles ayant un patrimoine important à préserver ont alors recours à cette procédure. Une majorité de la population n'est de fait, sinon de droit, pas concernée. La seconde raison relève directement de l'émergence d'une autre instance « médico-légale » amenée à supplanter de fait les procédures ordinaires de droit civil.

### ***La captation de l'évaluation des (in)capacités par l'expertise aliéniste***

Cette nouvelle instance médico-légale émerge à la croisée du développement d'asiles d'aliénés et d'un droit spécial régissant ces institutions. Elle provient de

6. Dans ces deux traditions, la présomption de capacité peut être remise en cause pour un certain nombre de raisons, liées au statut des personnes, comme pour les femmes mariées, mais aussi à leur état de santé.

7. Elle est également explicitée au moment de la codification du droit civil au Québec, cette codification étant principalement inspirée par l'exemple français (Article 324 du Code civil du Bas Canada, 1866 : « à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile »).

8. De manière intéressante, on peut constater que le terme de « tutelle » n'était, dans un premier temps, utilisé que pour les mineurs dans le contexte québécois ; le Code civil québécois utilisant alors le terme de curatelle pour évoquer des mesures de « représentation », et celui de conseil judiciaire pour évoquer les mesures d'assistance et de contrôle ».



l'affirmation d'un nouveau type d'expertise par des médecins bientôt dits « aliénistes » (Castel, 1976). Dans le contexte français, présenté souvent comme précurseur de la médecine aliéniste, le pouvoir donné aux asiles psychiatriques est débattu dès ses origines. Des juristes contestent ces nouvelles prétentions médicales à expertiser aussi bien la responsabilité pénale que la capacité civile des citoyens présentant des troubles (Regnault, 1834). Plusieurs médecins aliénistes, notamment Falret, Ferrus, Faivre et Esquirol sont invités à proposer une réforme et leur vision l'emporte à travers la loi du 30 juin 1838, qui est connue sous le nom de loi Esquirol, qui prévoit notamment un certificat médical obligatoire « constatant l'état mental de la personne à placer » (article 8 de la loi du 30 juin 1838) au moment de l'entrée dans l'établissement. L'évaluation de cet état mental repose sur les savoirs de la médecine aliéniste mais n'est que peu régie par des procédures. Ce certificat est suffisant pour donner pouvoir aux autorités asilaires, médecins et responsables administratifs, tout autant sur « les biens » que sur « la personne des internés ». L'incapacité relève directement du statut administratif de la personne internée, mais elle n'est pas pleinement reconnue tant qu'elle n'est pas aussi prononcée par un juge judiciaire. La saisine de ce juge n'est en rien obligatoire. Dans les faits, elle est très rare, l'administration provisoire des biens des internés étant assurée sous la direction d'une commission médico-administrative des asiles.

Dans le contexte québécois, le développement de l'expertise de médecins aliénistes et de cette instance « médico-légale » d'évaluation est plus progressif. Le Québec n'a pas connu une loi séminale comme celle de 1838. L'organisation des asiles s'y fait de manière plus lente. Du côté francophone<sup>9</sup>, le pouvoir des communautés religieuses y est très prégnant (Boudreau 1984 ; Perrault et Thifault, 2012). Le problème du financement des établissements est premier par rapport aux procédures régulant le placement et le traitement des personnes, de nombreuses lois adaptant tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle « le dispositif d'affermage », instauré au début du XIX<sup>e</sup> siècle, qui allouait aux établissements une somme annuelle fixe pour chacun des patients hébergés<sup>10</sup>. Ce système fait l'objet de critiques provenant de médecins qui déplorent leurs conditions de travail, mais aussi les procédures d'admission et de traitement dans ces établissements (Tuke, 1884). Plusieurs lois, en particulier celle de 1879 sur les asiles d'aliénés, et celle de 1885, dite loi Ross, précisent les conditions d'admission, les procédures de contrôle du gouvernement, et finalement la constitution d'un Bureau médical dirigé par un surintendant à l'intérieur des asiles<sup>11</sup>. Ce bureau détient alors la responsabilité de l'entrée et de la sortie des personnes internées, de même que de la dispensation des traitements (Mayer, 2002). Il doit rendre des comptes au gouvernement pour chaque malade interné,

9. De fait, la communauté anglophone du Québec a développé son propre réseau de soins en bâtissant le Protestant Hospital for the Insane en 1881. Contrairement aux établissements francophones, cet asile n'était pas dirigé par une organisation religieuse. Cette volonté de distinction de la communauté anglophone serait en réaction au « retard » de la recherche scientifique et au conservatisme caractérisant les pratiques francophones.

10. Un juge de paix, assisté d'un médecin ou d'un chirurgien, doit s'assurer de l'état d'un détenu dans l'attente d'un procès, et le détenu devra être envoyé à l'asile s'il est estimé ne pas être apte à tenir son procès. Ces asiles sont tenus de ne recevoir des malades que si ceux-ci ont fait l'objet d'un certificat médical.

11. Ces « superintendants » ressemblent davantage à l'organisation existante dans les asiles des provinces anglophones qu'à l'organisation française. L'influence de la tradition anglo-saxonne de la *parens patriae* sur ces législations demeure toutefois incertaine. Pour une discussion, voir Morin, 1990.

concernant notamment la gestion de leurs biens. Si ce bureau médical est d'abord mal reçu, il s'impose progressivement, et ses pouvoirs continuent à s'accroître (Forget, 2005). Il est notamment amené à fournir des certificats d'incapacité aux familles des malades qui souhaitent agir à la place de leur proche hospitalisé, qu'il monnaye (5 dollars par certificat). La création du curateur public au Québec, par des lois successives en 1938 et 1945<sup>12</sup>, constitue une évolution spécifique et durable de cette organisation institutionnelle, marquant une relative restriction du pouvoir médical au profit d'une institution civilo-administrative spécifique. Le « curateur public » est doté de pouvoirs sur les biens et la personne des patients internés dans les asiles, qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure d'interdiction, et ne doit rendre des comptes qu'au « procureur général du Québec ». L'instauration du curateur public ne transforme cependant pas la procédure d'évaluation des incapacités des personnes. Les formulaires d'admission à l'hôpital psychiatrique constituent une preuve pour donner pouvoir au curateur public d'exercer des droits en représentation de la personne.

Cette première séquence « socioconceptuelle », recouvrant l'ère des « asiles d'aliénés », est marquée par l'affirmation d'une prépondérance des savoirs psychiatriques, et par un mode statutaire de régulation et d'évaluation des (in)capacités dans lequel les règles de droit commun d'évaluation des (in)capacités sont éclipsées par des dispositions juridiques spécifiques encadrant la limitation de la liberté d'aller et venir de personnes considérées comme aliénées. Si l'influence française est indéniable dans la codification des dispositions civiles communes du droit des (in)capacités, elle semble en revanche plus indirecte dans l'édification du régime des hôpitaux psychiatriques, où les rivalités entre communautés anglophone et francophone semblent pour partie déterminer l'impact de groupes d'influence différents (médecins *versus* communautés religieuses) dans l'action publique.

## L'introuvable expertise individualisée

Avec la critique de l'institution asilaire, les évolutions sociodémographiques et le développement des outils de la protection sociale, un autre mode de reconnaissance des (in)capacités juridiques s'élabore en France comme au Québec à partir des années 1960. Il est structuré par un objectif d'individualisation des (in)capacités se situant au carrefour de la politique de désinstitutionnalisation psychiatrique et du développement de politiques sanitaires et sociales. Les formes concrètes prises par ce nouveau mode d'évaluation des (in)capacités marquent des réticences institutionnelles fortes à un tel idéal dans le contexte français, et une certaine pluralisation des cadres d'évaluation dans le contexte québécois.

12. Les raisons de la création du curateur public sont peu documentées par les archives. Sa position institutionnelle est très proche des formes de *guardian and trustee office* existant alors dans d'autres provinces canadiennes et dans des provinces et pays influencés par les traditions juridiques britanniques.

## ***Une individualisation médico-centrée et à visée protectrice dans le contexte français***

Dans le contexte français, la réforme du droit civil et de la loi de 1838 en 1968 joue un rôle central. Commentant cette réforme dont il a été le porte-plume, J. Carbonnier précise « qu'il fallait arriver à une législation où à chaque malade sa dose de capacité peut être prescrite sur ordonnance du médecin » (1971). Revenons un moment sur les modalités et la mise en œuvre de cette réforme pour comprendre la place prise par cet objectif d'individualisation de l'évaluation des (in)capacités.

### **Un objectif de « prescription de capacité »**

La réforme de 1968 est issue de débats relatifs aux évolutions des dispositions protectrices du Code civil (Savatier, 1959), de la loi de 1838 sur les asiles d'aliénés, et s'inscrit à la suite de la loi de 1966 sur les tutelles aux prestations sociales. Le groupe de travail préparant la réforme de 1968, dans lequel étaient présents deux médecins psychiatres, a commencé par dissocier les évolutions relatives à l'internement psychiatrique et celles relatives aux mesures de protection du Code civil<sup>13</sup>. La loi abroge la mise sous administration provisoire systématique des personnes internées à l'hôpital psychiatrique et rompt de fait la captation médico-administrative de l'évaluation des (in)capacités existant sous la loi antérieure. Ce faisant, elle officialise la dissociation des instances civiles et médicales pour ce qui concerne l'évaluation des capacités à consentir à un soin en santé mentale et maintient un double régime d'évaluation, selon qu'une personne exerce ses droits à la santé, ou ses autres droits.

Elle simplifie les dispositions relatives à l'accès au juge des tutelles, nouvellement créé, et prévoit une forme mixte d'évaluation médicale, impliquant si besoin un médecin spécialiste à côté du médecin traitant, évaluation qui n'est cependant pas obligatoire si la demande d'ouverture d'une mesure de protection repose sur des motifs dits sociaux (oisiveté, intempérance ou prodigalité).

Elle prévoit également des modulations des régimes de protection par les juges qui sont censées pouvoir aménager de manière proportionnelle le besoin de protection (Geffroy et Bellec, 1974). Cette loi de 1968 connaît un succès d'usage indéniable : près de 10 000 mesures civiles sont ouvertes dès 1969 ; 30 000 mesures par an dans les années 1980. On pourrait considérer que ce succès d'usage répond aux objectifs initiaux du législateur qui voulait créer un véritable « service public de la tutelle ». Ce succès est considéré quelques décennies plus tard comme « une dérive » par différents rapports publics.

13. Il faut attendre la réforme de 1990 de l'hospitalisation psychiatrique pour que les conditions d'internement soient réformées, sans qu'aucun lien avec les mesures de protection civile ne soit plus établi.

## Une absence de spécialisation des évaluations

Les orientations de la réforme n'ont de fait pas conduit à un développement d'une véritable expertise individualisée des (in)capacités. Aucun décret ni aucune administration ne sont venus organiser les modalités d'évaluation. Il reste possible, après la réforme de 1968, de demander l'ouverture d'une mesure de curatelle sans évaluation spécialisée ; aucune disposition juridique ne précise alors ce que doit être une évaluation de la capacité juridique. La place de savoirs alternatifs au savoir médical, comme celui du travail social ou des proches n'est pas évoquée. Si les travailleurs sociaux jouent un rôle central dans l'exercice des mesures, ils ne sont pas impliqués au stade de leur ouverture, pas davantage dans l'évaluation des capacités des personnes.

De fait, les évaluations réalisées pendant cette période sont très hétérogènes et ne s'appuient pas sur un savoir ou une procédure spécifiques. Elles ne s'articulent pas à l'ensemble des évaluations se développant en matière de protection sociale, que ce soient les hospitalisations psychiatriques, l'ouverture de tutelle aux prestations sociales, celles relevant de l'appréciation de la dépendance (grille AGGIR), du handicap (guide barème), ou d'autres formes d'ouverture de droits sociaux. Les critiques du nombre d'ouvertures de mesures civiles de protection conduiront le législateur en 2007 à centrer l'ouverture d'une mesure de protection sur une « altération médicalement constatée des facultés personnelles »<sup>14</sup> et à supprimer les motifs dits sociaux de protection. Les travailleurs sociaux sont alors ignorés par la procédure d'évaluation. Quelques années plus tard, de nombreux acteurs regrettent cette position, constatant la faiblesse du contenu des certificats médicaux.

Les propositions les plus récentes de réforme pour réviser les procédures d'évaluation vont dans le sens d'une remise en cause du monopole médical et d'une prise en compte plus grande des services sociaux. Le Défenseur des droits recommande « de mettre en place une évaluation pluridisciplinaire de la personne à protéger et d'ajouter au certificat médical une évaluation médico-sociale de la personne » (Défenseur des droits, 2016). Le rapport Caron-Deglise préconise de « créer un espace identifié d'évaluation pluridisciplinaire et multidimensionnel et un service référent de coordination associant le secteur sanitaire et médico-social ayant une porte d'entrée unique sur un territoire départemental pour faire des propositions concrètes d'aides et de soutien, au moins pour les situations les plus complexes » (Caron Deglise, 2018).

Ainsi, l'objectif d'individualisation des mesures semble avoir été sous-régulé, la demande de masse de protection n'ayant fait l'objet, au cours de cette séquence, dans le contexte français, que d'un faible cadrage institutionnel.

14. La réforme a cherché à davantage encadrer le certificat médical, en le rendant obligatoire et en prévoyant l'inscription des médecins sur une liste établie par le procureur de la République.

## ***Une individualisation pluridisciplinaire au nom des droits de la personne dans le contexte québécois***

Dans le contexte québécois, « l'individualisation » des capacités des adultes vulnérables n'apparaît pas tant comme un objectif impulsé par le législateur vers lequel il faudrait tendre, mais comme la conséquence d'un ensemble d'évolutions qui en viennent à être reconnues : « 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 » (Barrak et Léger-Riopel, 2017). De fait, l'autonomisation et la spécialisation de l'évaluation des capacités juridiques semblent s'inscrire dans le mouvement de fond d'affirmation des « droits de la personne » dans la société québécoise à partir des années 1960.

### **Les droits de la personne comme exigence d'individualisation et comme limite aux statuts protecteurs**

Le début des années 1960 est marqué au Québec par l'émergence de la Révolution tranquille<sup>15</sup> qui a des effets dans de nombreux secteurs de la vie sociale. Du côté de la prise en considération des vulnérabilités, cela se traduit à la fois par le développement d'un État social spécifique (Dorvil et Guttman, 1997 ; Grenier, Bourque et St-Amour, 2014), mais aussi par un mouvement de mise en avant des droits des usagers des services sanitaires et sociaux (Fougeyrollas, 2010). Le développement de l'État social québécois accompagne de manière très rapide la fin des spécificités de l'institution asilaire et les revendications des droits pour les patients. La publication en 1961 d'un ouvrage très critique contre l'institution psychiatrique (Pagé, 1961), par un ex-patient, ouvrage dont la postface est signée par un psychiatre de premier plan, conduit à une réforme majeure de l'organisation des hôpitaux psychiatriques québécois. Le statut du malade hospitalisé en institution psychiatrique est banalisé par son inscription dans le même régime de financement que les malades ordinaires. Cette réforme se fait parallèlement à des révisions de la loi sur la curatelle publique qui prévoient, quelques années avant les mêmes dispositions en France, qu'un patient hospitalisé ne soit plus systématiquement placé sous l'administration de la curatelle publique, et qu'un certificat médical spécifique soit nécessaire pour faire la demande de protection

15. Faisant suite à près de 18 années de Grande noirceur sous le gouvernement de Maurice Duplessis, de nombreux changements rapides marqueront le Québec: le gouvernement investit dans des sphères autrefois délaissées: l'éducation, la santé et l'assistance sociale.

des biens, certificat évaluant les habiletés des personnes à gérer leurs biens<sup>16</sup>. Dans les années 1970, le souci pour les droits des patients s'amplifie encore avec la proclamation de la charte québécoise et la mise en place de la commission des droits de la personne<sup>17</sup>. Ainsi, en 1978, la Commission des droits de la personne demande un amendement à la loi sur la protection du malade mental promulguée en 1972 pour que celle-ci respecte la Charte des droits et libertés de la personne. Elle recommande la prudence dans l'utilisation par le clinicien du critère de dangerosité afin qu'il ne recouvre pas une incapacité générale. Les réformes instaurées privilégient de nouvelles stratégies de participation sociale des personnes et de respect des droits, considérées comme une « véritable petite révolution institutionnelle » (Jetté, 2008).

## L'affirmation des droits de la personne et les évolutions du Code civil

L'affirmation des droits subjectifs de la personne conduit à une évolution de la conception de la personne en droit civil, se déclinant tout au long de la réforme du Code civil du Québec dans les années 1980 et 1990. Du point de vue du droit positif, l'influence de « l'affirmation des droits de la personne » se fait sentir. L'article 1<sup>er</sup> du nouveau Code civil est reformulé pour expliciter le droit à la personnalité juridique : « Tout être humain possède la personnalité juridique ; il a la pleine jouissance des droits civils ». La reconnaissance de capacité juridique, qui ne venait auparavant qu'à l'article 325 du livre 10 « sur la tutelle, la majorité et l'émancipation », est dorénavant affirmée dès l'article 4 : « Toute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils ». Le mouvement de réforme du Code civil se décline notamment avec une réforme importante du curateur public<sup>18</sup>. Celle-ci se traduit par une refonte des articles centraux relatifs à la restriction de capacités<sup>19</sup>, mais aussi par une nouvelle procédure d'évaluation. Celle-ci doit dorénavant être composée d'un certificat médical et d'une enquête sociale ciblant le fonctionnement social de la personne visée par la requête<sup>20</sup>. La réforme du Code

16. Toutefois, les évolutions relatives au mandat du curateur public marquent une hésitation dans le positionnement de cette instance par rapport aux droits des personnes. À sa création en 1945, le curateur public semble avoir mandat sur les biens et la personne du malade. Ainsi, en 1963, la loi sur la curatelle publique restreint son mandat sur la gestion des biens des malades hospitalisés, et non plus sur la garde de sa personne. En 1971, le législateur étend de nouveau sa compétence sur les biens et la personne du malade.

17. En 1982, le Canada adoptait la Charte des droits et libertés. Parmi les principales propositions touchant au désordre mental formulées par la Commission de réforme du droit canadien, plusieurs rejoignaient des principes mis en avant par la Charte, soit la justice fondamentale (art. 7), la détention arbitraire (art. 9), les traitements cruels et inusités (art. 12) et l'égalité devant la loi (art. 15).

18. De nombreux éléments contextuels expliquent la réforme du curateur public, un scandale dans un asile étant, comme dans d'autres circonstances, un détonateur de transformations (cf. enquête Shadley).

19. Article 256. Les régimes de protection du majeur sont établis dans son intérêt; ils sont destinés à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils. L'incapacité qui en résulte est établie en sa faveur seulement. Article 257 du Code de 1989: 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.

20. Jusqu'alors, « l'incapacité est attestée par un certificat médical du directeur médical de l'hôpital où le malade reçoit des soins et des traitements », et des voix s'élèvent alors pour critiquer des évaluations s'appuyant sur « des données de la science psychiatrique d'un autre siècle » (Gauthier et Pauzé, 2012).

civil se traduit également par le développement de nouvelles dispositions d'évaluation de la capacité à consentir aux soins : « L'autorisation du tribunal est nécessaire en cas d'empêchement ou de refus injustifié de celui qui peut consentir à des soins requis par l'état de santé d'un mineur ou d'un majeur inapte à donner son consentement ; elle l'est également si le majeur inapte à consentir refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il ne s'agisse de soins d'hygiène ou d'un cas d'urgence » (article 16). Cette autorisation judiciaire de soins implique de fait une évaluation autonome, au cas par cas, de l'inaptitude, celle-ci entraînant une officialisation d'un mandat élargi du curateur public pour autoriser les soins en cas d'inaptitude de la personne. L'établissement de santé requérant doit alors obtenir de la Cour supérieure une autorisation de procéder malgré le refus de la personne, après avoir fait la preuve prépondérante de son incapacité à consentir et du caractère injustifié de son refus. L'établissement demandeur a donc le fardeau de convaincre le tribunal de l'inaptitude de la personne à consentir aux soins qu'il compte lui prodiguer.

## La spécialisation de l'évaluation

Ces évolutions du Code civil transforment significativement les instances d'évaluation de la capacité à exercer ses droits. Du côté des mesures de protection, un « rapport d'évaluation » des (in)capacités, dites « inaptitudes », est prévu à l'article 270 du Code civil québécois. Celui-ci doit être expressément composé d'évaluations médicale et psychosociale. Elles doivent porter sur la nature et le degré d'inaptitude du majeur, l'étendue de ses besoins et les autres circonstances de sa condition, ainsi que sur l'opportunité d'ouvrir à son égard un régime de protection. Ce rapport sera qualifié par la Cour d'appel de « pièce maîtresse au cœur du processus d'examen et de décision du curateur public »<sup>21</sup>. Progressivement, ses composantes se précisent. Des instruments externes sont intégrés (comme le *mini-mental state examination* de Folstein) ou élaborés spécifiquement comme des formulaires standardisés d'évaluations médicale et psychosociale produits par le curateur public (Tremblay, 2007) ; des « bonnes pratiques » sont suggérées, par exemple que les notaires exigent une attestation médicale circonstanciée avant de faire signer un mandat de protection. Certains acteurs amenés à établir ces évaluations se professionnalisent. Ainsi, une loi adoptée en 2009 prévoit que seuls les travailleurs sociaux peuvent établir une évaluation psychosociale. Le développement de la pratique d'autorisation judiciaire de soins conduit à la formalisation d'une procédure spécifique, le test dit de la Nouvelle-Écosse<sup>22</sup>, défini par jurisprudence et s'imposant comme rationalité commune au juge et au clinicien.

21. C.D. c. Québec (Curateur public), (C.A., 2001-07-17), SOQUIJ AZ-50099048, J.E. 2001-1493, [2001] R.J.Q. 1708, para 18.

22. Ce test est directement inspiré de l'article 52 du *Hospital's Act* de la Nouvelle-Écosse. Il est lui-même indirectement inspiré d'une jurisprudence générale de *common law* qui sert à la même époque de fondements au développement, dans la littérature américaine, de tests médicaux d'évaluation des incapacités (Appelbaum et Grisso, 1995 ; Grisso, 2003).

Ainsi, dans la dynamique de l'affirmation des droits de la personne, un double mouvement d'autonomisation de capacités spécifiques, et de procéduralisation de l'expertise conduit le Québec à favoriser l'individualisation de la reconnaissance des capacités, à travers une approche qui peut être qualifiée de multidimensionnelle et multidisciplinaire.

Ce mode de reconnaissance des (in)capacités se caractérise ainsi avant tout par l'émergence d'un discours individualisant sur leur évaluation. Cet objectif du « sur-mesure » s'est imposé à travers des justifications différentes, dans les deux traditions observées, puisqu'il s'est vu adossé à la référence des « droits de la personne » côté Québec, alors qu'il est resté articulé à un souci social de protection de la personne côté français, marqué par la confiance *a priori* en un certain paternalisme des « cliniciens », médecins ou travailleurs sociaux. Au Québec, la référence aux droits de la personne a, au contraire, conduit à une procéduralisation plus importante de l'évaluation, et à une spécialisation plus poussée. La vision proposée par le Québec fait de lui un précurseur, l'exemple québécois étant mobilisé comme modèle dans le contexte français : « Le droit québécois a pu servir de modèle au droit français au regard de la qualité des évaluations médicales et psychosociales requises pour l'ouverture d'un régime judiciaire de protection » (Raoul-Cormeil, 2020).

## La contestation des évaluations des (in)capacités

Un troisième mode de reconnaissance des (in)capacités émerge avec le développement d'un modèle du handicap et des vulnérabilités basé sur les droits humains, qui conteste radicalement le principe d'évaluation légale des (in)capacités. Si ce modèle est d'abord issu des mouvements sociaux de personnes handicapées ainsi que du développement d'un domaine de recherche spécifique, les *disabilities studies*, il est plus particulièrement développé par des juristes spécialistes des droits humains. La séquence qui illustre ce mode de régulation des (in)capacités est récente et s'imbrique à bien des égards avec celle illustrant le régime d'individualisation. Ce mode de régulation se caractérise par une forme de radicalisation du droit de la personne, affirmée entre autres par le droit international, à partir notamment de l'article 12 de la convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, qui porte sur « la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité ». L'interprétation de cette disposition, notamment par le comité des droits<sup>23</sup>, conduit à questionner la légitimité et la pertinence de l'évaluation des (in)capacités. La comparaison entre les contextes québécois et français fait, là encore, ressortir des similitudes et des différences intéressantes. Si, dans la forme, il apparaît que le débat doctrinal autour du rôle de l'expertise des (in)capacités est beaucoup plus développé au Québec qu'en France, il semble

23. Comité des droits de la convention internationale des droits des personnes handicapées, Observation générale, n° 1, 2014.



que, dans le fond, une même évolution prudente vers un refus (à la fois relatif et contrasté) d'objectiver la capacité juridique se dessine, conduisant à déplacer l'enjeu de l'expertise sur l'environnement et les modalités d'accompagnement des personnes à exercer leurs droits.

### ***La contestation des évaluations par le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU***

Présentons d'abord l'expression la plus emblématique de contestation de l'évaluation des (in)capacités par le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU. Dans l'observation générale interprétant l'article 12 de la convention, le Comité distingue différentes approches d'évaluation des (in)capacités : une approche statutaire, fondée sur une déficience diagnostiquée ; une approche par les résultats de l'action des personnes ; et une approche fonctionnelle consistant à évaluer « si une personne peut comprendre la nature et les conséquences d'une décision et/ou si elle peut utiliser ou apprécier les informations pertinentes ». Le Comité critique ces différentes approches et se centre tout particulièrement sur l'approche fonctionnelle, qui présume que l'on peut évaluer avec exactitude le fonctionnement de l'esprit humain et, lorsque la personne concernée « ne passe pas le test », on lui dénie un droit de l'homme fondamental – le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Le comité critique les règles d'équivalence qui opèrent une adéquation *in abstracto* de l'incapacité médicale et psychosociale à l'incapacité juridique, non seulement en raison des obstacles concrets rencontrés dans les modalités d'évaluation, mais plus fondamentalement au nom d'une rationalité spécifique des droits fondamentaux. À travers cette approche fonctionnelle, défendue aussi bien par la doctrine française et québécoise, que par un certain nombre de travaux internationaux, c'est bien la prétention à établir un lien objectif entre aptitude factuelle et capacité juridique à partir d'une évaluation individualisée qui est remise en cause

### ***Les débats sur la place des experts au Québec***

Cette critique a rencontré un écho indéniable dans le contexte québécois, la question du poids accordé aux évaluations des incapacités s'inscrivant plus directement dans les débats doctrinaux sur la place de l'expertise dans les processus judiciaires. Dans différents domaines de la procédure civile, des juristes considèrent qu'un poids démesuré est donné à l'expertise : les experts n'auraient pas l'indépendance des juges, en ce sens qu'ils ne seraient pas « libres de l'influence de leurs pairs, ou de préjugés qui pourraient provenir de leur emploi, de leur éducation ou de leur situation sociale » (Chénier, 2013). Ces critiques sont particulièrement présentes dans le domaine de l'évaluation des (in)capacités. Des commentateurs estiment que les évaluateurs usurpent en définitive le rôle du juge au

procès (Royer, Lavallée, 2008). Ils soulèvent le problème posé par le double statut d'évaluateurs qui sont aussi soignants cliniciens. Ils rappellent que cette place des évaluateurs-soignants occulte le fait qu'il n'existe pas une école de pensée tant en médecine que dans les domaines liés aux services sociaux (Beaulieu, Philipps-Noens, 2014). D'importants obstacles organisationnels et cliniques altèrent la procédure d'expertise : les pressions que subit le système de santé emportent avec elles un déficit important de temps accordé aux patients (Giroux, 2015) ; le travail du personnel de première ligne et de deuxième ligne ne répond pas à la recommandation voulant que l'évaluation procède d'une implication d'une équipe interdisciplinaire ; les évaluations effectuées à domicile par rapport à d'autres menées en milieu clinique ne peuvent prétendre à la même qualité (Provencher *et al.*, 2012) ; la disponibilité des outils d'évaluation peut varier d'un contexte clinique à un autre, sans compter que « peu d'outils ont été conçus spécifiquement pour évaluer le fonctionnement de la personne et les risques associés à ses difficultés dans un contexte d'évaluation de l'inaptitude » (Giroux, 2015). En bref, ces pratiques d'évaluation, que cela soit dans le domaine des « majeurs protégés », « d'autorisation de soin », ou de « garde en établissement », en viennent à menacer les garanties juridiques du « contradictoire » : « [...] ces rapports [sont] déposés en preuve "contre" le majeur alors qu'il est déjà en situation de vulnérabilité quant à son état de santé et en situation d'inégalité flagrante quant à la possibilité de contester le processus judiciaire dont il est l'objet. Le déséquilibre des parties met en péril la capacité du processus contradictoire de permettre au majeur de présenter ses prétentions [...] » (Boulet, 2017). De surcroît, le « processus législatif ne prévoit pas de mesures spécifiques en faveur de la personne concernée pour lui donner les informations requises afin qu'elle puisse savoir qu'elle a la possibilité de s'opposer à la réalisation des évaluations en question » (Boulet, 2016). Le pourcentage alarmant des contre-expertises en droit des personnes, qui se situe à 3 % en matière d'ordonnance de soins selon les plus récents chiffres (Otero, 2012), le confirme.

Ces débats entraînent deux types de conséquences. Ils conduisent d'une part à relativiser la place des évaluateurs spécialisés – des experts –, dans la procédure judiciaire, et à réaffirmer l'importance de la volonté et des préférences des personnes. La Cour d'appel du Québec a ainsi rappelé en 2016 que ce type de preuves n'est pas plus qu'un facteur, « parmi d'autres, à considérer dans l'évaluation de la capacité » et que celui-ci doit être examiné sous « l'éclairage de l'ensemble de la preuve et non de façon compartimentée<sup>24</sup> ». D'ailleurs, les faits positifs qui pourraient être recueillis lors de l'interrogatoire du majeur prévu à l'article 276 CcQ profitent d'une règle de prépondérance sur les évaluations prévues à l'article

24. *D.C. c. M.C.*, 2016 QCCA 2051 (CanLII), para 15. (Nos soulignements). Voir aussi *F.D. c. Centre universitaire de santé McGill (Hôpital Royal-Victoria)*, 2015 QCCA 1139 (CanLII), par. 49. En ce qui concerne spécifiquement les recommandations du curateur public et le rapport prévu à l'article 270 CcQ: *C.D. c. Québec (Curateur public)*, [2001] R.J.Q. 1708, par. 21: « La recommandation du curateur public comme le rapport du directeur général de l'établissement de soins n'ont en effet, en eux-mêmes, aucun statut particulier devant le tribunal puisque ces opinions ne le lient pas sur le fond ».

270 CcQ, en ce sens que le droit d'être entendu est une obligation fondamentale, alors que le rapport est qualifié seulement d'obligation procédurale<sup>25</sup>.

Ces critiques de l'expertise semblent également participer au développement de mesures qui sont soustraites à une évaluation médico-sociale des (in)capacités. Ainsi, le législateur insiste dans le projet de loi n° 18, intitulé Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes (Saint-Onge, Saris, 2020), sur la création de mesures civiles d'assistance ne nécessitant pas une évaluation médico-sociale.

### ***De timides soustractions à l'évaluation par un tiers dans le contexte français***

Dans le contexte français, les débats sur la place de l'expertise et ceux relatifs à l'évaluation des (in)capacités semblent avoir fait l'objet de moins d'attention. Certes, l'enjeu d'évaluation des incapacités tout comme l'existence d'une littérature internationale sur la question ne sont pas complètement ignorés. Ainsi, un avis du Comité consultatif national d'éthique « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche » publié en 1998 constate qu'il y a « un flou » sur les critères d'évaluation des incapacités, et qu'il y a là « un domaine intéressant et important de recherche ». Aucune suite directe ne semble avoir été donnée à cet avis. Quelques années plus tard, la Haute Autorité de santé, dans un rapport relatif à l'hospitalisation sans consentement (HAS, Modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, 2005), commente les travaux anglo-saxons sur l'évaluation de la capacité à consentir en précisant qu'ils « sont difficilement transposables en France ». Cette position ne semble pas avoir été beaucoup discutée dans la littérature psychiatrique ou la doctrine juridique. Si la question de l'évaluation des (in)capacités est peu débattue sur le plan scientifique, elle est indirectement soulevée par les critiques émises contre l'expertise médicale.

### **La soustraction de la personne au regard du tiers évaluateur**

Pour autant, des orientations nouvelles semblent se dessiner conduisant à soustraire un certain nombre d'actes du regard d'un tiers expert évaluateur. Certes, les droits de la personne ne se sont pas institués de manière aussi importante que dans le contexte québécois. Ils ont pris cependant une force indéniable, notamment dans le tournant des années 2000 avec les lois consacrant les droits des usagers des secteurs sanitaire et médico-social (loi n° 2002-303 du 4 mars 2002

25. Voir J.C. c. Québec (Curateur public), (C.A., 2010-06-08), 2010 QCCA 1113, SOQUIJ AZ-50644395, 2010EXP-2021, J.E. 2010-1112.

relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ; loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale).

Ainsi, s'agissant des décisions médicales, la loi a consacré une liberté de refuser des soins, même lorsque cela conduirait à un risque vital pour la personne (CSP, art. L. 1111-4 al. 2). En matière de choix du lieu de vie, il revient en principe à la personne de décider librement<sup>26</sup>.

Contrairement au Québec, ces dispositions n'ont d'abord pas eu beaucoup de répercussions ni sur les lois relatives aux soins sans consentement, ni sur celles relatives à la protection juridique<sup>27</sup>, même si elles ont renforcé l'individualisation de l'évaluation dans le cadre de la relation médicale.

En matière de protection juridique, la doctrine a commencé à élaborer la « protection de la personne » en ce sens<sup>28</sup>, ce qui a été conforté par la loi du 5 mars 2007 qui a défini une catégorie d'actes dont la nature implique un consentement strictement personnel (C. civ. art. 458). De même, on l'a vu, la loi de 2007 a soustrait les anciens motifs dits sociaux, permettant l'ouverture d'une mesure de protection, à l'évaluation des capacités.

Cette tendance a été amplifiée avec la réception de la Convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH), et s'est traduite par une réforme du régime du droit de vote des personnes sous mesure de protection, à l'occasion de la loi réformant la justice (loi n° 2019-222 du 23 mars 2019). Désormais, ni le médecin, ni le juge n'ont plus à évaluer la capacité d'une personne à voter. Le droit de vote est universel et ne repose ni sur un test d'intelligence ou de connaissances, ni sur une évaluation des capacités des individus (il faut toutefois réserver le cas des mineurs). La question de la légitimité d'une évaluation des capacités semble donc se poser en des termes différents selon les domaines de la vie de la personne.

L'affirmation d'une « capacité juridique universelle » par la CIDPH s'inscrit dans des débats relatifs à la place des experts aussi bien dans les procédures judiciaires que dans les décisions médicales. La critique de la possibilité même d'expertiser les capacités est congruente avec l'affirmation des droits humains des personnes handicapées, et des droits de la personne, dans les contextes français et québécois. Dans ces deux contextes, l'extension du périmètre d'une présomption irréfragable de capacité, une forme d'universalisation de la capacité juridique, s'accompagne du développement de mesures d'accompagnement faisant l'objet

26. Toutefois, en cas de contestation par le tuteur ou l'entourage, il est prévu que le juge tranche (C. civ., art. 459-2). Ce dernier doit certes apprécier le « meilleur intérêt » du majeur, mais il évalue aussi, si le choix exprimé par « le majeur » est libre et éclairé, ce qui constitue une forme d'évaluation de sa capacité.

27. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, traitant de la délivrance de l'information médicale, prévoit cependant que les personnes sous tutelle « ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée [...] à leurs facultés de discernement ». Le texte invite ainsi le médecin à juger si le majeur est apte à participer à la décision et s'il convient de l'informer ou non sur les traitements à mettre en œuvre. Cette évaluation vise à déterminer ponctuellement le degré d'implication du patient sous tutelle dans la prise de décision médicale.

28. L'incapacité est, certes, assez bienvenue quand il s'agit du patrimoine [...]; mais elle se révèle parfois malheureuse en matière personnelle, car là, nul ne peut avoir de meilleurs critères que l'intéressé lui-même, s'il est en état de juger [...]. La personne qui doit parler pour l'incapable, c'est d'abord le majeur protégé lui-même, s'il le peut » Gridel (J.P.), « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2000, p. 2.

elles-mêmes d'un besoin d'évaluation dont les assises disciplinaires et les politiques dédiées restent à construire.

## Conclusion

La comparaison des modes de reconnaissance des (in)capacités juridiques dans le temps et dans les sociétés québécoise et française nous permet de tirer quelques enseignements.

Un premier constat est le fort parallélisme dans les évolutions sur le temps long, même si des déphasages temporels significatifs apparaissent : l'émergence de la psychiatrie comme savoir disciplinaire et social sur les (in)capacités, son déclin comme mode de traitement général, le développement d'un idéal d'individualisation des (in)capacités, puis sa contestation, notamment par des experts d'usage et des juristes sensibles « aux droits humains » semblent pour l'essentiel communs aux deux sociétés.

Un second enseignement porte sur la persistance des tensions et rivalités entre les savoirs médicaux et juridiques. Ces tensions se traduisent par une difficile articulation entre les sphères judiciaires ayant juridiction sur les mesures civiles de protection et les sphères médico-administratives ayant juridiction sur les établissements et professionnels des services de santé et d'accompagnement. Entre ces deux sphères, un domaine d'expertise pour le travail social semble s'être imposé de manière plus autonome au Québec qu'en France.

L'autonomisation plus précoce d'une réflexion doctrinale et de dispositifs institutionnels autour des droits de la personne, issus de la mobilisation sociale, a conduit à ce que les dispositions juridiques québécoises paraissent en avance sur celles de la France dans les deux dernières séquences évoquées, là où jusqu'alors le droit français semblait servir de modèle pour le droit québécois. On fait l'hypothèse que ce renversement traduit la force de l'horizon normatif ouvert par le développement du langage des droits humains.

Les implications de ce renversement sur les politiques publiques sont importantes dans le sens où elles invitent à prendre en compte les droits humains dans les transformations de l'État social, quelles que soient les différentes formes que celui-ci revêt. L'accompagnement à l'exercice des droits apparaît ainsi comme un enjeu majeur des politiques sanitaires et sociales à venir.

## Références bibliographiques

**Appelbaum P. S., Grisso T. (1995)**, « The MacArthur Treatment Competence Study. I: Mental Illness and Competence to Consent to Treatment », *Law and Human Behavior*, avril, 19(2), p. 105-126.

**Barrak Y. et Léger-Riopel N. (2017)**, « Peut-on concilier réalité et enjeux éthiques, juridiques et scientifiques dans le processus d'évaluation médicale de l'inaptitude des personnes âgées ? », *Revue du Barreau canadien*, 95-2, 413.

**Barreyre J. Y. (2004)**, *Évaluer les besoins des personnes en action sociale*, Paris, Dunod.

**Beaulieu M. et Philips-Nootens S. (2014)**, « La détermination de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines : le défi du respect de l'autonomie », *Service de la formation continue du Barreau du Québec. La protection des personnes vulnérables*, vol. 378, Montréal, Éditions Yvon Blais.

**Bédirian V. (2008)**, « L'aptitude à gérer ses biens chez les personnes âgées: élaboration d'un outil fonctionnel et étude des variables sociodémographiques et neuropsychologiques associées », Doctorat de psychologie, sous la direction de Peter Scherzer, Montréal, Université du Québec à Montréal

**Boudreau F. (1984)**, *De l'asile à la santé mentale*, Montréal, Éditions St-Martin.

**Boulet D. (2016)**, « L'article 270 C.c.Q. et ses effets : la fin justifie-t-elle les moyens ? », *La protection des personnes vulnérables*, volume 409, Montréal, Éditions Yvon Blais.

**Boulet D. (2017)**, « L'évaluation médicale et psychosociale : une preuve "d'expert" comme une autre ? », *Service de la formation continue du Barreau du Québec. La protection des personnes vulnérables*, vol. 424, Montréal, Éditions Yvon Blais.

**Boussagnet L. et Dupuy C. (2014)**, « L'analyse des politiques publiques à l'épreuve de la comparaison », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 21, n° 2, p. 97-119.

**Carbonnier J. (1971)**, « Préface » in Massip J., *La réforme du droit des incapables majeurs*, Répertoire du Notariat Deffrénois.

**Castel R. (1976)**, *L'ordre psychiatrique*, Paris, Éditions de Minuit.

**Chauvaud F., Dumoulin L. (2003)**, *Experts et expertise judiciaire*, Rennes, Presses universitaires de Rennes.

**Chénier R. J. (2013)**, « Un regard critique sur la preuve d'expert », *Le TAQ d'hier, d'aujourd'hui et de demain - 15<sup>e</sup> anniversaire du TAQ*, Montréal, Éditions Yvon Blais.

**Collectif Contrast (2015)**, « Une régulation enchevêtrée des pratiques contraignantes de soin en santé mentale ? Plaidoyer pour une approche interdisciplinaire », in Koubi G., Hennion-Jacquet P. et Azimi V. (dir.), *L'institution psychiatrique au prisme du droit*, Paris, Les éditions Panthéon-Assas, collection « Colloques ».

**Cotterrell R. (1998)**, « Why must Legal Ideas be Interpreted Sociologically », *Journal of Law and Society*, vol. 25, n° 2, p. 171-192.

**Creutzfeldt N., Kubal A. et Pirie F. (2016)**, « Introduction: Exploring the Comparative in Socio-legal Studies », *International Journal of Law in Context*, vol. 12, n° 4, p. 377-389.

**Docaigne R. et Genty G. (1979)**, « Application de la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. Enquête 1978-1979 », Rapport de synthèse, Paris, IGAS, p. 5-11.

**Dodier N. (1993)**, *L'expertise médicale. Essai de sociologie sur l'exercice du jugement*, Paris, Métailié.

**Doucet H. (2001)**, « Décider pour l'autre vulnérable : le défi du curateur public », *Éthique publique*, vol. 3, n° 1 [en ligne] <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/2609?lang=en>

**Dumoulin L. (2007)**, *L'expert dans la justice – de la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Économica.

**Encinas de Munagorri R. (2002)**, « Quel statut pour l'expert? », *Revue française d'administration publique*, ÉNA.

**Eyraud B., Minoc J., Hanon C. (dir.) (2018)**, *Choisir et agir pour autrui. Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Paris, Doin éditeurs.

**Forget M. (2005)**, *De la curatelle au curateur public. 50 ans de protection*, Québec, Presses de l'université du Québec.

**Gaillard E. (1987)**, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Revue Droits, La représentation*.

**Gauthier L. et Marielle P. (2012)**, « L'évaluation psychosociale dans le cadre des régimes de protection : l'acceptation de la solitude des choix difficiles pour le travailleur social », *Développements récents : La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, Montréal, Édition Yvon Blais.

**Geffroy C. (1974)**, *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, Paris, Librairies Techniques.

**Geffroy C. et Bellec N. (1975)**, « La tutelle d'État. Analyse du décret du 6 novembre 1974 », *Perspectives psychiatriques*, vol. 51, n° 10.

**Giroux D. (2015)**, « Evaluating Adult's Competency : Application of the Competency Assessment Process », *International Journal of Alzheimer's Disease* [en ligne] 753873 doi. org/10.1155/2015/753873

**Giroux D. (2015)**, « L'évaluation clinique de l'inaptitude par les professionnels de la santé et des services sociaux : un défi comportant de nombreux enjeux ! », *Service de la formation continue du Barreau du Québec, La protection des personnes vulnérables*, vol. 393, Montréal, Éditions Yvon Blais.

**Giroux D., Tétreault L. et Langlois L. (2013)**, « Évaluation de l'aptitude d'une personne âgée atteinte de déficits cognitifs à gérer sa personne et ses biens : Identification des outils disponibles », *Canadian Journal on Aging/La Revue Canadienne du Vieillissement*, 32, p. 375-391.

**Glenn H. P. (2003)**, « La tradition juridique nationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 2, p. 263-278.

**Gotman A. (1995)**, *Dilapidation et prodigalité*, Paris, Nathan.

**Gridel J. P. (2000)**, « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », Rapport annuel de la Cour de cassation.

**Grisso T. (2003)**, *Evaluating Competencies—Forensic Assessments and Instruments*, New York, Springer Science & Business Media, collection « Perspectives in Law & Psychology ».

**Habermas J. (1973)**, *La technique et la science comme « idéologies »*, Paris, Gallimard.

**Hassenteufel P. (2005)**, « De la comparaison internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objets comparatifs en matière de politiques publiques », *Revue française de science politique*, vol. 55, n° 1, p. 113-132.

- Jessop B. (1997)**, « The Governance of Complexity and the Complexity of Governance : Preliminary Remarks on some Problems and Limits of Economic Guidance », in Amin A., Hausner J. (eds.), *Beyond Market and Hierarchy : Interactive Governance and Social Complexity*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Jeuland E. (2016)**, *Théorie relationiste du droit, De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, LJDJ.
- Juston R. (2018)**, « Les médecins légistes : un groupe professionnel segmenté entre expertise judiciaire et spécialité médicale », *Déviance et Société*, vol. 42, n° 4, p. 387-413.
- Koselleck R. (2005)**, « Histoire des concepts et histoire sociale », *Le Futur passé*, Paris, Éditions de l'EHESS.
- Lalonde L. et Bernatchez S. (2011)**, « La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*.
- Lasserre V. (2015)**, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis.
- Leclerc O. (2005)**, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ.
- Lézé S. (2006)**, « Les politiques de l'expertise psychiatrique. Enjeux, démarches et terrains », *Champ pénal/Penal field*, 5.
- Luhmann N. (2000)**, *La légitimation de la procédure*, traduction par L. K. Sosoe, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, collection « Dikè ».
- Massip J. (1971)**, *La réforme du droit des incapables majeurs*, Répertoire du Notariat Defrénois.
- Mayer R. et Dorvil H. (1982)**, « La psychiatrie au Québec : réalité d'hier, pratique d'aujourd'hui », in Meyer-Renaud M. et Le Doyen A., *L'intervention sociale. Actes du Colloque annuel de l'ACSALF*, Montréal, Les Éditions coopératives Albert Saint-Martin.
- Ministère de la santé et des services sociaux (1998)**, « Plan d'action pour la transformation des services de santé mentale », Québec, Gouvernement du Québec.
- Morin M. (1990)**, « La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois : un emprunt inutile, un affront à l'histoire », *La revue du barreau*, 50, p. 831-923.
- Munoz-Perez F. (2000)**, « La population des majeurs protégés en France. Projections à l'horizon 2005 et 2010 », Rapport au ministère de l'Emploi et de la Solidarité.
- Ost F. et van de Kerchove M. (2002)**, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- Pagé J.-C. (1961)**, *Les fous crient au secours. Témoignage d'un ex-patient de Saint-Jean-de-Dieu*, Montréal, Les Éditions du Jour.
- Perrault I. et Thifaut M. C. (2012)**, « Les Sœurs de la Providence et les psychiatres modernistes : enjeux professionnels en santé mentale au Québec, 1910-1975 », *Études d'histoire religieuse*, vol. 78, p. 59-79.
- Poupart J., Dozois J., Lalonde M. (1982)**, « L'expertise de la dangerosité, criminologie, criminels et psychiatrie », *Criminologie*, vol. 15, n° 2, p. 7-25.
- Protais C. (2016)**, *Sous l'emprise de la folie ? L'expertise judiciaire face à la maladie mentale (1950-2009)*, Paris, Éditions de l'EHESS.
- Protecteur du citoyen (2011)**, *Les difficultés d'application de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui* (L.R.Q., c.P-38.001).
- Provencher V., Demers L., Gélinas I. et Gagnon L. (2012)**, « Impact of Familiar and Unfamiliar Settings on Cooking Task Assessments in Frail Older Adults with Poor and Preserved Executive Functions », *International Psychogeriatrics*, 24, p. 775-83.



**Rambaud T. (2014)**, « Introduction générale », *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, Presses universitaires de France.

**Royer J. C. et Lavallée S. (2008)**, *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais.

**Savatier R. (1959)**, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz.

**Saint-Onge S. et Saris A. (2020)**, « Origine et destin des régimes de protection », in Dupin F. (dir), *La protection des personnes vulnérables*, vol. 469, Montréal, Éditions Yvon Blais.

**Teubner G. (1996)**, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ.

**Tremblay L. (2007)**, « L'évaluation de l'inaptitude chez les personnes âgées présentant une détérioration des fonctions cognitives : analyse des pratiques professionnelles », Québec, Université de Sherbrooke.

**Tuke D. H. (1884)**, *The insane in the United States and in Canada*, London, Lewis.

**Wallot H. (1979)**, « Perspective sur l'histoire québécoise de la psychiatrie : le cas de l'asile de Québec », *Santé mentale au Québec*, vol 4, n° 1, p. 102-122.