LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

CAPACITÉ JURIDIQUE, PRISE DE DÉCISION ET TUTELLE

DOCUMENT DE TRAVAIL

Mai 2014

Accessible en ligne à www.lco-cdo.org

ISBN : 978-1-926661-67-4

Référence à citer :

Commission du droit de l'Ontario, *Capacité juridique, prise de décision et tutelle : document de travail*, Toronto, mai 2014.

À PROPOS DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

La Commission du droit de l'Ontario (CDO) est née d'un accord entre la Fondation du droit de l'Ontario, le ministère de la Procureure générale de l'Ontario, Osgoode Hall Law School, le Barreau du Haut-Canada – qui contribuent tous au financement de la CDO – et entre les doyens et doyennes des facultés de droit de l'Ontario. L'Université York lui assure en outre un appui financier et non financier. La CDO est située dans l'immeuble Ignat Kaneff, qui abrite Osgoode Hall Law School, à l'Université York.

La CDO a pour mandat de recommander des mesures de réforme du droit afin d'accroître la pertinence, l'efficacité et l'accessibilité du système juridique, d'améliorer l'administration de la justice en éclaircissant et en simplifiant le droit, de réfléchir à l'utilisation des technologies pour améliorer l'accès à la justice, de stimuler le débat juridique et de soutenir la recherche universitaire dans le domaine juridique. La CDO est un organisme indépendant qui sélectionne des projets touchant les diverses collectivités ontariennes et reflétant les préoccupations de celles-ci. Elle s'est engagée à effectuer des recherches et des analyses multidisciplinaires, à formuler des recommandations générales, à collaborer avec d'autres entités, et à consulter les groupes concernés et la population.

RAPPORTS FINAUX DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

Examen de la *Loi sur le privilège des travailleurs forestiers portant sur leur salaire* (septembre 2013)
L'amélioration de l'accès à la justice familiale grâce à des points d'entrée globaux et à l'inclusivité (février 2013)
Travailleurs vulnérables et travail précaire (décembre 2012)
Cadre du droit touchant les personnes handicapées (septembre 2012)
Modules de formation des facultés de droit ontariennes : Cadre d'enseignement permettant d'aborder la violence à l'égard des femmes (août 2012)
Cadre du droit touchant les personnes âgées (avril 2012)
Modernisation de la *Loi sur les infractions provinciales* (août 2011)
Responsabilité solidaire selon la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario* (février 2011)
Partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage (décembre 2008)
Les frais d'encaissement des chèques du gouvernement (novembre 2008)

AVERTISSEMENT

Les opinions ou les points de vue exprimés dans nos recherches, nos conclusions et nos recommandations ne représentent pas nécessairement ceux de nos bailleurs de fonds, la Fondation du droit de l'Ontario, le ministère de la Procureure générale, Osgoode Hall Law School, le Barreau du Haut-Canada, ni ceux de nos partisans, les doyens et doyennes des facultés de droit de l'Ontario, ni ceux de l'Université York.

Commission du droit de l'Ontario
2032 Immeuble Ignat Kaneff
Osgoode Hall Law School, Université York
4700, rue Keele
Toronto (Ontario) Canada
M3J 1P3

Tél. : 416- 650-8406
ATME : 1-877-650-8082
Télécopieur : (416) 650-8418
Courriel général : LawCommission@lco-cdo.org
www.lco-cdo.org

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE 1

I. INTRODUCTION 19

A. LE PROJET DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO SUR LA CAPACITÉ JURIDIQUE, LA PRISE DE DÉCISION ET LA TUTELLE 19
B. LA PORTÉE DU PROJET 20
1. Déterminer la portée du projet 20
2. Les thèmes du projet 21
3. Raisonner dans une optique de système 23
C. APPLIQUER LES *CADRES* DE LA CDO 25
D. LA MÉTHODE DU PROJET 27
E. LE PRÉSENT *DOCUMENT DE TRAVAIL* 28
1. Son contenu 28
2. Comment l'utiliser 29
F. QUESTIONS À ABORDER 30

PARTIE UN : RÉFORMER LES LOIS ONTARIENNES SUR LA CAPACITÉ JURIDIQUE, LA PRISE DE DÉCISION ET LA TUTELLE

I. HISTORIQUE ET CONTEXTE DU FONCTIONNEMENT DU DROIT 33

A. LA PRISE DE DÉCISION ET LE DROIT 33
1. L'importance de la prise de décision 33
2. Objets du droit relatif à la capacité et à la tutelle 34
3. Les limites du droit 34
B. QUELQUES ÉLÉMENTS DE L'HISTORIQUE LÉGISLATIF 35
C. LE CONTEXTE JURIDIQUE ONTARIEN ACTUEL 38
1. Les textes fondateurs 38
D. LES LOIS CONCERNANT LA CAPACITÉ JURIDIQUE, LA PRISE DE DÉCISION ET LA TUTELLE 43
E. LE CADRE JURIDIQUE GÉNÉRAL 47
F. COMPRENDRE LE CONTEXTE DU FONCTIONNEMENT DU DROIT 49
1. À qui s'applique le droit? 50
G. LE RÔLE DE LA FAMILLE ET DES AMIS 58
H. CONTEXTES DU FONCTIONNEMENT DU DROIT 60
I. PRESSIONS EN VUE DE RÉFORMER CE DOMAINE DU DROIT 61
J. APPLIQUER UNE MÉTHODE DE RÉFORME FONDÉE SUR LES PRINCIPES 64
K. QUESTIONS À ABORDER 67

PARTIE DEUX : LA CAPACITÉ JURIDIQUE

I. « LA CAPACITÉ JURIDIQUE » : FIXER LA NORME 70

A. INTRODUCTION 70
1. La notion de capacité 70
2. La capacité juridique et les principes des cadres 71
3. Définition de quelques termes 72
4. Les conceptions de la capacité 73

B. NORMES ET CRITÈRES DE DÉTERMINATION RELATIFS À LA CAPACITÉ EN DROIT ONTARIEN 75
1. Principaux éléments de la conception ontarienne actuelle de la capacité juridique 75
2. Critères de détermination de la capacité prévus dans les lois ontariennes 76
3. Difficultés de mise en application de cette conception de la capacité 78
4. Critiques du point de vue des droits de la personne 80
C. NORMES ET CRITÈRES DE DÉTERMINATION RELATIFS À LA CAPACITÉ JURIDIQUE : OPTIONS DE RÉFORME 81
1. Adapter les critères cognitifs de détermination de la capacité 82
2. Conception non cognitive : le critère de détermination fondé sur la volonté et l'intention 83
3. Considérations pratiques à l'égard de la réforme 85
D. QUESTIONS À ABORDER 86

II. SYSTÈMES D'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ 87

A. CADRE GÉNÉRAL ET INTRODUCTION 87
B. DIFFICULTÉS LIÉES À LA CRÉATION DE MÉCANISMES EFFICACES POUR ÉVALUER LA CAPACITÉ 89
1. Difficultés liées à la concrétisation de la notion de capacité 89
2. Protections procédurales pour les personnes évaluées 94
3. Réponses graduées adaptées aux fluctuations de la capacité 96
C. SYSTÈMES ONTARIENS D'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ 98
1. Vue d'ensemble 98
2. Examens de la capacité de gérer ses biens à l'admission en établissement psychiatrique 99
3. Évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard d'un traitement 103
4. Évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins de longue durée ou à des services d'aide personnelle 107
5. Évaluation de la capacité de prendre des décisions pour gérer ses biens ou prendre soin de sa personne 112
6. Évaluation de la capacité d'établir une procuration 116
D. THÈMES GÉNÉRAUX ET SUJETS DE PRÉOCCUPATION 118
1. Questions concernant spécifiquement les mécanismes d'évaluation de la capacité 119
2. Problèmes survenant fréquemment dans le droit touchant les personnes handicapées et les personnes âgées 123
E. QUESTIONS À ABORDER 128

PARTIE TROIS : LA PRISE DE DÉCISION

I. DE NOUVEAUX ARRANGEMENTS EN MATIÈRE DE PRISE DE DÉCISION : LES ACCOMPAGNATEURS ET LES CODÉCIDEURS 131

A. INTRODUCTION 131
B. LA *CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES* 133
C. LA PRISE DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI EN ONTARIO 135
1. Les formules de prise de décision au nom d'autrui en Ontario 135
2. Critiques à l'égard de la prise de décision au nom d'autrui 136
D. LA PRISE DE DÉCISION ACCOMPAGNÉE 138
1. Les notions de la prise de décision accompagnée 138
2. La prise de décision accompagnée au Canada 142
3. Autres formules de prise de décision accompagnée 147
4. Critiques et sujets de préoccupation 150
E. LA CODÉCISION 156

1. La notion de codécision 156
2. La codécision au Canada 156
3. Critiques et sujets de préoccupation 157
F. QUESTIONS À ABORDER 160

II. QUI PEUT EXERCER LA FONCTION DE MANDATAIRE, DE PROCUREUR OU DE TUTEUR? 161

A. INTRODUCTION 161
B. LA LPDNA ET LA LCSS : QUI PEUT ASSUMER LES FONCTIONS DE MANDATAIRE SPÉCIAL 164
1. Les nominations de mandataires spéciaux individuels 165
2. Le tuteur et curateur public comme mandataire spécial 167
C. AUGMENTATION DU NOMBRE D'OPTIONS RELATIVES À L'EXERCICE DE LA FONCTION DE MANDATAIRE SPÉCIAL 169
1. Les fiduciaires professionnels 169
2. La participation du public 173
3. La création d'une fonction pour les organismes communautaires 176
4. La reconnaissance des réseaux de soutien personnels 178
D. L'AMÉLIORATION DES SERVICES DE SOUTIEN POUR LES MEMBRES DE LA FAMILLE ET LES AMIS 179
E. LE RÔLE DU TUTEUR ET CURATEUR PUBLIC 180
F. QUESTIONS À ABORDER 183

III. LES PROCÉDURES DE NOMINATION ET DE FIN DE MANDAT POUR LA PRISE DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI 185

A. INTRODUCTION 185
B. LA PROCÉDURE DE NOMINATION PERSONNELLE 187
1. La réglementation sur les procurations en Ontario 187
2. Sujets de préoccupation et critiques 192
3. Les options pour la réforme 195
C. LA PROCÉDURE DES NOMINATIONS PUBLIQUES 203
1. La nomination d'un tuteur 203
2. La fin de la tutelle 207
3. Sujets de préoccupation et critiques de la procédure des nominations publiques 208
4. Les options pour la réforme 212
D. QUESTIONS À ABORDER 220

PARTIE QUATRE : ACCÈS AU DROIT

I. LE PROBLÈME DE L'UTILISATION ABUSIVE OU IMPROPRE DES POUVOIRS DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI 222

A. INTRODUCTION 222
1. Les principes des cadres et le problème de l'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui 222
2. Situer le problème de l'abus dans les lois sur la capacité juridique, la prise de décisions et la tutelle 224
B. COMPRENDRE LE PROBLÈME : EXPLOITATION GRÂCE À LA LOI ET UTILISATION IMPROPRE DES POUVOIRS LÉGISLATIFS 225
1. Abus, exploitation après nomination et utilisation impropre des pouvoirs législatifs 225
2. Prévalence des abus 227
3. Dynamique familiale, prise de décision au nom d'autrui et abus 229
4. Prestataires de services et abus commis par les mandataires et d'autres 232

5. Mécanismes généraux de lutte contre les abus 233
C. CONTEXTE JURIDIQUE ACTUEL 237
1. Nomination du mandataire spécial 237
2. Attributions du mandataire spécial 239
3. Mécanismes existants de lutte contre l'utilisation abusive et impropre 241
D. PRÉOCCUPATIONS ET OPTIONS POUR LA RÉFORME 243
1. Problèmes perçus des mécanismes existants 243
2. Autres mécanismes possibles pour prévenir, déceler et combattre les abus 245
E. QUESTIONS À ABORDER 256

II. RÉGLER LES DIFFÉRENDS ET EXERCER SES DROITS 257

A. INTRODUCTION 257
1. L'importance de mécanismes efficaces pour le règlement des différends et l'exercice des droits 257
2. Règlement des différends et exercice des droits dans le contexte de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle 258
3. Objectifs concernant l'efficacité du règlement des différends et de l'exercice des droits 265
4. Recours en dehors de la LPDNA et de la LCSS 267
B. LA COMMISSION DU CONSENTEMENT ET DE LA CAPACITÉ 269
1. Introduction 269
2. Préoccupations et critiques 270
3. Les options pour la réforme 273
C. LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE 274
1. Compétence 274
2. Préoccupations et critiques 275
3. Les options pour la réforme 277
D. QUESTIONS À ABORDER 285

III. MESURES DE SOUTIEN POUR ACCÉDER AU DROIT : L'UTILISER, RÉSOUDRE DES PROBLÈMES, S'EXPRIMER 287

A. INTRODUCTION 287
B. UN PEU D'HISTOIRE : INTERVENTION, RÉFORME DU DROIT ET RÉGIME LÉGISLATIF ACTUEL 289
1. Le Rapport Fram et l'Examen O'Sullivan 290
2. La Loi de 1992 sur l'intervention et les dispositions relatives à l'intervention dans la Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui et la Loi de 1992 sur le consentement au traitement 292
3. L'abrogation de la Loi de 1992 sur l'intervention et les modifications aux lois relatives à la capacité et à la tutelle 295
C. MESURES DE SOUTIEN EXISTANTES RELATIVEMENT À L'ACCÈS AUX LOIS DE L'ONTARIO CONCERNANT LA CAPACITÉ, LA PRISE DE DÉCISION ET LA TUTELLE 296
1. Les conseillers en matière de droits et le Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques 297
2. Avocat selon l'article 3 301
3. Aide juridique 302
4. Cliniques juridiques spécialisées 303
5. Commentaires généraux 304
D. MODÈLES POUR LA PRESTATION DE MESURES DE SOUTIEN À L'ACCÈS AU DROIT 305

1. Institutions d'intervention publiques spécialisées 306
2. Mesures de soutien institutionnelles intégrées 310
3. Mesures de soutien fournies par des organismes 314
E. QUESTIONS À ABORDER 317

IV. ACCÈS À L'INFORMATION ET VULGARISATION 318

A. INTRODUCTION 318
B. LES PERSONNES DIRECTEMENT TOUCHÉES PAR LA LOI 319
1. Accès à l'information pour les personnes âgées et les personnes handicapées 319
2. Dispenser des renseignements aux personnes touchées en vertu de la Loi 320
3. Améliorer l'accès à l'information pour les personnes directement touchées 322
C. LES PERSONNES AGISSANT À TITRE DE MANDATAIRE SPÉCIAL 323
D. LES PERSONNES QUI FOURNISSENT DES SERVICES AUX PERSONNES DIRECTEMENT TOUCHÉES 324
E. LES PERSONNES RESPONSABLES DE LA MISE EN APPLICATION DE LA LÉGISLATION 325
1. Besoins en matière de vulgarisation et de renseignements 326
2. Sources actuelles d'information, de vulgarisation et de formation 329
F. QUESTIONS À ABORDER 335

PARTIE CINQ : PROMOUVOIR LA MISE EN ŒUVRE EFFICACE DE LA RÉFORME DU DROIT

I. GARANTIR L'EFFICACITÉ DU SYSTÈME : COORDINATION, SURVEILLANCE, TRANSPARENCE 337

A. INTRODUCTION 337
B. TRANSPARENCE ET RESPONSABILITÉ VIS-À-VIS DU FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME 337
C. COORDINATION DU SYSTÈME DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE, DE LA PRISE DE DÉCISION ET DE LA TUTELLE 339
D. DÉCELER LES PROBLÈMES SYSTÉMIQUES 342
E. QUESTIONS À ABORDER 343

II. PARTICIPER AU PROCESSUS DE RÉFORME DU DROIT : LES CONSULTATIONS PUBLIQUES DE LA CDO 345

ANNEXE A : LES PRINCIPES DES CADRES DE LA CDO 348

Principes concernant le droit et les personnes handicapées 348
Mise en œuvre des principes 349
PRINCIPES CONCERNANT LE DROIT ET LES PERSONNES ÂGÉES 353
MISE EN ŒUVRE DES PRINCIPES 354

ANNEXE B : QUESTIONS DU CONSULTATION 358

NOTES 367

SOMMAIRE

INTRODUCTION

La Commission du droit de l'Ontario (CDO) a entrepris le projet d'examiner le cadre législatif ontarien pour la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, en vue de formuler des recommandations de réforme des lois, des orientations et des méthodes dans ces domaines. Le projet se fonde sur deux projets que la CDO a terminés : le *Cadre du droit touchant les personnes âgées* et le *Cadre du droit touchant les personnes handicapées.* Lors de ces projets, on a exprimé à la CDO de grandes préoccupations quant au fonctionnement pratique du droit dans ce domaine et quant à ses répercussions sur l'autonomie, la sécurité, la dignité et l'intégration des personnes âgées et des personnes handicapées.

Ce projet sera axé sur le cadre législatif central de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA), de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* (LCSS), et des dispositions de la Partie III de la *Loi sur la santé mentale* (LSM) portant sur l'évaluation de la capacité juridique de gérer des biens. Il ne porte pas sur la common law, ni sur d'autres lois qui effleurent les questions du consentement et de la capacité, ni sur les dispositions générales de la LSM. Dans les limites de ce cadre, le projet s'attachera aux grandes questions suivantes :

1. **la norme concernant la capacité**, dont les critères de détermination de la capacité et les divers moyens et mécanismes que prévoient à cette fin la LPDNA, la LCSS et la LSM;
2. **les modèles décisionnels**, y compris examiner si d'autres modes décisionnels pouvant remplacer la prise de décision au nom d'autrui, notamment la prise de décision assistée et la codécision, sont souhaitables et quelles seraient leurs répercussions pratiques;
3. **les procédures de nomination** (celle du mandataire spécial par exemple), nomination par la personne ou par procédure publique, en s'attachant à l'utilisation appropriée et à l'amélioration de l'efficacité et de l'accessibilité;
4. **les attributions des tuteurs et autres mandataires spéciaux**, dont les possibilités de formes de tutelle plus limitées et étude des options pour les personnes n'ayant pas de famille ou d'amis pour les aider;
5. **la surveillance, la responsabilité et la prévention des abus** vis-à-vis des mandataires spéciaux ou des accompagnateurs, quel que soit leur mode de nomination, ainsi que des abus par des prestataires de services tiers, y compris les mécanismes pour accroître la transparence, repérer les possibilités d'abus et garantir le respect des exigences de la loi;
6. **le règlement des différends**, y compris les réformes afin d'accroître l'accessibilité et l'efficacité des mécanismes en vigueur.

Afin d'évaluer le droit en vigueur et de formuler des recommandations, la CDO appliquera les *cadres* qu'elles a élaborés pour le droit touchant les personnes handicapées et les personnes âgées, et tiendra compte de l'évolution du droit international, de la situation dans d'autres provinces canadiennes ou dans d'autres pays ainsi que des préoccupations sur la valeur concrète et la possibilité de mise en œuvre.

Le présent *document de travail* est fondé sur les recherches et les consultations publiques que la CDO a menées jusqu'à présent, notamment sur une série de documents commandés. On y fait la synthèse des renseignements recueillis jusqu'à présent, on y définit les grandes questions, et on y expose quelques possibilités d'orientation de réforme. Il se veut le fondement de consultations publiques et de débats sur les questions définies. Il est accompagné du *sommaire des enjeux pour les consultations*, destiné à soutenir le processus de consultation. Une fois les consultations publiques terminées, la CDO publiera un rapport intermédiaire qui comportera une analyse et des projets de recommandation.

PARTIE UN : RÉFORMER LES LOIS ONTARIENNES SUR LA CAPACITÉ JURIDIQUE, LA PRISE DE DÉCISION ET LA TUTELLE

I. HISTORIQUE ET CONTEXTE DE FONCTIONNEMENT DU DROIT

Le chapitre Un présente quelques renseignements de nature générale et contextuelle qui sont utiles pour comprendre le fonctionnement des lois ontariennes concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle.

La prise de décision représente une part importante de notre développement personnel, elle exprime nos valeurs et notre identité. Au niveau personnel, la prise de décision est liée à l'autonomie, à la dignité, à la sécurité et à d'autres valeurs fondamentales.

La prise de décision comporte aussi un aspect public, car quand on demande aux autres de se fier à nos décisions ou de les mettre en œuvre, il importe qu'ils soient sûrs qu'ils comprennent la décision prise, qu'ils puissent se fier à sa finalité et que toutes les parties puissent être tenues responsables de leur part à la décision. En ce sens, la prise de décision est également liée aux objectifs de clarté, de certitude et de responsabilité. Il faut comprendre en outre que la prise de décision n'est pas seulement un résultat, c'est également un processus. On considère souvent que le « bon » processus décisionnel a de la valeur en lui-même, indépendamment du bien-fondé du résultat.

Les principaux éléments de la conception ontarienne de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle sont la présomption de capacité, la conception cognitive de la capacité, fondée sur la décision, la tendance à la spécialisation de l'évaluation de la capacité, la

conception fondée sur la prise de décision au nom d'autrui et obligatoirement officialisée, l'insistance sur les garanties procédurales, et la préférence pour la sphère privée pour l'aide à la prise de décision.

Ni la LCSS ni la LPDNA ne font état d'une catégorie particulière de personnes, mais il est évident que certaines catégories de personnes seront plus susceptibles d'être reconnues « incapables » en vertu de l'une ou l'autre de ces deux lois. Les personnes atteintes de déficiences intellectuelles, neurologiques, mentales ou cognitives sont plus susceptibles d'être à la fois déclarées légalement incapables de prendre des décisions précises, au sens de ces lois, et de façon non officielle, d'être *présumées i*ncapables et donc, pouvant être évaluées et visées par d'autres dispositions de ces lois. Pour comprendre celles-ci, il importe de tenir compte de la situation et des besoins particuliers de ces groupes et de comprendre que même si les personnes handicapées partagent l'expérience des obstacles, notamment psychologiques et systémiques, à l'égalité, leurs expériences peuvent varier considérablement et de nombreuses façons. Autrement dit, la façon dont une personne âgée atteinte de démente fait connaissance avec ces lois et les besoins qui seront alors les siens peuvent varier considérablement de ceux d'un ou d'une jeune atteinte de déficience intellectuelle ou d'un adulte qui subit un traumatisme cérébral ou qui devient dément. Ceci va déterminer fortement les besoins de réforme du droit établis.

Il faut étudier les lois de ce domaine dans leur contexte plus général, notamment la complexité de la dynamique familiale, les enjeux suscités par l'insuffisance des ressources à la disposition des personnes handicapées et de leur famille, les comportements problématiques vis-à-vis des personnes handicapées et des personnes âgées, les questions éthiques que soulèvent pour les familles et les prestataires de services leurs relations avec des personnes qui risquent d'être exploitées ou qui ont de la difficulté notamment à s'affirmer ou à se défendre. Inévitablement, ces lois sont des réponses partielles à des problèmes pratiques, éthiques et sociaux complexes.

Les lois ontariennes dans ce domaine sont le fruit de vastes travaux de réforme du droit menés à la fin des années 1980 et au début des années 1990 - *Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale*, *Enquête sur la capacité mentale*, *Examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables*, pour n'en citer que quelques-uns. Il en est résulté que l'Ontario dispose d'un régime législatif moderne, complet et relativement coordonné. Il faut mentionner cependant que la LPDNA et la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement* (version antérieure de la LCSS) ont été élaborées dans le contexte de la *Loi de 1992 sur l'intervention*, qui établissait un cadre institutionnel ambitieux pour la défense des droits des personnes vulnérables, mais qui a été abrogée à la fin de l'élaboration du cadre législatif.

Les pressions pour réformer ce domaine du droit découlent de faits récents – évolution démographique entraînant une augmentation de la prévalence de la démence et d'autres déficiences cognitives pouvant toucher l'aptitude à décider, profonde évolution des mentalités à l'égard du vieillissement et de la déficience, réalisations internationales comme la création de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, pressions aiguës sur les ressources à tous les niveaux. Le cadre législatif actuel a marqué une profonde transformation du droit ontarien, et malgré qu'il ait été judicieusement pensé, des conséquences imprévues se sont manifestées dans quelques domaines.

PARTIE DEUX : LA CAPACITÉ JURIDIQUE

I. LA « CAPACITÉ JURIDIQUE » : FIXER LA NORME

La notion de « capacité » est fondamentale dans le droit concernant la prise de décision. Aux termes de la LPDNA et de la LCSS, dans les cas où il faut prendre une décision et où la personne visée est déclarée « incapable » de prendre cette décision ou ce type de décision, il appartient au mandataire spécial de le faire à sa place. De façon générale, les personnes considérées comme jouissant de la capacité juridique ont le droit de décider par elles-mêmes et sont tenues responsables de leurs décisions, y compris de celles pouvant paraître irréfléchies ou peu judicieuses à des tiers. En revanche, les personnes dont l'incapacité juridique a été reconnue dans un domaine particulier (domaine décisionnel) ou pour une décision en particulier peuvent perdre le droit de décider par elles-mêmes dans ce domaine : d'autres personnes seront responsables de décider à leur place et peuvent théoriquement être tenues responsables de leur façon de décider. Les conséquences de la détermination de la capacité juridique sont donc capitales.

Complexe, cette notion prête à controverse. Le terme a été compris de diverses façons, selon les époques. La notion de capacité est étroitement liée à celles d'autonomie et d'indépendance, en ce que la capacité a des liens intimes avec la faculté de prendre des décisions en autonomie et d'accepter la responsabilité de leurs conséquences. Elle est également étroitement liée à notre appréciation non seulement du risque, mais aussi du préjudice réel à des personnes marginalisées ou défavorisées, ainsi qu'à notre tolérance de ce risque et de ce préjudice.

Les conceptions de la capacité juridique ont varié selon les époques. Celles qui prédominent actuellement, et qui sous-tendent le cadre législatif ontarien, est fonctionnelle et cognitive. Elles privilégient la faculté de prendre une décision précise ou un type précis de décision, au moment où celle-ci doit être prise. Ceci comprend les facultés de comprendre, de retenir et d'évaluer les renseignements propres à la décision (dont ses conséquences possibles), et d'en tenir compte pour arriver à décider.

SOMMAIRE

Tous les critères ontariens de détermination de la capacité sont fondés sur la faculté « de comprendre et d'évaluer » les renseignements pertinents. La LCSS et la LPDNA créent des critères propres à chaque domaine, et énoncent les renseignements spécifiques que la personne doit pouvoir comprendre et évaluer. Les principaux domaines en Ontario sont ceux de la gestion des biens, du soin à la personne, du traitement, de l'admission à des soins de longue durée et de l'établissement de procurations. Le type d'information intervenant dans la prise de décision varie selon les domaines; le critère de détermination de la capacité par exemple est beaucoup plus exigeant que l'établissement d'une procuration relative aux biens ou au soin à la personne.

Toute conception de la capacité suscite des problèmes de réalisation. La conception ontarienne de la capacité juridique fait l'objet de certaines critiques. Malgré que le critère soit axé sur l'*aptitude* à analyser l'information pertinente et à l'évaluer, par opposition au *résultat* de ce qui a été compris et évalué, on s'inquiète que dans la pratique, cette distinction ait tendance à s'estomper. Il existe de même le risque que l'exigence relative à l'élément « évaluation » du critère soit ramenée à la conception de la capacité fondée sur les résultats, car dans la pratique, il peut s'avérer difficile de distinguer entre l'inaptitude à évaluer les conséquences d'une décision, et l'évaluation de la nature et du degré du risque qui diffère de celui de l'évaluateur. De plus, telle qu'elle est comprise en Ontario, la capacité juridique peut varier : la personne n'ayant pas la capacité juridique à un moment donné peut en jouir à un autre moment; le verdict d'incapacité pouvant avoir des conséquences à long terme (de même que la tutelle par exemple), il peut être difficile de garantir que les structures pour la prise de décision au nom d'autrui soient en place uniquement quand elles sont véritablement nécessaires.

Parmi les options possibles pour améliorer le critère cognitif de la détermination de la capacité, on pourrait renforcer ou préciser le libellé des critères que prévoient les lois, ou intégrer à la loi ou au règlement en cause quelques éléments figurant dans les lignes directrices du ministère de la Procureure générale pour l'évaluation de la capacité, ou encore élargir leur applicabilité à toutes les formes d'évaluation de la capacité.

Outre des difficultés inhérentes à la mise en œuvre, la conception ontarienne est critiquée de façon plus fondamentale, au motif qu'elle serait incompatible avec le point de vue des droits des personnes handicapées. Selon quelques-uns, *toute* conception fonctionnelle de la capacité est incompatible avec celui-ci, en ce que le droit de décider ne devrait pas être restreint sur la base de la diversité de capacités associées à quelques types de déficience, et que ces types de distinction sont de nature discriminatoire. Selon d'autres, le type de critère cognitif de détermination de la capacité adopté en Ontario défavorise de façon disproportionnée les personnes atteintes de déficiences intellectuelles, cognitives et psychologiques, et se fonde incorrectement sur des capacités cognitives définies par la profession médicale (conservant en

ce sens nombre des aspects problématiques de la conception fondée sur l'état). Comme on vient de le souligner, le critère « comprendre et évaluer » établit une norme fondée sur les capacités cognitives pour les personnes qui peuvent décider par elles-mêmes et pour celles qui ne le peuvent pas. Malgré qu'il ne soit pas fondé sur la déficience, ce critère aura ainsi un effet disproportionné sur les personnes dont la déficience touche leurs capacités cognitives, celles atteintes par exemple de déficiences intellectuelles, mentales ou neurologiques.

Selon certains avis, un critère de détermination de la capacité fondé sur « la volonté et l'intention » reflèterait mieux la perspective des droits des personnes handicapées que la conception actuelle « comprendre et évaluer ». Selon la conception fondée sur « la volonté et l'intention », la capacité juridique sur la faculté de la personne d'agir de sorte qu'au moins une autre personne la connaissant personnellement puisse raisonnablement lui imputer sa volonté ou ses intentions, sa mémoire, sa cohérence dans la durée et ses aptitudes à communiquer à cet effet. Ceci marquerait un changement radical de la conception en vigueur en Ontario. Il faudrait réfléchir soigneusement à qui aurait la charge d'évaluer selon ce critère, et aux types de garanties procédurales et de soutiens qui seraient appropriés. Les conséquences seraient plus vastes pour les parties au processus décisionnel ainsi qu'à l'égard des garanties nécessaires pour détecter et réprimer les abus. Cette conception pose par ailleurs des problèmes à l'égard des personnes n'ayant pas de relations proches et de confiance, car celles-ci sont nécessaires pour discerner la volonté et l'intention.

II. SYSTÈMES D'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ

Le chapitre I de la Partie Deux s'est attaché aux critères de détermination de la capacité juridique, on étudie au chapitre II les façons dont sont menées les évaluations de la capacité. Le système ontarien d'évaluation est complexe. On peut l'envisager comme un ensemble de systèmes imbriqués. La LPDNA, la LCSS et la LSM prévoient cinq modes d'évaluation :

1) examen de la capacité de gérer ses biens au moment de l'admission en établissement psychiatrique ou de la mise en congé d'un établissement psychiatrique (LSM);
2) évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard d'un traitement (LCSS);
3) évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins de longue durée ou à des services d'aide personnelle (LCSS);
4) évaluation de la capacité de prendre des décisions pour gérer ses biens ou prendre soin de sa personne (LPDNA);
5) évaluation de la capacité d'établir une procuration (LPDNA).

Ces mécanismes d'évaluation ont des éléments communs, mais ils diffèrent considérablement l'un de l'autre sur le plan de facteurs comme les suivants :

1) les personnes chargées des évaluations;
2) la formation et les normes qui leur sont imposées;
3) l'information et les mesures de soutien à l'intention des personnes dont la capacité est évaluée;
4) la documentation requise pour la procédure d'évaluation;
5) les mécanismes et les mesures de soutien pour contester les résultats d'une évaluation de la capacité.

Quelques systèmes sont sans caractère officiel et d'autres le sont tout à fait, et comportent des garanties procédurales et des mesures de soutien importantes. Ces variations entre les systèmes d'évaluation reflètent dans une certaine mesure celles du contexte et des conséquences des différentes formes d'évaluation. Elles engendrent toutefois beaucoup de complexité et de confusion, ce qui conduit à se demander si l'Ontario bénéficierait de plus d'harmonisation, de coordination ou de simplification dans ses divers systèmes d'évaluation de la capacité.

Tout système d'évaluation de la capacité présente plusieurs enjeux.

Concrétiser la notion de capacité. La notion de capacité sera toujours difficile à appliquer en raison de sa nature insaisissable et multidimensionnelle. Bien qu'il y ait des personnes qui, de toute évidence, ne répondent pas aux critères, il y en aura aussi un grand nombre qui se situeront dans une zone grise ou dont l'évaluation des capacités nécessitera beaucoup de précautions. Lourde de conséquences, la détermination de la capacité exerce donc une pression sur les évaluateurs pour qu'ils « ne se trompent pas ». On demande donc beaucoup aux mécanismes : étant donné les enjeux et la possibilité d'erreur, il importe que le processus soit transparent, équitable – et perçu comme tel – et susceptible de correction. Il importe aussi que le processus se déroule relativement dans les délais, compte tenu des risques d'abus et des autres conséquences néfastes lorsque la personne est incapable et qu'elle a besoin des mesures de soutien prévues dans la loi.

À qui incombe l'évaluation de la capacité? Sa nature complexe et multidimensionnelle soulève naturellement la question de savoir quelle catégorie de personnes peut effectuer les évaluations, quelles sont les qualifications et la formation requises et quelles sont les normes à respecter? La conception ontarienne de la capacité fait grandement appel aux professionnels, ce qui témoigne de la volonté de s'assurer que la notion juridique est bien comprise de tous ceux qui l'appliquent et qu'elle est appliquée avec soin, de façon réfléchie et selon des normes cohérentes. L'une des propositions les plus fréquentes de réforme à l'égard des systèmes d'évaluation est d'ailleurs d'augmenter le niveau d'études, de formation et celui des normes pour les évaluateurs. Aussi en matière d'évaluation de la capacité, on propose de renforcer les mécanismes de surveillance et ceux relatifs aux plaintes.

Toutefois, les personnes handicapées ont souvent soulevé des préoccupations à l'égard de la médicalisation de leur situation qui conduit à un contrôle de leur vie par des professionnels de la santé, soutenant qu'une compréhension sociologique de la situation de handicap, axée sur les droits de la personne, est plus appropriée. Des critiques de ce genre peuvent avoir une certaine résonance quant à l'application de la conception ontarienne de la capacité.

Caractère adéquat des protections procédurales pour les personnes évaluées. Étant donné les graves conséquences possibles de l'évaluation, il importe que la personne évaluée dispose de protections procédurales adéquates. Bien entendu, la notion de « protections procédurales adéquates » variera selon le contexte et les conséquences possibles de l'évaluation en cause. On s'est inquiété de ce que certaines formes d'évaluation manquent de protections procédurales adéquates pour tenir compte de la possible gravité de leurs résultats, et des lacunes qui surviennent parfois dans la mise en place des protections procédurales existantes. On se préoccupe en particulier d'améliorer l'accès à l'information, l'intervention et les mesures de soutien à l'égard de l'évaluation de la capacité.

Garantir des réponses graduées adaptées aux fluctuations de la capacité. La capacité juridique peut varier dans le temps, au moins selon les conceptions cognitive et fonctionnelle, il est capital que les mécanismes d'évaluation soient souples et accessibles de sorte que des réévaluations puissent avoir lieu relativement facilement. Ce peut être plus facile à dire qu'à faire, l'évaluation de la capacité pouvant s'avérer exigeante sur le plan des ressources; il faut trouver le juste milieu entre l'accessibilité à la révision et à la réévaluation, et empêcher les cycles de réévaluation inutiles et interminables. Les systèmes ontariens d'évaluation de la capacité prévoient certes des mécanismes de réévaluation, mais ils peuvent parfois être coûteux ou lourds, ou bien exiger que ce soit la personne visée qui lance le processus.

PARTIE TROIS : LA PRISE DE DÉCISION

I. DE NOUVEAUX ARRANGEMENTS EN MATIÈRE DE PRISE DE DÉCISION : LES ACCOMPAGNATEURS ET LES CODÉCIDEURS

Les nouveaux arrangements en matière de prise de décision, soit la prise de décision accompagnée et la codécision, ont fait partie des questions les plus importantes soulevées au cours des consultations préliminaires de la CDO dans le cadre de ce projet. Ces arrangements représentent un changement d'orientation fondamental dans les façons de considérer le droit et ont d'importantes répercussions sur presque tous les aspects de ce domaine du droit. Leurs défenseurs souhaiteraient que l'un ou l'autre de ces arrangements – ou les deux – figurent dans les lois ontariennes, soit comme options parmi d'autres, soit comme options privilégiées ou options qui remplacent carrément la prise de décision au nom d'autrui. Ces conceptions assez

récentes de la prise de décision sont étroitement liées aux changements dans les conceptions de la capacité, exposés au chapitre I de la partie Deux, et trouvent leur fondement dans le modèle social de l'invalidité et la critique, du point de vue des droits de la personne, des façons actuelles d'envisager la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle.

Ce chapitre examine les éléments fondamentaux des conceptions de la prise de décision accompagnée et de la codécision en comparant avec la prise de décision au nom d'autrui, puis présente quelques modèles précis de ces formes de prise de décision et examine quelques répercussions et quelques difficultés de mise en œuvre.

Cet examen ne saurait se faire sans traiter de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, que le Canada a ratifiée et en particulier de l'article 12 qui porte explicitement sur la capacité de prendre des décisions, dont les exigences pour les États Parties de reconnaître que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres et de prendre des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique. Il y a eu beaucoup de débats sur les répercussions de l'article 12. La Déclaration et la Réserve du Canada concernant la CDPH précise que « le Canada reconnaît que les personnes handicapées sont présumées avoir la capacité juridique dans tous les aspects de leur vie ». Le Canada déclare qu'il comprend que l'article 12 permet des mesures d'accompagnement et de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique « dans des circonstances appropriées et conformément à la loi », et se réserve le droit « de continuer l'utilisation de telles mesures dans des circonstances appropriées et sujet à ce qu'elles soient assorties de garanties appropriées et effectives ». Selon l'interprétation du Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies, donnée dans un Commentaire général récemment, l'article 12 exige la reconnaissance de la capacité juridique universelle et interdit l'utilisation des méthodes fondées sur les « intérêts supérieurs ».

Comme la prise de décision accompagnée est une innovation législative assez récente, il n'en existe pas de modèle normalisé et il existe efficacement de nombreuses différences dans les façons de la mettre en œuvre de manière pertinente et efficace. Des formes limitées de prise de décision accompagnée sont mises en œuvre dans certaines provinces ou certains territoires, soit l'Alberta, la Colombie-Britannique, le Yukon et le Manitoba.

Quelques éléments sont cependant communs aux différents modèles. Premièrement, la prise de décision accompagnée n'exige pas une constatation d'incapacité : en fait, cet arrangement a pour objet d'éviter cette constatation ou évaluation. Premièrement, la prise de décision accompagnée n'est pas axée sur la présence ou l'absence de caractéristiques mentales particulières, mais sur les soutiens et les accommodements qui peuvent être mise à la disposition des personnes pour qu'elles gardent la maîtrise des décisions qui les concernent.

Deuxièmement, dans les arrangements de prise de décision accompagnée, la personne accompagnée garde la responsabilité légale. Elles restent maitres de leurs décisions : celles-ci leur appartiennent, elles ne sont pas celles de leurs accompagnateurs. Troisièmement, les arrangements de prise de décision accompagnée sont fondés sur le consentement. Un arrangement imposé va à l'encontre de la notion de la prise de décision accompagnée, qui doit être conclue librement pour donner les résultats escomptés. Finalement, la prise de décision accompagnée est fondée sur des liens de confiance et d'intimité. Pour qu'elle soit réussie, l'accompagnateur doit très bien connaître la personne pour être en mesure de l'aider à comprendre ses valeurs et ses préférences.

Les défenseurs de la prise de décision accompagnée sont très divisés pour ce qui est des personnes à qui ces arrangements de prise de décision accompagnée peuvent convenir : certains estiment que la capacité juridique est un droit fondamental et ne peut être retiré, quelles que soient les circonstances, même lorsque le soutien doit être total. Pour d'autres, la prise de décision accompagnée est un type d'accommodement dans lequel différents types de soutiens sont possibles pour aider la personne qui en a besoin à prendre elle-même la décision (compte tenu de différents points de vue sur ce que veut dire « prendre la décision » dans ce contexte). On accepte que dans certains cas, les personnes soient incapables de prendre leurs propres décisions, quelle que soit l'aide qu'elles recevront, et que dans ces conditions, sur le plan pratique, une autre personne devra prendre la décision, mais celle-ci devra tenir compte de la dignité et de l'identité individuelle de la personne au nom de laquelle elle agit. Autrement dit, dans certaines situations, une forme semblable à ce que nous appelons actuellement la prise de décision au nom d'autrui est inévitable, mais il faudrait insister sur le fait qu'il s'agit vraiment d'une solution de dernier recours.

Les critiques de la prise de décision accompagnée sont axées sur la clarté, la certitude et la responsabilité pour les tiers qui doivent s'appuyer sur des décisions prises dans le cadre de ces arrangements, les risques d'abus et de mésusage des arrangements, du bien-fondé de l'officialisation d'un processus que certains perçoivent comme intrinsèquement officieux, et la question de savoir si ces arrangements conviennent à tous ceux et celles qui sont actuellement visés par les lois sur la capacité et les tutelles.

La codécision a été beaucoup moins explorée que la prise de décision accompagnée. Actuellement, l'Alberta et la Saskatchewan proposent une certaine forme de codécision. Selon ces arrangements, l'accord conclu par l'adulte et le codécideur nommé est obligatoire, de sorte que la personne n'a la capacité juridique que si le codécideur lui vient en aide. On craint beaucoup que la codécision ne crée un partenariat par définition inégal et que le codécideur nommé ne puisse lourdement influencer la décision de la personne. Pour cette raison, les arrangements de codécision ne diffèrent peut-être pas beaucoup de la prise de décision au

nom d'autrui. De plus, ces types d'arrangements peuvent donner lieu à des abus. La complexité de ces nouveaux arrangements peut semer la confusion.

II. QUI PEUT EXERCER LA FONCTION DE MANDATAIRE, DE PROCUREUR OU DE TUTEUR?

Actuellement, la vaste majorité des mandataires spéciaux selon le droit ontarien sont des membres de la famille et des amis de la personne qui a besoin d'aide pour prendre des décisions. Des sociétés de fiducie peuvent, dans certaines circonstances, exercer la fonction de mandataires spéciaux. De plus, le tuteur et curateur public (TPS) sera mandataire de dernier recours et tuteur légal aux biens. Le tribunal peut aussi nommer le TPC tuteur temporaire après une enquête sur des « conséquences préjudiciables graves ».

Les tendances démographiques et sociales montrent que moins de personnes ont des membres de la famille et des amis capables de les représenter et prêts à le faire, et qui pourraient exercer convenablement cette fonction. Les responsabilités associées à la fonction de mandataire spécial sont importantes et de nombreuses personnes trouveraient également difficile et exigeant de devoir l'exercer. Le chapitre VI passe en revue le droit actuel sur les personnes qui peuvent remplir la fonction de mandataire spécial en Ontario et examine certaines options qui permettraient d'élargir le bassin des mandataires spéciaux possibles; il fait également ressortir le besoin de meilleurs soutiens pour les membres de la famille et les amis qui exercent ces fonctions. Ces options sont les suivantes :

Les fiduciaires professionnels : certains pays ont créé une profession spécialisée de fiduciaires titulaires de licence qui peuvent agir en vertu de procurations. Les fiduciaires professionnels pourraient constituer une option attrayante pour la prise de décision au nom d'autrui dans deux circonstances. Lorsque des mandants n'ont pas de lien de confiance avec une personne qui est prête et disposée à les représenter, les fiduciaires professionnels pourraient être une solution de rechange au TCP. De plus, certains pourraient trouver l'idée d'un fiduciaire professionnel intéressante en raison de leur spécialisation qui leur donne l'occasion d'acquérir de l'expérience et de l'expertise dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, il peut y avoir un risque considérable à laisser des professionnels accéder à des fonds ou à des personnes qui peuvent être très vulnérables en raison, à la fois, de leur déficience et de leur isolement social.

Les bénévoles : divers pays ont mis en place des programmes de bénévolat dans le cadre desquels des membres du public peuvent représenter des personnes socialement isolées, qui n'ont pas d'amis ni de famille pour les aider. Dans certains cas, l'État crée et supervise directement ces programmes de bénévolat, tandis que dans d'autres, ce rôle est confié à des organismes communautaires.

Les organismes communautaires : actuellement, dans le cadre de certains programmes de curatelle non officielle (par exemple, les prestations du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées ou les versements du Régime de pensions du Canada), des organismes communautaires peuvent recevoir des fonds et prendre des décisions au nom de personnes. Un élargissement de ce type de fonction en vertu des lois sur la capacité et les tutelles peut offrir davantage de possibilités aux personnes qui vivent de l'isolement social. La CDO a entendu que certains organismes communautaires sont capables d'offrir de très bons services officieux de fiducie dans le cadre d'un ensemble général de services assurés à leurs clients qu'ils connaissent bien et avec lesquels ils ont régulièrement des rapports. Il faudrait cependant adopter des mesures pour sélectionner soigneusement les organismes, éviter les conflits d'intérêts et assurer la reddition de comptes.

Les réseaux de soutien personnels : Les réseaux de soutien personnels officialisés, par exemple les « microconseils », ont été mis à contribution dans certaines provinces canadiennes pour recevoir et gérer certains types de fonds au nom de personnes handicapées. Un microconseil est un petit groupe de personnes dévouées qui s'allient à une personne handicapée pour créer une société sans but lucratif et lui assurer divers services de soutien personnel, notamment la gestion du financement direct individualisé de la personne handicapée.

III. LES PROCÉDURES DE NOMINATION ET DE FIN DE MANDAT DES MANDATAIRES SPÉCIAUX

Le chapitre III porte sur les procédures de nomination et de fin de mandat des personnes nommées pour exercer des fonctions de mandataires spéciaux. Toutes les formes de procédure de nomination et de fin de mandate doit mettre en balance divers objectifs, dont certains peuvent entre en contradiction les uns avec les autres. Ces objectifs comprennent l'accessibilité, l'efficacité, la souplesse, l'offre de choix à la personne, la transparence et la reddition de comptes, la prise en compte du contexte, la possibilité de surveillance et la protection de la vie privée.

Le droit ontarien prévoit trois moyens de nommer un mandataire spécial :

1. **La nomination personnelle** : la personne nomme elle-même son mandataire spécial, de façon autonome, par une procuration relative aux biens ou une procuration relative au soin de la personne.
2. **La nomination publique** : une cour, un tribunal ou une entité administrative nomme le mandataire spécial. Il peut s'agir d'une tutelle légale, de la nomination d'un tuteur par le tribunal en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA) ou de la nomination par la Commission du consentement et de la capacité (CCC) d'un représentant en vertu de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé (LCSS).
3. **La nomination automatique** : en vertu de la LCSS, des mandataires sont nommés selon une liste hiérarchisée.

Les intervenants ont exprimé des préoccupations importantes quant aux possibilités d'abus de pouvoir par les procureurs, notamment en cas de procuration relative aux biens. La nature privée de ces nominations tend à réduire les possibilités d'examen et à augmenter le risque que des abus passent inaperçus. La difficulté réside dans la l'équilibre à trouver entre la nécessité d'éviter les abus et l'importance d'assurer un accès à ces outils. Un deuxième sujet de préoccupation important concernant les procurations est la difficulté pour les tiers de retrouver et de valider les procurations. Pour cette raison, ces documents peuvent être mal appliqués ou pas appliqués du tout.

Les options pour la réforme ont trait à une meilleure compréhension des risques et des responsabilités liés à ces instruments puissants, par exemple par des exigences plus rigoureuses pour leur création ou des mécanismes qui renforcent le potentiel de surveillance et de supervision (des registres, des obligations de rendre compte et des surveillants).

Les critiques des procédures actuelles de nominations publiques ont trait à la crainte qu'elles soient utilisées à excès, ce qui entraînerait des tutelles inutiles, et à ce qu'elles ne soient pas assez souples et accessibles pour que les personnes puissent convenir de tutelles ou décider d'y mettre fin au besoin.

Les options pour la réforme comprennent celles qui visent à réduire l'ampleur des pouvoirs attribués aux personnes nommées au besoin (grâce à des tutelles partielles ou à des nominations limitées à des décisions précises seulement); la création de tutelles limitées dans le temps et les examens obligatoires réguliers des ordonnances de tutelle; la simplification des procédures d'entrée et de sortie; et des garanties procédurales additionnelles afin de promouvoir un examen approfondi des lignes de conduite moins contraignantes que les tutelles.

PARTIE QUATRE : ACCÉDER AU DROIT

I. LE PROBLÈME DE L'UTILISATION ABUSIVE OU IMPROPRE DES POUVOIRS DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

Les enjeux liés à l'abus et à l'exploitation forment un thème persistant dans les lois régissant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle et dans les débats qui les entourent. Ces lois sont nées, du moins pour une part, de la volonté de prévenir l'exploitation des personnes exposées à un risque par suite de l'affaiblissement de leurs capacités cognitives. On peut en fait considérer que la nature même des déficiences qui provoquent une perte ou une diminution de l'« aptitude à comprendre et à évaluer » et, partant, entraînent la nomination d'un mandataire spécial augmente le risque que des individus sans scrupules exploitent ces personnes sans être

découverts et sans que leurs victimes soient conscientes de l'existence de recours ou capables de s'en prévaloir. De plus, dans la mesure même où les lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle confèrent à certains des pouvoirs sur d'autres personnes, elles-mêmes peuvent elles-mêmes des occasions d'exploitation. Du fait que le droit et les fonctions du mandataire spécial sont souvent mal compris, et du fait que l'exercice des pouvoirs de décision au nom d'autrui a souvent lieu dans le contexte de relations interdépendantes complexes, ceux-ci peuvent être mal utilisés ou mal appliqués, sans qu'il y ait intention négative du mandataire spécial.

Le droit ontarien en vigueur comporte divers mécanismes visant à prévenir, à déceler et à traiter l'abus des pouvoirs de décision au nom d'autrui. On s'inquiète considérablement cependant du degré des abus, l'accent étant mis sur trois domaines principaux : le manque de connaissance du droit chez le mandataire spécial et chez les personnes visées par des pouvoirs de décision au nom d'autrui, le manque de mécanismes efficaces de contrôle et de surveillance des activités du mandataire spécial, et le manque de réels moyens de réparation dans les cas où l'abus est avéré.

Les options de réforme sont notamment l'augmentation des renseignements et de la formation à dispenser aux mandataires spéciaux de façon facultative ou obligatoire, l'obligation faite au mandataire spécial de signer un engagement au moment de sa nomination, l'obligation que celui-ci présente de lui-même des rapports réguliers, la création de programmes de « visiteurs » chargés de surveiller ou de soutenir le mandataire spécial, la création d'un « bureau de surveillance et de défense des droits » ou de responsabilités de surveillance accrues pour le TCP, l'élargissement des pouvoirs du TCP ou d'une autre entité d'accueillir les plaintes et d'enquêter sur elles, ou encore des dispositions visant à limiter la perte de fonds due à l'exploitation, en instaurant par exemple des restrictions sur les opérations litigieuses ou en élargissant les obligations faites au mandataire spécial de fournir un cautionnement ou une garantie.

II. RÉGLER LES DIFFÉRENDS ET EXERCER SES DROITS

De nombreux intéressés sont en accord avec l'essentiel de la conception du régime législatif actuel, mais s'inquiètent de ce qu'en pratique, la loi ne remplit pas ses promesses. Une partie importante de la responsabilité de cet échec est attribuée aux lacunes et aux insuffisances des mécanismes d'exercice des droits et de règlement des différends. Il faut appréhender les inquiétudes à propos du règlement des différends et de l'exercice des droits dans ce domaine en les situant dans le contexte des autres inquiétudes dans ce domaine du droit, y compris les insuffisances des mécanismes de contrôle et de surveillance, la complexité du système et les limites des renseignements et de la formation fournis à tous les intéressés. Il faut aussi appréhender ces inquiétudes dans le contexte d'inquiétudes plus générales sur l'accès au droit

en général. Les personnes que touche directement ce domaine du droit sont souvent marginalisées ou de quelque façon en situation de risque, et ont peut-être à affronter des obstacles particuliers pour comprendre leurs droits et y avoir accès.

La Commission du consentement et de la capacité a été vivement soutenue par les parties intéressées lors des consultations préliminaires, en sa qualité de forum généralement efficace et accessible pour des questions qui peuvent s'avérer difficiles. On continue toutefois à se demander si on a réussi à équilibrer au mieux le caractère procédurier, le caractère accusatoire et le règlement véritable des problèmes.

Les inquiétudes à propos des procédures judiciaires de règlement des différends et de l'exercice des droits en vertu de la LPDNA concernent surtout les difficultés de résoudre des conflits familiaux qui profitent de ces procédures pour mettre au jour des disputes familiales acrimonieuses, ayant peu à voir avec le bien-être de la personne censée être visée, les coûts, d'autres obstacles à l'accessibilité et la complexité. Les options de réforme sont notamment des mesures de soutien ou des services spécialisés supplémentaires à dispenser aux personnes qui tentent d'avoir accès à leurs droits dans ce domaine, ou l'examen de la situation dans les systèmes des tribunaux dans d'autres administrations.

III. MESURES DE SOUTIEN POUR ACCÉDER AU DROIT : L'UTILISER, RÉSOUDRE DES PROBLÈMES, S'EXPRIMER

L'une des grandes priorités de réforme qui s'est dégagée des consultations préliminaires de la CDO a été la prestation de mesures de soutien afin de permettre aux personnes d'avoir plus efficacement accès aux droits que leur confèrent les lois. On a insisté en particulier sur l'élaboration de systèmes, d'orientations ou de méthodes garantissant ce qui suit :

- les personnes dont les droits risquent d'être touchés par ces lois ont un accès véritable à des informations sur le droit, ses répercussions potentielles sur elles et sur les options qui s'offrent à elles afin de faire valoir leurs droits;
- tant les personnes directement touchées que celles qui les soutiennent reçoivent de l'assistance pour utiliser les systèmes souvent complexes d'évaluation de la capacité, de création ou de fin d'une tutelle, ou encore de contestation des décisions relatives aux activités ou des activités des mandataires spéciaux;
- les personnes dont les déficiences touchent leur aptitude à déterminer ou à articuler leurs besoins obtiennent des mesures de soutien et d'adaptation afin de les aider à cet égard;
- lorsque des personnes doivent faire face à des structures juridiques à plusieurs niveaux, exigeantes sur le plan procédural ou de longue durée en vue de régler des différends ou de mettre en œuvre leurs droits, elles obtiennent l'aide nécessaire afin de veiller à ce qu'elles puissent véritablement défendre leurs droits.

Ces questions font l'objet du présent chapitre.

Le système en vigueur prévoit plusieurs services importants de soutien et d'intervention, dont celui du conseiller en matière de droits en vertu de la LSM, de « l'avocat selon l'article 3 » qui peut être nommé en vertu de la LPDNA pour représenter les personnes parties à une instance concernant la capacité juridique dans les cas où elles ne sont pas représentées, les services d'aide juridique, particulièrement pour les audiences de la CCC, et des cliniques juridiques spécialisées telles que l'Advocacy Centre for the Elderly et l'ARCH Disability Law Centre. Ces services sont précieux, mais fragmentés, leur portée est en outre limitée. Une option de réforme serait d'étudier comment renforcer ou élargir ces services de soutiens.

On pourrait également réfléchir à la création de nouveaux services de soutien spécialisés, de la nature de ceux qui existe dans d'autres administrations ou dans d'autres domaines du droit : le Bureau du défenseur des personnes handicapées de l'État du Victoria en Australie, les intervenants indépendants en matière de capacité mentale (Independent Mental Capacity Advocates) proposés au Royaume-Uni aux personnes qui ne jouissent peut-être pas de la capacité juridique et ont besoin de soutien pour prendre de graves décisions médicales ou relatives à leur hébergement (admission à des soins de longue durée par exemple), les agents d'examen en Alberta qui dispensent des services dans le cadre de la procédure de demande de tutelle ou de codécision, et en Ontario, le Programme de protection des adultes qui soutient les personnes ayant des déficiences développementales grâce au financement provincial de prestataires de services communautaires adaptés.

IV. ACCÈS À L'INFORMATION ET VULGARISATION

L'une des questions dominantes tout au long du présent *document de travail* est l'effet du manque profond de connaissances et de compréhension de ce domaine du droit sur sa mise en application constructive et efficace. Ceci vise chaque aspect du droit, et chaque groupe que touche celui-ci. Le chapitre IV réunit des éléments de l'ensemble du document afin d'examiner attentivement ce problème.

Quatre groupes doivent comprendre la loi afin que celle-ci puisse être mise en application de la manière prévue :

1. les personnes directement touchées (celles qui ne jouissent peut-être pas de la capacité ou qui ont été reconnues incapables, ou qui tentent de créer des autorisations, comme des procurations, afin de prendre des dispositions en vue de décider à l'avenir);
2. les personnes qui agissent pour d'autres personnes dont l'incapacité a été constatée : le chapitre II de la partie Trois a montré qu'il s'agit le plus souvent de la famille et d'amis, mais il peut aussi s'agir d'autres personnes;

3. les personnes qui fournissent les renseignements, les conseils et le soutien à ceux et à celles ayant des rapports avec le régime ontarien de la capacité juridique et de la tutelle - intervenants, organismes communautaires, prestataires de services sociaux par exemple;
4. les professionnels chargés de mettre la loi en application, comme ceux qui évaluent la capacité, obtiennent des consentements ou sont responsables de veiller au respect de la loi.

Chacun de ces groupes possède des besoins différents en matière d'information, et fait face à différentes possibilités et à différents obstacles pour avoir accès à de l'information et à de la formation.

Des efforts considérables ont été déployés afin d'aider les professionnels et les établissements à comprendre le droit dans ce domaine et les obligations qu'il leur impose. Et pourtant, de l'avis général, il en faut bien davantage encore. Le droit est complexe, les questions sont difficiles et le personnel change régulièrement. En outre, il n'existe pas de répertoire central de renseignements dans ce domaine du droit. Il n'y a pas de lieu évident où chercher des renseignements ou des ressources. Nombre d'organismes détectent les lacunes en matière de renseignements à partir de leurs propres expériences et tentent de les combler, mais il n'existe pas de mécanisme central pour établir régulièrement les besoins. Ils sont nombreux à dispenser de l'information et de la formation, mais aucun n'a un mandat clair et précis à cette fin.

PARTIE CINQ : PROMOUVOIR LA MISE EN ŒUVRE EFFICACE DE LA RÉFORME DU DROIT

I. GARANTIR L'EFFICACITÉ DU SYSTÈME : COORDINATION, SURVEILLANCE, TRANSPARENCE

La décentralisation du système ontarien, dont les multiples institutions et processus reflètent une diversité de besoins, et qui est centré sur l'action individuelle pour accéder au système et à ses soutiens, constitue un thème sous-jacent dans nombre des questions analysées dans le présent *document de travail*. La difficulté de coordonner les nombreuses institutions et les nombreuses facettes de ce domaine du droit et de veiller à ce que toutes travaillent ensemble à la réalisation des objets ultimes du droit est souvent revenue dans les préoccupations exprimées. Celles-ci résultent de trois lacunes majeures et interdépendantes du régime actuel :

1) absence généralisée de données, et même de la possibilité de collecter des données, relatives au fonctionnement réel des processus et des exigences en vigueur, d'où manque de transparence et de reddition de comptes dans l'ensemble du système;

2) la conception ontarienne de ce domaine du droit a été relativement décentralisée, et axée sur les responsabilités des personnes concernées, des familles et des spécialistes pour garantir que le système fonctionne efficacement, comme prévu, d'où peu de coordination ou de surveillance des grandes fonctions du système comme la formation ou le contrôle des mandataires spéciaux;
3) il en résulte qu'il est difficile de déceler les lacunes ou les problèmes de mise en œuvre dans l'ensemble du système, et donc, d'évaluer si le droit atteint les effets escomptés.

II. PARTICIPER AU PROCESSUS DE RÉFORME DU DROIT : LES CONSULTATIONS PUBLIQUES DE LA CDO

Le droit concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle touche directement un grand nombre d'Ontariens, nombre qui va croissant. À un moment ou à un autre, la plupart feront connaissance avec ce domaine du droit, que ce soit à titre professionnel ou du fait de leur maladie ou de leur déficience ou de celles d'un être cher. Ces lois ont une incidence profonde sur les droits et la qualité de vie élémentaire des personnes directement concernées ainsi que sur la vie des membres de leur famille et de leurs amis. Pour que la réforme du droit soit efficace, il est primordial d'écouter ce que les personnes concernées ont à dire, de comprendre comment, actuellement, le droit se concrétise réellement et comment il peut être amélioré de sorte qu'il prenne tout son sens et devienne plus accessible, plus juste, plus efficace.

La CDO vous encourage à participer à ses consultations publiques. Vous trouverez au chapitre II de la partie Cinq des renseignements sur celles-ci et sur la façon dont vous pouvez y contribuer.

I. INTRODUCTION

A. Le projet de la Commission du droit de l'Ontario sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle

Le droit concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle a des répercussions profondes sur la vie des personnes auxquelles il s'applique. Il est fondamental pour notre autonomie, notre sécurité et notre conception de nous-mêmes que nous ayons la possibilité de décider pour nous-mêmes, et nous considérons en général que la faculté de faire nos propres choix est un droit fondamental qui ne peut être restreint que dans des limites justifiées.

L'Ontario dispose d'un régime juridique moderne et sophistiqué pour les situations dans lesquelles il faut prendre des décisions, mais les aptitudes à décider peuvent être en jeu. Le droit ontarien sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle est le produit d'un travail approfondi et complet de réforme juridique effectué à la fin des années 1980 et au début des années 1990.

Néanmoins, au cours des deux projets de la Commission du droit de l'Ontario sur le droit touchant les personnes handicapées et sur le droit touchant les personnes âgées, des personnes des deux groupes ont indiqué que les problèmes dans ce domaine devaient en priorité être réexaminés et faire l'objet de réformes, ce qui témoigne de grandes préoccupations quant au fonctionnement pratique du droit et quant à ses répercussions sur l'autonomie, la sécurité, la dignité et l'intégration des personnes âgées et des personnes handicapées. De plus, des changements démographiques, sociaux et comportementaux majeurs sont survenus depuis les réformes législatives des années 1990, et des événements importants ont eu lieu sur la scène internationale. Ces dernières années, de nombreuses administrations ont révisé leurs lois dans ce domaine, notamment l'Alberta, le Yukon, l'Irlande et les États de Victoria et du Queensland en Australie.

En septembre 2011, le Conseil des gouverneurs de la CDO a approuvé le projet d'examiner le cadre législatif ontarien pour la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, en vue de formuler des recommandations de réforme des lois, des orientations et des méthodes dans ces domaines. Le projet se fondera pour son analyse sur le *Cadre du droit touchant les personnes âgées*[1] et le *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*[2], dont les rapports finaux ont été publiés par la CDO au cours du deuxième semestre 2012. Le travail sur ce projet a commencé à la toute fin 2012, et le projet a été officiellement lancé lors du colloque de la CDO en janvier 2013. Le présent *document de travail* est la première publication de ce projet, auquel feront suite le *rapport intermédiaire*, puis le *rapport final.*

B. La portée du projet

Le droit concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle est très vaste. Outre qu'il est au centre même de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*[3] (LPDNA) et la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*[4] (LCSS), le droit concernant la capacité juridique et la prise de décision se trouve dans la législation de la common law portant notamment sur les renseignements de santé, la vie privée, la santé mentale. Il concerne presque tous les domaines de la vie, dont le consentement au traitement, les questions de finance, le mariage, le testament, la succession, la capacité d'ester en justice, la participation à la recherche. Toutes les dimensions de ces domaines du droit dépassent ce que peut embrasser un seul projet. Il était important que la CDO s'attache pour l'élaboration de ce projet aux domaines pour lesquels les réformes sont les plus urgentes.

1. Déterminer la portée du projet

Une fois le projet approuvé par le Conseil des gouverneurs, la CDO a donc mené des recherches et des consultations préliminaires considérables, dont environ 70 entretiens avec des organisations et des personnes très diverses, pour aider :

- à comprendre les principaux contextes du fonctionnement du droit et la façon dont ses effets diffèrent selon les populations et les contextes;
- à établir les domaines pour lesquels l'examen et la réforme seraient les plus bénéfiques;
- à comprendre les objectifs que la réforme du droit devrait s'efforcer de favoriser;
- à établir quelles autres actions en cours sont susceptibles d'influer dans un avenir proche sur ce domaine du droit et sur le projet de la CDO.

La CDO a défini la portée du projet sur la base de ce qui précède et des observations de son groupe consultatif pour le projet.

Le projet de la CDO sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle portera sur les dispositions de la LPDNA et de la LCSS. Il ne portera pas sur les règles de la common law concernant la capacité juridique et la prise de décision, ni sur les dispositions de la *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé*[5] (LPRPS). Il abordera quelques aspects précis de la *Loi sur la santé mentale*[6] (LSM), qui est complexe et qui aborde des questions très diverses, dont quelques-unes seulement ont directement trait à la capacité juridique et à la prise de décision. En de nombreuses façons, elle est intégralement liée à la LPDNA et à la LCSS. On ne peut comprendre correctement les expériences des nombreuses personnes qui sont visées par ces trois lois sans étudier attentivement le rapport entre ces dernières. **Le projet vise précisément la capacité juridique et la prise de décision, non la réforme de la LSM en général. Il n'abordera pas par exemple les questions complexes liées à l'admission en cure obligatoire en vertu de la LSM.** La CDO étudiera en revanche les

dispositions de la LSM qui font directement état de la capacité juridique et de la prise de décision, surtout la partie Trois, à propos de l'examen pour établir la capacité de gérer des biens. Elle reconnaître de plus dans son analyse de l'incidence de la LPDNA et de la LCSS que le fonctionnement de la LSM constitue un contexte important pour de nombreuses personnes.

Dans les limites de la LPDNA et de la LCSS, la CDO s'attachera aux grandes questions suivantes :

7. **la norme concernant la capacité**, dont les critères de détermination de la capacité et les divers moyens et mécanismes que prévoient à cette fin la LPDNA, la LCSS et la LSM;
8. **les modèles décisionnels**, y compris examiner si d'autres modes décisionnels pouvant remplacer la prise de décision au nom d'autrui, notamment la prise de décision assistée et la codécision, sont souhaitables et quelles seraient leurs répercussions pratiques;
9. **les procédures de nomination** (des mandataires spéciaux par exemple), nomination par la personne ou par procédure publique, en s'attachant à l'utilisation appropriée et à l'amélioration de l'efficacité et de l'accessibilité;
10. **les attributions des tuteurs et autres mandataires spéciaux**, dont les possibilités de formes de tutelle plus limitées et étude des options pour les personnes n'ayant pas de famille ou d'amis pour les aider;
11. **la surveillance, la responsabilité et la prévention des abus** vis-à-vis des mandataires spéciaux ou des accompagnateurs, quel que soit leur mode de nomination, ainsi que des abus par des prestataires de services tiers, y compris les mécanismes pour accroître la transparence, repérer les possibilités d'abus et garantir le respect des exigences de la loi;
12. **le règlement des différends**, y compris les réformes afin d'accroître l'accessibilité et l'efficacité des mécanismes en vigueur.

2. Les thèmes du projet

L'analyse de ces questions sera renseignée par plusieurs thèmes primordiaux, en particulier :

1. **la diversité des expériences et des besoins des personnes directement touchées par ce domaine du droit** : les personnes directement concernées par les lois ontariennes sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle vivent certes des expériences et des situations communes, mais la diversité est toutefois considérable. Les différences par exemple entre le parcours de vie, les réseaux de soutien et les déficiences d'un jeune adulte atteint de déficience intellectuelle, d'un adulte ayant un traumatisme cérébral et d'une personne plus âgée qui devient démente marqueront profondément la façon dont ces trois personnes vont aborder ce domaine du droit ainsi que les besoins auxquels le droit doit répondre. D'autres formes d'identité ou de vécu affecteront aussi l'expérience vis-à-vis du droit. Les normes culturelles par exemple affectent les façons dont les

personnes démontrent leurs aptitudes à décider (et partant la façon dont leur capacité juridique est évaluée). Pour quelques questions, cette diversité fera problème pour décider de la meilleure façon d'envisager la réforme du droit;

2. **les mentalités, la compréhension et le rôle de l'éducation** : la mentalité des personnes, des familles, des spécialistes et des institutions vis-à-vis notamment de l'incapacité, du vieillissement, du risque et du rôle des familles, ainsi que la façon dont sont compris les objets et les dispositions des lois influencent fortement l'application de ce domaine du droit. Le droit reflète les mentalités autant qu'il les façonne. Pour que la réforme du droit soit mise en œuvre avec efficacité, il faudra peut-être s'attacher à l'essence de la loi, et aussi à vulgariser celle-ci et à en informer toutes les personnes concernées;
3. **les familles et les relations interdépendantes** : les familles et d'autres relations personnelles étroites des personnes directement concernées sont au cœur de nombre des questions que soulève le droit dans ce domaine. La dynamique familiale est complexe. Les soutiens sociaux que nous assurons aux personnes handicapées s'appuient fortement sur les soutiens qu'apportent les familles, mais beaucoup de personnes n'en disposent pas, pour des raisons diverses. Les familles peuvent être des sources profondes de soutien et de prise en main personnelle; elles peuvent aussi être sources de maltraitance et d'exploitation. Il importe de reconnaître que les membres des familles ont leurs propres besoins, qui peuvent parfois s'opposer à ceux de la personne handicapée. La façon dont nous concevons les familles et ce qui nous semble convenable et réaliste d'attendre d'elles auront de profondes incidences sur les options dont nous disposerons pour réformer le droit;
4. **le rôle de la sphère publique et celui de la sphère privée :** en rapport avec le thème précédent, se pose la question du juste rôle des institutions publiques pour soutenir, surveiller ou intervenir. Dans quelle mesure est-ce un domaine dans lequel les personnes devraient avoir la latitude de faire des choix mal informés ou mal avisés (en élaborant une procuration par exemple), pour ensuite pâtir des conséquences parfois très graves? Dans quelles circonstances convient-il que des institutions publiques interviennent dans la dynamique familiale de la sphère privée? Quelle responsabilité ont les pouvoirs publics pour renseigner et soutenir afin de garantir que les personnes disposent des options qui conviennent et des ressources pour comprendre ces options et y avoir accès?
5. **les lacunes dans la mise en application des lois** : de nombreuses facettes des lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle suscitent des préoccupations non pas tant du fait du libellé particulier de la loi que de son mode d'application. Il s'agit notamment de préoccupations concernant le manque d'information et de vulgarisation suffisantes pour les personnes qui fonctionnent dans le système, des mécanismes

inadéquats de surveillance et de contrôle, le manque de coordination entre les différentes parties du système et la pénurie de ressources à divers niveaux;

6. **l'accès à la défense des intérêts et aux soutiens** : parce que ce domaine du droit touche des personnes qui peuvent être vulnérables ou marginalisées de diverses façons et parce que le droit est extrêmement complexe, on a beaucoup souligné qu'il faut plus de soutien pour que les personnes concernées comprennent les options, naviguent dans les systèmes et résolvent les problèmes;
7. **la simplification et le caractère proportionnel de la conception des procédures** : afin d'apporter une réponse à des questions multidimensionnelles et à des vécus divers, les systèmes peuvent devenir complexes, fragmentés et lourds. Cette complexité peut être un obstacle majeur à l'accès au droit; cette préoccupation a été évoquée à propos de l'évaluation de la capacité et aussi à propos des procédures d'entrée et de sortie en matière de tutelle. Il faut penser avec soin, dans la conception des lois et des procédures dans ce domaine du droit, à équilibrer le degré de procédure et les protections que celle-ci procure avec la gravité du problème en cause, et si cela convient et que c'est possible, à simplifier les procédures afin qu'elles soient plus accessibles et plus efficaces;
8. **la surveillance et l'évaluation de la législation** : il importe, pour la réussite de toute réforme du droit, d'inclure des mécanismes de transparence, de responsabilité et d'évaluation régulière de l'efficacité de la loi quant à la réalisation de ses objectifs. Il s'agit notamment d'inclure des possibilités de réaction pour la population et de collecte de données utiles sur le fonctionnement du droit.

3. Raisonner dans une optique de système

Les questions et les thèmes que l'on vient de dégager sont tous interreliés et interdépendants. Les difficultés liées aux procédures de nomination influent par exemple sur la surveillance, la responsabilité et sur la prévention des abus, lesquelles sont liées aux préoccupations concernant les procédures de règlement des différends. On ne peut analyser de façon isolée les possibilités de réformer l'un ou l'autre de ces questions : celles-ci auront des répercussions sur l'ensemble des lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. Autrement dit, il faut aborder chaque question, chaque thème en tant que partie d'un système plus vaste.

Ceci vaut si l'on tente de comprendre le fonctionnement du droit ontarien en vigueur et l'incidence potentielle de tout changement sur l'ensemble de celui-ci. Ceci vaut également pour l'analyse d'autres régimes de capacité et de tutelle en vue de s'en inspirer pour des possibilités de réforme des lois ontariennes. Pour l'étude du régime complet d'enregistrement de tous les mandataires spéciaux au Royaume-Uni ou celle du fonctionnement des programmes de visite de l'État australien du Victoria, il importe de comprendre comment ils s'insèrent dans l'ensemble de la législation de leur administration dans ce domaine ainsi que le régime général

de celle-ci pour la prestation des services et des soutiens aux personnes qui sont touchées de façon disproportionnée par les lois sur la capacité juridique et la prise de décision, par exemple celles qui ont des troubles mentaux, ou sont atteintes de déficiences intellectuelles ou cognitives liées au vieillissement.

Si l'on envisage les lois ontariennes en tant que système, on peut considérer qu'elles ont deux volets. Leur noyau est constitué par l'ensemble des réponses aux questions centrales : qu'est-ce que « la capacité »? Quel doit être le rôle de cette notion relativement à la prise de décision? Qui doit décider si une personne a cette qualité de « capacité », et comment cela doit-il se faire? Qui doit pouvoir aider les personnes qui ont de la difficulté à décider, et quelle doit être leur fonction? Quel type d'arrangement doit être obligatoirement prévu par la loi pour formaliser ces fonctions d'assistance? À la périphérie de ce noyau se situent des mécanismes de mise en œuvre de ces démarches : des systèmes de contrôle, d'éducation et de formation, de soutien et de règlement des différends. Des postulats sur les principes et les priorités fondamentaux devant guider le système, sur le rôle relatif de soutien des familles et de l'État, la nature de l'incapacité et sur le vieillissement par exemple sous-tendent cet ensemble. Dans chaque système, de telles prémisses varient dans une certaine mesure et reflètent l'histoire, l'économie, la culture et les structures sociales des pays.

Il faut donc, pour l'étude des lois ontariennes sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, considérer le mode de fonctionnement non seulement de facettes *particulières* de la loi, qu'il soit efficace ou non, mais aussi celui du système dans son ensemble. C'est là une préoccupation de nature générale, qui dépasse les problèmes particuliers, même si elle influera sur la façon dont ceux-ci peuvent être analysés et traités. Quelques-unes des grandes questions à aborder pour l'analyse du régime ontarien de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle sont brièvement posées ci-dessous.

1. **À quel point sommes-nous en mesure d'étudier le système?** Celui-ci est-il dans son ensemble transparent et responsable, de sorte que les usagers et les intéressés puissent décider de façon relativement efficace s'il satisfait à ses objectifs, et ce, correctement et efficacement? Existe-t-il par exemple dans les lois des « mécanismes de rétroaction », de sorte que le fonctionnement du système puisse être évalué? Existe-t-il des moyens de collecte de données sur des fonctions particulières du système? Les intéressés et la population disposent-ils de renseignements sur le fonctionnement du système?
2. **Dans quelle mesure le droit fonctionne-t-il bien en tant que système?** A-t-il une coordination interne? Existe-t-il des moyens efficaces de mise en commun des compétences et des renseignements entre les diverses parties du système? Existe-t-il des moyens de repérer les problèmes qui sévissent transversalement dans diverses parties du système, et de permettre de travailler en collaboration à les résoudre?

Autrement dit, existe-t-il des mécanismes favorisant le fonctionnement efficace du droit en tant qu'ensemble coordonné?

3. **Existe-t-il des mécanismes de surveillance et d'évaluation permanentes du droit, afin de permettre de régler les problèmes touchant le système tout entier?** Existe-t-il des capacités ou des mécanismes de surveillance du système, quant à son efficacité à satisfaire à ses objectifs et quant à la pertinence continue de ceux-ci?

Ces questions sont abordées brièvement en fin de document, à la partie Cinq.

- **QUESTION À ABORDER : y a-t-il d'autres questions ou d'autres thèmes qu'il faudrait aborder dans les paramètres qui ont été définis pour le projet?**

C. Appliquer les *cadres* de la CDO

Comme nous l'avons déjà indiqué, le projet est issu de deux projets « cadres » de la CDO qui ont été achevés en 2012, le premier sur le droit touchant les personnes âgées et le second sur le droit touchant les personnes handicapées. Ces deux projets qui sont allés de pair visaient à formuler non des recommandations précises de modification de lois particulières, mais des démarches de réforme de la législation concernant les deux populations. Ces projets ont abouti à des *rapports* complets et à des *cadres* énonçant des méthodes par étape d'évaluation des lois, des orientations, des pratiques et des propositions de réforme législative concernant les deux populations, sur la base d'un ensemble de principes et de réflexions.

L'application des *cadres* au projet de la CDO sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle a plusieurs incidences sur celui-ci :

- les *cadres* se fondent sur la constatation que les personnes handicapées et les personnes âgées sont, de diverses façons, confrontées à la marginalisation, à la discrimination et à des obstacles pour avoir accès à la justice; et sur la constatation que ces réalités sont à prendre en compte pour formuler des propositions de réforme du droit;
- les *cadres* se fondent sur la valeur prépondérante d'égalité réelle qui s'applique à un ensemble de principes. On évaluera dans ce projet le droit en vigueur et des propositions de réforme par rapport à ces principes, sans perdre de vue la valeur prépondérante;
- les « écarts » entre les lois telles qu'elles sont rédigées et la façon dont elles sont appliquées ont constitué un thème majeur des deux *cadres*, et selon les recherches et les consultations de la CDO jusqu'à présent, c'est également un facteur important pour ce projet; ceci souligne combien il importe d'envisager non seulement le droit écrit, mais aussi les orientations et les moyens de sa mise en application;
- l'application des deux *cadres* aidera à se concentrer sur la façon dont le droit dans ce domaine est vécu différemment par les personnes concernées en fonction de la nature

de l'incapacité et du moment auquel elle est survenue, ce qui indique combien l'analyse fondée sur le parcours de vie est importante;

- les *cadres* reconnaissent que le *processus* de la réforme du droit est important en lui-même et qu'il façonnera considérablement le résultat; le processus de ce projet sera guidé par les recommandations des *cadres.*

L'annexe A du présent *document de travail* expose pour plus de facilité les principes et les questions à aborder pour la mise en œuvre de chaque *cadre*. Les *cadres* comportent aussi la marche à suivre détaillée pour évaluer les lois, les orientations et les pratiques, dont un ensemble de questions aidant à définir et à analyser l'application au droit des principes et des questions à aborder. Nous soulignons que nous tenterons d'appliquer dans ce projet tous les aspects des *cadres*, pas seulement les éléments résumés dans l'annexe. On peut consulter les *cadres* complets sur le site de la CDO www.lco-cdo.org.

Même si les *cadres* formeront le fondement de l'analyse de ce projet, il faut se rappeler que nombre de personnes directement concernées par les lois régissant la capacité et la prise de décision ne sont ni âgées, ni handicapées – de façon temporaire, elles ont perdu leur capacité juridique, du fait d'une brève maladie ou d'une crise médicale qui ne donne pas lieu à une incapacité. Le fait de se servir des *cadres* comme outil d'analyse peut occulter leur vécu : il sera important de ne pas perdre ces personnes de vue.

Il faut aussi garder à l'esprit que ni les personnes âgées, ni les personnes handicapées ne sont assujetties aux lois régissant la capacité et la tutelle simplement du fait de leur âge ou de leur handicap. Ces lois touchent de façon disproportionnée certains groupes de personnes âgées et de personnes handicapées dont la capacité est en cause. De plus, un groupe plus large de personnes âgées et de personnes handicapées peut être touché par *le postulat* que celles-ci manquent peut-être de capacité juridique et relèvent peut-être de ces lois. Il est cependant essentiel de ne pas faire l'amalgame entre vieillesse ou incapacité et manque de capacité juridique.

Enfin, ce projet met en lumière les zones où se rencontrent la vieillesse et les personnes handicapées. Les opinions continuent de diverger sur le point de décider à quoi s'applique ou devrait s'appliquer la définition de « personne âgée » ou celle de « personne handicapée », comme en témoignent les discussions approfondies des projets-*cadres*. **La CDO reconnaît que les définitions ont des objets différents dans des contextes différents. On a adopté dans les projets-*cadres* des définitions larges et peu restrictives de « personne âgée » et de « personne handicapée », et la CDO continuera selon cette optique dans ce projet. Il y a donc un chevauchement considérable entre les deux groupes, et l'intersection aura des conséquences**

importantes pour ce que vivront les personnes. Pour la personne qui devient démente dans sa vieillesse par exemple, son âge influera fortement sur la façon dont elle vit son incapacité.

D. La méthode du projet

Conformément aux méthodes adoptées pour les projets-*cadres* et en réaction aux questions et aux contextes de ce projet, la CDO a adopté pour celui-ci les méthodes suivantes :

1. **fondées sur les principes** : conformément à la méthode des *cadres*, les questions que soulèveront diverses facettes du droit concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle seront analysées sur le fondement des principes établis dans les *cadres*, afin de promouvoir l'égalité réelle, dans le souci de la notion de réalisation progressive[7];
2. **attention portée au vécu** : ce que vivent les personnes directement touchées par le cadre législatif en vigueur est essentiel pour comprendre les avantages et les inconvénients du système actuel ainsi que les options et les objectifs de réforme;
3. **interdisciplinarité :** étant donné la complexité des problèmes humains et des expériences au cœur même de ce domaine du droit, non seulement la CDO examinera des sources et des documents juridiques, mais de façon plus large, elle se tournera vers d'autres disciplines, dont la médecine, les autres sciences de la santé, la philosophie, l'éthique, les sciences sociales, la gérontologie critique et les études sur l'incapacité;
4. **valeur concrète et possibilité de mise en œuvre** : au regard de l'importance des « lacunes dans la mise en application des lois » dans ce domaine du droit, et de la réalité de l'amoindrissement des ressources à de multiples niveaux, la CDO s'attachera à formuler des recommandations prospectives, qui soient pratiques et de mise en œuvre possible. Elle va également étudier de quelle façon l'utilisation des ressources et des compétences peut être la plus efficace, grâce à l'amélioration de la coordination par exemple;
5. **soutien des relations et des discussions** : même si les questions évoquées dans ce projet valent dans de nombreux contextes et touchent un grand nombre et une grande variété de personnes et d'organisations, les possibilités de discussions transversales entre contextes et groupes ont été relativement peu nombreuses. La CDO s'attachera à faciliter les débats transversaux entre disciplines, contextes et points de vue;
6. **ouverture et accessibilité** : reconnaissant la grande diversité des personnes que touche ce domaine du droit, reconnaissant également que d'importants groupes de celles-ci peuvent être confrontés à des obstacles pour avoir accès à la justice, la CDO s'efforcera de réaliser ce projet de façon accessible et ouverte à de nombreux types de diversité;
7. **fondées sur des données probantes** : la CDO sera attentive aux données qualitatives et quantitatives existantes, relativement à la situation en Ontario et aussi à celle dans d'autres administrations canadiennes et à l'étranger.

Le présent document de travail constitue la troisième phase du projet; il fait suite à la phase de délimitation des paramètres du projet qui a demandé des recherches et des consultations préliminaires considérables, puis à une phase de recherche intensive pour laquelle cinq documents de recherche ont été commandés. La liste des personnes consultées jusqu'à présent et celle des documents commandés figurent à l'annexe B du *document de travail*. Celui-ci sera suivi de consultations publiques intensives. Le chapitre II de la partie Cinq « Participer au processus de réforme du droit : les consultations publiques de la CDO » contient des renseignements sur les consultations publiques de la CDO et sur les possibilités de présenter des observations. Les réponses à ces consultations ainsi que d'autres recherches que mènera la CDO, constitueront le fondement du rapport intermédiaire, qui formulera des projets d'analyse et de recommandations. Avant l'élaboration du rapport final et de ses recommandations, ce rapport intermédiaire sera distribué afin de recueillir encore des observations.

- **QUESTION À ABORDER : de quels éléments la CDO devrait-elle avoir connaissance pour garantir que les propositions de réforme du droit dans ce domaine seront pratiques et que leur mise en œuvre sera possible?**

E. Le présent *document de travail*

1. Son contenu

Le présent *document de travail* est fondé sur les recherches et les consultations publiques que la CDO a menées jusqu'à présent, notamment les documents commandés terminés et les consultations préliminaires avec un groupe de divers intéressés.

On y fait la synthèse des renseignements recueillis jusqu'à présent, on y définit les grandes questions de ce domaine du droit et on y expose quelques possibilités d'orientation de réforme, sur le fondement d'un examen des lois d'autres administrations, de recommandations d'autres actions de réforme du droit et de l'analyse d'experts et de défenseurs. Il se veut le fondement des consultations publiques et des débats sur les questions définies. Il est accompagné d'un ensemble de documents simplifiés, plus courts, destinés à soutenir le processus de consultation.

La partie Un présente le contexte du projet et des lois ontariennes sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. La partie Deux analyse la notion de capacité, et examine les points de vue sur la capacité juridique et les critères pour la déterminer ainsi que sur les moyens de mener des évaluations de la capacité. La partie Trois analyse les questions relatives à la prise de décision, y compris à l'égard des personnes ayant qualité pour agir dans les situations où la personne est reconnue comme n'ayant pas la capacité juridique, les moyens pour remplacer la prise de décision, et les procédures de nomination des mandataires. La partie Quatre étudie les

questions relatives à la façon dont on accède véritablement au droit, dont les préoccupations quant à l'information, la vulgarisation et la formation, quant à l'exercice des droits et au règlement des différends, ainsi que pour déceler et traiter les abus. La partie Cinq met en lumière les enjeux pour garantir des réformes efficaces du droit dans ce domaine, y compris les façons d'intégrer des mécanismes de surveillance et de responsabilité aux nouvelles lois; elle renseigne également sur comment on peut prendre part aux consultations publiques de la CDO.

2. Comment l'utiliser

Le présent *document de travail* est l'un de ceux que la CDO a publiés pour soutenir les consultations publiques sur la réforme des lois ontariennes sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle.

Il s'accompagne du *sommaire des enjeux pour les consultations*, beaucoup plus court, dans lequel sont résumés les grands enjeux que la CDO a définis pour ses recherches et ses consultations préliminaires et figurent aussi des questions visant à orienter la consultation. Ce sommaire permet de s'orienter dans la structure et dans les sujets du présent *document de travail*, fort vaste.

Dans sa structure, le présent *document de travail* reprend celle du *sommaire des enjeux pour les consultations*. Il approfondit toutefois considérablement l'étude des enjeux. Chaque chapitre résume le droit en vigueur; il expose les questions qui préoccupent et leur contexte, une analyse de celles-ci au regard des *cadres* de la CDO ainsi que les options de réforme comportant des programmes comparables dans d'autres administrations. Cette documentation vise à aider à définir les priorités et les options de réforme, et à les pondérer.

Ce domaine du droit est vaste et soulève de nombreuses questions. On sera peut-être intéressé par quelques sujets seulement plutôt que par toute la gamme des questions développées. Il n'est pas obligatoire de lire le présent *document de travail* consécutivement ni même entièrement pour y réagir. On peut lire chaque chapitre de façon indépendante, mais les questions étant intimement liées, les autres chapitres comporteront aussi de nombreuses références.

Chaque chapitre comporte des questions à aborder. Elles visent à susciter et à orienter la discussion. Pour réagir au présent *document de travail*, point n'est besoin d'avoir une compréhension fine de ces questions ni de penser qu'elles épuisent toutes les réponses possibles. Les questions figurent dans le texte des chapitres, près de la discussion à laquelle elles se rapportent. Pour plus de commodité, elles sont aussi reprises à la fin de chaque chapitre et dans l'annexe, à la fin du présent *document de travail.*

F. Questions à aborder

1. **Y a-t-il d'autres questions ou d'autres thèmes qu'il faudrait aborder dans les paramètres qui ont été définis pour le projet?**
2. **De quels éléments, de quelles possibilités la CDO devrait-elle avoir connaissance pour garantir que les propositions de réforme du droit dans ce domaine seront pratiques et que leur mise en œuvre sera possible?**

PARTIE UN

RÉFORMER LES LOIS ONTARIENNES SUR LA CAPACITÉ JURIDIQUE, LA PRISE DE DÉCISION ET LA TUTELLE

Renseignements de nature générale et contextuelle pour aider à la compréhension du cadre législatif ontarien en vigueur concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, et à l'évaluation des options de réforme. Renseignements sur l'importance du droit dans ce domaine, sur la façon dont il touche quelques groupes particuliers d'Ontariens, sur le cadre législatif ontarien en vigueur, sur les pressions démographiques susceptibles de façonner les besoins et les options de réforme et sur l'application des principes-cadres de la CDO à ce domaine du droit.

I. HISTORIQUE ET CONTEXTE DU FONCTIONNEMENT DU DROIT

Le chapitre Un présente quelques renseignements de nature générale et contextuelle qui sont utiles pour comprendre le fonctionnement des lois ontariennes concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, et pour analyser quelques-unes des questions liées à la réforme du droit. Il présente tout d'abord la toile de fond de la prise de décision, puis quelques faits sur le régime législatif ontarien et son historique ainsi que sur les personnes concernées par ce domaine du droit et le contexte de fonctionnement de celui-ci.

A. La prise de décision et le droit

1. L'importance de la prise de décision

À tout instant, nous prenons des décisions. Grandes ou petites, ordinaires ou exceptionnelles, simples ou complexes, les décisions sont importantes, elles sont l'expression de nos valeurs et de notre identité, elles sont des possibilités d'apprendre de nos réussites et de nos erreurs, elles sont le moyen fondamental par lequel nous modelons notre vie. Selon la Commission de réforme du droit du Queensland, *[TRADUCTION]* « Prendre des décisions […] permet aux gens d'avoir prise sur leur vie en leur permettant d'exprimer leur individualité. Cela leur permet de contrôler leur vie et leur procure le sentiment de se respecter et de la dignité[8] ». Au niveau personnel, la prise de décision est liée à l'autonomie, à la dignité, à la sécurité et à d'autres valeurs fondamentales.

La prise de décision comporte un aspect public et un aspect personnel. Elle est aussi liée, dans nos échanges avec des personnes ou des organisations, à d'autres valeurs - clarté, certitude, responsabilité par exemple. Il est important pour des tiers à qui l'on demande de se fier à nos décisions ou de les appliquer de s'assurer qu'ils comprennent la décision prise, qu'ils peuvent s'en remettre à sa finalité et que toutes les parties peuvent être tenues responsables de leur part de la décision. Dans la sphère publique, le droit exerce une fonction importante pour déterminer par exemple quand un accord est valide, quand nous pouvons compter dessus, quand une violation d'accord engage la responsabilité d'une partie.

La prise de décision désigne à la fois le processus et le résultat. Dans la sphère privée comme dans la sphère publique, on peut attacher beaucoup d'importance à la qualité du processus décisionnel. En droit par exemple, le contrat peut être annulé en cas d'« abus d'influence » ayant vicié le processus décisionnel de l'une des parties et entraîné un résultat injuste. Dans la sphère privée, le processus décisionnel a en lui-même de la valeur, outre le bien-fondé de la

décision finale : on peut considérer que le « bon » processus décisionnel (peu importe ce que l'on pense que cela puisse être) renforce la dignité du décideur, favorise la croissance personnelle ou affirme ses convictions, son individualité et son autonomie.

2. Objets du droit relatif à la capacité et à la tutelle

Les lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle ayant une très longue histoire, il ne faut pas se surprendre que l'on estime qu'elles réalisent des objectifs différents. La réforme moderne du droit dans ce domaine a formulé plusieurs objets pour le droit relatif à la capacité et à la tutelle. La *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* (LCSS) expose clairement ses objets dans son premier article, tandis que ceux de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA) doivent être déduits à partir de l'examen de l'ensemble de la loi, et de façon générale, exprimés de la façon suivante :

1. faciliter s'il y a lieu la prise de décisions pour les personnes reconnues comme n'ayant pas la capacité juridique;
2. prévenir les immixtions injustifiées dans la vie des personnes jouissant de la capacité juridique et dans les décisions qu'elles prennent;
3. reconnaître et promouvoir le rôle de la famille et des amis qui soutiennent les personnes reconnues comme n'ayant pas la capacité juridique; et prévoir des mécanismes décisionnels à employer en dernier recours pour les personnes qui n'ont pas le soutien de leur famille ou de leurs amis;
4. aider les personnes à prévoir la possibilité d'être reconnues à l'avenir comme n'ayant pas la capacité juridique;
5. prévoir des garanties contre l'exploitation des personnes reconnues comme n'ayant pas la capacité juridique;
6. prévoir à l'égard de la prise de décision au nom d'autrui des règles et des principes qui sont clairs et qui favorisent à la fois l'autonomie et la sécurité élémentaire des personnes reconnues comme n'ayant pas la capacité juridique;
7. garantir des protections procédurales élémentaires aux personnes qui n'ont pas la capacité juridique ou à celles pour lesquelles celle-ci est en cause.

3. Les limites du droit

Les lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle ne sont et ne sauraient être que des réponses partielles à des questions pratiques, éthiques et sociales complexes. Il importe, pour comprendre ce domaine du droit, de tenir compte de la complexité de la dynamique familiale, des enjeux suscités par l'insuffisance des ressources à la disposition des personnes handicapées et de leur famille, des questions éthiques que soulèvent pour les familles et les prestataires de services leurs relations avec des personnes qui risquent d'être exploitées ou qui ont de la difficulté notamment à s'affirmer ou à se défendre.

Ces lois existent dans le contexte plus vaste d'attitudes et de structures sociales qui en favorisent ou en restreignent l'efficacité. On a beaucoup souligné lors du processus de

consultation préliminaire de la CDO la grave pénurie de ressources communautaires pour les personnes âgées et pour les personnes handicapées. Des institutions et des services comme les hôpitaux, les services communautaires de santé mentale et les soins à domicile manquent souvent des ressources nécessaires pour dispenser des soutiens suffisants à des personnes malades, fragiles ou handicapées. La famille et les amis agissent comme des soignants non rémunérés, souvent à la limite de leurs capacités, pour tenter d'aider leurs proches à vivre de façon indépendante et digne dans la collectivité. Dans ces circonstances, il faut prendre des décisions difficiles, et on peut considérer que les lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle sont des outils pour faire face à des problèmes douloureux et difficiles ou on peut tenter de les utiliser à cette fin.

L'application des lois sera influencée par les normes et les attitudes sociales, ici celles relatives à l'incapacité, au vieillissement et au risque. Ainsi que l'ont souligné les projets-*cadres* de la CDO, tant les personnes âgées que les personnes handicapées font l'objet de paternalisme constant et d'attitudes restrictives à propos de leur capacité d'agir et de choisir par elles-mêmes. De telles attitudes peuvent influer sur l'application des lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, et restreindre l'efficacité de quelques-unes des dispositions destinées à protéger l'autonomie des personnes qu'elles visent. Le droit peut certes contribuer à faire évoluer les normes, mais à lui seul il ne peut les transformer. Il est probable que la mise en application de lois nouvelles sera elle aussi touchée par les attitudes qui façonnent actuellement les lois en vigueur.

Aucun régime législatif ne peut *à lui seul* bien couvrir toutes ces questions. Aucune réforme du droit ne peut fournir à toutes les personnes isolées et vulnérables des membres de la famille qui les épaulent, empêcher les personnes à risque d'être maltraitées, ni garantir que les personnes fragiles, malades ou handicapées reçoivent toujours les mesures de soutien qu'elles méritent et qu'elles nécessitent. Il vaut mieux envisager la réforme du droit dans ce domaine comme un fil, certes vital, dans un débat plus vaste sur les droits et le rôle des personnes handicapées et des personnes âgées, sur la responsabilité des familles, des collectivités et des pouvoirs publics de fournir des mesures de soutien, et sur le degré et le type de risque que selon nous, des personnes, en particulier celles qui sont vulnérables, peuvent assumer.

- **QUESTION À ABORDER : quels devraient être le ou les objets premiers de ce domaine du droit?**

B. Quelques éléments de l'historique législatif

L'actuel régime législatif ontarien concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle est issu des formidables travaux de réforme menés à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Les lois ontariennes de l'époque, la *Loi sur l'incapacité mentale*, la *Loi sur la*

santé mentale, la *Loi sur les procurations*, la *Loi sur les hôpitaux publics* par exemple, étaient généralement considérées comme fragmentées, désuètes, lourdes et inadaptées aux réalités modernes[9]. Trois actions distinctes de réforme du droit ont été menées alors. En définitive, même si elles ont profondément influencé la législation actuelle, comme en témoigne celle-ci, que nous présentons plus loin en C, tous les aspects des recommandations des divers comités n'ont pas été adoptés. En particulier, les dispositions législatives promulguées comportaient des mécanismes de défense, de soutien et de contrôle bien moindres.

1. Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale (Comité Fram) : en 1984, le procureur général de l'Ontario a nommé un comité, que dirigeait Stephen Fram, pour *[TRADUCTION]* « examiner toutes les facettes du droit régissant la prise de décision au nom d'autrui pour les personnes frappées d'incapacité mentale et recommander les révisions de ce droit qui s'imposent vis-à-vis de ce droit[10] ». Publié en 1987, le *rapport final* du Comité (le *rapport Fram*) a établi les valeurs qui sous-tendent ce domaine du droit : protection contre les interventions inutiles, liberté de choisir, vivre dans la collectivité grâce à l'accès au soutien[11]. Voici quelques-unes des principales thèses :
    - compréhension de la fonction du mandataire spécial qui vise à maximiser l'autonomie des personnes reconnues incapables, y compris les exigences relatives aux désirs exprimés antérieurement à l'incapacité et l'obligation de soutenir la participation des personnes reconnues incapables de décider;
    - insistance sur la qualité de mandataire spécial des membres de la famille et habilitation de ceux-ci, en particulier par des réformes de la législation portant sur la procuration, la tutelle étant le dernier recours;
    - procurer des moyens de défense et de soutien aux personnes qui relèvent du droit, y compris des avis sur leurs droits dans une grande variété de situations, afin de faire respecter les valeurs qui sous-tendent le droit;
    - fonction d' « assurance vis-à-vis de la sécurité publique » pour le tuteur et curateur public (TCP), qui aurait le pouvoir de surveiller les procureurs et les tuteurs privés, d'être mandataire spécial en dernier recours, d'assurer une fonction de formation et d'agir en cas d'urgence dans des situations de négligence, d'abus ou d'exploitation des personnes n'ayant pas la capacité juridique.

2. Comité sur l'enquête sur la capacité mentale (*Enquête Weisstub*) : le ministère de la Santé a lancé en 1988 une enquête sur la capacité mentale, menée par un comité que présidait le professeur David N. Weisstub. Le Comité a été chargé d'élaborer un ensemble de normes pour décider de la capacité mentale en vue de prendre des

décisions touchant les soins de santé et la gestion des affaires financières, ainsi que pour la nomination des mandataires spéciaux. Selon le rapport final de l'*Enquête Weisstub,* le processus de détermination de la capacité doit respecter le principe de l'autonomie et celui de l'intérêt véritable, tout en reflétant l'importance de la proportionnalité, de la simplicité administrative et de la pertinence[12]. Le Comité recommandait dans son rapport final de codifier la présomption de capacité, la conception cognitive de la nature de la capacité, des critères situationnels de détermination de la capacité, des délais pour la détermination de la capacité ainsi que des protections procédurales pour les personnes dont la capacité est en cours de détermination[13].

3. Groupe d'examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables (*rapport O'Sullivan*) : le procureur général de l'Ontario a annoncé fin 1986 un examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables, par un groupe que présidait le père Sean O'Sullivan, pour répondre à des préoccupations concernant *[TRADUCTION]* « le besoin de défense non juridique qu'ont les adultes vulnérables vivant en institution et dans la collectivité et qui pour l'instant n'est pas satisfait[14] ». Le Groupe a établi plusieurs objectifs pour un régime d'intervention en Ontario, notamment fournir des garanties contre la tutelle inutile, être indépendant, encourager la faculté d'intervenir pour soi-même (liberté de choisir) quand cela est possible, renforcer le rôle de la famille et des amis, vulgariser, mettre fin aux stéréotypes et déstigmatiser, faire preuve de souplesse, de réactivité, favoriser la collaboration avec les prestataires et les ministères, être accessible, savoir se réformer (s'efforcer d'améliorer les programmes), faire preuve d'autorité, être responsable[15]. Sean O'Sullivan a recommandé dans son rapport la mise en place d'une commission d'intervention qui élaborerait des normes et des procédures, et celle de bureaux régionaux dirigés par des conseils communautaires avec un personnel de coordonnateurs des interventions. Ces bureaux régionaux aideraient à élaborer et à financer correctement des programmes locaux adaptés aux besoins des adultes vulnérables dans leur propre collectivité.

Ce travail complet de réforme du droit a constitué la base des réformes législatives ontariennes du début des années 1990, l'Ontario disposant de ce fait de l'un des régimes juridiques les plus complets et les plus homogènes concernant la capacité et la prise de décision au Canada. Il a été qualifié *[TRADUCTION]* « de moderne, de coordonné à l'interne et de relativement rigoureux[16] ».

En 1991, le gouvernement ontarien a déposé trois nouveaux textes législatifs régissant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle : la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*, la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA) et la *Loi de 1992 sur*

l'intervention[17]. La *Loi de 1992 sur le consentement au traitement* et la *Loi de 1992 sur l'intervention* ont été l'objet de débats et de controverses considérables. Selon des critiques, l'action sur l'intervention était *[TRADUCTION]* « un coûteux désastre bureaucratique (en période de restrictions budgétaires), qui allait envahir la vie privée des familles et s'ingérer dans les compétences des groupes professionnels[18] ». La *Loi de 1992 sur l'intervention* a été abrogée en 1995 consécutivement à un changement de gouvernement, et la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement* a été remplacée par la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* actuellement en vigueur. On comprend mieux quelques aspects du régime législatif actuel si l'on prend en considération le fait qu'initialement, celui-ci avait été conçu pour inclure le régime ambitieux et complet visant l'intervention que prévoyait la *Loi de 1992 sur l'intervention.* Celle-ci prévoyait l'admissibilité généreuse à des avis sur les droits ainsi que la création avec des fonds publics d'une commission d'intervention, mandatée pour intervenir au niveau à la fois des personnes et des systèmes au nom d'adultes qui, en raison de leurs difficultés mentales ou physiques, font face à des obstacles pour s'exprimer ou agir comme ils le souhaitent ou pour décider de leurs droits ou les exercer. Autrement dit, le système était fondé sur la mise à disposition de ressources importantes destinées à appuyer l'autonomie des personnes handicapées et à protéger leurs droits.

Le régime législatif qui en a résulté, soit la LPDNA, la LCSS et la partie III de la *Loi sur la santé mentale* (LSM), est présenté brièvement à la section qui suit.

C. Le contexte juridique ontarien actuel

On ne se propose pas ici de détailler le régime législatif ontarien de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle, mais plutôt de présenter un aperçu des éléments fondamentaux des grandes lois et de leur esprit général. Des dispositions particulières sont détaillées au besoin dans les chapitres pertinents, afin de comprendre des points précis de réforme du droit et les modes de réforme possibles.

1. Les textes fondateurs

Il faut saisir le régime législatif ontarien concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle au regard de plusieurs lois canadiennes et de plusieurs internationaux qui en sont le fondement et qui régissent le droit ou en façonnent l'interprétation et l'application.

La *Convention relative aux droits des personnes handicapées*

L'instrument le plus considérable créé par les juristes internationaux pour promouvoir les droits des personnes handicapées est la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (Convention, CRDPH)[19]. Elle a codifié les engagements des juristes internationaux à l'égard des droits des personnes handicapées, en détaillant ceux dont jouissent toutes les personnes handicapées et en exposant les obligations des États parties en vue de protéger ces droits. Elle a pour objet de « promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits

de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque ». Reflétant le modèle social pour l'incapacité ainsi que celui fondé sur les droits de la personne, elle insiste en conséquence sur le fait que la société doit s'adapter aux situations et aux réalités particulières des personnes handicapées afin de garantir qu'elles sont respectées et intégrées. La Convention reconnaît une grande variété de droits précis, notamment ceux-ci :

- le droit de vivre dans la société;
- le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne;
- le droit de ne pas être soumis à l'exploitation, à la violence et à la maltraitance;
- le droit au respect de son intégrité physique et mentale;
- le droit au respect de la vie privée;
- le droit à la liberté d'expression;
- le droit à un niveau de vie adéquat;
- le droit de participer à la vie politique, publique et culturelle.

Le Canada a ratifié la Convention en mars 2010 et s'est engagé « à [a]dopter toutes mesures appropriées d'ordre législatif, administratif ou autre pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la […] Convention[20] ». Le mode de mise en application du traité par le Canada dans ses lois nationales est cependant flexible; le législateur *[TRADUCTION]* « contrôle entièrement ses propres lois et peut décider d'ignorer les obligations internationales du Canada, même si cela constituerait un manquement à celles-ci[21] ».

La répartition constitutionnelle des pouvoirs entre le fédéral et les provinces complique davantage encore la mise en application de la Convention au Canada. Le pouvoir fédéral négocie les accords internationaux au nom de l'ensemble du pays, alors que le pouvoir provincial a souvent la charge de les mettre en application dans le droit provincial. La question de la capacité juridique relève traditionnellement de la compétence des provinces aux fins de la mise en application[22]. Les provinces et le gouvernement fédéral se sont longuement consultés pendant la négociation de la Convention[23].

L'article 12 reproduit ci-dessous est particulièrement important pour le projet. Ses répercussions sur les lois ontariennes sont considérées comme pertinentes pour l'ensemble du *document de travail*. Il faut toutefois préciser que le Canada a présenté une déclaration et une réserve à l'égard de l'article, selon lesquelles sa compréhension de l'article autorise les arrangements relatifs à la prise de décision au nom d'autrui et ceux fondés sur des mesures de soutien si les circonstances s'y prêtent. Dans un commentaire général récent, le Comité des Nations Unies des droits des personnes handicapées expose son interprétation de l'article 12.

CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES : ARTICLE 12

1. Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
2. Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.
3. Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
4. Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêts et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.
5. Sous réserve des dispositions du présent article, les États Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

La *Charte canadienne des droits et libertés*

La *Charte canadienne des droits et libertés* est bien sûr le texte fondamental, qui s'applique aux organismes exerçant un pouvoir d'origine législative ou conformément à des objectifs publics. Son article 52 lui assure un caractère prédominant, et « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Selon son paragraphe 24(1), « [t]oute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés que lui garantit la Charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

La Charte garantit des droits civils, politiques, linguistiques, elle prévoit des garanties juridiques, la liberté d'expression et des droits à l'égalité. Selon son article premier, ces droits peuvent être restreints « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

L'article 7 de la Charte garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Le droit à la liberté a été interprété comme incluant le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales, celui de ne pas subir de contraintes physiques ou d'entraves à sa liberté de mouvement. La liberté s'étend donc au droit à une sphère irréductible

d'autonomie personnelle à l'égard de sujets qui « peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles[24] ». La Cour suprême du Canada a déclaré que le droit à la sécurité de la personne comprend la protection de « l'intégrité psychologique » de la personne lorsque l'intervention de l'État est suffisamment grave[25].

La Cour d'appel de l'Ontario a mené dans son arrêt *Fleming* v *Reid* une analyse fondée sur l'article 7 du régime ontarien de la prise de décision au nom d'autrui pour le consentement au traitement. Il s'agissait de deux patients en psychiatrie qui n'avaient pas la capacité de décider de leur traitement, mais qui avaient exprimé antérieurement à leur incapacité des désirs relatifs à des traitements particuliers; leur mandataire spécial refusait de consentir au traitement sur la base de ces désirs exprimés antérieurement. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les dispositions législatives qui à l'époque permettait au prestataire de soins de santé de passer outre aux désirs exprimés antérieurement à l'incapacité violaient le droit à la sécurité de la personne que garantit l'article 7 :

> *[TRADUCTION]* Le droit à la sécurité de la personne est fondamental et garanti dans notre société. Manifestement, on ne doit pas lui porter atteinte plus qu'il n'est réellement nécessaire. Je suis d'avis que même si le droit de ne pas subir de traitements psychiatriques auxquels on n'a pas consenti n'est pas absolu, l'État n'a pas fourni de raison impérieuse justifiant de le supprimer entièrement, sans audience ou contrôle, afin de promouvoir l'intérêt véritable des patients en placement non volontaires, inaptes à prendre des décisions, en violation de leurs désirs exprimés antérieurement à leur incapacité. On ne saurait considérer que le fait de dépouiller complètement ces patients de leur liberté de décider par eux-mêmes des traitements imposés à leur corps est une atteinte minimale au droit que leur garantit la Charte. Il est à l'évidence possible de prévoir des protections de façon à pondérer leurs droits par rapport à leurs besoins et à garantir qu'il ne sera pas porté atteinte plus qu'il n'est réellement nécessaire à la sécurité de leur personne[26].

La Charte garantit les droits à l'égalité. Plus précisément, le paragraphe 15(1) prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Le paragraphe 15(2) protège les lois, les programmes et les activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur âge les déficiences mentales ou physiques[27].

Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario

Aux termes du paragraphe 47(2), disposition attributive de prépondérance, du *Code des droits de la personne* de l'Ontario (Code), dans les cas où une disposition d'une loi ou d'un règlement se présente comme exigeant ou autorisant une conduite qui constitue une infraction au Code,

celui-ci s'applique et prévaut, à moins que la loi ou le règlement visé ne précise expressément qu'il s'applique malgré la présente loi[28].

L'objet du Code, inscrit dans son préambule, est de reconnaître la dignité inhérente et la valeur de toute personne et d'assurer à tous les mêmes droits et les mêmes chances, sans discrimination. Ses dispositions visent à créer un climat de compréhension et de respect mutuel de la dignité et de la valeur de toute personne, de façon que chacun se sente partie intégrante de la collectivité et apte à contribuer à la collectivité[29]. Le Code interdit la discrimination fondée sur l'âge ou le handicap, qu'il définit de façon générale, en matière d'emploi, de service, de logement, de contrat et d'association professionnelle. Dans les cas où cela s'impose pour garantir l'égalité de traitement sans discrimination fondée sur l'âge ou l'incapacité, les personnes ont le droit d'être accommodées dans leurs besoins liés à leur âge ou à leur incapacité, jusqu'au point d'entraîner des contraintes excessives[30].

Il ne semble pas que des jugements canadiens portent directement sur le point de savoir si ou comment l'obligation d'accommodement peut s'appliquer aux mesures de soutien à la prise de décision. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a recommandé de créer une obligation juridique explicite contraignant les autorités et les grandes institutions (dont les services de santé et les prestataires de services financiers) à « mettre en place des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées désireuses de recourir à leurs services. La notion d'aménagement raisonnable implique de fournir des informations dans un langage clair et d'accepter qu'un auxiliaire communique la volonté de la personne concernée[31] ». Dans le cadre de ses travaux sur les troubles mentaux, la Commission ontarienne des droits de la personne a fait valoir que pour réaliser l'égalité réelle, il faudrait reconnaître que la mise à disposition de soutiens qui aident les personnes à prendre des décisions fait partie de l'obligation d'accommodement que la législation des droits de la personne impose aux organisations[32].

La *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*

La *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* (LAPHO)[33] intéresse elle aussi notre propos; son objet central est la reconnaissance des personnes handicapées en tant que groupe qui a fait l'expérience des difficultés et qui a dû surmonter des obstacles pour obtenir l'égalité et la participation complètes. La LAPHO oblige les organisations à prendre des mesures proactives dans divers domaines pour garantir l'accessibilité aux personnes handicapées ainsi que leur intégration, notamment en supprimant les obstacles physiques, comportementaux, techniques ou liés à l'information ou à la communication, afin que l'Ontario devienne entièrement accessible d'ici 2025.

- **QUESTION À ABORDER : que nous apprennent les principes et les engagements de la CRDPH, de la Charte, du *Code des droits de la personne* et de la LAPHO sur les principaux éléments des réformes des lois ontariennes concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle? De quelle façon peuvent-ils influer sur l'interprétation et l'application de ces lois?**

D. Les lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle

Trois lois constituent le noyau du régime législatif ontarien concernant for la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle : la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA), la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* (LCSS) et la *Loi sur la santé mentale* (LSM). Ces lois sont étroitement liées et se recoupent considérablement.

La *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*

La LCSS prévoit des règles relatives au consentement au traitement qui s'appliquent dans tous les milieux et à la prise de décision relative à l'admission à des soins de longue durée et à des services d'aide personnelle dans un foyer de soins de longue durée. Elle établit la Commission du consentement et de la capacité (CCC, Commission), mécanisme novateur visant à régler les différends liés à ces problèmes. Son article premier énonce ses objets :

- prévoir des règles en matière de consentement au traitement qui s'appliquent de façon uniforme;
- faciliter le traitement et l'admission à des établissements de soins des personnes qui n'ont pas la capacité de prendre des décisions concernant ces questions, et leur faciliter l'admission à des services d'aide personnelle;
- accroître l'autonomie des personnes en leur accordant des droits en matière de procédure, en permettant aux incapables de demander que la CCC nomme un représentant de leur choix pour prendre en leur nom des décisions dans les domaines relevant de la LCSS, et en exigeant le respect des désirs exprimés antérieurement à l'incapacité;
- favoriser la communication entre les praticiens de la santé et les malades;
- veiller à ce que les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles-ci n'ont plus la capacité de prendre des décisions relevant de la LCSS;
- permettre l'intervention, en dernier ressort, du tuteur et curateur public (TCP) dans les décisions[34].

Le praticien de la santé ne peut administrer de traitement en l'absence de consentement, avec des exceptions très limitées pour les cas d'urgence[35]. La LCSS établit une norme concernant la capacité de consentir au traitement, et le praticien de la santé qui propose celui-ci doit évaluer si la personne satisfait à cette norme[36]. Si la personne n'a pas la capacité de prendre une décision quant au consentement au traitement, la décision doit être prise par le mandataire

spécial identifié par priorité de rang[37]. Le mandataire spécial doit respecter les désirs exprimés antérieurement à l'incapacité, que ce soit verbalement ou par écrit. Dans les cas où la personne n'a pas exprimé de désir antérieurement à son incapacité, la LCSS énonce des facteurs que le mandataire spécial doit considérer pour décider au nom de la personne; ce sont notamment les valeurs et les croyances que celle-ci avait avant son incapacité, ses désirs actuels et l'incidence possible du traitement sur le bien-être de la personne[38].

La LCSS prévoit des procédures de consentement aux services d'aide personnelle dispensés en foyer de soins de longue durée ainsi que d'admission aux soins de longue durée[39]. Des « appréciateurs » de la capacité évaluent la capacité de consentement pour ces décisions[40]. Dans les cas d'absence de capacité, entre en jeu la même liste de décideurs et de principes, établie par priorité de rang, pour la prise de décision en matière de consentement au traitement.

La LCSS crée la CCC en tant que tribunal administratif indépendant et spécialisé[41]. La Commission peut notamment réviser les constatations d'incapacité rendues par des appréciateurs (qui évaluent la capacité de consentir à l'admission à des soins de longue durée), par des évaluateurs (qui évaluent la capacité en vertu de la LPDNA) et par des praticiens de la santé (qui évaluent la capacité de consentir au traitement), entendre les demandes de nomination de représentant aux fins de prise de décision au nom d'autrui en vertu de la LCSS, fournir des directives au mandataire spécial en vertu de la LCSS, et décider si le mandataire spécial s'acquitte des responsabilités que lui impose la Loi. La Commission doit commencer les audiences dans un délai de sept jours après avoir reçu une requête et rendre sa décision dans un délai d'une journée après la fin de l'audience[42].

La *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*

La LPDNA traite de la prise de décisions relatives aux biens et au soin de la personne - soins de santé, alimentation, logement, habillement, hygiène, sécurité notamment. Elle prévoit des normes distinctes pour la capacité juridique de décider à propos des biens et pour celle de décider à propos du soin de la personne. Dans les cas d'incapacité juridique pour décider dans l'un ou l'autre de ces domaines, les décisions peuvent être prises par une personne ayant procuration ou par un tuteur nommé à cette fin.

Selon la LPDNA, les personnes peuvent établir des procurations relatives aux biens dont l'effet est immédiat et peut se prolonger si elles perdent leur capacité juridique (« procuration perpétuelle »), ou des procurations prenant effet à une date précise ou à la survenance d'un événement particulier (« procuration subordonnée à une condition suspensive »). Ces procurations peuvent autoriser la personne nommée à titre de procureur à faire, au nom du mandant, tout ce que pourrait faire ce dernier s'il était capable, à l'exception de son

testament[43]. La procuration relative au soin de la personne ne peut être perpétuelle : sa prise d'effet intervient uniquement dans des situations d'incapacité juridique[44]. Il n'est pas nécessaire que la procuration soit rédigée selon une formule particulière ou préparée par un avocat, mais le mandant doit avoir la capacité requise pour la donner ou la révoquer[45].

La LPDNA crée la catégorie des « évaluateurs » désignés, qui peuvent être appelés à évaluer la capacité juridique de la personne relativement aux biens[46]. Dans les cas où l'évaluation constate l'incapacité juridique pour les décisions relatives aux biens, le TCP devient le tuteur légal aux biens, mais une procédure administrative permet toutefois à des membres de la famille de remplacer le TCP[47]. La nomination de tuteur aux biens ou au soin de la personne peut également se faire par demande directe au tribunal : dans ces conditions, le TCP est nommé tuteur uniquement s'il n'y a personne d'autre qui soit apte et disposé à agir[48].

La LPDNA établit des normes pour les activités et les décisions du mandataire spécial, tuteur et procureur notamment. Le mandataire spécial doit agir dans l'intérêt de la personne, avec diligence, honnêteté et de bonne foi, encourager celle-ci à participer à la prise de décision au mieux de ses capacités, favoriser un contact personnel régulier entre elle et les membres de sa famille et de ses amis qui la soutiennent, et doit de temps à autre consulter ceux-ci[49].

La *Loi sur la santé mentale*

La LSM s'applique aux établissements psychiatriques et réglemente l'admission volontaire et obligatoire à ceux-ci, énonçant notamment les normes des évaluations visant à déterminer s'il doit y avoir admission obligatoire. Elle énonce les exigences relatives aux ordonnances de traitement en milieu communautaire, aux congés et à l'accès aux renseignements personnels sur la santé dans ce contexte.

La question de la capacité et celle de la tutelle ne sont pas au centre de la LSM. Quelques dispositions de cette loi sont pourtant fondamentales pour ce domaine du droit, en particulier sa partie III, selon laquelle, dès l'admission en établissement psychiatrique, un médecin examine promptement le ou la malade afin d'établir sa capacité à gérer ses biens[50]. En cas de constatation d'incapacité, le médecin doit délivrer un certificat d'incapacité au TCP, qui se chargera de gérer les biens de la personne. En cas de constatation d'incapacité toujours, la LSM prévoit des avis quant aux droits et la possibilité de présenter une requête à la CCC[51].

Les recoupements complexes entre le consentement au traitement en vertu de la LCSS et l'admission obligatoire en vertu de la LSM sont également importants. Contrairement à d'autres administrations, l'Ontario établit des normes distinctes pour l'admission obligatoire et le consentement au traitement (même si l'incapacité de consentir au traitement en vertu de la LCSS est l'un des éléments du critère relatif à l'admission obligatoire)[52], de sorte qu'il peut y avoir hospitalisation obligatoire pour de longues périodes alors que le ou la malade conserve sa

capacité de refuser de consentir à son traitement. Cette double norme continue de susciter une controverse considérable. L'admission obligatoire n'est pas le propos de notre projet, mais c'est une situation importante dont il faut tenir compte pour comprendre comment fonctionne ce domaine du droit.

Conception générale de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle

Tout en traitant d'aspects différents de la prise de décision ou de contextes différents, les trois lois que nous venons d'analyser expriment une conception uniforme de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle. Les éléments suivants de cette conception sont particulièrement importants pour comprendre le régime législatif :

1. **la présomption de capacité** : toute personne est présumée capable de décider par elle-même, et les autres ont le droit de s'appuyer sur cette présomption, sauf si elles ont des motifs raisonnables de penser autrement[53];
2. **la conception cognitive de la capacité, fondée sur la décision** : selon le critère de détermination de la capacité de prendre une décision en particulier, la question n'est pas de savoir si la personne va prendre la bonne décision ou si elle a une déficience spécifique pouvant influer sur la mémoire, la compréhension ou le raisonnement, mais si elle a l'*aptitude* « à comprendre et à évaluer » les renseignements pertinents. Comme on va le détailler au chapitre I.B de la partie DEUX, il n'est pas nécessaire que la personne comprenne et évalue *réellement* les renseignements, il faut seulement qu'elle en ait la capacité. De plus, la capacité se conçoit non comme une qualité générale, mais propre à des types particuliers de décisions : la personne peut être capable de prendre des décisions de certains types, mais pas des autres. En outre, elle peut parfois être capable, parfois non;
3. **la tendance à la spécialisation de l'évaluation de la capacité** : celle-ci est évaluée dans des domaines importants par des personnes ayant des connaissances ou une expérience spécialisées de ces domaines. La LPDNA crée la catégorie des « évaluateurs », qui sont tenus de posséder des antécédents professionnels spécialisés et de satisfaire à certaines obligations de formation. La LCSS crée de même la catégorie des « appréciateurs » de la capacité pour les décisions relatives à l'admission aux soins de longue durée et aux services d'aide personnelle dispensés dans les foyers de soins de longue durée, même si les obligations auxquelles ces spécialistes doivent satisfaire sont moins rigoureuses que celles des évaluateurs. C'est au praticien de la santé qui sollicite le consentement qu'il appartient de prendre les décisions sur la capacité concernant le traitement;
4. **la conception fondée sur la prise de décision au nom d'autrui :** dans les cas où la personne est reconnue comme n'ayant pas la capacité juridique de prendre une décision ou une catégorie de décision en particulier visée par la LPDNA ou la LCSS, c'est le mandataire spécial, le tuteur par exemple, ou la personne ayant reçu procuration ou figurant dans la liste établie par priorité de rang, qui prendra la décision devant malgré

tout être prise. Le régime législatif ontarien ne prévoit ni la décision accompagnée, ni la codécision;

5. **des garanties procédurales** : les réformes des années 1990 ont ajouté des garanties procédurales fondamentales pour les personnes susceptibles d'être visées par ces lois. Celles dont on examine la capacité de gérer leurs biens en vertu de la LSM ont le droit par exemple de recevoir des avis sur leurs droits. Les évaluateurs doivent expliquer l'objet et la portée de leur évaluation, et la personne a le droit de la refuser. La CCC peut contrôler les décisions relatives à la capacité, et la personne concernée peut régulièrement demander une nouvelle évaluation. La LPDNA et la LCSS prévoient toutes deux la nomination d'un avocat pour les personnes dont la capacité juridique est en cause[54];
6. **la préférence pour la sphère privée :** le régime législatif ontarien encourage le recours à la famille et aux amis pour la nomination du mandataire spécial. La LPDNA permet d'établir et d'exercer des procurations de façon relativement simple et économique, et la LCSS prévoit une liste de personnes nommées par priorité de rang, le TCP intervenant uniquement quand aucune des personnes figurant sur la liste n'a la capacité, ni l'âge requis, ni la volonté, et n'est pas disponible. Pour les incapables n'ayant pas établi de procuration, la LSM crée l'exercice automatique de la tutelle aux biens par le TCP, mais prévoit également ce qui selon la LPDNA devait être un mécanisme simple et peu coûteux par lequel des membres de la famille peuvent exercer la tutelle au lieu du TCP.

E. Le cadre juridique général

Nous présentons brièvement ici quelques domaines du droit que le régime législatif ontarien concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle chevauche ou recoupe fréquemment. Même si ces domaines ne seront pas étudiés précisément dans le cadre du projet, ils font partie du contexte dans lequel les lois à l'étude sont comprises et appliquées.

La common law

La common law demeure un élément important des lois sur la capacité et la prise de décision, elle régit des questions très diverses, notamment la capacité de se marier, de tester, de conclure des contrats, de donner des directives à son avocat. Tout en étant cadre important du projet, la common law en ce qu'elle a trait à la capacité et à la prise de décision dépasse notre propos. Elle a d'ailleurs été l'objet d'un examen récent et complet du British Columbia Law Institute[55]. La capacité de donner des directives à son avocat influera considérablement sur l'accès à la justice des personnes visées par la LPDNA et la LCSS. Les questions sur la capacité de conclure des contrats recoupent les dispositions de la LPDNA sur la gestion des biens.

Les lois sur la protection de la vie privée

Les lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle recoupent fréquemment celles concernant la protection de la vie privée, ce qui suscite souvent confusion ou inquiétude. Comme nous l'avons déjà mentionné, la LSM comporte des dispositions propres aux renseignements personnels de santé et à l'accès aux dossiers cliniques. La *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé* (LPRPS) établit des règles de collecte, d'utilisation et de divulgation des renseignements personnels sur la santé et confère aux personnes le droit d'accéder à ceux qui les concernent et celui d'exiger leur correction ou modification. L'expression « renseignements personnels sur la santé » s'entend des renseignements identificatoires concernant les personnes ayant trait à la santé physique ou mentale de celles-ci, à la fourniture de soins de santé à celles-ci, à des programmes de services au sens de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, aux paiements relatifs aux soins de santé fournis ou à l'admissibilité à ces soins, au numéro de la carte Santé ou à l'identité du mandataire spécial[56]. Nombre de personnes visées par la LCSS sont également visées par la LPRPS. L'esprit de celle-ci correspond à celui de celle-là, notamment dans la conception cognitive de la capacité, le recours au mandataire spécial et aux garanties procédurales dont le contrôle par la CCC. Les institutions financières de réglementation fédérale relèvent de la *Loi sur la protection des renseignements et les documents électroniques*[57], comme nous le développerons au chapitre III de la partie Trois et au chapitre I de la partie Quatre; les dispositions de cette loi qui visent la communication des renseignements ont des répercussions considérables sur la façon dont ces institutions réagissent aux préoccupations relatives aux dérives financières possibles.

<u>Les lois qui réglementent les services sociaux et les mesures de soutien</u>

Les lois qui réglementent les services sociaux et les mesures de soutien, surtout celles visant les personnes âgées ou les personnes handicapées, traitent ou recoupent souvent des questions relatives à la capacité et à la prise de décision. Plus particulièrement, les programmes de soutien du revenu tels que le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH), la Sécurité de la vieillesse (SV) et le Régime de pensions du Canada (RPC) soutiennent des groupes qui sont en nombre disproportionné susceptibles d'être visés par le droit concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. Ces programmes ont des dispositions sur le « mandat de fiduciaire » qui habilitent des tiers, le plus souvent des membres de la famille, à gérer des fonds pour le compte de la personne, dans les cas où une évaluation fonctionnelle a conclu que cela est nécessaire.

Il importe également, pour comprendre le fonctionnement pratique des lois ontariennes sur la capacité juridique et la tutelle, de tenir compte de leur interaction avec celles qui régissent les soins de longue durée, car les recoupements sont nombreux à l'égard des populations desservies. Selon des chiffres récents, 73 p. 100 des résidents des foyers de soins de longue

durée en Ontario ont des troubles mentaux, dont la maladie d'Alzheimer ou une autre forme de démence, et 31 p. 100, sont atteints d'une déficience cognitive importante[58]. La LCSS porte explicitement sur la capacité de consentir à l'admission à des soins de longue durée, en tant que champ précis de la prise de décision. Les recoupements sont donc considérables et majeurs entre les dispositions de la *Loi de 2007 sur les foyers de soins de longue durée*[59] et des lois concernant la capacité et la tutelle. Les foyers de soins de longue durée ont mis au point une variété d'orientations et de protocoles en vue de répondre aux problèmes de la capacité et de la prise de décision au nom d'autrui.

De même, les personnes atteintes de certaines formes de déficience ou d'incapacité sont plus susceptibles de recourir à certains types de mesures de soutien et de programmes sociaux. La *Loi de 2008 sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle*[60] vise précisément par exemple les personnes présentant des limitations substantielles permanentes, qui se sont manifestées de bonne heure, dans leur fonctionnement cognitif et leur fonctionnement adaptatif[61]. Elle porte sur les services et les soutiens à ces personnes - services résidentiels, liés aux activités de la vie quotidienne, liés à la participation communautaire, à la relève des fournisseurs de soins, services professionnels et spécialisés, liés à la planification gérée par la personne, autres services[62]. Elle établit ainsi un régime pour la prestation des soutiens et des services fondamentaux à des personnes qui sont, en nombre disproportionné, susceptibles d'être visées par les lois sur la capacité et la tutelle. Les soutiens et les services dispensés en vertu de cette loi peuvent influer sur le contexte dans lequel ces personnes peuvent prendre des décisions et sur les soutiens dont elles peuvent disposer pour ce faire, et les dispositions concernant la capacité et la tutelle peuvent influer sur la façon dont elles peuvent accéder aux services en vertu de cette loi[63].

- **QUESTION À ABORDER : des réformes précises de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* ou de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* permettraient-elles une meilleure coordination avec d'autres lois, la *Loi sur la santé mentale* par exemple ou les lois concernant la protection de la vie privée, le soutien du revenu ou les soutiens sociaux?**

F. Comprendre le contexte du fonctionnement du droit

Pour évaluer le fonctionnement des lois, il importe de comprendre qui elles visent et les domaines sur lesquels elles influent. Les lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle ont des répercussions considérables sur les Ontariens. Comme en témoigne le bref exposé qui a précédé, à un moment ou à un autre de leur vie, la plupart des gens feront connaissance avec ce droit, que ce soit dans leurs responsabilités professionnelles, ou en raison de leur déficience, pendant la planification de leur avenir dans lequel l'incapacité juridique est envisagée ou parce qu'ils doivent prendre des mesures en tant que proche ou ami de quelqu'un

dont l'incapacité juridique a été constatée et qui doit se faire aider pour prendre des décisions. Les sections qui suivent présentent brièvement des situations que vivent les personnes visées par le droit, ce qui aide ainsi à comprendre le fonctionnement pratique de celui-ci.

1. À qui s'applique le droit?

Ni la LPDNA ni la LCSS ne font précisément état d'une catégorie particulière de personnes. La LPDNA prévoit des mécanismes de nomination du mandataire spécial pour les personnes dont « l'incapacité » a été ou peut être constatée et qui ont besoin de se faire aider pour prendre des décisions. La LCSS s'applique de façon très générale aux personnes dont il faut le consentement pour le traitement, l'admission en établissement de soins ou pour des questions d'aide personnelle. Surtout à propos du traitement, l'éventualité peut se présenter, en cas de maladie, que l'on ne satisfasse pas à la norme de la capacité de consentement au traitement : en pareille situation, la LCSS prévoit des mécanismes de nomination du mandataire spécial et de directives pour les décisions que prend celui-ci.

Il est évident toutefois que certaines personnes sont plus susceptibles d'être déclarées légalement « incapables » en vertu de l'une ou l'autre de ces lois. Les personnes atteintes de déficiences intellectuelles, neurologiques, mentales ou cognitives sont plus susceptibles d'être à la fois déclarées légalement incapables de prendre des décisions précises, au sens de ces lois, et de façon non officielle, d'être *présumées i*ncapables et donc, pouvant être évaluées et visées par d'autres dispositions de ces lois. Les personnes âgées étant en nombre disproportionné atteintes par une forme de déficience cognitive, elles peuvent être, également en nombre disproportionné, visées par ce domaine du droit.

Il existe peu de données empiriques sur l'application de la LPDNA et la LCSS. La procuration relève par exemple du domaine privé : aucun mécanisme n'est en place pour suivre le nombre de procurations accordées, le nombre de celles qui sont en vigueur ou l'identité des mandants. De même, les dispositions de la LCSS fixant la priorité de rang des mandataires spéciaux pour le consentement au traitement ne se prêtent pas facilement au suivi.

Il importe de souligner que même si les personnes handicapées partagent l'expérience des obstacles, notamment psychologiques et systémiques, à l'égalité, leurs expériences peuvent varier considérablement et de nombreuses façons. Le moment de la vie auquel survient l'incapacité, le type de préjugé et d'attitude négative associé à une incapacité particulière, la façon dont l'incapacité influe sur l'emploi, le logement ou les relations personnelles, la façon dont elle croise d'autres aspects de l'identité comme l'âge ou le sexe, ou la racialisation – tous ces facteurs influent sur ce que vivent des groupes particuliers de personnes handicapées, et sur leurs rapports avec le droit concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. Il faudra tenir compte, pour analyser les lois en vigueur et formuler des options de réforme du droit, des points communs et des divergences à l'égard de ce domaine du droit dans les expériences des personnes les plus directement concernées et dans les attitudes vis-à-vis de celles-ci.

Sans prétendre exposer de façon exhaustive les caractéristiques des divers groupes susceptibles d'être concernés par les lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, il y faudrait un livre fort long, les sections qui suivent mettent l'accent sur quelques-uns des aspects majeurs de ce que vivent ces groupes, qui sont susceptibles de façonner leurs rapports avec ce domaine du droit.

Pour l'étude de ce que vivent les personnes âgées ou les personnes handicapées, il faut prendre en considération l'immense diversité au sein de ces groupes et l'effet de cette diversité sur les rapports de ces personnes avec les lois, les pratiques ou les orientations. La dynamique des sexes aura par exemple une profonde influence sur la façon dont les personnes atteintes de déficiences cognitives, mentales ou intellectuelles abordent la prise de décision au nom d'autrui, de même que les modèles et les préjugés culturels. Les personnes GLBT peuvent avoir des inquiétudes particulières à propos des préjugés implicites quant aux familles biologiques qui sous-tendent la liste des priorités de rang des décideurs et les dispositions de la LPDNA visant le remplacement du tuteur. Les minorités linguistiques connaissent peut-être des obstacles supplémentaires pour avoir accès à des renseignements sur leurs droits et obtenir des évaluations sérieuses de leur capacité juridique.

Il faut souligner qu'on ne cesse de discuter et de débattre du vocabulaire employé pour parler des personnes ayant des déficiences particulières et de ce qu'elles vivent. La CDO reconnaît que les avis sur la terminologie la plus appropriée sont fort divers. Elle n'entend pas que la façon dont elle emploie certains termes soit interprétée comme définitive, les personnes handicapées étant les mieux placées pour définir elles-mêmes la terminologie la plus appropriée.

- **QUESTION À ABORDER : en quoi l'expérience que l'on fait de ce domaine du droit diffère-t-elle selon le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, la racialisation, le statut**

d'immigrant, l'origine autochtone, la situation familiale, l'état matrimonial, le lieu de résidence, la situation géographique, la langue ou d'autres formes de diversité?

La perte de capacité due à la maladie

Les lois sur la capacité et la prise de décision touchent souvent le groupe fort hétérogène des personnes qui éprouvent une perte temporaire de la capacité juridique de prendre des décisions pendant le traitement d'une maladie aiguë, qu'elle soit de courte ou de longue durée. L'accident vasculaire cérébral ou les affections neurologiques évolutives peuvent bien sûr engendrer l'incapacité à long terme, mais une période temporaire de maladie grave peut pour de nombreux malades les assujettir brièvement à la LCSS, sans autre obligation d'intervention du droit concernant la capacité juridique et la tutelle. Tout le monde peut se retrouver dans de telles situations, quels que soient l'âge ou les conditions de vie. Quand cela survient en fin de vie, la perte de capacité peut parfois obliger les mandataires spéciaux à prendre des décisions déchirantes, dans des situations d'émotion extrême et souvent dans l'urgence.

Les personnes atteintes de déficience intellectuelle

L'incidence de la déficience intellectuelle est relativement faible : selon l'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 de Statistique Canada, environ 0, 5 p. 100 des Canadiens de plus de 15 ans ont une déficience intellectuelle[64], l'expression désignant « les [l]imitations cognitives dues à l'existence d'une déficience intellectuelle ou d'un trouble du développement, tel que le syndrome de Down, l'autisme ou des troubles mentaux causés par un manque d'oxygène à la naissance[65] ».

Les expériences sont diverses dans cette catégorie : ce que vivent les autistes peut être très différent de ce que vivent les trisomiques par exemple, et elles peuvent connaître aussi des différences énormes dans chaque type de déficience. Bien évidemment, toutes les personnes atteintes de déficiences intellectuelles ne relèveront pas des lois sur la capacité et la tutelle, même si elles peuvent faire l'objet de présomptions restrictives quant à leurs facultés.

Un élément majeur de ce que connaissent les personnes atteintes de déficiences intellectuelles est que celles-ci seront détectées à la naissance ou pendant la petite enfance. Ces personnes connaîtront toute leur vie l'état de déficience, ce qui influera considérablement sur leur accès aux études et au travail, et façonnera leurs relations personnelles, leurs attentes et leurs possibilités.

Historiquement, des attitudes sociales négatives et restrictives ont limité la vie des personnes atteintes de déficience intellectuelle :

> *[TRADUCTION]* Les expressions couramment utilisées pour qualifier les personnes atteintes de déficience intellectuelle témoignent de la façon dont la société les traitait, « imbéciles », « idiotes », « faibles d'esprit », « crétines » pour ne citer que celles-ci. Les milieux médicaux limitaient leur examen de ces personnes à leur « degré d'idiotie ». Ces termes montrent que les personnes atteintes de déficience intellectuelle étaient considérées comme différentes des gens « normaux » et que par conséquent, il était acceptable de les traiter différemment. Ce traitement s'accompagnait presque toujours de stéréotypes sur leurs aptitudes (ou inaptitudes), et en particulier de la présomption que les personnes handicapées étaient incapables de vivre de façon autonome[66].

L'autonomie des personnes atteintes de déficiences intellectuelles se trouvait extrêmement réduite du fait de ces attitudes, qui pouvaient même donner lieu à l'internement et à la stérilisation forcée.

Les personnes atteintes de déficiences intellectuelles légères peuvent à présent vivre comme la population en général. Ceci veut dire que nombre d'entre elles vivront plus longtemps que leurs parents, qui sont souvent les principaux soignants. La désinstitutionnalisation des personnes atteintes de déficiences intellectuelles et le vieillissement de la population ont donné lieu à des situations dans lesquelles des parents octogénaires ou nonagénaires sont toujours les principaux soignants de leur enfant atteint de déficience intellectuelle, qui est un adulte d'âge mûr. Le décès ou un début d'incapacité de ces parents peut entraîner la perte de soutiens essentiels pour leur enfant[67].

Il est particulièrement probable que le revenu des personnes atteintes de déficience intellectuelle sera faible. Selon l'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006, le revenu des personnes atteintes de déficience intellectuelle de plus de 15 ans était de 10 415 $, soit le revenu le plus faible de toutes les catégories de déficience, à comparer au revenu médian de 27 496 $ pour les personnes n'ayant pas de déficience[68]. Même si les personnes atteintes de déficience intellectuelle ont du mal à se trouver un emploi, elles sont plus fréquemment employées qu'auparavant. En 2006, le taux de chômage des personnes handicapées a été d'environ 9 p. 100[69]. Les personnes atteintes de déficience intellectuelle se trouvent souvent toutefois au bas de l'échelle salariale. La conséquence en est que si elles touchent l'assurance-emploi ou une rente, basées toutes deux sur le niveau de revenu, le montant de leurs versements est inférieur[70].

Les personnes atteintes de déficiences intellectuelles ont souvent peu d'occasions de décider par elles-mêmes, ce qui restreint la faculté de choisir pour soi-même et entraîne une dépendance inutile[71]. Non seulement les adultes et les enfants atteints de déficience intellectuelle sont davantage exposés aux mauvais traitements et à la négligence, mais ils font face à divers obstacles pour obtenir de l'aide en cas de mauvais traitements, leurs plaintes n'étant pas comprises ni crues notamment. On n'enseigne pas aux personnes atteintes de

déficience intellectuelle les comportements qui sont acceptables, de sorte qu'elles peuvent ne pas reconnaître les abus quand ils se produisent[72].

Les personnes âgées et le développement des déficiences intellectuelles à un âge avancé

Il importe de ne pas amalgamer vieillissement et déficience : les personnes âgées sont nombreuses à considérer que leur santé est très bonne ou excellente[73]. Et pourtant, le vieillissement est généralement associé au déclin de la santé et au début de quelques types de restrictions des activités. L'association entre le vieillissement et le développement de certaines formes de déficience cognitive intéresse particulièrement notre projet.

La maladie d'Alzheimer et les autres formes de démence sont relativement rares à tout âge, mais le risque augmente fortement avec l'âge. En 2008, 7 p. 100 des Canadiens de plus de 60 ans et 49 p. 100 de ceux de plus de 90 ans étaient atteints d'une certaine forme de démence[74]. Dans les trois prochaines décennies, les problèmes ayant trait au consentement, à la capacité et à la prise de décision deviendront probablement plus pressants, à mesure que se poursuit le vieillissement de la population. Comme on l'a déjà indiqué, la Société Alzheimer Canada a récemment publié un rapport selon lequel la prévalence de la démence va plus que doubler dans les 30 prochaines années et passer de 1,5 p. 100 de la population canadienne en 2008 au taux projeté de 2.8 p. 100 en 2038[75].

La croyance populaire tient pour acquis que la vieillesse est synonyme de mauvaise santé et de déclin cognitif. On dit souvent que « c'est la vieillesse qui commence » quand on a un trou de mémoire. Lors des consultations de la CDO pour le projet sur le droit touchant les personnes âgées, on s'est beaucoup inquiété de la tendance des prestataires de services de présumer l'incapacité de la personne âgée et de s'en remettre aux membres de sa famille qui sont plus jeunes ou même de ne pas s'adresser du tout à la personne âgée[76].

Du fait de ces préjugés, auxquels s'associe la tendance au paternalisme dans le traitement des personnes âgées, avec l'hypothèse qu'elles sont moins capables d'être autonomes et ont besoin d'être davantage protégées, des personnes âgées capables risquent d'être présumées incapables ou d'être traitées comme si elles l'étaient[77].

La situation des personnes qui deviennent handicapées à un âge avancé sera probablement différente à plusieurs égards importants de celle des personnes ayant toujours vécu avec une déficience. Il est probable par exemple que les personnes âgées qui jusque-là n'avaient pas été atteintes d'incapacité auront accumulé des biens, une retraite, des économies ou un logement par exemple. Bien sûr, toutes ne vivent pas dans la richesse ou l'abondance : nombre d'entre elles vivent avec un revenu limité[78]. Toutefois, les biens dont elles disposent influeront sur la dynamique de leur accès à la justice et de leurs relations avec les autres. À titre d'exemple, l'un des types les plus fréquents de mauvais traitements à l'égard des personnes âgées est

l'exploitation financière[79] : même si leurs biens sont modestes, ils peuvent constituer une tentation importante dès que les personnes âgées deviennent vulnérables d'une façon ou d'une autre, et le fait que des mandataires spéciaux peuvent s'attendre à hériter peut engendrer des conflits d'intérêts.

Les personnes âgées – 93 p. 100 – vivent en très grande majorité dans des logements privés[80]. En très grande majorité, elles ont pour objectif de « vieillir chez elles »; elles souhaitent continuer de vivre chez elles et dans leur collectivité aussi longtemps que possible[81]. La probabilité de vivre en groupe, maison de retraite ou foyer de soins de longue durée par exemple, augmente cependant avec le vieillissement : environ un tiers des personnes de plus de 85 ans vivent en groupe[82]. Comme on l'a indiqué au début du présent chapitre, les personnes atteintes de démence représentent un pourcentage important des personnes qui vivent en établissement de soins de longue durée. Certes les foyers de soins de longue durée sont des maisons, mais ce sont aussi des institutions - très réglementées, habitées par des personnes par définition vulnérables, éloignées (à divers degrés) des principales collectivités, soumises à d'énormes pressions sur leurs ressources. Ceci vaut également, dans une moindre mesure et avec des variations, pour les personnes qui vivent en maison de retraite. Les personnes qui vivent en établissement connaissent des difficultés particulières pour accéder à la justice, qui diffèrent de celles des personnes vivant dans leur collectivité[83]. Les premières auront donc des rapports radicalement différents avec les lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. Et bien sûr, la LCSS établit un système particulier pour évaluer la capacité pour la décision de passer dans un foyer de soins de longue durée.

Les soignants des personnes âgées qui commencent à éprouver des restrictions dans leurs activités ou des déficiences sont très probablement les conjoints ou les enfants adultes de celles-ci[84]. La dynamique des soins que l'on donne est assez différente de celle à l'égard des personnes handicapées qui sont plus jeunes, qui peuvent être soutenues par des parents ou par leur fratrie. On a évoqué la désorientation et les difficultés que peuvent éprouver des enfants adultes qui s'occupent des personnes qui auparavant s'occupaient d'elles et représentaient l'autorité. La prestation des soins et des soutiens par des enfants adultes à leurs parents peut devenir plus difficile, à mesure de l'éparpillement géographique des familles[85].

Le nombre des personnes sans famille ou ami proche qui veuille bien et qui puisse les soutenir ou être leur mandataire spécial continue de croître, à mesure que la durée de vie s'allonge, que davantage d'adultes divorcent ou demeurent célibataires toute leur vie, que les gens ont moins d'enfants ou qu'ils n'en ont pas[86], et que les familles sont plus dispersées géographiquement. Cette tendance va probablement poser des problèmes au système, du fait que le droit ontarien concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle s'appuie fortement sur des

soignants non rémunérés et de par la nature des fonctions du tuteur et curateur public en tant que service public et organisation de dernier recours.

Les personnes ayant des troubles mentaux

Les troubles mentaux comprennent une grande variété de conditions plus ou moins graves, et seulement quelques-unes sont à l'origine de déficiences de la capacité de comprendre l'information et d'apprécier les risques et les avantages de divers modes d'action.

Les troubles mentaux diffèrent des autres types de déficience pouvant toucher la capacité en ce qu'ils sont souvent de nature épisodique, alors que les déficiences intellectuelles sont souvent de nature stable et cognitive, et associées au troisième âge qui survient progressivement. Cette nature épisodique a plusieurs conséquences pour les rapports avec le droit relatif à la capacité et à la tutelle. Les personnes ayant des troubles mentaux peuvent sortir du régime de la capacité et de la tutelle, puis y revenir, de façon cyclique. Elles peuvent parfois avoir besoin de soutiens et d'interventions considérables, et en avoir peu ou pas du tout besoin à d'autres moments. C'est pourquoi tout manque de flexibilité des processus d'entrée et de sortie du régime de la capacité et de la tutelle aura des incidences particulières sur ces personnes. Des dépenses importantes ou des procédures lentes et difficiles peuvent empêcher des personnes d'avoir accès à des soutiens quand elles en ont besoin ou pour retrouver toute leur autonomie quand elles sont prêtes pour cela. Du fait de la nature épisodique des troubles mentaux, les personnes qui en sont atteintes peuvent la possibilité et la faculté de bien connaître leurs déficiences, et savoir ce qui fonctionne ou pas pour elles. La planification préalable des soins peut s'avérer particulièrement précieuse pour ces personnes : après avoir suivi divers traitements, elles peuvent, quand elles en ont la capacité, établir ce qui a été positif et ce qui ne l'a pas été, puis mettre au point des plans judicieux pour les périodes quand elles n'ont plus la capacité. Les déficiences épisodiques peuvent toucher aussi la dynamique de la famille et celle du traitement.

Bien sûr, pour les personnes qui ont des troubles mentaux et se trouvent visées par la *Loi sur la santé mentale*, les dispositions de celle-ci, notamment les exigences relatives à l'admission obligatoire et aux ordonnances de traitement en milieu communautaire, influeront fortement sur leurs rapports avec le régime de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle. Les personnes qui ont des troubles mentaux sont extrêmement stigmatisées. La Commission ontarienne des droits de la personne a mené de longues consultations pour élaborer son rapport *Parce qu'on importe!*, et écouté les nombreuses préoccupations de ces personnes à propos des préjugés et des stéréotypes auxquels elles font face :

> Certains mémoires reçus parlaient de la tendance à qualifier des personnes handicapées de « risque à la sécurité » en raison de suppositions à propos de leur handicap. Lorsqu'il n'existe en réalité aucun signe de « risque », ce genre de comportement pourrait constituer une forme de « profilage » fondé

> sur la santé mentale. Par exemple, un fournisseur de services se préoccupait du fait que des hôpitaux demandaient couramment au personnel de sécurité d'être présent lorsqu'on examinait des patients dont le dossier faisait état de troubles mentaux.
>
> Parmi les autres stéréotypes véhiculés à propos des personnes aux prises avec des troubles mentaux ou des dépendances figurent le fait qu'elles manqueraient de « crédibilité » et qu'elles seraient incapables d'évaluer correctement les situations et de prendre des décisions concernant leur propre vie. […]
>
> De l'avis de certains participants, des attitudes paternalistes répandues dévaluent les expériences, les pensées et les choix des personnes aux prises avec des problèmes de santé mentale et des dépendances, et sont responsables du peu d'attentes de la société envers ces personnes. On nous a dit qu'il était difficile de se plaindre, de s'affirmer ou de faire valoir ses droits dans un tel contexte étant donné que les expériences de la personne handicapée sont minimisées et attribuées au handicap[87].

Les données établissent l'association troubles mentaux-violence sont de nature complexe et varient bien sûr selon le type de déficience. La préoccupation que les personnes qui ont des troubles mentaux peuvent se faire du mal ou en faire aux autres est un élément important de ce qu'elles pensent et de ce que pense la population quant à ce qui justifie de restreindre leur autonomie, comme l'a souligné la Commission ontarienne des droits de la personne.

Les personnes ayant des troubles mentaux ont, en nombre disproportionné, de faibles revenus[88], ce qui est dû non seulement aux effets de leurs déficiences, mais aussi aux résultats des préjugés et de la discrimination[89].

Le chômage et le sous-emploi, ne pas avoir accès à un logement sûr et abordable ni à de réelles possibilités d'études, tout cela peut contribuer à la pauvreté des personnes qui ont des troubles mentaux, exacerber leur maladie et réduire le nombre des options dont elles disposent pour le logement et les services. Comme on le soulignera plus loin, la faiblesse du revenu crée des obstacles à l'accès à la justice.

<u>Les personnes ayant des lésions cérébrales acquises</u>

Il existe relativement peu de renseignements sur les personnes ayant des lésions cérébrales acquises, par comparaison avec d'autres groupes visés par le droit relatif à la capacité et à la tutelle, et sur leurs rapports avec ce domaine du droit.

Il est difficile d'obtenir des renseignements sur le nombre des Ontariens ayant des lésions cérébrales acquises, surtout du fait des variations dans la terminologie des données, qui peuvent inclure des personnes ayant des lésions cérébrales légères ou bien des personnes qui décèdent à la suite de leurs blessures. Selon le *Rapport de 2012 du Registre ontarien des traumatismes*, il y a eu 2 637 hospitalisations pour traumatisme cérébral grave (données de

2010-2011). Pour 58,4 p. 100 de ces traumatismes, le diagnostic a été « léger », pour 6,1 p. 100 « modéré », pour 10,4 p. 100 « grave » et pour 25,2 p. 100, « inconnu » ou « discordant » (on n'a pas disposé de données suffisantes)[90].

Les blessures et leurs effets varient énormément bien sûr. Selon l'Institut canadien d'information sur la santé,

> Un traumatisme crânien peut entraîner des problèmes liés à la mémoire, à l'humeur, à la communication, à la mobilité, à la concentration, à la résolution de problèmes, à l'impulsivité, au contrôle de la colère, à l'instabilité émotionnelle et à la dépression. Les victimes d'un traumatisme crânien peuvent présenter des déficiences physiques telles que la paralysie des membres, la perte visuelle ou la déficience auditive. De plus, elles peuvent avoir des troubles de l'odorat, des maux de tête ou des crises d'épilepsie[91].

Selon une enquête menée par l'Ontario Brain Injury Association auprès de 596 personnes ayant des lésions cérébrales, 95 p. 100 de celles-ci ont des troubles de mémoire, 93 p. 100, des difficultés de concentration, 91 p. 100, des difficultés à prendre des décisions, 80 p. 100 souffrent d'anxiété et la plupart ont mentionné la dépression, la difficulté à contrôler leurs colères et les sautes d'humeur[92].

Les lésions cérébrales acquises peuvent influer considérablement sur le fonctionnement et la participation : selon la même enquête, 75 p. 100 des personnes ayant répondu avaient un emploi rémunéré avant leur accident, mais seulement 13 p. 100 d'entre elles l'avaient encore. Les lésions cérébrales peuvent avoir de graves conséquences sur les finances des familles, leur situation et leurs relations.

- **QUESTION À ABORDER : quelles réformes du droit dans ce domaine sont nécessaires pour s'assurer que celui-ci tienne compte des particularités des personnes âgées et des personnes handicapées concernées?**

G. Le rôle de la famille et des amis

Le régime législatif de la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle actuellement en vigueur en Ontario accorde la priorité à la famille et aux amis pour au besoin agir à titre de mandataire spécial, que ce soit en tant que tuteur, ou par procuration ou en vertu de la liste avec priorité de rang que prévoit la LCSS. Il n'y a pas de collecte systématique de données sur les mandataires spéciaux en Ontario : il est impossible de connaître le nombre des personnes qui sont ou ont été mandataires spéciaux, la nature de leur relation avec le mandant ou la façon dont elles exercent leur fonction.

Il est probable que la situation des personnes mandatées en vertu de la LCSS et de la LPDNA, et celle des personnes qui dispensent sans rémunération des soins à des personnes âgées et à des

personnes handicapées se recoupent considérablement : les deux types de soutien découlent du même contexte de relations intimes et interdépendantes empreintes d'affection. Bien souvent, la ou les mêmes personnes seront les soignants non rémunérés et les mandataires spéciaux. La fonction de mandataire spécial est très importante, elle comporte des responsabilités, elle peut être très stressante et elle est encadrée par des règlements solides. Ces fonctions peuvent avoir des conséquences majeures sur le parcours de vie des personnes, et le droit façonnera assurément la façon dont elles les exercent. La façon dont les lois appuient les personnes qui dispensent des soutiens sans rémunération ou au contraire la façon dont elles créent des obstacles pour celles-ci influera fortement sur l'efficacité avec laquelle ces personnes peuvent soutenir les personnes visées par le droit relatif à la capacité et à la tutelle.

Il importe de ne pas envisager ces fonctions de façon négative. Selon les recherches sur les soignants non rémunérés, la plupart de ceux-ci font le choix d'exercer ces fonctions[93], ils y trouvent un sens[94], et ne considèrent pas que leurs relations avec les personnes qu'ils soignent sont « à sens unique ». Il est en outre indispensable de reconnaître que les soignants non rémunérés peuvent travailler dans des conditions difficiles et qu'il peut leur sembler qu'ils ne sont pas assez soutenus pour exercer des fonctions essentielles. Une étude récente de l'Organisation mondiale de la santé et de Alzheimer's Disease International a constaté que le fait d'être pressés par le temps, la difficulté de traiter des symptômes comportementaux ou cognitifs et la gestion de fonctions multiples peut mettre les soignants principaux à rude épreuve. Ceux-ci sont sujets à la dépression et à l'anxiété, ils ont tendance à s'isoler de la société. Des problèmes mentaux et physiques peuvent survenir s'il advient que leurs ressources et leur réseau général sont saturés[95]. Si les mesures de soutien suffisantes ne sont pas fournies, des réseaux non structurés peuvent s'écrouler sous la pression subie, conduisant à l'institutionnalisation des personnes handicapées[96].

La fonction de mandataire spécial est difficile et exige souvent de faire des choix éthiques, pratiques et emplis d'émotion, qui sont difficiles. Ceci est particulièrement vrai quand le mandataire spécial procure aussi les soins et le soutien, ce qui est souvent le cas. Les relations personnelles intimes comportent des histoires, des dynamiques et des interdépendances complexes, qui vont influer sur la façon dont les familles jouent un rôle dans la prise des décisions. Il arrive que cette dynamique soit clairement inappropriée ou agressive. Dans bien des cas, il convient mieux de parler de mauvais usage de la fonction plutôt que de violence. Des membres de la famille peuvent penser qu'ils agissent par amour ou par inquiétude, mais exercer tout de même indûment leur pouvoir et refuser son autonomie à la personne concernée.

Dans une communication préparée pour la CDO, Laschewicz et autres examinent comment les familles peuvent aider les personnes atteintes de déficiences intellectuelles à s'exprimer ou au

contraire les décourager de s'exprimer. Les familles peuvent être extrêmement efficaces pour aider ces personnes à s'exprimer, par exemple en leur faisant de la place dans la conversation, en renforçant les idées qu'elles expriment et en les encourageant à exprimer de nouvelles idées[97]. D'un autre côté, les familles peuvent aussi les réprimer par inadvertance. En partie, les parents ayant des enfants adultes atteints de déficiences intellectuelles peuvent simplement ne pas faire évoluer leurs idées sur ce que ceux-ci peuvent faire et décider et continuer leur attachement à eux « comme s'ils étaient encore des enfants »[98]. Parfois aussi, ces enfants à présent adultes auront pris des habitudes de passivité et de soumission, de sorte qu'ils hésitent à exprimer leurs désirs ou à essayer de choisir par eux-mêmes[99]. De plus, les parents soignants qui ont dû faire leur vie et modeler leur identité de façon à défendre leurs enfants peuvent hésiter à abandonner ce mode de vie ancré et fusionnel. Dans une étude de cas, un adulte dont la sœur est atteinte de déficience intellectuelle indique que leur mère n'a pas eu la possibilité de se faire une vie en dehors de son identité de soignante et qu'elle se sent de ce fait menacée par tout indice que sa fille pourrait bien fonctionner dans un autre arrangement. Le frère pense que la possibilité d'indépendance de sa sœur est gênée par l'identité bien ancrée de soignante de leur mère. La mère se présente comme une autorité quant à ce que sa fille besoin, au point qu'elle étouffe ce que celle-ci a à dire sur ses besoins ou qu'elle l'ignore[100].

Il importe donc de considérer la participation des familles à la prise de décision selon une optique équilibrée, sans perdre de vue le caractère variable et fluctuant de cette dynamique.

H. Contextes du fonctionnement du droit

Les questions de capacité juridique et de prise de décision peuvent toucher presque tous les aspects de la vie. Le régime législatif visé par notre projet concerne toutefois cinq domaines centraux : la gestion des biens, les soins de la santé (le « traitement »), les services d'aide personnelle fournis en foyer de soins de longue durée, l'admission aux soins de longue durée et le soin de la personne – logement, alimentation, sécurité, habillement, hygiène. Ces domaines réunis touchent presque tous les aspects de la vie, ce qui souligne combien peut être profonde l'incidence de ces lois sur les personnes auxquelles elles s'appliquent.

Les décisions dans la plupart de ces domaines peuvent être complexes, fondamentales et susceptibles de transformer la vie, aussi bien que relativement courantes et quotidiennes. Le caractère routinier d'une décision n'indique en rien son importance pour la personne : les décisions que l'on prend chaque jour sur ce que l'on mange ou ce que l'on porte sont intimement liées à notre identité, et peuvent façonner notre vie tout autant que les grandes décisions sur le lieu où l'on habite par exemple.

La dynamique décisionnelle varie énormément selon ces divers domaines. L'admission à des soins de longue durée est une décision unique (même si elle peut être révisée), dont les conséquences transforment la vie; la gestion des biens nécessite généralement des décisions continuelles et multiples. Les décisions sur le traitement présentent souvent un degré d'urgence, alors qu'un degré supérieur de délibération sera possible dans d'autres types de décision. Quelques-uns de ceux-ci relèvent presque entièrement de la sphère privée – ce sera souvent le cas pour les décisions courantes sur la gestion des biens et le soin de la personne, alors d'autres, celles par exemple qui touchent le traitement ou l'admission à des soins de longue durée, associeront obligatoirement des spécialistes et peut-être des prestataires de services institutionnels, de sorte qu'elles s'accompagnent d'un certain degré de contrôle public.

Pour refléter ces différences, les lois ontariennes concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle traitent différemment ces domaines décisionnels à de nombreux égards. Par exemple, grâce à la liste par priorité de rang que prévoit la LCSS, on peut désigner assez rapidement des subrogés pour décider du traitement, de l'admission aux soins de longue durée et aux services d'aide personnelle dispensés en foyer de soins de longue durée, alors que le processus de désignation des subrogés pour le soin de la personne et pour la gestion des biens est plus complexe. Les subrogés pour les décisions sur le traitement sont autorisés selon cette liste pour une décision en particulier, tandis que ceux pour le soin de la personne et pour la gestion des biens sont nommés à plus long terme. Le critère de détermination de la capacité pour la procuration relative au soin de la personne est bien moins rigoureux que celui pour celle relative aux biens. Ces différences notamment indiquent que le législateur s'est efforcé de répondre aux contextes particuliers de la prise de décision.

Il est également vrai toutefois que dans la pratique, la prise de décision dans un domaine est susceptible d'avoir des effets importants dans un autre. Les décisions sur l'admission aux soins de longue durée par exemple auront probablement des conséquences majeures sur les finances et les biens. La personne qui prend tous les jours des décisions à propos de l'argent est susceptible d'avoir de fait un contrôle considérable sur la vie personnelle de la personne visée. La LPDNA s'efforce de favoriser la coordination entre les domaines. Par exemple, les tuteurs ou les procureurs aux biens doivent gérer les biens de celle-ci d'une manière qui respecte les décisions concernant le soin de sa personne, prises par la personne qui a le pouvoir de les prendre[101], et consulter de temps à autre les personnes qui lui dispensent les soins[102].

I. Pressions en vue de réformer ce domaine du droit

Comme l'ont montré le bref historique et l'exposé succinct des lois ontariennes régissant la capacité et la tutelle, ces lois sont complètes, relativement récentes et sont le fruit de

recherches et de consultations minutieuses et exhaustives. La réforme de ce domaine du droit suscite néanmoins un intérêt considérable et fait l'objet de pressions, comme nous en avons discuté dans l'Introduction et comme cela a été perceptible dans les consultations préliminaires de la CDO. Plusieurs raisons existent à cela.

Comme on l'a déjà brièvement souligné, ce domaine du droit soulève des questions éthiques, sociales et juridiques complexes et difficiles. Il est étroitement lié à des préoccupations générales quant aux droits et au traitement des personnes âgées et des personnes handicapées, au rôle des pouvoirs publics, aux responsabilités des personnes et à celles des familles, au fonctionnement du système de santé de l'Ontario et à de nombreuses autres questions. Les enjeux à la base de ce domaine du droit ne se résolvent pas facilement, à tout le moins par des mécanismes purement juridiques. Aucun mécanisme juridique concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle ne pourra jamais apporter de solution complète aux besoins, aux expériences et aux intérêts qu'il tente de viser : en toute probabilité, ce domaine du droit sera toujours remis en question et suscitera la controverse.

Quelques tendances et quelques pressions toutefois renforcent le degré d'intérêt envers ce domaine du droit. Les tendances démographiques par exemple : nous vivons dans une société qui vieillit rapidement, le fait n'est pas nouveau. La proportion de la population canadienne (et ontarienne) ayant plus de 65 ans est en augmentation, en particulier celle des personnes de plus de 85 ans[103] : la prévalence de la démence, et celle des autres maladies et incapacités qui sont liées au vieillissement et sont susceptibles de toucher les fonctions cognitives sont par voie de conséquence en augmentation[104]. On a moins remarqué la prévalence en augmentation des personnes qui déclarent avoir une incapacité : cette augmentation est en partie due au vieillissement de la population, mais pas entièrement[105]. Il en résulte qu'un nombre croissant de personnes et de familles sont directement concernées par ce domaine du droit.

Simultanément, les attitudes envers le vieillissement et l'incapacité connaissent de profonds changements. Après avoir été conceptualisée presque totalement dans un modèle biomédical, l'expérience de l'incapacité est de plus en plus comprise dans une optique sociale et du point de vue des droits de la personne, l'accent passant ainsi de la déficience individuelle pour porter désormais sur les obstacles sociaux et physiques à la participation totale[106]. À ces changements est associé un mouvement en faveur des droits des personnes handicapées qui se développe et veut leur donner des moyens d'agir et leur apporter l'égalité. Un changement similaire, moins net cependant, concerne sur le vieillissement et la vieillesse, l'accent étant mis de plus en plus sur le caractère positif du vieillissement, les collectivités accueillantes pour les personnes âgées et les droits de ces dernières. Des lois sur la capacité et la tutelle sont révisées selon de nouvelles perspectives, car on s'attache désormais davantage à l'application régulière de la loi, à l'intervention, aux mesures de soutien et à la liberté de choisir[107]. Ces tendances ne

concernent pas uniquement l'Ontario (ou le Canada), elles sont liées à une vague d'intérêt et à un courant de réforme dans tout le Canada et dans le monde[108]. L'adoption de la CRDPH, en particulier son article 12 déjà mentionné, a résulté de l'intérêt pour la réforme de ce domaine du droit et l'a aussi suscité[109].

Les pressions aiguës exercées par la rareté des ressources à tous les niveaux exaspèrent ces tendances. Alors que dans ces domaines, les besoins sont plus importants et que l'on demande davantage de droits et de mesures de soutien, des contraintes considérables sont imposées aux finances, à la santé, à la justice et aux services sociaux provinciaux de l'Ontario ainsi qu'à la population. Les ressources nécessaires pour assurer le fonctionnement optimal du système actuel ou pour le transformer radicalement sont rares. On peut attribuer quelques-unes (mais certainement pas toutes) des failles du cadre législatif actuel aux effets des pressions sur les ressources à ces nombreux niveaux. La réforme du droit dans ce domaine doit tenir compte de ces pressions, établir des solutions créatives, rechercher à maximiser les ressources actuelles, veiller à ce qu'elles soient employées aussi efficacement que possible, et appliquer la notion de réalisation progressive afin d'avancer au maximum dans le périmètre des restrictions actuelles.

Le cadre législatif actuel a marqué enfin une profonde transformation du droit ontarien. En dépit d'une réflexion et d'une coordination réfléchies, des résultats inattendus et imprévus sont apparus dans quelques domaines. Les mécanismes de règlement des différends dont disposent actuellement les familles en cas de désaccord sur l'expression de la prise de décision au nom d'autrui par exemple n'avaient pas été conçus pour gérer d'âpres et longs conflits familiaux pouvant ressembler à ceux qui interviennent en droit familial[110]. La réforme précédente s'était attachée à rendre la procuration beaucoup plus accessible, par exemple, en mettant les formules à disposition sur le site Web du ministère de la Procureure générale de l'Ontario[111]; lors des consultations préliminaires de la CDO, les personnes interrogées ont été nombreuses à s'inquiéter de ce que les personnes qui remplissent une procuration ne comprennent pas entièrement les ramifications de ces instruments juridiques puissants, ce qui peut être un facteur de l'exploitation financière des personnes vulnérables.

Ces consultations de la CDO, exhaustives, ont permis de dégager que l'on s'accorde généralement sur le besoin de réforme ainsi que sur quelques priorités de réforme. Les divergences sont par contre importantes sur d'autres points.

Beaucoup ont estimé que la conception fondamentale du cadre législatif actuel est essentiellement bonne, mais se sont inquiétés de la mesure dans laquelle les principes fondateurs des lois et les droits fondamentaux sont correctement mis en œuvre. Les points suivants suscitent des inquiétudes particulières :

- les mandataires spéciaux ne comprennent ni ne respectent les fonctions et les responsabilités que leur imposent les lois;
- quelques services et spécialistes institutionnels ne comprennent pas le droit ni n'exercent de façon correcte les responsabilités que leur impose la loi; on s'inquiète en particulier de l'adoption par quelques institutions d'orientations et de méthodes qui ne respectent pas le droit, ce qui soulève des problèmes systémiques;
- mécanismes inadaptés pour prévenir, déceler et combattre les abus de la part des mandataires spéciaux;
- complexité et obstacles multiples pour que les usagers puissent comprendre la loi et le système, puis s'en servir : préoccupation des personnes et des prestataires de services;
- difficultés de répondre à la situation des personnes dont le degré de capacité fluctue ou évolue.

Dans ces domaines, on souhaite que la réforme du droit puisse faire progresser la mise en application réelle des lois en vigueur, en précisant deux domaines de possible transformation majeure de la démarche.

- La plupart des personnes consultées s'inquiètent de ce que les dispositions en vigueur visant à protéger l'autonomie des personnes concernées et à les garder « au cœur de l'action » ne sont pas correctement appliquées; quelques-unes considèrent toutefois que la réponse à ces failles touchant l'autonomie se trouve non dans des améliorations des méthodes actuelles, mais dans l'abandon de la prise de décision au nom d'autrui pour adopter ensuite un modèle de prise de décision accompagnée (on a parfois évoqué des possibilités liées à la codécision).
- On souhaite vivement que soient fondamentalement repensés l'application complète des droits ainsi que les mécanismes de règlement des différends prévus par la LPDNA, car les règlements sont jugés coûteux, complexes et contradictoires, et donc en pratique inaccessibles à nombre de personnes qui en ont besoin.

J. Appliquer une méthode de réforme fondée sur les principes

Pour comprendre ce domaine du droit et définir des options en vue de le réformer, il est indispensable d'être très attentif au vécu des personnes auxquelles il s'applique, aux membres de leur famille, aux soignants et aux spécialistes qui travaillent aux différents aspects du

système. Il est utile aussi, ainsi que le soulignent les *cadres,* de situer les questions dans un ensemble de principes : ceci peut nous aider à comprendre comment le droit, les orientations et les méthodes en vigueur influent sur l'égalité réelle des personnes âgées et des personnes handicapées, et à établir comment la réforme du droit peuvent faire progresser celle-ci.

Le régime législatif de la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle peut avoir de vastes incidences, car il faut se rappeler qu'il touche non seulement les personnes dont l'incapacité a été constatée (qui en nombre disproportionné seront âgées ou auront des types particuliers de déficience, ou les deux), mais aussi les groupes *que l'on considère* comme étant plus susceptibles d'incapacité juridique, car leur capacité de prendre des décisions sera susceptible d'être mise en cause. Il faut souligner que ces groupes sont souvent vulnérables ou marginalisés, et qu'ils font face à des degrés de préjugés et de difficultés socio-économiques hors du commun. Pour les personnes directement concernées, le droit peut influer sur chaque aspect de leur vie, sur les décisions, grandes ou petites, touchant le domicile, les finances, les soins de la santé et d'autres services de soutien, ainsi que sur les décisions du quotidien pour notamment l'habillement, l'hygiène et l'alimentation. Les répercussions sont à la fois intimes et profondes. Ce domaine du droit influera donc considérablement sur le respect de la dignité et de la valeur des personnes handicapées et des personnes âgées, et sur leur faculté de participer pleinement à la société en général et de s'y intégrer.

Nous allons analyser dans le présent *document de travail* les conséquences de principes particuliers pour des questions précises de réforme du droit. Il faut cependant souligner dès à présent que la prise de décision, partant la détermination de la capacité de décider, est clairement liée au principe de l'autonomie. Ainsi que l'affirme le *Cadre du droit touchant les personnes âgées,* « [c]e principe reconnaît le droit des personnes âgées de faire des choix pour elles-mêmes, en s'appuyant sur la présomption de capacité et sur la reconnaissance de la légitimité du choix ». Le principe parallèle énoncé dans le *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*, « préconise l'établissement de conditions qui permettent aux personnes handicapées de faire des choix » pour elles-mêmes [nous soulignons]. Il faut souligner que dans les deux cadres, la CDO a défini le principe de l'autonomie et de l'indépendance d'une façon qui reconnaît que les personnes sont par nature interdépendants et que nous pouvons avoir besoin de soutien pour être autonomes et indépendants.

C'est en partie le souci d'éviter l'exploitation des personnes dont la capacité de recevoir, de retenir ou de comprendre des informations est limitée et qui sont donc plus vulnérables à la manipulation et à la tromperie, qui est à l'origine de l'adoption des lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. Le *Cadre du droit touchant les personnes handicapées* reconnaît le droit de vivre sans craindre d'être victimes de mauvais traitements ou d'exploitation et si nécessaire, le droit d'être soutenu pour prendre des décisions susceptibles

d'influer sur la sécurité. Le *Cadre du droit touchant les personnes âgées* reconnaît le droit de ne pas être soumis à la violence ou à l'exploitation sur le plan physique, psychologique, sexuel et financier.

Dans les publications sur ce domaine du droit, ce droit de vivre en sécurité est souvent placé en divergence avec le principe de l'autonomie abordé ci-dessus. Il importe de reconnaître, pour l'analyse de ces questions, que les notions d'autonomie et de sécurité sont elles-mêmes complexes et interdépendantes. Des risques existent pour la sécurité des personnes, dans les cas où des obstacles, des structures juridiques par exemple, diminuent leurs possibilités d'exprimer leurs besoins et leurs désirs, créant ainsi des possibilités de mauvais traitements ou d'exploitations par des tiers peu scrupuleux. Les lois concernant la prise de décision peuvent accroître ou bien réduire la sécurité personnelle, en fonction de leur mode de structuration et de mise en application. Le manque de sécurité peut influer sur la capacité de faire preuve d'autonomie et d'indépendance : les personnes qui sont victimes de mauvais traitement ou d'exploitation auront peut-être le sentiment que leur sécurité est compromise de même que leur liberté de choisir et de vivre comme elles l'entendent. Autrement dit, l'autonomie et la sécurité ne sont pas nécessairement antinomiques : elles sont souvent intimement liées, on ne peut avoir l'une sans l'autre.

Les deux *cadres* comportent des principes relatifs à la diversité, qui soulignent l'importance de reconnaître non seulement les particularités, les besoins et la situation propres des personnes âgées et des personnes handicapées, mais aussi leur diversité. Les brèves discussions du présent chapitre sur les façons dont ces deux catégories de personnes peuvent aborder ce domaine du droit indiquent bien que leurs rapports avec celui-ci peuvent être très différents. Du fait de leurs différences de par la nature de leurs déficiences, de leur parcours de vie, de leur situation socio-économique et de leur accès à divers types de soutien, leurs besoins vis-à-vis du droit peuvent aussi être différents, et une disposition peut avoir des incidences utiles pour un groupe et négatives pour un autre.

Enfin, les *cadres* comportent des principes soulignant que tous les membres de la société ont des droits et des obligations réciproques les uns envers les autres. Les lois concernant la prise de décision doivent reconnaître que les personnes directement concernées ont certes des droits, mais aussi des obligations envers les autres, et en soutenir l'exécution. Le droit se doit en outre de prendre en compte les besoins de ces personnes, mais aussi ceux de leur entourage, les soignants non rémunérés, notamment familiaux, de façon à reconnaître que nous sommes tous interdépendants.

- **QUESTION À ABORDER : au moment de concevoir une réforme réelle de ce domaine du droit, que nous enseignent les principes des *cadres*?**

K. Questions à aborder

1. **Quels devraient être le ou les objets premiers de ce domaine du droit?**
2. **Que nous apprennent les principes et les engagements de la CRDPH, de la Charte, du *Code des droits de la personne* et de la LAPHO sur les principaux éléments des réformes des lois ontariennes concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle? De quelle façon peuvent-ils influer sur l'interprétation et l'application de ces lois?**
3. **Des réformes précises de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* ou de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* permettraient-elles une meilleure coordination avec d'autres lois, la *Loi sur la santé mentale* par exemple ou les lois concernant la protection de la vie privée, le soutien du revenu ou les soutiens sociaux?**
4. **En quoi l'expérience que l'on fait de ce domaine du droit diffère-t-elle selon le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, la racialisation, le statut d'immigrant, l'origine autochtone, la situation familiale, l'état matrimonial, le lieu de résidence, la situation géographique, la langue ou d'autres formes de diversité? Quelles réformes du droit dans ce domaine sont nécessaires pour s'assurer que celui-ci tienne compte des particularités des personnes âgées et des personnes handicapées concernées?**
5. **Au moment de concevoir une réforme réelle de ce domaine du droit, que nous enseignent les principes des *cadres*?**

PARTIE DEUX

LA CAPACITÉ JURIDIQUE

La notion de capacité en droit ontarien. Au chapitre I, examen des normes et des critères de détermination de la capacité, avec étude de la possibilité de modifier la conception cognitive actuelle de la capacité ou de la remplacer par une conception fondée sur la volonté et la préférence de la personne. Au chapitre II, examen des divers mécanismes d'évaluation de la capacité en Ontario, dont l'examen de la capacité de gérer des biens aux termes de la Loi sur la santé mentale, *l'évaluation par des évaluateurs aux termes de la* Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, l'évaluation de la capacité de consentir à l'admission à des soins de longue durée ou à des services d'aide personnelle dispensés en foyer de soins de longue durée.*

I. « LA CAPACITÉ JURIDIQUE » : FIXER LA NORME

A. Introduction

La notion de « capacité » est fondamentale dans le droit concernant la prise de décision. Aux termes de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA) et de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* (LCSS), dans les cas où il faut prendre une décision et la personne visée est déclarée « incapable » de prendre cette décision ou ce type de décision, il appartient au mandataire spécial de le faire à sa place. De façon générale, les personnes considérées comme capables ont le droit de décider par elles-mêmes et sont tenues responsables de leurs décisions, y compris de celles pouvant paraître irréfléchies ou peu judicieuses à des tiers. En revanche, les personnes dont l'incapacité a été reconnue dans un domaine particulier ou pour une décision en particulier peuvent perdre le droit de décider par elles-mêmes dans ce domaine : d'autres personnes seront responsables de décider à leur place et peuvent théoriquement être tenues responsables de leur façon de décider. Les conséquences de la détermination de la capacité juridique sont donc capitales.

1. La notion de capacité

Complexe, cette notion prête à controverse. Le terme a été compris de diverses façons, selon les époques et les lieux. On a écrit qu'« [i]l existe autant de définitions opérationnelles de la capacité ou de l'incapacité mentale qu'il y a de territoires de compétence »[112]. Pour obscurcir davantage encore notre propos, il existe une multiplicité de termes, « capacité mentale », « compétence », « aptitude à décider » (et leur contraire, notamment « *in*capacité mentale » et « *in*compétence »), parfois employés en synonymes ou presque de « capacité », parfois employés pour établir des distinctions notionnelles majeures. Le terme « compétence » par exemple peut désigner le comportement « acceptable », l'aptitude à accomplir des tâches, la qualité pour agir ou le processus cognitif décisionnel[113].

En droit, il faut comprendre la capacité comme une notion « socio-juridique », pour reprendre le terme du Rapport Weisstub[114]. Selon le professeur Lawrence Frolik, *[TRADUCTION]* « l'incapacité n'existe qu'après que nous l'avons défini[115] ». Autrement dit, l'État réglemente le sens de « capacité » aux fins d'atteindre des objectifs dictés par les besoins et les valeurs de nos sociétés : il s'agit d'une notion fonctionnelle, pour laquelle les critères varient. La compréhension et la conception de la notion de capacité ont varié selon les époques, et sans nul doute continueront d'évaluer.

La notion de capacité est étroitement liée à d'autres notions importantes et difficiles, par exemple celles d'autonomie et d'indépendance, en ce que la capacité a des liens intimes avec la

faculté de prendre des décisions en autonomie et d'accepter la responsabilité de leurs conséquences. Selon Margaret Hall,

> *[TRADUCTION]* La capacité, en droit, constitue le seuil réel de l'autonomie; elle distingue d'une part la personne autonome, et la personne qui ne l'est pas, de l'autre, selon la capacité de la personne à se livrer à un processus de pensée rationnelle (et donc, autonome), défini comme la capacité d'exercer sa propre volonté afin de réfléchir, de choisir parmi ses désirs et de faire « siens » les choix que l'on retient[116].

En termes pratiques, la constatation d'incapacité légitime d'intervenir dans la vie de la personne visée. Sabatino et Wood prétendent que la capacité est une « fiction juridique » nécessaire pour *[TRADUCTION]* « nous indiquer quand l'État peut en toute légitimité s'immiscer dans les affaires des particuliers et prendre des mesures pour restreindre les droits de ceux-ci de décider de leur personne ou de leurs biens[117] ». Elle est étroitement liée à notre appréciation non seulement du risque, mais aussi du préjudice réel à des personnes marginalisées ou défavorisées, ainsi qu'à notre tolérance de ce risque et de ce préjudice. Elle est à ce titre également liée à des notions relatives à la fonction de l'État de protection des personnes vulnérables. Ainsi que le souligne Hiltz et Szigeti, *[TRADUCTION]* « quand notre incapacité devient telle qu'elle risque de nuire gravement aux autres ou à nous-mêmes, l'État a envers nous l'obligation de protéger nos intérêts et ceux de la collectivité. Les lois [dans ce domaine] régissent la façon dont ces protections sont fournies aux incapables[118] ».

Il convient d'aborder la notion de capacité en la situant dans la vie des personnes qu'elle touche le plus profondément : celles, jeunes ou âgées, qui vivent avec une déficience touchant leur capacité de recevoir, de comprendre, d'apprécier et de retenir des informations par elles-mêmes, et celles qui sont présumées présenter des déficiences dans ces capacités. De par le paternalisme, les préjugés négatifs sur les personnes handicapées et sur les personnes âgées ainsi que sur leur indépendance qui ont lourdement marqué, et continuent de marquer lourdement, la vie de celles-ci, la notion de capacité et les modes particuliers dont elle est concrétisée sont lourdement connotés. Les mouvements pour les droits des personnes handicapées et des personnes âgées sont en partie inspirés par la tentative d'affirmer le droit de celles-ci de contrôler leur vie et de réaffirmer leur dignité et la pleine valeur. La notion de capacité acquiert de ce fait une importance fondamentale, de façon pratique et en tant que représentation des droits de ces groupes de personnes et du statut qui leur est accordé.

2. La capacité juridique et les principes des cadres

La brève introduction ci-dessus vient de le préciser, la notion de capacité est intimement liée à tous les principes des *cadres* parce qu'elle touche les aspirations à la dignité, à l'autonomie, à l'intégration, à la diversité, à la sécurité ainsi que la façon dont elles sont comprises, et conditionne nos rapports avec les autres et la perception de nos responsabilités envers eux.

Comme nous l'avons déjà discuté, les débats sur la capacité et les façons dont on la définit sont souvent situés du point de vue de l'antinomie des principes d'autonomie et de bienfaisance ou de sécurité. Il est certes utile d'étudier les tensions entre des principes, mais il peut être stérile de réduire la question à une opposition nulle entre ceux-ci, l'accent mis davantage sur la sécurité réduisant inévitablement l'autonomie, et vice-versa. Une telle optique détourne l'attention des façons dont l'autonomie et la sécurité sont profondément liées, et des importantes contributions des autres principes pour comprendre les problèmes dans ce domaine. Le principe de participation et d'intégration par exemple peut nous aider à réfléchir aux effets de la marginalisation sociale et économique des personnes âgées et des personnes handicapées par rapport à leurs possibilités d'accéder à des soutiens pour faire des choix et de recourir à des personnes concernées et intéressées en vue de surveiller pour éviter les mauvais traitements et l'exploitation.

Les principes de diversité (dont la définition varie quelque peu dans les deux *cadres*), ainsi que l'accent que ceux-ci placent sur l'importance du vécu pour comprendre les principes, nous rappellent que les expériences et les besoins des personnes que ce domaine du droit peut concerner varieront énormément : autant que possible, il convient de tenir compte de ces différences, au moment d'adopter des conceptions de la capacité et des normes pour celle-ci.

Les deux *cadres* insistent par ailleurs sur l'importance de l'écart dans la mise en application, à la fois pour comprendre comment fonctionne le droit dans la vie des personnes visées et pour concevoir la réforme du droit. Les discussions et les consultations préliminaires de la CDO ont mis en lumière l'écart colossal qui peut exister entre les notions abstraites de la loi et la façon dont les personnes peuvent comprendre et mettre celle-ci en application au quotidien. Ce sont les besoins pratiques du quotidien et les façons dont le « bon sens » populaire comprend le droit qui animent dans une large mesure la mise en application actuelle de celui-ci. Puisque ce domaine du droit s'appuie tellement sur les actions et les idées des particuliers, l'écart entre la loi et le vécu est large, ce qui constitue un défi pour la réforme du droit.

- **QUESTION À ABORDER : quelles sont les conséquences les plus importantes des principes des *cadres* pour les conceptions et les normes de la capacité juridique en droit ontarien?**

3. Définition de quelques termes

Comme on l'a déjà brièvement souligné, la notion de capacité est difficile; sa genèse ayant été tortueuse, il ne faut peut-être pas se surprendre que sa terminologie soit complexe. Les termes sont souvent connotés et peuvent eux-mêmes susciter des controverses. Démêler les termes revient à démêler les diverses conceptions de la notion. Quelques-uns des principaux termes sont brièvement expliqués ci-dessous.

« Capacité juridique » : selon les documents internationaux, la « capacité juridique » comporte deux aspects : 1) la capacité d'avoir des droits et des obligations, 2) la capacité de les exercer[119]. Ces deux éléments sont parfois appelés « capacité d'avoir des droits » et « capacité d'agir ». On peut considérer que le premier aspect est de nature « statique », autorisant la personne à être reconnue en droit comme titulaire de droits et d'obligations précis, dont une grande variété de droits établis dans les traités internationaux et dans les lois constitutionnelles des pays – droits à l'égalité, à la liberté, à l'instruction, liberté de circulation et d'établissement, et ainsi de suite[120]. Historiquement, des groupes, y compris les femmes, ont été exclus de la capacité d'avoir des droits et des obligations[121].

Dans les régimes de common law comme celui du Canada, il y a normalement présomption de *l'état* de capacité juridique (le premier élément), et l'expression « capacité juridique » est réservée à *l'exercice* de cette capacité (le second élément expliqué ci-dessus, soit la « capacité d'agir »). L'élément « statique » n'étant pas en cause dans ce projet, sauf mention contraire, le présent *document de travail* emploie l'expression « capacité juridique » pour désigner les deux éléments (ce que l'on entend parfois par « capacité juridique complète ». L'emploi de cette expression plutôt que celui du mot « capacité » (selon le libellé actuel de la LPDNA et de la LCSS) permet de plus de souligner les aspects socio-juridiques de la notion.

« Capacité mentale » : l'expression est parfois employée pour établir une distinction par rapport à la « capacité juridique ». Employée dans ce sens, « capacité juridique » désigne la « capacité juridique complète » définie ci-dessus, c'est-à-dire avoir le droit d'avoir et d'exercer des droits et des responsabilités, tandis que « capacité mentale » désigne les facultés mentales ou cognitives qui ont été définies comme des prérequis de l'exercice de la capacité juridique[122].

« Compétence » : employés autrefois en Ontario, le terme « compétence » ou l'expression « compétence mentale » sont toujours en usage dans d'autres administrations. Dans son *rapport*, Weisstub a explicitement rejeté le terme « compétence », afin de *[TRADUCTION]* « minimiser l'ingérence non voulue et non délibérée de la stigmatisation sociale et d'attirer plus clairement l'attention sur les paramètres fonctionnels et les facultés de la personne dans le contexte de la décision à prendre[123] ». La CDO n'emploie pas ce terme pour parler du système ontarien, mais s'en sert s'il y a lieu dans la discussion sur d'autres administrations qui emploient toujours le terme.

4. Les conceptions de la capacité

Les conceptions de la capacité sont généralement classées en trois grandes catégories (même si les régimes législatifs peuvent combiner des éléments des diverses conception) : celle fondée sur l'état, celle fondée sur le résultat, et la conception fonctionnelle[124]. Les deux premières catégories ont longtemps prédominé. Dans la plupart des lois modernes sur la capacité et la tutelle, le législateur adopte une version quelconque de la conception fonctionnelle, même si

dans la pratique, des éléments des conceptions fondées sur l'état et sur le résultat continuent sans doute d'influer sur l'évaluation de la capacité. Une quatrième conception, celle fondée sur « la volonté et l'intention » a été évoquée pour se substituer aux précédentes, qui sera discutée plus avant au présent chapitre.

La conception fondée sur l'état

Selon la conception de la notion de capacité qui se fonde sur l'état, la capacité se définit par la présence ou l'absence de conditions ou d'incapacités particulières. La présence par exemple de démence, de schizophrénie ou de trisomie 21 serait associée par exemple à l'incapacité juridique. La conception fondée sur l'état sous-tend très souvent les anciennes lois sur la tutelle, l'état de « folie » ou d'« idiotie » donnant lieu à la nomination d'un tuteur quelconque[125]. Selon cette conception, la capacité est souvent corrélée au diagnostic médical et à l'établissement de l'incapacité. C'est une conception du tout ou rien, qui n'est pas propre à des types précis de décision et n'aide pas à s'occuper de conditions épisodiques ou dans lesquelles les aptitudes peuvent fluctuer. Cette conception était autrefois courante. Elle l'est moins aujourd'hui, quelques administrations conservant malgré tout des conceptions associées qui comportent le diagnostic de déficience dans la définition générale de l'incapacité[126]. Le *Rapport Weisstub* a rejeté cette conception, et le libellé des lois ontariennes ne lui est pas favorable. Il est difficile de concevoir comme, sous une forme non atténuée, elle pourrait être rendue conforme aux dispositions de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, ainsi que le chapitre I de la partie Un l'a brièvement discuté. Dans la pratique, des idées qui perdurent sur certains types de déficience peuvent entraîner des présomptions inadéquates de l'incapacité, et ainsi influencer l'application de l'évaluation de la capacité.

La conception fondée sur le résultat

La conception de la capacité fondée sur le résultat s'attache au point de savoir si la personne concernée prend de « bonnes » décisions – c'est-à-dire si elles sont dans les limites de ce que l'on pourrait considérer comme raisonnable. Généralement rejetée comme conception juridique en raison de son paternalisme inhérent, cette conception n'est pas à la base des régimes modernes de capacité et de tutelle. Dans la pratique toutefois, des membres de la famille ou des prestataires de services peuvent parfois appliquer une variante du critère du résultat pour évaluer la capacité de décider, de sorte que des idées arrêtées fondées sur le résultat peuvent influer sur l'application de la loi, ce dont plusieurs intéressés se sont inquiétés lors des consultations initiales de la CDO.

La conception fonctionnelle et cognitive

Les conceptions contemporaines de la capacité suivent en général une version de la conception « fonctionnelle » ou « cognitive », que la Commission de réforme du droit du Queensland définit ainsi :

> *[TRADUCTION]* La conception fonctionnelle est fondée sur la capacité cognitive (fonctionnelle) de prendre une décision précise, notamment un type précis de décision, au moment où celle-ci doit être prise. Elle privilégie le processus de raisonnement qui a lieu à la prise de la décision. Il s'agit d'un condensé des facultés de comprendre, de retenir et d'évaluer les renseignements propres à la décision (dont ses conséquences possibles), et d'en tenir compte pour arriver à décider[127].

C'est la conception qui domine dans les critères contemporains de détermination de la capacité. La législation ontarienne en reflète une version élaborée, comme on va l'exposer.

B. Normes et critères de détermination relatifs à la capacité en droit ontarien

1. Principaux éléments de la conception ontarienne actuelle de la capacité juridique

La conception ontarienne de la capacité juridique trouve son fondement dans le *Rapport Weisstub*[128] de 1990, brièvement présenté au chapitre I de la partie Un. Ce *rapport* a présenté les recommandations suivantes à l'égard de cette conception[129], finalement traduites dans les dispositions de la LPDNA et de la LCSS.

1. **Présomption légale de capacité** : codification de la présomption de capacité qui existe en common law, la charge de la preuve appartenant à la partie qui affirme l'incapacité, avec la norme de preuve par prépondérance des probabilités. La LPDNA tout comme la LCSS prévoient expressément la présomption de capacité[130]. La capacité juridique peut être retirée uniquement par des mécanismes spécifiques précisés dans les lois, sous réserve de garanties procédurales solides. En cas de doute sur la capacité, la présomption doit lui être favorable, jusqu'à l'achèvement de ces processus.
2. **Base fonctionnelle de l'évaluation de la capacité** : fonder l'évaluation de la capacité décisionnelle sur les *exigences fonctionnelles propres à la décision en cause*, plutôt que sur les capacités en théorie, sur l'état de la personne ou sur le résultat probable du choix de celle-ci.
3. **Capacité propre au domaine ou à la décision** : éviter une conception globale de la capacité, afin que la détermination de celle-ci se limite à l'évaluation de l'aptitude à prendre une décision précise ou un type précis de décision. Comme on va l'exposer, la LPDNA et la LCSS prévoient des critères de détermination de la capacité pour la gestion des biens, le soin à la personne, la création de procurations relatives aux

biens et au soin à la personne, le consentement au traitement, les services d'aide personnelle dispensés en foyer de soins de longue durée et l'admission à des soins de longue durée.

4. **Le critère « comprendre et évaluer »** : le professeur Weisstub a recommandé que les critères de détermination de la capacité soient basés sur l'*aptitude* à comprendre l'information propre à la décision à prendre, et à apprécier les conséquences de la prise de la décision. Il faut souligner que le critère « comprendre et évaluer » est axé sur l'*aptitude* à analyser l'information et à l'évaluer, par opposition au *résultat* de ce qui a été compris et évalué[131]. Diverses raisons, n'ayant peut-être aucun rapport avec la capacité de comprendre ou d'apprécier, peuvent expliquer l'absence de compréhension ou d'appréciation réelles. Le professeur Weisstub souligne l'importance de cette distinction pour des « malades qui seraient en mesure de mieux comprendre leur situation si on leur administrait moins de sédatifs ou, bien sûr, dans le cas de ceux qui n'ont pas été entièrement informés de leur situation[132] ».
5. **Caractère temporaire de la détermination de la capacité** : puisque celle-ci peut varier ou fluctuer, le professeur Weisstub a recommandé de restreindre la durée de validité de la détermination de la capacité à la période pendant laquelle aucune modification majeure de celle-ci n'est susceptible de surgir.

2. Critères de détermination de la capacité prévus dans les lois ontariennes

La LPDNA et la LCSS prévoient de multiples critères de détermination de la capacité, qui reflète la conception propre au domaine ou à la décision prônée dans le *Rapport Weisstub*. Même si tous ces critères sont des variantes du critère « comprendre et évaluer », les exigences pour y satisfaire peuvent dans la pratique s'avérer très différents : l'information qu'il faut comprendre et évaluer pour établir une procuration relative au soin de la personne est très différente par exemple (moins rigoureuse) que celle qu'il faut comprendre et apprécier pour gérer des biens. Le critère « comprendre et évaluer » peut ainsi fonctionner avec beaucoup de souplesse, dans des contextes différents et à des fins différentes. Il demeure que le fondement du critère – l'exigence de comprendre et d'évaluer des informations précises – est cohérent et uniforme dans les divers domaines.

Il convient de préciser que quelques dispositions renvoient à la capacité et d'autres, à l'*in*capacité. Les professionnels de la santé par exemple ont l'obligation positive de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de la *capacité* de la personne et de son consentement. C'est pourquoi la LCSS définit la « capacité ». De même, le mandant doit, aux termes de la LPDNA, jouir de la capacité afin d'établir une procuration valide. En revanche, pour la gestion des biens et du soin à la personne, la tutelle et la procuration relative au soin de la personne

prévues par la loi prennent effet uniquement s'il y a eu évaluation et constatation d'*in*capacité, et les définitions de la loi visent l'incapacité, ce qui révèle la différence de dynamique de ces domaines décisionnels.

Les critères de détermination de la capacité et de l'incapacité juridique que prévoit la législation ontarienne sont exposés ci-dessous.

Gestion des biens (LPDNA) : la personne est incapable de gérer des biens si elle n'est pas en mesure de comprendre l'information pertinente pour décider de la gestion de ses biens ou d'évaluer les conséquences raisonnables prévisibles de la décision ou de l'absence de décision[133].

Procuration relative aux biens (LPDNA) : la capacité d'établir une procuration relative aux biens est conditionnée à ce que la personne visée :

- sache quel genre de biens elle possède et en connaisse la valeur approximative;
- soit consciente des obligations qu'elle a envers les personnes à sa charge;
- sache ce que le procureur pourra faire;
- sache que le procureur doit rendre compte des mesures qu'il prend à l'égard de ses biens;
- sache qu'elle peut, si elle est capable, révoquer la procuration;
- se rende compte que si le procureur ne gère pas ses biens avec prudence, leur valeur pourrait diminuer;
- se rende compte de la possibilité que le procureur peut abuser des pouvoirs qu'elle lui donne[134].

Procuration relative au soin de la personne (LPDNA) : la personne doit être en mesure, pour donner une procuration valide relative à son soin, de comprendre si le procureur proposé s'intéresse réellement à son bien-être, et de se rendre compte qu'elle peut avoir besoin que ce dernier prenne des décisions pour elle[135].

Soin de la personne (LPDNA) : « une personne est incapable de prendre soin d'elle-même si elle ne peut pas comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision concernant ses propres soins de santé, son alimentation, son hébergement, son habillement, son hygiène ou sa sécurité, ou si elle ne peut pas évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision[136] ».

Traitement, admission à des soins de longue durée, services d'aide personnelle (LCSS) : pour être capable de décider à ces égards, il faut « comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision » concernant le traitement, l'admission à des soins de longue

durée ou l'aide personnelle, et évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision[137].

3. Difficultés de mise en application de cette conception de la capacité

La notion de « capacité » est complexe, il ne faut donc pas se surprendre qu'elle soit difficile à mettre en application[138]. Comme on l'a souligné tout au long des consultations préliminaires de la CDO, sa mise en application peut différer considérablement de la théorie juridique et des exigences légales. La présente section analyse les difficultés de mise en application qui sont sans doute inhérentes à la conception que l'Ontario a privilégiée. Le chapitre suivant détaillera les systèmes et les exigences en vigueur pour le *processus* d'évaluation de la capacité.

Distinguer « capacité » de la compréhension et de l'évaluation « concrètes » : la distinguer entre l'aptitude à comprendre et à évaluer, et la compréhension et l'évaluation *concrètes* est « subtile mais importante[139] ». En théorie, l'emploi de la locution verbale auxiliaire « être capable » dans le libellé du critère de détermination de la capacité permet à plus de malades de satisfaire aux conditions de celui-ci, puisqu'ils ou elles doivent seulement prouver la *possibilité* de comprendre et d'évaluer, sans devoir atteindre le degré de la compréhension et de l'évaluation *concrètes*. Cette interprétation du critère de détermination vise donc à protéger les malades de l'incapacité de comprendre l'information si le médecin l'explique mal[140] ou à les rendre davantage capables de comprendre s'ils sont moins tranquillisés[141]. La personne peut juger les renseignements d'une manière différente de celle du spécialiste ou ne pas leur accorder la même valeur, et ne pas être d'accord avec le traitement recommandé, pour autant qu'elle montre qu'elle comprend les paramètres de la décision à prendre, cela équivaut à la capacité d'évaluer[142].

Ainsi que l'affirme la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Starson c. Swayze*,

> Bien que la différence entre l'aptitude à comprendre et à évaluer et le résultat de ces opérations soit facile à formuler, elle est peut-être moins facile à appliquer dans les faits. La capacité est un concept abstrait. Le principal moyen de déterminer la capacité ou l'aptitude d'une personne, et ce dans quelque contexte que soit, consiste à examiner ses propos et ses gestes[143].

En pratique, la question se pose de savoir si l'évaluation peut toujours distinguer correctement entre les deux[144]. Selon Jessica Berg, quand il s'agit d'examiner la « capacité » de comprendre, les cliniciens examinent en réalité la compréhension concrète[145]. Les patients sont interrogés sur les risques, les avantages, les solutions autres que le traitement, et le médecin fournit toujours plus de renseignements tout en s'efforçant de remarquer si les patients les comprennent[146]. Il semble difficile de reconnaître dans ces conditions la différence entre la capacité de comprendre et la compréhension concrète. Puisque le même processus d'examen

est employé pour la capacité d'évaluer, se pose la même difficulté de distinguer « capacité » et « concret »[147].

Évaluer les conséquences : quelques commentateurs se sont inquiétés de la possibilité d'appliquer efficacement dans la pratique le volet « évaluation » du critère. La Cour suprême du Canada a analysé et exposé en détail dans *Starson* l'exigence d'« évaluation ». Le professeur Starson avait demandé à la CCC de réviser la constatation d'incapacité juridique établie par un médecin à l'égard de son traitement, puis a demandé le contrôle de la décision de la CCC de confirmer la constatation du médecin. Il s'agissait de la capacité de Starson d'évaluer les conséquences de sa décision à l'égard de son traitement. La CSC a conclu que ce volet du critère de détermination exige que « cette personne doit être apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision[148] ». La personne doit donc être apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision. Il n'est pas obligatoire que la personne soit d'accord avec le diagnostic afin d'appliquer les renseignements pertinents à sa situation, mais elle doit être apte à reconnaître la possibilité d'être affectée par les manifestations de sa condition.

Les juges majoritaires de la CSC ont conclu que Starson était capable à l'égard du traitement au motif que même s'il ne percevait pas son état comme une maladie, il était parfaitement conscient que son cerveau ne fonctionnait pas normalement et comprenait les effets escomptés du médicament proposé. Les juges minoritaires ont affirmé en revanche que même si Starson ne niait pas tous ses problèmes ni ses symptômes, il ne les considérait pas comme une maladie ou un problème pertinent à l'égard des traitements qu'on lui proposait.

L'universitaire Monique Dull a fait valoir que l'examen de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Starson* indique qu'en pratique, même si dans plusieurs jugements, le raisonnement de la majorité dans *Starson* n'a pas été explicitement abandonné, les juges ont appliqué un critère plus élevé que celui de la « capacité d'évaluer » appliqué par les juges de la CSC. Dull soutient que l'examen établit que les juges ayant appliqué le critère de détermination de la capacité justifient leur conclusion d'incapacité en s'efforçant de dégager des distinctions factuelles de l'arrêt *Starson* alors qu'il n'en existe aucune. Elle soutient que les décisions postérieures suivent au fond le critère supérieur affirmé par les juges minoritaires dans l'arrêt *Starson*, tout en prétendant suivre le critère de la majorité[149].

Une partie intéressée a fait part à la CDO du risque que l'exigence d'« évaluation » soit ramenée au critère de détermination de la capacité fondé sur les résultats, car dans la pratique, il peut

s'avérer difficile de distinguer entre l'inaptitude à évaluer les conséquences d'une décision, et l'évaluation de la nature et du degré du risque qui diffère de celui de l'évaluateur.

Difficultés inhérentes à la fluctuation des degrés de capacité : telle qu'elle est définie et comprise en Ontario, la capacité juridique peut varier : la personne n'ayant pas la capacité juridique à un moment donné peut en jouir à un autre moment. Ceci reflète le rejet de la conception fondée sur l'état, ce dont on se félicite en général, et la reconnaissance que la capacité est de nature spécialisée et contextuelle. Cette conception de la capacité a toutefois notamment pour effet qu'il est difficile de l'employer comme critère juridique pour les domaines décisionnels. Le problème n'est pas du même degré pour le consentement aux soins de santé, pour lequel la capacité, au moins selon le libellé actuel de la loi, est généralement évaluée à chaque décision, mais il se pose dans les domaines où l'incapacité juridique a des conséquences à plus long terme, par exemple quand elle déclenche le fonctionnement d'une procuration ou la nomination d'un tuteur. La tutelle est de par sa nature relativement coûteuse et complexe. Dans les cas de perte temporaire ou épisodique de la capacité juridique, il peut être relativement difficile de garantir que les structures pour la prise de décision au nom d'autrui soient en place uniquement quand elles sont véritablement nécessaires.

La mise en application par l'Ontario de sa conception de la capacité peut donc être inégale, et conserver dans la réalité des aspects des conceptions fondées sur l'état ou sur le résultat qu'en théorie, le législateur rejette sans ambiguïté.

4. Critiques du point de vue des droits de la personne

La conception cognitive de la capacité a été en partie adoptée parce qu'elle adhérait davantage aux notions des droits de la personne, et parce surtout qu'elle s'écartait des préjugés et des idées reçues de nature médicale qui sous-tendent la conception fondée sur l'état et de ce que beaucoup considèrent comme le paternalisme outrancier de la conception fondée sur le résultat. La conception fonctionnelle et cognitive adoptée dans le régime législatif ontarien actuel fait elle aussi l'objet de critiques du point de vue des droits de la personne, et l'on prétend même qu'elle est incompatible avec les dispositions de la CRDPH, présentée au chapitre I de la partie Un.

Selon quelques-uns, *toute* conception fonctionnelle de la capacité est incompatible avec le point de vue des droits des personnes handicapées, en ce que le droit de décider ne devrait pas être restreint sur la base de la diversité de quelques capacités associées à quelques types de déficience, et que ces types de distinction sont de nature discriminatoire[150].

Selon d'autres, le type de critère cognitif de détermination de la capacité adopté en Ontario défavorise de façon disproportionnée les personnes atteintes de déficiences intellectuelles, linguistiques, cognitives et psychologiques, et se fonde incorrectement sur des capacités

cognitives définies par la profession médicale (conservant en ce sens nombre des aspects problématiques de la conception fondée sur l'état).

Comme on vient de le souligner, le critère « comprendre et évaluer » établit une norme fondée sur les capacités cognitives pour les personnes qui peuvent décider par elles-mêmes et pour celles qui ne le peuvent pas. Malgré qu'il ne soit pas fondé sur la déficience, ce critère aura ainsi un effet disproportionné sur les personnes dont la déficience touche leurs capacités cognitives, celles atteintes par exemple de déficiences intellectuelles, mentales ou neurologiques. Les personnes non handicapées seront certainement touchées, mais les personnes reconnues incapables de comprendre et d'évaluer les renseignements requis pour un type particulier de décision seront en majorité celles ayant un type de déficience dont les effets sur leur cognition sont récurrents ou permanents[151].

> On prétend encore que les conceptions cognitive et fonctionnelle ne tiennent pas compte que nous tendons à l'interdépendance, à la prise de décision en consultation avec ceux en qui nous avons confiance et qui nous sont proches et avec leur soutien. Bach et Kerzner expliquent que *[TRADUCTION]* « les personnes n'exercent pas leur autodétermination de façon isolée et personnelle, mais plutôt de façon "relationnelle", interdépendante et intersubjective avec les autres ». Ces relations et ces soutiens visant l'autonomie sont certes importants pour nous tous, mais ils le sont tout particulièrement pour les personnes dont les déficiences sont liées à la communication et à la compréhension. On fait valoir que des personnes peut-être incapables d'obtenir un processus décisionnel apte peuvent le faire grâce à ces relations et à ces soutiens, avec la coopération des autres. De ce point de vue, la conception cognitive isole la personne et ignore le réseau des soutiens et des relations susceptible de soutenir un processus décisionnel solide.

On prétend aussi que la conception cognitive ne valorise pas assez d'autres éléments dont on se sert pour décider, les préférences, les émotions, l'intuition par exemple. Bach et Kerzner ont fait valoir que l'intention est le fondement de nos actions, qu'elle reflète notre intervention, et que le fondement de la capacité de décider devrait être non pas dans la cognition, mais dans la capacité des personnes d'exprimer leur intention ou leur volonté de façon qu'elles guident ceux qui les connaissent bien. Le langage tout autant que le comportement peut communiquer la volonté et l'intention[152].

C. Normes et critères de détermination relatifs à la capacité juridique : options de réforme

Étant donné ces difficultés vis-à-vis de la conception et des critères ontariens de détermination de la capacité, quelles sont les options de réforme? Il y a deux grandes façons de procéder :

modifier la conception cognitive en vigueur, ou adopter d'autres conceptions qui tentent de tenir compte des critiques fondamentales de la conception cognitive. **Il faut se rappeler que l'Ontario a la possibilité d'intégrer plusieurs conceptions à sa législation. Autrement dit, il se peut que dans certaines situations, la conception cognitive est celle qui convient le mieux, alors que dans d'autres, une autre conception sera le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de la loi.** Certes, ceci ajouterait encore de la complexité à un régime législatif déjà compliqué, mais l'Ontario dispose déjà de différents critères de détermination de la capacité pour différents types de décision.

1. Adapter les critères cognitifs de détermination de la capacité

Le critère « comprendre et évaluer », ainsi que d'autres marques distinctives de la conception fonctionnelle de la capacité – évaluation selon le type de décision, présomption de capacité, accent mis sur les capacités plutôt que sur les résultats – existe dans de nombreux pays, dont les États-Unis, l'Australie, le Royaume-Uni, ainsi que les provinces et les territoires du Canada.

Comme on vient de l'analyser, même si tous les critères ontariens de détermination de la capacité sont fondés sur le critère « comprendre et évaluer », la législation prend soin de préciser exactement quels renseignements sont à « comprendre et à évaluer ». Quelques administrations n'incluent pas dans leur législation d'obligation particulière sur ce qui doit être compris et évalué, mais prévoient simplement l'obligation générale que la personne comprenne l'information pertinente pour la décision et évalue les conséquences raisonnablement prévisibles de celle-ci ou de l'absence de décision, l'application du critère à des contextes précis se faisant pendant l'évaluation[153]. Ceci a l'avantage de la simplicité et de la souplesse, mais la détermination de quelle information est à comprendre et à évaluer est laissée à l'expertise et au jugement des évaluateurs.

Quelques pays détaillent davantage dans leur législation les obligations quant à la « compréhension » ou à l'« évaluation ». Au Royaume-Uni par exemple, la *Mental Capacity Act 2005* précise que la personne est incapable de prendre une décision si elle n'est pas apte à :

- comprendre les renseignements pertinents pour la décision;
- retenir ces renseignements;
- les utiliser ou évaluer dans le cadre du processus décisionnel[154].

Ceci éclaire un peu le critère, surtout quant à ce que vise la capacité d'« évaluer » les renseignements pertinents. Dans la même veine, il pourrait être souhaitable de modifier le critère ontarien de façon à inclure précisément l'aptitude « à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision », pour reprendre le libellé of la Cour suprême du Canada dans *Starson c. Swayze*.

Les *Lignes directrices en matière d'évaluation de la capacité* du ministère de la Procureure générale de l'Ontario, qu'en vertu de la LPDNA, les évaluateurs sont tenus d'employer dans leurs évaluations, amplifient et éclairent considérablement le critère de détermination de la capacité que prévoit celle-ci (comme on va le voir au chapitre suivant). Les *Lignes directrices* comportent les éléments fondamentaux de l'évaluation de la capacité et précisent les termes « comprendre » et « évaluer ». Elles précisent par exemple que l'évaluateur « doit non seulement tenir compte de ce que la personne peut accomplir, mais il doit déterminer si la personne reconnaît avoir des limites personnelles, si elle est au courant des options à sa disposition et si elle a examiné les avantages qu'il y aurait à demander l'aide appropriée pour répondre à ses besoins en matière de prise de décisions[155] ». Autre exemple : « [l]orsqu'il évalue une personne qui présente une déficience des connaissances factuelles, l'évaluateur doit déterminer si la personne a été exposée aux occasions de formation ou d'apprentissage nécessaires pour saisir les faits pertinents[156] ». Du fait que les *Lignes directrices* s'appliquent uniquement aux évaluateurs en vertu de la LPDNA, et du fait de l'importance de l'évaluation de la capacité et de la confusion que nombre des interlocuteurs de la CDO ont signalée à propos de la capacité, on peut se demander si quelques-uns des éclaircissements des critères de détermination de la capacité apportés par les *Lignes directrices* pourraient être avec profit intégrés à la loi ou au règlement ou appliqués à d'autres mécanismes d'évaluation de la capacité.

- **QUESTION À ABORDER : des moyens particuliers existent-ils pour éclaircir le critère actuel « comprendre et évaluer » de détermination de la capacité juridique, afin d'en améliorer l'application? Ou d'autres moyens existent-ils, qui permettraient de guider utilement la bonne application du critère? Des moyens particuliers existent-ils pour modifier le critère législatif de sorte qu'il reflète mieux les aspects sociaux et contextuels de la capacité juridique?**

2. Conception non cognitive : le critère de détermination fondé sur la volonté et l'intention

On a recensé d'autres conceptions possibles de la capacité selon lesquelles seraient apportées au critère « comprendre et évaluer »non seulement des modifications, mais aussi une orientation et différente. La notion de capacité y est conservée, mais on tente de la remanier de façon à l'élargir et à inclure les personnes dont les déficiences peuvent toucher de façon disproportionnée leur statut aux termes de la législation actuelle concernant la capacité juridique et la tutelle.

Michael Bach et Lana Kerzner ont proposé dans leur élaboration d'un changement de paradigme du droit relatif à la capacité et à la tutelle de s'éloigner du critère rationnel « comprendre et évaluer » pour adopter un critère axé sur la notion de « volonté et d'intention » qui serait à la base de nos interventions et de nos actions. Selon Bach et Kerzner,

les critères de détermination de l'aptitude à décider qu'ils proposent ont deux volets et se définissent ainsi :

> *[TRADUCTION]*
>
> 1) Mon aptitude à exprimer ma volonté ou mes intentions, au moins à ceux qui me connaissent bien et qui peuvent ensuite m'attribuer mes actions et les concrétiser quand ils parlent de moi aux autres;
> 2) Mon aptitude à exprimer « qui » je suis, ce que j'ai vécu, mes valeurs, mes objectifs, mes besoins et mes défis, en sachant et en appréciant que les autres font cela pour moi, et en utilisant cette cohérence narrative de ma vue pour aider à orienter les décisions qui donnent effet à mes intentions. [...]
>
> Nous pourrions définir ainsi ce seuil minimum de l'intervention humaine : *agir de sorte qu'au moins une autre personne connaissant personnellement la personne visée puisse raisonnablement lui imputer ses actions, sa volonté et ses intentions personnelles, sa mémoire, sa cohérence dans la durée et ses aptitudes à communiquer à cet effet*[157].

Dans la même veine ou presque, la *Representation Agreement Act* de la Colombie-Britannique prévoit que pour décider de l'incapacité de conclure, de modifier ou de révoquer un accord type de représentation, il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents, notamment les suivants :

> *[TRADUCTION]*
>
> a) l'adulte communique-t-il un désir qu'un représentant prenne des décisions, ou aide à les prendre ou arrête de les prendre?
> b) l'adulte communique-t-il des choix ou des préférences, ou est-il apte à exprimer des sentiments d'approbation ou de désapprobation des autres?
> c) l'adulte sait-il que le fait de conclure l'accord de représentation, ou de modifier ou de révoquer ses dispositions, signifie que le représentant peut prendre des décisions ou faire des choix qui le touchent, ou qu'il peut arrêter de les prendre ou de les faire?
> d) l'adulte a-t-il avec le représentant une relation que caractérise la confiance?[158]

Essentiellement non cognitive, cette norme se fonde sur l'aptitude à exprimer des choix et des préférences, ainsi que de la confiance. Elle nécessite que la personne « ait connaissance » de quelques-uns des effets possibles de l'accord de représentation. Elle est ainsi plus rigoureuse ou exclusive que la norme proposée par Bach et Kerzner, tout en ayant avec elle quelques similitudes.

Le critère de détermination de la capacité juridique fondé sur une forme de volonté et d'intention marquerait un changement radical de la conception cognitive en vigueur en Ontario. Il faudrait réfléchir soigneusement à qui aurait la charge d'évaluer selon ce critère et aux types

de garanties procédurales et de soutiens qui seraient appropriés. Les conséquences seraient plus vastes pour les parties au processus décisionnel ainsi qu'à l'égard des garanties nécessaires pour détecter et réprimer les abus. Comme on va en discuter au chapitre II de la partie III, cette conception pose des problèmes à l'égard des personnes n'ayant pas de relations proches et de confiance, car celles-ci sont fondamentales dans cette proposition. Les propositions touchant le critère de détermination de la capacité juridique fondé sur « la volonté et l'intention » appartiennent souvent aux théories plus générales militant pour inclure des conceptions de la décision assistée dans la législation concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. Ces conceptions et leurs conséquences sont détaillées au chapitre I de la partie Trois.

- **QUESTION À ABORDER : conviendrait-il d'adopter un critère de détermination de la capacité juridique fondé sur « la volonté et l'intention » pour quelques-uns ou pour tous les aspects des lois ontariennes sur la prise de décision et la tutelle? Si oui, dans quels cas ce critère conviendrait-il, et comment évaluerait-on cette norme concernant la capacité?**

3. Considérations pratiques à l'égard de la réforme

Il importe de ne pas perdre de vue, si l'on réfléchit à des réformes de la conception ou des critères ontariens pour la capacité, tant les avantages de la simplicité et de l'intelligibilité réunies en une seule conception que les possibilités de traiter la diversité et de nuancer des conceptions ou des critères adaptés à des circonstances particulières.

Dans l'examen du bien-fondé des critères de détermination de la capacité, il faut tenir compte des conséquences de la mise en application. Étant donné un critère en particulier, comme serait-il mesuré? Qui aurait la charge de l'évaluation? Quels types de processus conviendraient? La présentation des mécanismes d'évaluation de la capacité en vigueur en Ontario au chapitre suivant met en évidence les complexités et les difficultés qui apparaissent quand il s'agit de concrétiser des notions de la capacité.

Il faut par ailleurs garder à l'esprit que les interprétations de la capacité sont intimement liées à celles de la déficience, du vieillissement, de l'autonomie et de la responsabilité. Les lois peuvent certes influencer l'évolution des normes, mais la situation avec la législation ontarienne actuelle met en évidence les difficultés : les intéressés ont souligné la lenteur et les lacunes qui perdurent du processus pour passer des conceptions fondées sur l'état et le résultat aux conceptions fonctionnelle et cognitive. Il faudra modifier les mentalités pour obtenir des changements réels des conceptions ou des critères pour la capacité, il faudra aussi former et éduquer en profondeur et avec persévérance, ainsi que soutenir le changement vers des mentalités culturelles plus ouvertes.

D. Questions à aborder

1. **Quelles sont les conséquences les plus importantes des principes des *cadres* pour les conceptions et les normes de la capacité juridique en droit ontarien?**
2. **Des moyens particuliers existent-ils pour éclaircir le critère actuel « comprendre et évaluer » de détermination de la capacité juridique, afin d'en améliorer l'application? Ou d'autres moyens existent-ils, qui permettraient de guider utilement la bonne application du critère? Des moyens particuliers existent-ils pour modifier le critère législatif de sorte qu'il reflète mieux les aspects sociaux et contextuels de la capacité juridique?**
3. **Conviendrait-il d'adopter un critère de détermination de la capacité juridique fondé sur « la volonté et l'intention » pour quelques-uns ou pour tous les aspects des lois ontariennes sur la prise de décision et la tutelle? Si oui, dans quels cas ce critère conviendrait-il, et comment évaluerait-on cette norme concernant la capacité?**

II. SYSTÈMES D'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ

A. Cadre général et introduction

Le chapitre I de la partie Deux de ce *document de travail* s'est intéressé aux démarches et aux critères de détermination de la capacité juridique. Le présent chapitre aborde les façons dont la notion de capacité a été opérationnalisée, tout spécialement au moyen de mécanismes d'évaluation de la capacité, c'est-à-dire les systèmes et les procédures que nous utilisons pour appliquer les critères de détermination de la capacité juridique prévus par la loi. Cela comprend les qualifications que doivent posséder les personnes chargées d'évaluer la capacité, les normes et les exigences relatives à l'évaluation de la capacité, la surveillance du processus d'évaluation de la capacité, ainsi que les droits des personnes faisant l'objet de l'évaluation et les recours dont elles disposent.

Étant donné que la capacité constitue le critère d'application des lois relatives à la prise de décision et à la tutelle, les mécanismes mis en place pour l'évaluer jouent un rôle essentiel dans leur application juste et efficace. Ceux qui sont complexes, trop coûteux ou qui ne tiennent pas compte des besoins des personnes handicapées et de ceux de leurs familles empêchent que soit prise en compte la nature évolutive et changeante des capacités et donnent lieu à une application erronée de la loi. Par exemple, les mécanismes qui sont utiles et accessibles permettent aux personnes mises sous tutelle ou à celles qui ont établi une procuration de démontrer leurs aptitudes et d'affirmer leur autonomie. Les évaluations peu rigoureuses ou celles qui ne confèrent pas de protection procédurale adéquate peuvent porter atteinte aux droits et à l'autonomie des personnes capables de prendre les décisions les concernant.

Il importe de ne pas oublier qu'une évaluation de la capacité peut être déclenchée pour une foule de raisons qui ne sont pas toutes fondées sur une connaissance approfondie de l'objet de la législation et des possibilités que celle-ci prévoit. Des familles peuvent espérer de façon peu réaliste qu'une évaluation de la capacité règlera d'une manière ou d'une autre des problèmes méthodes et des questions d'éthique difficiles. Certains parents de jeunes adultes ayant une déficience développementale pourraient supposer à tort qu'une tutelle semble nécessaire et inévitable alors que leur enfant arrive à l'âge adulte. Des professionnels peuvent également mal comprendre les résultats auxquels un processus d'évaluation de la capacité peut aboutir. La tâche des personnes chargées d'évaluer la capacité s'avère donc difficile.

Dans de nombreux cas, une évaluation de la capacité est le point d'entrée dans le système prévu par la LPDNA ou la LCSS : les mesures de soutien, les choix possibles et l'aide fournie à cette étape pour s'y retrouver dans les différents processus influenceront grandement l'expérience que feront les personnes concernées et leurs familles de ce domaine du droit.

Le présent chapitre porte essentiellement sur les exigences relatives à l'évaluation des critères de détermination de la capacité prévus par la loi, c'est-à-dire les procédures prévues dans la partie III de la LSM ainsi que dans la LPDNA et la LCSS. La capacité juridique est évaluée couramment dans de nombreux autres contextes – par exemple, les avocats doivent évaluer la capacité de leurs clients de leur donner des instructions –, mais ces évaluations dépassent le cadre du présent projet.

Les mécanismes mis en place en Ontario pour évaluer la capacité comprennent l'évaluation de la capacité prévue dans la LCSS, l'évaluation de la capacité de gérer ses biens et de prendre soin de sa personne prévue dans la LPDNA et les examens pour établir la capacité prévus dans la LSM, ainsi que les mécanismes moins officiels pour évaluer la capacité de donner son consentement à un traitement ou d'établir une procuration. Lorsqu'il est question dans le présent chapitre d'évaluation de la capacité ou d'évaluer la capacité, tous les mécanismes prévus en Ontario pour ce faire sont compris, sauf indication contraire. Lorsqu'il est question spécifiquement de l'évaluation de la capacité de gérer ses biens et de prendre soin de sa personne visée par la LPDNA, la Loi est mentionnée spécifiquement.

Comme il a été exposé brièvement au chapitre I de la partie Deux, la capacité juridique est une notion multidimensionnelle : on ne s'étonnera donc pas qu'il soit difficile de mettre en place des systèmes efficaces et utiles pour l'évaluer. Il faut reconnaître d'emblée qu'il n'existe pas de systèmes parfaits d'évaluation de la capacité, bien qu'il y en ait certes des meilleurs et des moins bons.

Les nombreuses conceptions de l'évaluation de la capacité ont été exposées au chapitre précédent. Bien entendu, les procédures d'évaluation sont étroitement liées à la notion sous-jacente de capacité qu'elles sont censées appliquer. Celles qui sont issues d'un modèle fondé sur l'état (comme celui basé sur un diagnostic médical) sont forcément très différentes de celles issues d'un modèle fonctionnel ou cognitif (comme le critère sur la capacité « à comprendre et à évaluer »), qui elles aussi diffèrent d'un processus axé sur une notion de capacité basée sur un modèle non cognitif comme « la volonté et l'intention ». Le cadre législatif actuel de l'Ontario est basé sur un modèle cognitif. L'adoption d'un modèle non cognitif aurait des conséquences très importantes pour les systèmes d'évaluation de la capacité de la province, en particulier en ce qui a trait à la désignation des personnes en seraient chargées.

Néanmoins, tous les systèmes d'évaluation doivent éclaircir certaines questions fondamentales. La méthode d'évaluation choisie est-elle appropriée au contexte particulier ou à la fin visée? Quels sont les recours qui devraient s'offrir à une personne qui est en désaccord avec les résultats d'une évaluation de la capacité? Combien de fois la capacité doit-elle être réévaluée? Quelles sont les compétences et les connaissances que devraient posséder les personnes

chargées d'évaluer la capacité? À quel type d'information ou de mesures de soutien doivent s'attendre les personnes faisant l'objet d'une évaluation? Quels sont les obstacles à une évaluation de la capacité? Comment peut-on équilibrer la protection procédurale et les mesures de soutien indispensables avec la rareté des ressources et les exigences d'efficacité?

En appliquant une démarche fondée sur des principes au droit concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, il faut garder à l'esprit que les principes s'appliquent tant à l'aspect procédural des lois (comme les mécanismes d'évaluation de la capacité) qu'aux dispositions de fond. Par exemple, il est indispensable que des procédures de plainte et des mécanismes de recours efficaces soient mis en place pour assurer le respect de la dignité et de la valeur des personnes touchées par la loi; la conception des procédures doit prendre en compte la diversité des capacités et d'autres caractéristiques; l'autonomie et l'indépendance des personnes touchées doivent être favorisées en leur procurant des renseignements suffisants et des mesures de soutien appropriées pour leur permettre de faire des choix judicieux.

B. Difficultés liées à la création de mécanismes efficaces pour évaluer la capacité

De nombreux thèmes et sujets de préoccupation reviennent de façon récurrente dans les écrits sur les mécanismes d'évaluation de la capacité et il pourrait s'avérer utile de les prendre en compte dans l'examen des mécanismes mis en place en Ontario et dans les propositions de réforme possible. Tout système d'évaluation de la capacité doit tenir compte de ces questions.

1. Difficultés liées à la concrétisation de la notion de capacité

Comme l'a souligné la Commission de réforme du droit du Victoria dans son Rapport final de 2012 sur la tutelle, l'évaluation de la capacité est, de par sa nature, difficile :

> *[TRADUCTION]* Évaluer la capacité n'est pas une mince affaire. Il n'y a pas de critères décisifs et objectifs, et peu de professionnels ont reçu une formation spécialisée en la matière. Des professionnels chevronnés ont laissé entendre à la Commission que l'évaluation de la capacité devient plus difficile au fil du temps à mesure que les praticiens prennent conscience de la complexité et de la dimension individuelle de la capacité et de l'incapacité cognitives[159].

La notion de capacité sera toujours difficile à appliquer en raison de sa nature insaisissable et multidimensionnelle. Effectuée correctement, l'évaluation de la capacité n'est pas une entreprise simple et aisée. Bien qu'il y ait des personnes qui, de toute évidence, ne répondent pas aux critères, il y en aura aussi un grand nombre qui se situeront dans une zone grise ou dont l'évaluation des capacités nécessitera beaucoup de précautions. Lourde de conséquences, la détermination de la capacité exerce donc une pression sur les évaluateurs pour qu'ils « ne se trompent pas ». On demande donc beaucoup aux mécanismes : étant donné les enjeux et la possibilité d'erreur, il importe que le processus soit transparent, équitable – et perçu comme tel – et susceptible de correction. Il importe aussi que le processus se déroule relativement dans

les délais, compte tenu des risques d'abus et des autres conséquences néfastes lorsque la personne est incapable et qu'elle a besoin des mesures de soutien prévues dans la loi.

De plus, étant donné le lien étroit entre les évaluations de la capacité et le fonctionnement de systèmes complexes et surchargés comme les hôpitaux, les soins de longue durée et les services sociaux destinés aux personnes vulnérables, des pressions sont également exercées pour faire en sorte que les mécanismes d'évaluation contribuent à une meilleure efficacité et procurent une assurance aux personnes chargées de fournir ces services et de faire fonctionner ces systèmes. Les difficultés liées à la conception de mécanismes d'évaluation qui assurent un bon équilibre entre tous ces facteurs sont majeures.

2. À qui incombe l'évaluation de la capacité?

La nature complexe et multidimensionnelle de l'évaluation de la capacité soulève naturellement la question de savoir quelle catégorie de personnes peut effectuer les évaluations, quelles sont les qualifications et la formation requises et quelles sont les normes à respecter?

Les réponses à ces questions sont intimement liées à la notion de capacité sur laquelle on se fonde. Une notion qui fait référence à la capacité d'une personne de manifester « sa volonté et son intention » renvoie aux personnes qui ont une connaissance intime de la personne concernée – celles qui sont aptes à interpréter ses actions et ses réactions pour sonder ses intentions et connaître ses préférences – plutôt que vers des spécialistes. En revanche, une notion de capacité qui fait référence à la cognition renvoie à des personnes qui possèdent des connaissances spécialisées sur les capacités cognitives et la manière dont elles se manifestent, c'est-à-dire des professionnels de la santé. Or, comme la plupart des pays de common law ont adopté une forme de conception fonctionnelle ou cognitive de la capacité, il n'est pas étonnant de constater que la tendance générale veut que l'évaluation de la capacité relève principalement des professionnels de la santé. La capacité est une norme juridique qui prend appui sur des critères juridiques définis, mais les décisions préliminaires sont souvent prises par des professionnels de la santé, et lorsque les décisions concernant la capacité juridique sont soumises à l'examen des tribunaux, la preuve médicale pèse d'un grand poids.

Compte tenu de cette dynamique, il convient de souligner que l'Alberta a prévu explicitement dans la récente réforme de sa loi sur la tutelle la possibilité, dans certaines circonstances, d'une évaluation non professionnelle de la capacité. En vertu de la *Personal Directives Act*, une personne qui donne une directive personnelle peut désigner la personne ou les personnes qui pourront évaluer son aptitude (à comprendre et à évaluer les renseignements pertinents) en vue de déterminer le moment de l'entrée en vigueur de la directive[160]. Il peut s'agir d'un membre de sa famille ou d'un ami de confiance[161]. Ces personnes doivent consulter un médecin ou un psychologue lorsqu'elles déterminent la capacité et remplir un formulaire détaillé, tout

comme le professionnel consulté[162]. Si personne n'est désigné dans la directive personnelle, l'évaluation de la capacité doit être effectuée par deux prestataires de services, dont un médecin ou un psychologue[163].

La conception ontarienne actuelle de la capacité est cognitive et, comme on va le voir plus loin, elle fait grandement appel aux professionnels. Weisstub y fait référence dans son rapport final, affirmant que « presque tous les exposés à ce sujet exprimaient l'avis que les médecins avaient un rôle clé à jouer dans ce processus. Toutefois, la plupart affirmaient que les lignes directrices qui guident actuellement les médecins dans l'exercice de leur discrétion n'étaient pas assez claires »[164].

Comme la conception ontarienne de la capacité est cognitive – la capacité ou l'incapacité d'une personne de prendre des décisions spécifiques à un moment donné – sur le plan théorique du moins, il n'est peut-être pas nécessaire de faire appel à des spécialistes compétents pour déterminer la capacité juridique d'une personne dans un domaine particulier. En droit ontarien, certaines évaluations de la capacité doivent être effectuées par des professionnels spécialisés, alors que d'autres comme l'évaluation de la capacité d'établir une procuration ne le sont pas. Dans de nombreux cas, ceux et celles qui ont des relations avec des personnes dont la capacité juridique est en doute ne sont pas nécessairement des spécialistes dans ce domaine du droit ou des aspects sociaux et médicaux de la notion de capacité. Toutefois, comme la notion repose sur diverses disciplines médicales, psychologiques et sociales, la tendance veut que l'on fasse appel à des spécialistes compétents pour évaluer la capacité même dans les cas où la loi ne l'exige pas[165].

Le niveau de qualification professionnelle requis pour évaluer la capacité suscite des réactions contradictoires. Pour beaucoup qui ne sont pas des spécialistes du domaine, les conceptions fondées sur l'état ou sur les résultats peuvent sembler « naturelles ». Ainsi, des lacunes majeures dans les connaissances et un sérieux manque de compréhension de la loi peuvent conduire à des résultats qui ne cadrent pas avec la conception ontarienne de la capacité. Dans des contextes moins officiels et réglementés, il peut encore arriver que l'évaluation de la capacité soit basée sur un diagnostic ou des résultats médicaux (un critère de fait de l'intérêt supérieur) ou en soit influencée. Selon une spécialiste de la question,

> *[TRADUCTION]* les conclusions relatives à la capacité et au droit de prendre certaines décisions ne sont trop souvent qu'une façon détournée d'évaluer le caractère raisonnable de la décision plutôt que la capacité de la personne de prendre cette décision[166].

Ce genre de commentaire laisse entendre qu'il serait peut-être préférable d'adopter une conception de la capacité plus professionnalisée. Toutefois, les personnes handicapées ont souvent soulevé des préoccupations à l'égard de la médicalisation de leur situation qui conduit à un contrôle de leur vie par des professionnels de la santé, soutenant qu'une compréhension

sociologique de la situation de handicap, axée sur les droits de la personne, est plus appropriée. Des critiques de ce genre peuvent avoir une certaine résonance quant à l'application de la conception ontarienne de la capacité.

L'importance accordée à la capacité décisionnelle, comme c'est le cas en Ontario et dans beaucoup d'autres provinces, suggère peut-être le recours à des connaissances ou à des compétences différentes pour l'évaluation de la capacité dans différents domaines. Au cours des consultations préliminaires de la CDO, certaines psychiatres ont mentionné que les médecins tentaient souvent d'obtenir leur avis sur la capacité d'une personne de donner son consentement à l'égard d'un traitement donné, comme la chirurgie. Cette pratique est non seulement contraire à l'état du droit qui veut qu'un praticien de la santé proposant un traitement s'assure que la personne a donné son consentement, mais, de l'avis des psychiatres, c'est le praticien de la santé qui est le mieux placé pour déterminer si la personne a compris la nature et les conséquences du traitement *particulier* proposé.

De la même façon, dans de nombreux cas, l'évaluation de la capacité est effectuée par des professionnels qui fournissent des services, comme un avocat qui détermine si un client a la capacité de lui donner des instructions, de faire son testament ou d'établir une procuration. Des prestataires de services de toutes sortes, y compris de services financiers et sociaux, doivent souvent évaluer, à titre non officiel, la capacité d'une personne de passer un accord ou de donner son consentement.

La *Mental Capacity Act 2005* du Royaume-Uni applique cette démarche dans la plus grande mesure possible : il n'y a pas de système d'évaluateurs désignés de la capacité ni de professionnels qualifiés pour effectuer certaines évaluations; la question est déterminée par les circonstances particulières dictant le besoin d'évaluation :

> *[TRADUCTION]* La personne qui évalue la capacité de prendre une décision sera habituellement celle qui interagit directement avec la personne visée au moment de la prise de décision. Cela signifie que différentes personnes participeront à évaluer la capacité de quelqu'un à prendre différentes décisions à des moments différents. Pour la plupart des décisions concernant les affaires courantes, ce sera la personne qui la soigne au moment où la décision doit être prise. Par exemple, un travailleur social évalue si une personne est capable de donner son consentement à un bain, puis une infirmière évalue si elle est capable de donner son consentement à un changement de pansement[167].

Il est intéressant de noter qu'en vertu de la *Mental Capacity Act*, la plupart des décisions concernant les affaires courantes d'une personne jugée incapable seront prises par la personne soignante la plus directement en contact avec elle à ce moment-là comme, par exemple, le personnel de santé chargé du traitement ou de l'acte médical en question[168]. Dans la pratique, cela signifie que la personne qui évalue la capacité de quelqu'un est souvent celle qui prendra ensuite une décision en son nom et qui lui fournira des soins ou des services. Pour rétablir le

déséquilibre des pouvoirs que cette situation peut entraîner, la *Mental Capacity Act* crée un système de « défenseurs indépendants de la capacité mentale » qui sont nommés pour « défendre » des personnes qui ne bénéficient pas de mesures de soutien informelles ou d'un représentant ou qui n'ont pas donné une procuration permanente. Leur tâche consiste à obtenir et à évaluer tous les renseignements pertinents relatifs aux désirs et aux sentiments de la personne concernée et d'en rendre compte au décideur; ils ont également le pouvoir de contester une décision concernant la personne à laquelle ils ont été assignés, y compris une décision concernant la capacité[169].

La question des normes et des exigences en matière de formation est liée à celle des qualifications requises pour effectuer une évaluation de la capacité. Dans certains systèmes, une expertise médicale ou une autre expertise en matière de santé est considérée comme suffisante en soi pour évaluer la capacité, sans qu'il soit nécessaire de se conformer à d'autres normes (outre les critères de détermination de la capacité prévus par la loi) ou de suivre d'autres formations. Comme nous le verrons plus loin, les exigences de l'Ontario relatives aux évaluateurs de la capacité en vertu de la LPDNA sont liées à l'évaluation des compétences, à la formation et à une série de lignes directrices obligatoires explicites. Ce sont les exigences les plus complètes et systématisées de tous les pays du monde anglophone. La province de l'Alberta a emboîté le pas dans sa récente réforme en exigeant que les évaluations soient effectuées par des évaluateurs désignés avant que des ordonnances de tutelle, de curatelle ou de prise de décisions en commun soient rendues. Ces évaluateurs désignés doivent répondre à des exigences spécifiques relatives à la scolarité et à la formation et rédiger des rapports d'évaluation de la capacité solidement documentés[170].

En déterminant qui doit évaluer la capacité, il faut aussi prendre en considération la question de l'accessibilité. Des obstacles à l'évaluation pourraient empêcher que des évaluations ou des réévaluations soient effectuées et porter atteinte à l'autonomie et à la sécurité des personnes concernées. Les coûts représentent un élément important de l'accessibilité. Par exemple, comme il a été mentionné plus haut, les évaluations de la capacité en vertu de la LPDNA se distinguent par les normes applicables et la formation requise. Toutefois, comme il s'agit d'un service privé, des coûts y sont associés. Le Bureau de l'évaluation de la capacité de l'Ontario peut couvrir les coûts pour les personnes à faible revenu, mais les ressources allouées à ce programme sont relativement limitées et, pour certains Ontariens, les coûts associés à une ou plusieurs évaluations de la capacité peuvent avoir un effet dissuasif. Des préoccupations ont été soulevées à l'égard de la possibilité que l'examen pour établir la capacité en vertu de la LSM soit utilisé de façon inappropriée ou que des personnes dont la capacité fluctue ou se modifie puissent se trouver classées de façon inappropriée comme jouissant ou ne jouissant pas de capacité juridique.

Liée à la question d'accessibilité soulevée ci-dessus est celle de la prise en compte de la grande diversité qui caractérise une province aussi grande, multiculturelle et plurilingue que l'Ontario. Étant donné les aspects sociaux et contextuels de la notion de capacité, il importe que les évaluateurs soient sensibilisés à cette réalité et prennent en compte la diversité pour que, par exemple, des comportements propres à une culture ne soient pas interprétés comme un signe d'incapacité juridique. En ce qui concerne la communication et les barrières linguistiques, Carling-Rowland et Wahl ont fait la remarque suivante :

> *[TRADUCTION]* Par nécessité, l'évaluation de la capacité actuelle est fortement tributaire de la compétence linguistique du patient puisque c'est au moyen de la parole et de l'écrit que nous démontrons notre aptitude à comprendre et à évaluer des renseignements et de formuler une réponse. Les personnes qui se heurtent à des barrières linguistiques sont particulièrement sujettes [...] à être exclues de la prise de décision parce que leur incapacité à s'exprimer masque leur compétence inhérente[171].

Carling-Rowland et Wahl ont poursuivi en faisant remarquer que même si les interprètes professionnels sont impartiaux, connaissent les cultures et les coutumes différentes et sont censés respecter les orientations relatives à la confidentialité, on ne peut pas en attendre autant des interprètes *ad hoc* ou des membres de la famille qui sont utilisés couramment dans le système de soins de santé[172].

- **QUESTION À ABORDER : comment l'expérience de l'évaluation de la capacité diffère-t-elle en fonction du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'appartenance raciale, de la langue, de la culture, du statut socio-économique, du statut d'autochtone, de l'emplacement géographique, de différents types de handicaps et d'autres aspects de la diversité?**

2. Protections procédurales pour les personnes évaluées

Pour certains, l'évaluation de la capacité peut être considérée comme une atteinte grave à la vie privée; pour d'autres, comme une expérience très bouleversante. Les tribunaux ont reconnu qu'une évaluation de la capacité peut s'avérer *[TRADUCTION]* « un processus intrusif et dégradant » [173] et une *[TRADUCTION]* « une intrusion importante dans la vie privée de la personne et une atteinte à sa sécurité »[174]. Si une évaluation conclut à l'incapacité juridique, elle peut avoir de lourdes conséquences à long terme sur l'autonomie de la personne concernée. Par conséquent, il importe que des protections procédurales adéquates soient associées à l'évaluation de la capacité : « le bénéficiaire a droit à un certain respect fondamental […] il faut respecter la connaissance qu'il a de son propre corps, son droit de décider de quelle façon il sera traité et son droit d'être informé des traitements subis »[175].

Bien entendu, la notion de « protections procédurales adéquates » variera en fonction du contexte et des conséquences potentielles de l'évaluation en question. Une évaluation qui pourrait donner lieu à une tutelle et qui a donc des conséquences à long terme pour

l'autonomie d'une personne pourrait nécessiter des protections procédurales plus efficaces qu'une évaluation qui viserait une décision ponctuelle concernant un traitement par un mandataire spécial; une décision ponctuelle peut avoir des conséquences décisives pour l'avenir comme c'est le cas d'une décision concernant l'admission à un établissement de soins de longue durée. Un examen plus approfondi peut être effectué lorsque la décision n'est pas urgente. Weisstub a soutenu que :

> Puisque la durée prévue, l'étendue et les conséquences de l'incapacité peuvent varier d'une personne à l'autre, il est normal que les procédures varient selon le contexte. De ce point de vue, il serait souhaitable de pouvoir disposer de deux procédures pour déterminer la capacité de décider : la procédure « solennelle » et une procédure simplifiée[176].

Toutefois, il a recommandé que la conception de procédures d'évaluation de la capacité prenne en compte, dans tous les cas, des questions fondamentales comme les suivantes :

- le choix de l'évaluateur;
- l'avis à transmettre à la personne concernée;
- le droit à des conseils en matière de droits et à l'assistance d'un avocat;
- le droit de présenter une requête en révision;
- l'intervalle entre les révisions.

Dans son rapport final, la Commission de réforme du droit du Victoria a souligné l'importance d'un élément déclencheur valable pour justifier une évaluation de la capacité et de la prise de mesures pour *[TRADUCTION]* « faire participer la personne visée au processus d'évaluation en tentant d'obtenir son accord et en l'informant le plus possible au sujet du processus »[177].

La législation albertaine exige un motif valable de préoccupation pour enclencher une évaluation de la capacité, c'est-à-dire un événement mettant en danger la personne concernée ou d'autres personnes et dont la cause semble être l'incapacité de prendre des décisions[178]. Les évaluateurs doivent connaître le motif de la demande d'évaluation de la capacité et prendre connaissance des circonstances ayant conduit à cette demande[179].

La législation albertaine prévoit également de nombreux autres droits originaux qui s'appliquent durant la procédure d'évaluation de la capacité, y compris :

- le droit à ce qu'une autre personne soit présente durant l'évaluation pour aider la personne concernée à se sentir à l'aise et détendue;
- le droit à l'assistance d'un interprète ou à l'utilisation d'un appareil pour l'aider à communiquer et à démontrer pleinement sa capacité;
- le droit de subir l'évaluation à un moment et dans des circonstances où elle sera le plus susceptible de démontrer pleinement sa capacité[180].

3. Réponses graduées adaptées aux fluctuations de la capacité

Il est généralement reconnu que la capacité juridique peut varier dans le temps. Certaines personnes ne connaîtront qu'un seul bref épisode d'absence de capacité juridique. D'autres en connaîtront plusieurs. Des personnes qui n'avaient pas de capacité juridique en développeront et celles qui en jouissaient en seront dépourvues. Puisque la tutelle et d'autres formes de prise de décisions au nom d'autrui sont considérées généralement comme des intrusions importantes dans l'autonomie d'une personne, il est important qu'une personne frappée d'incapacité juridique n'en conserve pas le statut si son état s'améliore. Il est également important que l'incapacité juridique soit détectée au moment opportun en raison des risques importants auxquels certaines personnes peuvent faire face lorsqu'elles prennent des décisions qu'elles ne sont pas aptes à prendre.

Conséquemment, il est indispensable que les procédures juridiques liées à l'évaluation de la capacité conservent leur souplesse pour que les réévaluations puissent être effectuées avec une relative facilité. Weisstub a fait remarquer dans son rapport final que « puisque la capacité peut varier dans le temps, tous sont d'avis qu'un verdict d'incapacité devrait pouvoir être facilement révisé. Un jugement d'incapacité juridique ne devrait pas être irréversible. Ce jugement devrait plutôt demeurer en vigueur tant que la personne souffre effectivement d'une incapacité »[181]. Il est intéressant de noter que l'article 12 de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* stipule explicitement que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique doivent s'appliquer « pendant la période la plus brève possible » et être « soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire ».

Bien entendu, c'est peut-être plus facile à dire qu'à faire. L'évaluation de la capacité peut s'avérer un processus exigeant sur le plan des ressources. Il faut trouver le juste milieu entre l'accessibilité à la révision et à la réévaluation et les cycles de réévaluation inutiles et interminables.

Certaines évaluations de la capacité sont, bien entendu, liées à une décision précise. Par exemple, selon la LCSS, la capacité doit être évaluée chaque fois qu'un nouveau traitement est proposé. Dans de telles circonstances, il n'y a pas de préoccupation, en théorie, à l'égard de la révision des évaluations puisqu'une nouvelle évaluation devrait être effectuée pour chaque décision. Toutefois, dans la pratique, on s'inquiète qu'une constatation d'incapacité pourrait avoir pour effet d'influencer les perceptions et de bafouer la présomption de capacité. Ainsi, une constatation d'incapacité liée à une seule décision pourrait se traduire par une prise de décision au nom d'autrui permanente. Des préoccupations à l'égard des réévaluations sont exprimées le plus vivement lorsqu'une évaluation entraîne des conséquences à long terme, par exemple, lorsqu'une déclaration d'incapacité juridique donne lieu à l'exécution d'une

procuration subordonnée à une condition suspensive ou entraîne une mise en tutelle. Plus un régime législatif aborde la question de la capacité juridique uniquement dans le contexte de décisions spécifiques au lieu de dispositions à long terme, moins il y aura de préoccupations au sujet des réévaluations. Toutefois, il se peut que ce ne soit pas pratique dans tous les contextes de traiter la capacité juridique totalement en fonction de décisions spécifiques et de réévaluer la capacité pour chaque décision.

La nouvelle loi de l'Alberta relative à la capacité et à la tutelle fournit un exemple intéressant de mesures à prendre pour traiter les cas de capacité retrouvée et mettre fin aux ordonnances attribuant un pouvoir décisionnel et aux accords de prise de décision. L'*Adult Guardianship and Trusteeship Act* (AGTA) et la *Personal Directive Act* (PDA) contiennent de nombreuses dispositions qui prévoient la possibilité qu'une personne retrouve la capacité. Ce fut l'un des changements accueillis favorablement dans les débats législatifs comme répondant aux préoccupations des Albertains, en particulier en ce qui concerne les personnes âgées ayant subi un accident vasculaire cérébral[182]. Par exemple, les évaluateurs de la capacité doivent déterminer si l'adulte pourrait éventuellement retrouver la capacité. La cour a le pouvoir et, dans certains cas, le devoir de spécifier une date de réévaluation dans l'ordonnance de tutelle ou de curatelle. L'AGTA a aussi mis en place un système pour les tutelles et les curatelles urgentes de courte durée, ainsi qu'un processus pour annuler une directive personnelle[183]. De plus, la PDA stipule qu'un prestataire de services liés à des questions personnelles comme des soins de santé, l'hébergement et la participation à des activités sociales et éducatives et à des activités liées à l'emploi, ou à d'autres questions semblables, doivent prendre en considération la capacité de la personne concernée même si elle a fait l'objet antérieurement d'une déclaration d'incapacité par rapport à la décision en question. Avant de fournir un service personnel, le prestataire doit *[TRADUCTION]* « faire un effort raisonnable pour déterminer si la personne concernée est toujours incapable de prendre la décision »[184].

Dans l'État du Victoria en Australie, les ordonnances de tutelle à la personne ou de tutelle financière émises par le tribunal civil et administratif du Victoria (VCAT) sont assujetties à des réévaluations périodiques. La loi prévoit qu'une réévaluation doit être effectuée dans les 12 mois suivant l'ordonnance du Tribunal et au moins une fois tous les trois ans par la suite, à moins que le Tribunal en décide autrement. Suivant la réévaluation, le Tribunal peut renouveler, révoquer ou modifier l'ordonnance ou en émettre une nouvelle, selon ce qu'il juge utile[185]. Dans la pratique, le Tribunal ordonne souvent une réévaluation des ordonnances de tutelle à la personne tous les 12 mois, et des tutelles administratives (biens), tous les trois ans. Le Tribunal a également le pouvoir d'émettre une ordonnance automatiquement exécutoire qui expire à la fin d'une période donnée ou à la survenance d'un événement, à moins qu'une demande soit présentée au Tribunal de renouveler l'ordonnance. Une ordonnance

automatiquement exécutoire est plus courante dans le cas d'une ordonnance de tutelle à la personne que d'une tutelle administrative[186].

C. Systèmes ontariens d'évaluation de la capacité

1. Vue d'ensemble

La province de l'Ontario ne s'est pas dotée d'*un seul* système, mais plutôt d'une *série* de systèmes d'évaluation de la capacité. Conformément à la démarche générale des réformes ayant abouti à la législation actuelle de l'Ontario, les systèmes d'évaluation de la capacité sont liés à la nature des décisions à prendre. La LPDNA, la LCSS et la LSM instaurent à elles trois cinq systèmes d'évaluation de la capacité :

6) examen de la capacité de gérer ses biens au moment de l'admission en établissement psychiatrique ou de la mise en congé d'un établissement psychiatrique (LSM);
7) évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard d'un traitement (LCSS*);*
8) évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins de longue durée ou à des services d'aide personnelle (LCSS);
9) évaluation de la capacité de prendre des décisions pour gérer ses biens ou prendre soin de sa personne (LPDNA);
10) évaluation de la capacité d'établir une procuration (LPDNA).

Ces mécanismes d'évaluation ont des éléments communs, mais ils diffèrent considérablement l'un de l'autre sur le plan de facteurs comme les suivants :

6) les personnes chargées des évaluations;
7) la formation et les normes qui leur sont imposées;
8) l'information et les mesures de soutien à l'intention des personnes dont la capacité est évaluée;
9) la documentation requise pour la procédure d'évaluation;
10) les mécanismes et les mesures de soutien pour contester les résultats d'une évaluation de la capacité.

Chaque système comporte son propre système de freins et de contrepoids pour équilibrer les tensions fondamentales entre l'accessibilité et la responsabilité, la préservation de l'autonomie et la protection des personnes vulnérables qui sous-tendent ce processus. Les principales caractéristiques de chaque système sont résumées brièvement ci-dessous, l'intention n'étant pas de fournir une description et un examen approfondis de chacun d'eux.

Bien que ces systèmes varient en fonction de la complexité des procédures et des renvois d'un système à l'autre, il est inévitable que l'existence de cinq systèmes séparés complexifie considérablement l'ensemble.

Les différents systèmes touchent des populations différentes, bien qu'il y ait des chevauchements importants, surtout en ce qui concerne les personnes aux prises avec des problèmes de santé mentale ou de capacité à différents moments au cours de leur vie. En règle générale, les professionnels travaillent principalement dans l'un ou l'autre des systèmes, c'est-à-dire que les personnes qui effectuent les évaluations en vertu de la LCSS de la capacité de prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins de longue durée n'effectuent pas ordinairement des évaluations de la capacité en vertu de la LPDNA. Toutefois, comme des professionnels peuvent aussi, à titre non officiel, aider des personnes à naviguer dans les systèmes prenant en charge la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, ceux qui travaillent dans un système d'évaluation donné peuvent être appelés à fournir des renseignements sur les autres systèmes aux personnes ou à leurs familles. Aussi, il peut y avoir confusion quant au système d'évaluation qui s'applique dans une situation particulière. Dans la pratique, une grande confusion existe relativement au chevauchement et à l'interaction des systèmes.

Une description exhaustive de tous les systèmes ontariens d'évaluation de la capacité dépasse le cadre du présent *document de travail*. Les sections qui suivent présentent un aperçu général des cinq systèmes, portant principalement sur les questions de procédure soulevées ci-dessus.

2. Examens de la capacité de gérer ses biens à l'admission en établissement psychiatrique

Ces évaluations (désignées comme des « examens » dans la loi) sont régies par la Partie III de la LSM[187]. Elles ont été instaurées pour mettre en place un mécanisme simple et rapide afin que les personnes admises en établissement psychiatrique ne perdent pas, de ce fait, leurs biens en raison d'une incapacité temporaire de les gérer.

Enclencher la procédure d'évaluation. Lorsqu'une personne est admise en établissement psychiatrique, un examen de la capacité de gérer ses biens est obligatoire, à moins qu'ils aient déjà été confiés à la gestion d'une autre personne au moyen d'une tutelle aux biens aux termes de la LPDNA ou d'une procuration perpétuelle relative aux biens[188]. Un réexamen du malade *peut* avoir lieu en tout temps durant son séjour dans l'établissement[189] et *doit* avoir lieu avant sa mise en congé, auquel moment le certificat est annulé[190] ou un avis de prorogation est délivré[191].

Qui effectue l'examen? C'est le médecin traitant, habituellement un psychiatre, qui effectue l'examen.

Documentation. Après avoir procédé à l'examen, le médecin inscrit sa conclusion motivée dans le dossier du malade[192]. S'il conclut que le malade n'est pas apte à gérer ses biens, il délivre un certificat d'incapacité en utilisant la formule 21 sur laquelle il inscrit le nom et l'adresse du malade, le nom de l'établissement psychiatrique, la date de l'examen, les faits dénotant l'incapacité qu'il a constatés ainsi que ceux qui ont été portés à son attention[193]. Il doit aussi remplir une formule indiquant l'état des finances du malade (formule 22)[194]. Assez longue, cette formule indique des renseignements concernant les membres de la famille du malade et les personnes à sa charge, ses biens, ses assurances, ses biens personnels, ses valeurs et ses obligations, ses biens immobiliers, ses dettes (hypothèques, billets à ordre et autres), etc., renseignements qui, en pratique, ne sont probablement pas à la disposition du médecin et, par conséquent, sont souvent incomplets ou inexacts. Pour proroger le certificat d'incapacité, il faut remplir la formule 24 qui comprend exactement les mêmes renseignements que la formule 21[195].

Conséquences de l'examen. Si le médecin conclut que le malade n'est pas apte à gérer ses biens, il doit délivrer un certificat d'incapacité qui doit être transmis au TCP[196]. Le TCP devient le tuteur légal aux biens de cette personne[197] à moins qu'elle ait établi une procuration subordonnée à une condition suspensive. Il est également possible pour un membre de la famille ou un conjoint de présenter une demande au TCP afin de devenir le tuteur légal aux biens[198]. Si le médecin ne réexamine pas le malade avant sa mise en congé, la tutelle du TCP ou d'un remplaçant prend fin.

Lignes directrices ou exigences en matière de formation. La LSM ne définit pas explicitement l'incapacité à gérer ses biens, et le règlement ne comporte pas de conseils additionnels à cet égard. C'est donc la définition de la LPDNA[199] qui est citée pour déterminer la capacité de gérer ses biens en vertu de la LSM. Le ministère de la Procureure générale a publié des lignes directrices en matière d'évaluation de la capacité, mais elles visent les évaluations en vertu de la LPDNA. Par ailleurs, les lignes directrices en la matière publiées par les collèges des médecins portent principalement sur la capacité de prendre des décisions à l'égard d'un traitement. Il semble que les examens de la capacité de gérer ses biens qui sont effectués par des médecins dans des établissements psychiatriques sont relativement non réglementés et sous-analysés. La recherche de la CDO n'a pas permis de découvrir des orientations, des outils ou des manuels de formation adaptés spécifiquement pour ce type d'évaluation, bien qu'il soit possible que de tels documents aient été développés pour utilisation au sein des établissements.

Étant donné le manque de lignes directrices de nature juridique, réglementaire ou professionnelle régissant ces examens, les décisions de la CCC concernant les requêtes en révision de certificats d'incapacité de gestion de biens (formule 21) ou d'avis de prorogation d'un certificat sont utiles pour définir les critères qui sont pris en considération dans ces

examens. S'appuyant sur la common law, sur l'*Enquête Weisstub* et sur les décisions du Conseil de révision des établissements psychiatriques, elles établissent que ces examens doivent 1) être fondés sur la présomption de capacité, 2) s'attache à l'aptitude du patient à comprendre plutôt qu'à sa compréhension réelle, 3) ne pas s'appuyer uniquement sur le diagnostic psychologique du patient, 4) ne pas s'appuyer sur ce qui de l'avis du médecin, constitue de bonnes ou de mauvaises décisions, 5) prendre en compte sa capacité de mettre à profit ses compétences pour surmonter ses déficiences, 6) prendre en compte la valeur et la nature de ses biens personnels[200].

Droits et recours des personnes faisant l'objet d'un examen. La personne admise en établissement psychiatrique n'a pas le droit de refuser un examen visant à déterminer sa capacité de gérer ses biens[201]. Toutefois, elle dispose de droits procéduraux importants, c'est-à-dire :

1. le droit d'être informée qu'un certificat d'incapacité a été délivré;[202]
2. le droit d'accès en temps utile à un conseiller en matière de droits[203] : le conseiller rencontre promptement la personne malade et lui explique l'importance du certificat et son droit de présenter une requête en révision auprès de la CCC d'une constatation d'incapacité à gérer ses biens. À la demande de la personne malade, le conseiller l'aide à présenter une requête en révision à la CCC et à obtenir de l'aide juridique[204]. La loi établit des normes relatives aux connaissances, aux aptitudes et à la formation des conseillers en matière de droits[205]. La plupart relèvent du Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques (BIPEP) et ils reçoivent tous la formation prévue par la loi par l'intermédiaire du BIPEP[206];
3. le droit de présenter une requête en révision auprès de la CCC d'une constatation d'incapacité à gérer ses biens[207] : Une requête en révision ne peut pas être présentée plus d'une fois tous les six mois[208]. Si une personne malade introduit une requête, mais qu'elle est mise en congé pendant que la Commission étudie sa requête, la Commission peut rester saisie de la requête selon la LSM[209]. Toutefois, si une personne malade introduit une requête *après* sa mise en congé, elle n'est plus considérée comme un « malade » en vertu de la Loi (défini comme un malade hospitalisé). Sa requête est donc soumise à la LPDNA et il faudra une nouvelle évaluation de la capacité, aux frais de la personne concernée, pour présenter une requête en révision à la CCC.

On s'est inquiété de ce que, dans la pratique, des malades sont mis en congé sans qu'ils obtiennent des conseils en matière de droits et que les médecins qui ne respectent pas les droits procéduraux des patients ne subissent pas de conséquences importantes.

Critiques et sujets de préoccupation

Les examens prévus par la LSM sont rarement mentionnés dans la documentation. Ce sont les usages abusifs de la loi à des fins non prévues, ainsi que les interactions incertaines entre la LSM et la LPDNA, qui suscitent le plus de préoccupations.

Il a été souligné que les personnes qui effectuent les examens pourraient être tentées de les utiliser pour alléger les pressions sur les établissements[210]. La décision *V (Re)* fournit un exemple de cette dynamique. Le médecin de V était d'avis que V pouvait être mis en congé s'il avait accès à des ressources financières pour le soutenir. V ne disposait d'aucun moyen financier et il ne voulait pas présenter une demande au Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH), ni d'autres demandes d'aide financière. Son médecin s'était dit que si l'on concluait à l'incapacité de V de gérer ses biens, le TCP pourrait présenter une demande d'aide financière en son nom et V pourrait être mis en congé. Il n'avait pas examiné V à son admission à l'établissement, mais il avait présumé que V était incapable de gérer ses biens à ce moment-là. La CCC a annulé la décision du médecin voulant que V soit incapable de gérer ses biens et a condamné la tentative d'utiliser le TCP pour obliger V à se conformer au plan de congé[211].

La possibilité que ces examens soient utilisés pour contourner les exigences relatives aux évaluations de la capacité de gérer des biens de la LPDNA soulève également des préoccupations. Jude Bursten, une intervenante en faveur des patients du BIPEP, rapporte que certains médecins ont demandé que leurs patients soient admis à un établissement pour qu'ils puissent les contraindre à subir un examen de leur capacité de gérer leurs biens, et ce, après que ces patients ont exercé leur droit en vertu de la LPDNA de refuser une évaluation[212].

La façon dont cet aspect de la LSM crée un lien avec la LPDNA soulève des questions, surtout en ce qui concerne la transition du « malade » aux termes de la LSM à l'application de la LPDNA. Un malade qui n'a pas présenté de requête en révision de la prorogation du certificat d'incapacité avant sa mise en congé et qui souhaite ultérieurement une révision de la décision doit subir une nouvelle évaluation de sa capacité à ses frais. Selon Bursten, il s'agit d'une atteinte aux droits des patients, surtout dans le cas de ceux qui sont mis en congé dans la collectivité alors qu'ils sont absents de l'établissement avec autorisation. Souvent, rapporte Bursten, ces patients ne reçoivent pas de conseils en matière de droits ni d'avis écrit[213]. Ils ne connaissent pas toujours leur droit de contester l'évaluation et il se peut qu'ils en soient informés seulement à une date ultérieure. L'obligation de subir un nouvel examen de la capacité constitue également un obstacle financier particulièrement préoccupant étant donné le nombre disproportionné de personnes ayant des maladies mentales qui vivent dans la pauvreté ou qui sont touchées par le chômage.

Bursten fait aussi observer que l'interaction entre les deux lois peut s'avérer problématique pour les médecins traitants à l'extérieur des établissements psychiatriques qui n'ont pas l'obligation ni le pouvoir d'évaluer la capacité financière de leurs patients, ni d'annuler un certificat d'incapacité financière délivré antérieurement alors que le patient était en établissement psychiatrique[214].

Il y a également des lacunes législatives sur le plan de la capacité retrouvée. Alors que la LSM prévoit qu'un médecin puisse réexaminer la capacité d'un patient de gérer ses biens et exige un réexamen avant la mise en congé d'un patient, elle n'exige pas qu'un médecin réexamine un patient s'il a raison de croire que sa capacité a changé (bien que cela puisse être le but de permettre un réexamen, cela est laissé à la discrétion du médecin). Un patient n'a pas le droit de demander un réexamen et la loi n'exige pas que le médecin réexamine le patient tous les six mois pour correspondre au nombre de requêtes possibles devant la CCC. Cela signifie qu'un certificat d'incapacité peut demeurer valide alors que la capacité a changé. Si le patient a déjà présenté une requête en révision à la CCC au cours des six mois précédents, il ne dispose pas de moyens praticables pour contester le certificat.

3. Évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard d'un traitement

La partie II de la LCSS régit l'évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard d'un traitement. La LCSS stipule qu'un traitement ne doit pas être administré sans le consentement du patient si ce dernier est capable de le donner ou sans l'accord d'un mandataire spécial si le patient a été jugé incapable de prendre la décision[215].

Enclencher la procédure d'évaluation. Si un praticien de la santé propose un traitement et qu'il a des motifs raisonnables de croire que le patient n'a pas la capacité juridique de prendre une décision à l'égard de ce traitement, la capacité juridique du patient doit être évaluée pour obtenir un consentement valide au traitement. Pour les patients qui ont la capacité juridique, le praticien de la santé doit obtenir leur consentement au traitement, à défaut de quoi celui du mandataire spécial. Cela doit se produire chaque fois qu'un traitement médical est proposé; la loi s'applique aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur d'un hôpital, d'un établissement de soins à longue durée ou dans un bureau de médecin.

Le praticien de la santé peut s'appuyer sur la présomption de capacité pour obtenir un consentement à l'égard d'un traitement, sauf s'il a des motifs raisonnables de croire que la personne concernée n'a pas la capacité juridique de prendre cette décision[216]. À la différence de la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*[217] qui a été abrogée, la LCSS et les lignes directrices connexes ne donnent pas d'indications sur ce qui constitue des motifs raisonnables de croire qu'une personne est incapable.

L'évaluation visant à déterminer la capacité de prendre des décisions à l'égard d'un traitement est liée à la nature et au moment du traitement. La personne peut être capable à l'égard de certains traitements, mais incapable à l'égard d'autres traitements[218], ou capable à l'égard d'un traitement à un moment donné et incapable à un autre moment[219]. La loi établit un lien direct entre la capacité juridique et le traitement proposé, ce qui signifie qu'une nouvelle évaluation doit être effectuée si un nouveau traitement est proposé. La LCSS définit un « traitement » comme suit : « [s]'entend de tout ce qui est fait dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou esthétique, ou dans un autre but relié au domaine de la santé, y compris une série de traitements, un plan de traitement ou un plan de traitement en milieu communautaire »[220].

À qui incombe l'évaluation de la capacité. Comme les praticiens de la santé sont responsables d'obtenir le consentement à l'égard d'un traitement, ils sont également responsables d'évaluer la capacité de consentir à un traitement, s'il y a lieu. Un praticien de la santé est un membre d'un ordre professionnel en vertu de la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*[221] ou de la réglementation afférente.

Conséquences de l'évaluation. Si une personne est jugée incapable de prendre une décision en matière de santé, un mandataire spécial est nommé pour prendre la décision en son nom. Pour ce faire, le mandataire spécial doit respecter certaines lignes directrices visant à faire en sorte qu'il prenne en compte les croyances de la personne et les volontés exprimées antérieurement lorsqu'elle était capable et qu'il agisse au mieux de ses intérêts[222].

Lignes directrices ou exigences en matière de formation. La LCSS et la réglementation ne prévoient pas de formation spécifique. Toutefois, chaque ordre professionnel définit les qualifications obligatoires requises pour en faire partie. Bien entendu, ces qualifications varient considérablement d'un ordre à l'autre. Prenons l'exemple de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario. Le *Règlement de l'Ontario 865/93*, pris en application de la *Loi de 1991 sur les médecins*, définit les exigences relatives à l'obtention d'un diplôme en médecine reconnu par l'Ordre. Aucune exigence spécifique relative à l'éthique, au consentement ou à la capacité n'y est définie[223]. Toutefois, la plupart des ordres de médecins ont adopté des lignes directrices ou préparé des publications qui mettent en lumière l'importance d'obtenir le consentement avant d'administrer un traitement[224].

Il y a aussi des cas où des praticiens de la santé reçoivent une formation de leurs employeurs, qui peut varier considérablement en fonction du milieu de travail et de l'employeur. Mentionnons le *CCAC Client Services Manual*[225], l'ouvrage du D^r^ E. Etchells intitulé *Aid to Capacity Evaluation (ACE)*[226], ainsi que la trousse préparée par le cabinet juridique Borden Ladner Gervais intitulée *A Practical Guide to Mental Health and the Law in Ontario*[227].

Les praticiens peuvent consulter également plusieurs publications produites par des organismes de défense de droits, dont le remarquable *Tool on Capacity & Consent : Ontario Edition*[228], un petit guide de l'Initiative nationale pour le soin des personnes âgées portant sur la capacité de consentir à un traitement.

Droits et recours des personnes évaluées. Une conclusion d'incapacité à consentir à un traitement doit être communiquée au patient. Si la personne se trouve en établissement psychiatrique, elle doit recevoir un avis écrit en vertu de la LSM[229]. La loi ne prévoit pas qu'un patient à l'extérieur d'un établissement psychiatrique a le droit à un avis écrit d'une constatation d'incapacité à consentir à un traitement. C'est l'ordre professionnel duquel relève le praticien de la santé qui régit la forme que doit prendre un avis et qui détermine si un patient doit être informé ou non de son droit de présenter une requête en révision à la CCC. En règle générale, les ordres exigent que le praticien de la santé informe la personne jugée incapable du nom de son mandataire spécial et des exigences relatives à la prise de décision au nom d'autrui (si elle est capable de comprendre cette information), ainsi que de son droit de présenter une requête en révision à la CCC.

Toute personne qui fait l'objet d'un traitement peut, par voie de requête, demander à la Commission de réviser la constatation d'un praticien de la santé selon laquelle elle est incapable à l'égard du traitement, sauf si elle a un tuteur à la personne qui a le pouvoir de donner ou de refuser son consentement au traitement, ou si elle a un procureur aux soins de la personne aux termes d'une procuration qui comporte une disposition selon laquelle la personne renonce à son droit de présenter une requête en révision[230]. Elle ne peut pas présenter de requête en révision d'une constatation d'incapacité concernant un traitement plus d'une fois par six mois, à moins de présenter une requête spéciale parce qu'il est survenu un changement important dans les circonstances qui justifie le réexamen de sa capacité[231]. Il y a également des cas où une personne est réputée avoir présenté une requête en révision d'une conclusion d'incapacité, comme une requête en nomination d'un représentant de la personne jugée incapable ou une requête visant l'interprétation des responsabilités décisionnelles d'un mandataire spécial. Une personne a le droit de présenter une requête à la CCC pour chaque évaluation spécifique, ce qui signifie qu'elle a le droit de présenter une requête en ce qui concerne la capacité de consentir à un nouveau traitement même si une requête concernant un autre traitement a été présentée dans les six mois précédents. Hiltz et Szigeti rapportent que, selon les statistiques, moins de 10 p. 100 des demandeurs ont été jugés aptes à consentir à un traitement après avoir présenté une requête en révision à la CCC[232].

La surveillance relève principalement des ordres professionnels qui assurent la surveillance de leurs membres, et le Conseil consultatif sur la réglementation des professions de la santé assure la surveillance des ordres professionnels. Les patients peuvent porter plainte auprès de l'ordre

professionnel d'un praticien de la santé s'ils sont d'avis qu'il n'a pas suivi la procédure appropriée ou qu'il a abusé de son autorité.

Critiques et sujets de préoccupation

Des spécialistes ont soulevé plusieurs sujets de préoccupation à l'égard de la mise en œuvre de la loi.

Un grand nombre de préoccupations émergent d'une incompréhension flagrante de la loi. Judith Wahl, du Advocacy Centre for the Elderly, relève plusieurs erreurs d'interprétation que commettent différents intervenants – professionnels de la santé, travailleurs communautaires, personnes âgées et leurs familles – qui présument que la notion de capacité englobe plus d'aspects que la loi n'a prévus. La première veut qu'une seule évaluation de la capacité puisse s'appliquer à de multiples décisions en matière de soins de santé[233]. La deuxième est liée aux praticiens de la santé qui présument qu'une procuration existante les autorise à ne consulter que l'avocat, pas le patient, ou à ne consulter personne et à suivre simplement les indications dans la procuration, renonçant à toute évaluation de la capacité et présumant de l'incapacité du patient à l'égard du traitement proposé. La troisième préoccupation est liée au fait que les « plans de traitement » sont rédigés en des termes très généraux pour obtenir facilement un consentement et renoncer de ce fait aux évaluations requises[234].

Des préoccupations particulières ont été exprimées à propos du fait que la présomption de capacité prévue par la loi n'est pas appliquée correctement. Des idées reçues sur les caractéristiques de certains groupes peuvent entraîner, dans la pratique, une présomption d'*in*capacité de personnes âgées, de personnes handicapées et de résidents en soins de longue durée[235]. Il peut aussi y avoir une présomption *de fait* que le consentement à un traitement indique la capacité, alors qu'un refus de traitement indique l'incapacité[236].

Certains spécialistes soutiennent que le processus d'évaluation de la capacité est en soi subjectif. Daniel J. Dochylo et Michel Silberfeld affirment que *[TRADUCTION]* « des évaluateurs qualifiés peuvent rendre des décisions contradictoires à propos de la capacité d'une personne » et que « des évaluateurs peuvent ne pas s'entendre sur la pertinence et l'importance de symptômes psychiatriques spécifiques relativement à des décisions particulières »[237].

Des préoccupations ont été soulevées à l'égard de la fourniture de renseignements adéquats sur les droits, qui touchent également d'autres mécanismes comme l'évaluation de la capacité d'une personne de prendre une décision concernant son admission à un établissement de soins de longue durée. L'Advocacy Centre for the Elderly écrit ceci :

> *[TRADUCTION]* Malheureusement, un grand nombre de praticiens de la santé ne respectent pas les exigences minimales relatives à la fourniture de renseignements sur les droits : les résidents [en soins

> de longue durée] ne sont pas informés d'une conclusion d'incapacité, ni des droits prévus par la loi, ni des procédures mises en place pour les exercer. Les lignes directrices des différents ordres professionnels concernant les renseignements sur les droits posent aussi problème. Les praticiens de la santé pourraient être assujettis à des instances disciplinaires s'ils négligent de fournir ces renseignements. Toutefois, les lignes directrices des ordres professionnels n'assurent pas nécessairement que les patients disposent des renseignements nécessaires pour faire appliquer la loi. Aussi, il est douteux que les ordres fassent respecter cette exigence ou qu'ils imposent une sanction disciplinaire aux praticiens qui ne s'y conforment pas[238].

Il y a également plusieurs préoccupations à l'égard du processus de requête qui seront abordées dans le chapitre II de la partie Quatre qui porte sur les mécanismes de règlement des différends en vertu de la LCSS.

4. Évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins de longue durée ou à des services d'aide personnelle

La LCSS institue une procédure d'évaluation spécifique pour des décisions concernant l'admission à un foyer de soins de longue durée (selon la définition de la *Loi de 2007 sur les foyers de soins de longue durée*) (partie III) et le consentement à des services d'aide personnelle (partie IV). La loi définit un « service d'aide personnelle » comme suit : « [s]'entend de l'aide fournie relativement à une activité courante de la vie, notamment les soins d'hygiène ou le fait de se laver, de s'habiller, de faire sa toilette, de manger, de boire, d'éliminer, de se déplacer ou de prendre une position, ou de la surveillance de l'activité. S'entend en outre d'un ensemble de services d'aide personnelle ou d'un programme énonçant les services d'aide personnelle qui doivent être fournis à une personne »[239].

Enclencher la procédure d'évaluation. L'évaluation de la capacité d'une personne de prendre une décision concernant son admission à un établissement de soins de longue durée est enclenchée lorsqu'un membre de sa famille ou un professionnel de la santé est d'avis qu'elle doit être admise en établissement et qu'elle n'a pas la capacité de prendre cette décision. Comme c'est le cas des décisions concernant un traitement, la capacité juridique n'est pas censée être associée au consentement ou au refus de la personne. Toutefois, une personne fait habituellement l'objet d'une évaluation lorsqu'elle n'est pas du même avis que sa famille ou qu'un praticien de la santé. Ces évaluations sont effectuées lorsque la personne vit au sein de la collectivité (chez elle, soit seule ou avec quelqu'un) ou lorsqu'elle se trouve en établissement de soins de courte durée. Souvent, la discussion à propos de soins de longue durée suit un incident comme une chute qui soulève des inquiétudes au sujet de son bien-être dans son milieu de vie actuel. Dans la pratique, plusieurs processus de détermination de la capacité se déroulent souvent en même temps, comme l'évaluation de la capacité de prendre des décisions à l'égard de son admission et l'évaluation de la capacité de gérer ses biens afin d'assurer le financement des soins de longue durée[240]. En ce qui concerne un malade hospitalisé en établissement

psychiatrique, la CCC a statué qu'une évaluation pourrait ne pas être nécessaire si le psychiatre traitant arrive à déterminer la capacité du malade à partir de ses contacts réguliers avec le malade et de son dossier médical[241].

À qui incombe l'évaluation de la capacité. À la différence des évaluations de la capacité concernant un traitement qui peuvent être effectuées par n'importe quel professionnel de la santé, les évaluations de la capacité de prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins sont effectuées par une catégorie spéciale de professionnels de la santé appelés « appréciateurs ». Ces appréciateurs de la capacité doivent être membres de l'un des ordres professionnels suivants : Ordre des audiologistes et des orthophonistes, Ordre des diététistes, Ordre des infirmières et infirmiers, Ordre des ergothérapeutes, Ordre des médecins et chirurgiens, Ordre des physiothérapeutes, Ordre des psychologues[242] et Ordre des travailleurs sociaux[243]. Ils ont été choisis pour effectuer des évaluations de la capacité de prendre des décisions à l'égard d'une admission à un établissement de soins de longue durée parce que ce sont eux qui sont les plus susceptibles de travailler avec une clientèle de personnes âgées, la tranche de la population ayant le plus souvent besoin d'évaluations de la capacité[244]. Jeffrey Cole et Noreen Dawe citent une étude rapportant que la plupart des évaluations étaient effectuées par des travailleurs sociaux qui considèrent que c'est l'aspect le plus difficile de leur travail[245]. De même, Alexandra Carling-Rowland et Judith Wahl rapportent que la majorité des évaluations sont effectuées par des gestionnaires de cas des Centres d'accès aux soins communautaires (CASC) qui sont généralement des travailleurs sociaux ou des infirmières autorisées[246]. Ils rapportent de plus qu'une enquête auprès d'audiologistes et d'orthophonistes révèle que seulement 19 p. 100 d'entre eux savaient qu'ils étaient qualifiés pour effectuer des évaluations de la capacité de prendre des décisions à l'égard de l'admission, que 11 p. 100 avaient déjà effectué une évaluation de la capacité de concert avec un autre professionnel de la santé et que 6 p. 100 avaient effectué une évaluation tout seuls[247]. On ignore la fréquence des évaluations effectuées par les autres professionnels de la santé désignés comme appréciateurs. En revanche, si les chiffres correspondent à ceux donnés pour les audiologistes et les orthophonistes, il y a raison de s'inquiéter de la méconnaissance et du manque de formation de ces professionnels de la santé en matière d'évaluation de la capacité. Comme il est mentionné ci-dessous, des efforts considérables ont été consentis dans certains secteurs pour proposer une formation des professionnels et établir des normes qui vont au-delà des exigences de la loi : l'Ordre des audiologistes et des orthophonistes de l'Ontario a mis au point un module de formation sur le consentement et la capacité, et le *Training Manual for Evaluators* des CASC cité ci-dessous en fournit un autre exemple.

Documentation. La LCSS et les règlements connexes ne fournissent aucun conseil sur la manière de procéder aux évaluations de la capacité. Il n'existe pas non plus de lignes directrices, d'orientations officielles, de documents de formation ou de formules obligatoires,

ce qui contraste fortement avec les conseils détaillés à l'intention des évaluateurs de la capacité en vertu de la LPDNA, tels que décrits dans la section suivante. Il existe cependant une formule comportant cinq questions, connue comme le questionnaire de l'appréciateur. Son utilisation est si répandue qu'elle est devenue pratique courante[248]. L'appréciateur doit inscrire les réponses données aux questions et cocher la case correspondant à « capable », « incapable » ou « communication impossible », ainsi que les cases indiquant si la personne interrogée a été informée de la constatation d'incapacité, si elle a reçu une fiche d'information sur ses droits et si elle a l'intention ou non de présenter une requête en révision à la CCC. La formule comprend également un guide de deux pages à l'intention de l'appréciateur à qui il est recommandé d'informer le client de l'objet de l'évaluation et des conséquences d'une constatation d'incapacité. Le guide fournit quelques exemples de questions additionnelles à poser et énumère les responsabilités de l'appréciateur à la suite de l'évaluation. La CCC et les tribunaux ont statué à plusieurs reprises que le fait de poser les cinq questions figurant sur la formule et de consigner les réponses ne constitue pas une évaluation correcte de la capacité[249].

Conséquences de l'évaluation. Lorsqu'une personne est jugée incapable de prendre des décisions à l'égard de son admission à des soins de longue durée ou à des services d'aide personnelle, ces décisions sont prises par un mandataire spécial qui suit la même procédure que pour les décisions concernant un traitement.

Lignes directrices et exigences en matière de formation. Les professionnels de la santé énumérés ci-dessus sont des appréciateurs de l'évaluation de la capacité en vertu du fait qu'ils sont membres d'un ordre professionnel. Ils ne sont pas tenus de suivre une formation spécialisée en évaluation de la capacité, mais dans les faits, il y en a qui le font, même si la loi ne l'exige pas. Judith Wahl fait l'observation suivante :

> *[TRADUCTION]* Les appréciateurs ne reçoivent aucune formation spécifique en évaluation de la capacité. Ils ont le pouvoir d'évaluer la capacité d'une personne à l'égard de son admission à des soins de longue durée en vertu du fait qu'ils sont membres d'un des ordres professionnels énumérés dans la définition d'appréciateur de la loi[250].

Cole et Dawe rapportent que les travailleurs sociaux, dont l'étude qu'ils ont citée fait mention, étaient d'avis qu'ils ne disposaient pas de la formation et de la surveillance nécessaires pour effectuer des évaluations de la capacité à prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins[251].

En plus de la formule du ministère, il existe de nombreux guides qui fournissent des conseils à l'intention des personnes qui effectuent des évaluations à cette fin, mais les appréciateurs ne sont pas tenus de les utiliser puisqu'aucun de ces guides n'est mentionné dans la loi. Il n'est pas clair non plus si ces guides recueillent une large adhésion, ni s'ils sont largement distribués. Le guide intitulé *Assessing Capacity for Admission to Long-Term Care Homes: A Training Manual*

for Evaluators, préparé pour les CASC, est le plus complet[252]. Il y a également des outils spécialisés comme le *Practical Guide to Capacity and Consent Law of Ontario for Health Practitioners Working with People with Alzheimer Disease* élaboré par le Dementia Network of Ottawa[253] et le *Communication Aid to Capacity Evaluation* (CACE) développé par Alexandra Carling-Rowland[254].

Comme c'est le cas des évaluations de la capacité concernant un traitement, la surveillance des appréciateurs est effectuée par les ordres professionnels réglementés de la santé. Les articles 47.1 et 62.1 de la LCSS stipulent que les appréciateurs, tout comme les praticiens de la santé traitants, doivent respecter les lignes directrices adoptées par le corps dirigeant de leur profession concernant les renseignements sur les conséquences d'une constatation d'incapacité qu'ils sont tenus de communiquer aux personnes évaluées.

Droits et recours des personnes évaluées. Une personne qui fait l'objet d'une évaluation de sa capacité à l'égard de son admission à des soins a les mêmes droits que dans le cas d'une évaluation de sa capacité à l'égard d'un traitement. Dans le contexte des décisions à l'égard de l'admission à des soins, la loi ne prévoit pas de droit d'être informé du but de l'évaluation, de refuser l'évaluation ou d'exiger la présence d'un avocat ou d'un ami, ni d'être informé de ces droits avant l'évaluation. Toutefois, la formule d'évaluation standard comprend une fiche de renseignements qu'il faut remettre aux personnes qui sont jugées incapables, ainsi que des cases que doit cocher l'appréciateur pour indiquer que la personne a été informée de la constatation d'incapacité et de son droit de présenter une requête en révision à la CCC[255].

Bien qu'il n'y ait pas de droits clairement définis dans la LCSS, les personnes faisant l'objet d'une évaluation de la capacité pourraient bénéficier de certains droits procéduraux basés sur la notion de justice naturelle de la common law[256]. Par exemple, dans la décision *Saunders* v. *Bridgepoint Hospital*, J. Spies a fait la remarque incidente suivante :

> *[TRADUCTION]* La LCSS n'a pas de disposition comparable à celle prévue dans l'article 78 de la LPDNA. En ce qui concerne le droit de refuser une évaluation, il me semble qu'il s'agit d'une question qui dépasse la portée des règles de l'équité procédurale et qu'elle n'est susceptible de contrôle judiciaire que dans le cadre d'une contestation constitutionnelle. Je suis d'avis toutefois, par souci d'équité procédurale, qu'un patient doit être informé du fait qu'une évaluation de la capacité à des fins d'admission en établissement de soins sera entreprise, du but de l'évaluation et de l'importance et des conséquences d'une constatation de capacité ou d'incapacité. Étant donné les enjeux pour le patient, il me semble qu'il s'agit d'une exigence minimale d'équité procédurale. De plus, cela fera en sorte que l'information recueillie auprès du patient, sur laquelle repose l'évaluation, soit fiable[257].

Une personne peut présenter une requête en révision d'une constatation d'incapacité à consentir à son admission à des soins de longue durée ou à des services d'aide personnelle, sauf si elle a un tuteur à la personne qui a le pouvoir de donner ou de refuser son consentement ou

un procureur au soin de la personne aux termes d'une procuration comportant une disposition selon laquelle la personne renonce à son droit de présenter une requête en révision[258]. Dans le cas d'une personne voulant présenter une requête en révision d'une constatation d'incapacité à l'égard de son admission après l'admission, la CCC n'a pas la compétence d'entendre une requête contestant le respect par le mandataire spécial des exigences de la LPDNA en vertu du paragraphe 54(1). Toutefois, la CCC a décidé qu'elle examinera une telle décision par voie de requête en vue d'obtenir des directives conformément au paragraphe 52(1)[259].

Critiques et sujets de préoccupation

Au cours des consultations préliminaires de la CDO, c'est cette forme d'évaluation de la capacité qui a soulevé les préoccupations les plus sérieuses, surtout en ce qui concerne l'admission à des soins de longue durée. Ces évaluations sont réalisées au moment même où les établissements et les systèmes (soins de santé, soins de longue durée, soins à domicile) et les réseaux de soutien informel comme la famille et les amis sont mis à dure épreuve et, souvent, où la personne en question se trouve en situation de vulnérabilité – par exemple, une personne qui se rétablit d'une maladie ayant entraîné une hospitalisation. Les conséquences d'une détermination erronée de la capacité dans ce domaine seront sans doute décisives pour l'avenir et marqueront profondément la personne et sa famille. Bien que l'admission à des soins de longue durée puisse s'avérer nécessaire et contribuer à améliorer la santé et le bien-être de la personne concernée, la plupart des gens qui se trouvent dans une telle situation préféreraient demeurer au sein de leur collectivité dans la mesure du possible.

L'analyse ci-dessus met en évidence certaines des questions clés qui se posent. La possibilité que la formule à cinq questions soit utilisée de façon abusive soulève de grandes préoccupations. Au lieu de l'utiliser comme point de départ, les appréciateurs peuvent se limiter aux cinq questions et manquer d'« approfondir et vérifier » ou de prendre en compte des facteurs qui pourraient influer sur l'évaluation (comme le stress, les difficultés à communiquer ou les différences culturelles)[260]. En se penchant sur les préoccupations particulières des personnes ayant des troubles de communication, Carling-Rowland et Wahl se sont dits inquiets que la probabilité soit plus grande que ces personnes soient jugées incapables, surtout parce que la formule n'a pas été conçue pour prendre en compte les obstacles à la communication. Cette situation est particulièrement inquiétante étant donné la grande diversité de praticiens qui peuvent effectuer des évaluations et l'absence de formation obligatoire[261].

Même si une constatation d'incapacité à prendre des décisions à l'égard de l'admission à des soins ne donne pas lieu à une mise en tutelle ou à une perte semblable d'autonomie décisionnelle, les conséquences peuvent s'avérer décisives pour l'avenir et revêtir un caractère

permanent. Malgré cela, l'accès des personnes concernées à des mesures de soutien et à des renseignements relatifs à ce processus demeure relativement limité.

De plus, le fait que les protections actuelles soient mal appliquées soulève également des préoccupations. L'Advocacy Centre for the Elderly a exprimé des préoccupations semblables à celles qu'il avait manifestées à l'égard de la capacité à consentir à un traitement :

> *[TRADUCTION]* La *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* […] n'exige pas spécifiquement que des évaluateurs, une catégorie précise de praticiens de la santé, fournissent des renseignements sur les droits aux personnes qui sont jugées incapables de consentir à leur admission à un établissement de santé. Dans la pratique, la plupart des évaluateurs remettent une fiche de renseignements sur les droits aux personnes jugées incapables, même si l'information peut s'avérer floue et trompeuse. Il n'y a aucune garantie que la personne concernée reçoive le soutien de l'évaluateur pour obtenir de l'aide juridique ou communiquer avec la CCC afin de présenter une requête en révision de la constatation d'incapacité.
>
> Selon les statistiques fournies par la CCC, il y a eu seulement 61 audiences en 2007 et 81 en 2008 suivant des requêtes en révision de constatations d'incapacité à l'égard d'une admission à des soins de longue durée. Étant donné qu'il y a environ 76 000 résidents en soins de longue durée dans la province et un si petit nombre de requêtes, nous sommes portés à avancer l'hypothèse que beaucoup de personnes âgées ne sont pas renseignées sur leurs droits[262].

5. Évaluation de la capacité de prendre des décisions pour gérer ses biens ou prendre soin de sa personne

Les examens de la capacité de gérer ses biens à l'admission en établissement psychiatrique en vertu de la LSM ont été analysés ci-dessus. Toutes les autres évaluations de la capacité juridique de gérer des biens sont régies par la LPDNA, tout comme la capacité de prendre soin de sa personne, incluant des décisions concernant les soins de santé, l'habillement, l'alimentation, le logement, l'hygiène et la sécurité.

Enclencher la procédure d'évaluation. L'évaluation de la capacité de gérer ses biens ou de prendre soin de sa personne peut être enclenchée de différentes manières et pour différentes raisons. L'évaluation peut être effectuée aux fins suivantes :

1. enclencher un processus de mise en tutelle légale aux biens à la demande de la personne à évaluer ou par une autre personne[263];
2. permettre l'entrée en vigueur d'une procuration relative aux biens ou au soin de la personne, qui est subordonnée à une constatation d'incapacité;
3. contester ou faire annuler une constatation d'incapacité (par exemple, lorsqu'une personne estime que sa situation a changé et qu'elle veut contester une tutelle sous régime législatif ou d'origine judiciaire);
4. fournir des preuves pour une requête en tutelle d'origine judiciaire;
5. se conformer à une ordonnance du tribunal[264].

À qui incombe l'évaluation de la capacité? Seul un évaluateur de la capacité qualifié peut effectuer des évaluations de la capacité en vertu de la LPDNA[265]. Pour exercer la fonction d'évaluateur, il faut être membre de l'un des ordres professionnels suivants : l'Ordre des médecins et chirurgiens, l'Ordre des psychologues, l'Ordre des ergothérapeutes et l'Ordre des travailleurs sociaux (et être titulaire d'un certificat d'inscription) ou l'Ordre des infirmières et infirmiers (et être titulaire d'un certificat d'inscription)[266]. Les évaluateurs doivent satisfaire aux exigences en matière de formation dont les grandes lignes sont exposées ci-dessous. Le Bureau de l'évaluation de la capacité du ministère de la Procureure générale tient à jour une liste des évaluateurs de la capacité agréés.

Conséquences de l'évaluation. Les évaluations de la capacité de gérer ses biens ou de prendre soin de sa personne en vertu de la LPDNA peuvent donner lieu à une foule de conséquences pour la personne concernée, allant de l'absence de conséquences juridiques à l'enclenchement d'un processus de mise en tutelle légale qui constitue la forme de prise de décisions au nom d'autrui la plus restrictive de son autonomie.

À la suite d'une constatation d'incapacité d'une personne à gérer ses biens, l'évaluateur doit informer le TCP qui devient immédiatement le tuteur aux biens de cette personne à moins qu'il existe déjà un tuteur légal aux biens ou qu'un avocat détienne une procuration perpétuelle qui lui confère un pouvoir de gestion sur toutes les affaires financières de cette personne. L'une ou l'autre des personnes suivantes peut demander au TCP à le remplacer en qualité de tuteur légal aux biens de l'incapable : le conjoint ou le partenaire de l'incapable, un parent de l'incapable, un avocat en vertu d'une procuration perpétuelle de l'incapable qui ne confère pas au procureur de pouvoir sur tous les biens de l'incapable, ou une société de fiducie si l'incapable a un conjoint ou un partenaire qui consent par écrit à la demande[267]. Une requête visant à devenir tuteur par nomination judiciaire ne comporte pas les mêmes restrictions sur la personne qui peut être nommée. Toutefois, la cour examinera le fait que le tuteur proposé est ou non le procureur constitué en vertu d'une procuration perpétuelle, les volontés de l'incapable si elles peuvent être établies, ainsi que le caractère étroit des rapports entre le requérant et l'incapable[268].

Une évaluation de la capacité de prendre soin de sa personne ne sert qu'à permettre l'entrée en vigueur d'une procuration au soin de la personne ou à fournir des preuves pour une requête en tutelle à la personne d'origine judiciaire[269].

Lignes directrices et exigences en matière de formation. La personne a les qualités requises pour faire des évaluations de la capacité si elle remplit les exigences en matière de formation et si elle demeure qualifiée. Cela comprend la réussite du cours de qualification approuvé par la Procureure générale, qui comprend une formation sur la LPDNA, sur les meilleures méthodes à suivre pour remplir les formules et établir les rapports requis par la loi, sur les normes relatives

à l'exécution des évaluations de capacité, et sur les procédures établies pour déterminer si une personne a besoin que quelqu'un prenne des décisions en son nom. Elle doit subir une évaluation pour déterminer si elle maîtrise bien le contenu de la formation qu'elle a reçue[270]. Elle est également tenue de réussir un cours de formation continue tous les deux ans[271].

En plus de réussir un cours de formation continue, l'évaluateur de la capacité doit présenter au Bureau de l'évaluation de la capacité, aux fins d'examen et d'observation, au moins deux Déclarations de l'évaluateur récentes (les renseignements personnels sont supprimés) tous les deux ans[272] et il doit faire au moins cinq évaluations pendant chaque période de deux ans afin de demeurer qualifié pour faire des évaluations de la capacité[273].

L'évaluateur de la capacité est tenu de se conformer aux *Lignes directrices en matière d'évaluations de la capacité*[274] établies par la Procureure générale[275], qui ont pour but d'établir un protocole d'évaluation standardisé visant à éviter les évaluations incohérentes et partiales. L'inobservation des lignes directrices prescrites peut donner lieu à une plainte portée devant l'ordre professionnel réglementé dont l'évaluateur est membre[276]. Les lignes directrices définissent les principes fondamentaux sur lesquels doivent reposer les évaluations de la capacité, comme le droit de disposer de soi-même et la présomption de capacité; elles exposent dans les grandes lignes la base conceptuelle des évaluations de la capacité, elles expliquent en détail le critère de détermination de la capacité et elles présentent un processus d'évaluation de la capacité en cinq étapes.

Droits et recours des personnes évaluées. La LPDNA définit les droits procéduraux des personnes faisant l'objet d'une évaluation de la capacité[277] :

1. le droit de refuser de subir une évaluation sauf si l'évaluation a été ordonnée par le tribunal ou prévue dans une disposition spéciale d'une procuration relative au soin de la personne[278];
2. le droit d'être informée du but de l'évaluation ainsi que de l'importance et des conséquences d'une constatation de capacité ou d'incapacité[279];
3. le droit d'être avisée par écrit des constatations de l'évaluateur; dans un cas de tutelle légale aux biens de la personne, la loi exige qu'une copie du certificat d'incapacité soit remise à l'incapable[280];
4. lorsqu'une demande d'évaluation de la capacité pour déterminer si le TCP devrait devenir tuteur légal aux biens conclut à une incapacité, le TCP, à la réception du certificat d'incapacité, doit informer la personne concernée du fait que le TCP est devenu son tuteur légal aux biens et de son droit de demander, par voie de requête à la CCC, une révision de la constatation de l'évaluateur selon laquelle elle est incapable de gérer ses biens[281];

5. une personne dont les biens font l'objet d'une tutelle légale peut présenter à la CCC une requête en révision d'une constatation d'incapacité dans les six mois qui suivent la constatation d'incapacité[282].

Critiques et sujets de préoccupation

Les évaluations de la capacité de prendre des décisions concernant ses biens ou sa personne qui sont entreprises en vertu de la LPDNA s'appuient sur une documentation importante. La dynamique de ces évaluations est fortement influencée par leur potentiel de déboucher sur des solutions à long terme, comme l'entrée en vigueur de procurations ou la nomination d'un tuteur comportant toutes les deux l'accès aux finances de la personne concernée ou le contrôle de sa vie personnelle.

Puisqu'il y a des coûts associés aux évaluations en vertu de la LPDNA, des problèmes d'accessibilité peuvent se poser. Le Bureau de l'évaluation de la capacité dispose de fonds, quoique limités, pour aider les personnes qui n'ont pas les moyens de payer une évaluation ou une réévaluation de la capacité, mais les coûts peuvent avoir un effet dissuasif. D'autres problèmes d'accessibilité peuvent également se poser, par exemple, dans des collectivités éloignées ou pour des personnes issues de minorités linguistiques ou culturelles. Le Bureau de l'évaluation de la capacité ne vise pas à faire en sorte que des évaluateurs soient disponibles dans toutes les régions de l'Ontario, mais il aide les familles à trouver un évaluateur possédant les compétences linguistiques nécessaires.

Les tentatives d'utiliser une évaluation de la capacité pour exercer un contrôle sur une autre personne ou pour résoudre des conflits familiaux sont un sujet de préoccupation majeure. Une évaluation de la capacité en vertu de la LPDNA peut aboutir au transfert du contrôle à long terme d'une personne ou de ses biens, ouvrant la porte à des abus. Bien que la LPDNA prévoie qu'une personne peut demander l'évaluation de sa propre capacité (ou de celle d'une autre personne), Verma et Silberfeld rapportent que *[TRADUCTION]* « les gens se soumettent rarement eux-mêmes à une évaluation »[283]. Le plus souvent, c'est un membre de la famille ou un avocat représentant un membre de la famille qui présente une demande d'évaluation. Bien qu'il soit probable dans la plupart des cas que le membre de la famille soit sincèrement préoccupé du bien-être de la personne visée par la demande, il est aussi possible qu'il cherche à profiter personnellement d'une constatation d'incapacité juridique ou qu'il cherche à tirer parti de l'évaluation dans le contexte d'une rivalité entre membres d'une même famille[284]. De même, Silberfeld et autres ont décelé des conflits d'intérêts potentiels dans le contexte de demandes de réévaluation visant à redonner la capacité, laissant entendre qu'un tiers qui n'est pas un mandataire spécial de la personne visée pourrait exercer des pressions sur elle pour qu'elle demande une évaluation de manière à ce que le tiers puisse s'emparer à titre officieux du pouvoir décisionnel[285]. La possibilité que de telles situations se produisent est reconnue dans la

jurisprudence[286]. C'est à l'évaluateur que revient la charge de discerner les intentions potentiellement contraires et la possibilité de vils intérêts[287].

La possibilité qu'une évaluation de la capacité en vertu de la LPDNA soit enclenchée inutilement est un autre sujet de préoccupation : un membre de la famille d'une personne vulnérable peut enclencher inutilement le processus d'évaluation et de tutelle parce qu'il ne connaît pas d'autres moyens de protéger cette personne d'un préjudice imaginaire ou réel. Il n'est peut-être pas informé d'autres options non juridiques ou peut-être que la cohésion familiale n'est pas assez forte pour qu'elles soient envisagées. Les membres de la famille peuvent se sentir désemparés devant l'absence d'information ou d'options disponibles pour faire face à la situation dans laquelle ils se retrouvent, surtout s'ils ne peuvent pas consulter un avocat. La procédure d'évaluation de la capacité en vertu de la LPDNA peut s'avérer relativement facile à enclencher pour les personnes qui en ont les moyens, même s'ils n'en saisissent pas toutes les conséquences.

La procédure d'évaluation de la capacité en vertu de la LPDNA comporte le système de formation et de surveillance le plus approfondi de tous les mécanismes de l'Ontario utilisés à cette fin, ce qui illustre l'importance des conséquences d'une constatation d'incapacité de gérer ses biens ou de prendre soin de sa personne. D'ailleurs, comme nous l'avons mentionné plus haut dans le présent chapitre, les exigences en matière de formation et de surveillance, ainsi que les lignes directrices détaillées à l'intention des évaluateurs, sont remarquables en comparaison de celles de la plupart des autres provinces. Néanmoins, on se dit préoccupé que ces exigences ne soient pas assez contraignantes.

6. Évaluation de la capacité d'établir une procuration

Pour établir une procuration, il faut satisfaire au critère juridique de détermination de la capacité. Comme nous l'avons vu au chapitre I de la partie Deux, la LPDNA définit des critères spécifiques de détermination de la capacité d'établir une procuration relative aux biens ou au soin de la personne, le critère pour la seconde étant plus exigeant que celui pour la première.

Enclencher la procédure d'évaluation. Bien que la LPDNA n'établisse pas de présomption de capacité pour établir une procuration, elle stipule qu'une personne âgée de 18 ans ou plus est présumée capable de conclure un contrat[288] et qu'une personne âgée de 16 ans ou plus est présumée capable de donner ou de refuser son consentement relativement au soin de sa personne[289]. La loi prévoit également qu'une personne (comme un avocat chargé de préparer une procuration) peut se fier à la présomption de capacité d'une autre personne à moins qu'elle n'ait des motifs raisonnables de croire qu'elle est incapable de conclure le contrat ou de donner ou refuser son consentement, selon le cas[290].

La loi n'exige donc pas qu'une personne subisse une évaluation de la capacité pour établir une procuration, à moins qu'elle veuille établir une procuration au soin personnel comportant des clauses de circonstances exceptionnelles[291]. Toutefois, certains avocats exigent que les personnes âgées ou celles qui semblent avoir une déficience mentale subissent une évaluation de la capacité. Au cours des consultations préliminaires de la CDO, de nombreux évaluateurs consultés ont indiqué que ce genre d'évaluation non législative représentait une partie importante de leur travail.

À qui incombe l'évaluation de la capacité. À quelques rares exceptions, une évaluation de la capacité n'est pas requise pour établir une procuration. Si la capacité est mise en cause, c'est un juge qui en est l'ultime arbitre et il admet en preuve les résultats d'évaluations. Donc, les compétences professionnelles ne constituent que l'un des aspects qu'un avocat examinera pour obtenir une évaluation de la capacité d'un client d'établir une procuration. Cohen et Shulman soulignent que la compétence d'un évaluateur influera sur le poids qui sera conféré à son avis dans une bataille juridique éventuelle à une date ultérieure. Un avocat fera donc appel vraisemblablement à clinicien qu'il connaît, qui possède une expérience et des connaissances en la matière, qui est un témoin expert crédible et dont la liste de références est impressionnante[292].

Exigences relatives à l'évaluation de la capacité. Ces évaluations ne sont pas soumises à des exigences législatives spécifiques. Comme beaucoup sont effectuées par des personnes qui sont également des évaluateurs de la capacité de gérer ses biens en vertu de la LPDNA, les *Lignes directrices* du ministère de la Procureure générale peuvent s'appliquer dans la pratique.

Droits et recours des personnes évaluées. En règle générale, une évaluation de la capacité d'établir une procuration est effectuée à la demande de la personne faisant l'objet de l'évaluation et, habituellement, lorsqu'elle est sûre d'être considérée comme capable. Toutefois, une constatation d'incapacité d'établir une procuration ne peut pas être révisée par la CCC[293]. Comme ces évaluations n'ont pas de portée juridique, sauf l'interprétation probable que pourrait en faire la cour, une personne dans cette situation aurait comme seul recours de contester l'évaluation devant les tribunaux, et ce, uniquement dans le cadre d'une procédure où l'évaluation est citée en preuve, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait pas tout simplement demander à la cour d'invalider ou de renverser la constatation d'incapacité.

Dans l'affaire *Knox c. Burton*[294], M^me^ Knox souhaitait établir une nouvelle procuration aux biens en faveur de son neveu et révoquer la procuration existante en faveur de son fils. Un évaluateur a déterminé qu'elle était incapable d'établir une procuration relative aux biens. Elle a été évaluée par la suite par deux autres évaluateurs qui l'ont tous les deux jugée capable d'établir une procuration relative aux biens. Son fils a contesté la nouvelle procuration et la cour a

estimé que les trois évaluations avaient reconnu que la capacité peut fluctuer, et elle a confirmé la validité de la procuration.

Critiques et sujets de préoccupation

Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'une évaluation formelle de la capacité pour établir une procuration. Par exemple, Judith Wahl doute que ces évaluations permettent vraiment de déterminer la capacité et elle laisse entendre que des preuves par affidavit fournies par des personnes qui connaissent la personne et l'ont observée dans son quotidien apporteraient de meilleures preuves de capacité[295]. De même, Spar et Garb soutiennent que les évaluations ponctuelles ne sont pas très utiles à la cour puisqu'elle peut généralement se faire une idée par inférence de la capacité juridique d'une personne en consultant ses dossiers médicaux, ses documents financiers, son dossier professionnel, ses écrits de testateur (comme un journal ou des lettres) au moment de l'établissement de la procuration, ainsi que les renseignements fournis par ses amis, des membres de sa famille, ses associés et des prestataires de services[296]. Tout au plus, une évaluation ponctuelle de la capacité fournit une preuve que la cour peut prendre en considération lors d'une contestation de la validité d'une procuration. Dans ce contexte, une évaluation de la capacité ne peut pas en soi établir la preuve de la capacité.

Un deuxième sujet de préoccupation, c'est qu'on ne sait pas très bien à qui appartient l'évaluation, ni **pour qui** elle est effectuée : l'avocat ou la personne qui en fait l'objet? Dans ce contexte, une évaluation doit répondre à des objectifs multiples, à savoir donner une évaluation objective de la capacité de la personne visée d'établir une procuration, créer un document qui servira de preuve utile en cas de contestation de la procuration, et convaincre l'avocat qu'il peut entreprendre la préparation des documents. Olders pose la question suivante : *[TRADUCTION]* « En quoi l'évaluateur est-il redevable à l'avocat? Ce dernier pourrait exercer des pressions sur l'évaluateur pour qu'il participe à un processus contradictoire, alors que l'évaluateur, sollicité pour son expertise, peut se croire tenu à l'impartialité »[297].

Comme c'est le cas des évaluations de la capacité de gérer ses biens ou de prendre soin de sa personne, les coûts d'une évaluation de la capacité d'établir une procuration peuvent s'avérer prohibitifs pour certaines personnes et constituer un obstacle pour les personnes âgées ou handicapées et leur empêcher l'accès à des outils juridiques importants comme la procuration, surtout si on est attentif au fait que les personnes âgées vivent souvent avec des revenus fixes et qu'un nombre disproportionné de jeunes atteints d'un handicap vivent dans la pauvreté.

D. Thèmes généraux et sujets de préoccupation

La ou les conceptions ontariennes à l'égard de l'évaluation de la capacité sont le fruit d'une réforme en profondeur du droit entreprise à la fin des années 1980 et au début des

années 1990. Elles préconisent des solutions relativement avancées pour résoudre les problèmes inhérents à la mise en place de procédures et de normes d'évaluation de la capacité. Près de deux décennies de mise en pratique des mécanismes utilisés actuellement pour évaluer la capacité font apparaître des tensions et des préoccupations à l'égard des démarches employées. Certains de ces problèmes sont symptomatiques des difficultés inhérentes à la conception de procédures d'évaluation de la capacité. Des questions comme les qualités requises et les exigences nécessaires pour effectuer des évaluations de la capacité, les réponses à apporter aux fluctuations de la capacité, et l'importance de trouver un point d'équilibre entre les protections procédurales sont fondamentales et, bien que des améliorations soient possibles, il n'y a probablement pas de solution idéale. D'autres problèmes se posent dans plusieurs domaines du droit comme l'ont démontré les travaux de recherche effectués en vue des deux projets-*cadres*, et ils sont une préoccupation constante pour ces personnes en matière de droit.

1. Questions concernant spécifiquement les mécanismes d'évaluation de la capacité

Diversité et harmonisation des multiples conceptions de l'évaluation de la capacité

Bien que les systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario reposent tous sur les mêmes notions sous-jacentes de capacité, leur examen à la lumière de la LPDNA, de la LCSS et de la LSM fait ressortir la diversité des procédures d'évaluation de la capacité tant dans le droit ontarien que dans la pratique. Certains systèmes, comme l'évaluation de la capacité à l'égard du traitement, sont quelque peu informels, alors que d'autres, comme la capacité de gérer ses biens en vertu de la LPDNA, sont dotés de mécanismes plutôt formels. Certaines évaluations visent la prise de décisions spécifiques (comme à l'égard d'un traitement), alors que d'autres visent des domaines décisionnels. Certains systèmes comportent des protections procédurales et des mesures de soutien assez complètes, comme des conseillers en matière de droits en vertu de la LSM, alors que d'autres, comme ceux liés à l'évaluation de la capacité de gérer ses biens en vertu de la LPDNA, reposent sur ce que l'on pourrait qualifier de « modèle de consommation » et comportent un droit de refus. Les évaluations de la capacité de gérer ses biens ou de prendre soin de sa personne en vertu de la LPDNA sont assujetties à des normes et à des lignes directrices assez détaillées, alors que d'autres procédures reposent sur des méthodes exemplaires et des normes volontaires ou propres aux établissements; les évaluations de la capacité de gérer ses biens en vertu de la LSM reposent sur le jugement d'un expert.

Ces différences reflètent dans une certaine mesure la diversité des contextes et des conséquences des différents types d'évaluation, ce qu'a recommandé *l'Enquête Weisstub*[298]. Bien que les systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario reposent tous sur la même notion sous-jacente de capacité, ils l'appliquent différemment suivant les circonstances et les décisions à prendre. Il vaut la peine de se demander s'il serait possible de simplifier ou de conjuguer les

différents systèmes, tout en demeurant attentif au contexte. Par exemple, serait-il utile d'harmoniser la formation et les protocoles des différents mécanismes? La Commission de réforme du droit de l'État du Victoria a recommandé que les procédures d'évaluation de la capacité reposent sur des principes clairs « qui doivent guider *quiconque* est appelé – y compris des cliniciens, des magistrats ou des tuteurs nommés par procuration perpétuelle – à déterminer la capacité d'une personne d'entreprendre une activité donnée » [C'EST NOUS QUI SOULIGNONS][299]. La *Mental Capacity Act 2005* qui s'applique en Angleterre et au Pays de Galles vise à mettre en œuvre une démarche commune de l'évaluation de la capacité. Cette loi régit les procurations, les directives préalables, les évaluations de la capacité de prendre des décisions ponctuelles concernant la santé, le bien-être personnel, les finances ou les biens, ainsi que les nominations de mandataires pour répondre aux besoins courants touchant la prise de décision, et elle impose un ensemble de méthodes d'usage normal au moyen d'un code de pratique rédigé en langage clair[300].

- **QUESTION À ABORDER : l'Ontario pourrait-il tirer profit d'une harmonisation et d'une simplification plus poussées et d'une coordination accrue de ses différents systèmes d'évaluation de la capacité? Si oui, que pourrait-on proposer précisément pour ce faire?**

<u>À qui incombe l'évaluation de la capacité?</u>

En comparaison avec d'autres provinces, l'Ontario a opté pour une conception de l'évaluation de la capacité grandement professionnalisée et formalisée. Exception faite des évaluations visant à établir une procuration, celles qui sont prévues par la loi sont effectuées par des personnes exerçant une profession réglementée. Chose intéressante, au cours des consultations préliminaires de la CDO, plusieurs évaluateurs désignés ont affirmé que les évaluations de la capacité d'établir une procuration ou de faire un testament représentaient une partie importante et grandissante de leur charge de travail, ce qui met en évidence une tendance à la professionnalisation même dans les cas où l'évaluation de la capacité n'est pas requise par la loi.

D'ailleurs, le sujet de préoccupation le plus souvent soulevé dans le cadre des consultations de la CDO sur l'évaluation de la capacité en Ontario a trait à l'insuffisance de spécialisations et de cadres formels. Les préoccupations exprimées ont touché l'absence de programmes de formation spécialisée obligatoire à l'intention des évaluateurs, la méconnaissance de la notion de capacité et des critères de détermination de la capacité dont font preuve les praticiens de la santé chargés de l'évaluation de la capacité de consentir à un traitement, les exigences de formation insuffisantes pour les évaluateurs désignés, ainsi que le besoin de lignes directrices obligatoires spécifiques pour les personnes chargées d'évaluer la capacité et qui ne sont pas

assujetties actuellement aux *Lignes directrices en matière d'évaluations de la capacité* du ministère de la Procureure générale.

Parmi les questions qui devraient être examinées plus à fond, mentionnons les compétences et la formation nécessaires pour les différentes catégories d'évaluateurs de la capacité en matière de diversité, y compris le savoir-faire culturel et la connaissance de la dynamique liée à l'appartenance raciale, à l'orientation sexuelle et à d'autres aspects de l'identité. Aussi, comme c'est le cas pour d'autres sujets de préoccupation ayant trait à la prestation de services et aux recours juridiques dans une province aussi populeuse que l'Ontario, la question de l'accès en temps opportun à des professionnels et à des services compétents posera un défi plus important dans les régions rurales et éloignées, dimension qu'il faut prendre en compte dans la formulation de recommandations relatives à la réforme du droit.

- **QUESTION À ABORDER : qui doit effectuer les différents types d'évaluation de la capacité requis? Quelle formation est nécessaire? Comment doit-elle être dispensée?**

Souplesse et réévaluation

La question de la réévaluation concerne surtout les dispositions relatives à l'examen pour établir la capacité prévues par la LSM et celles relatives à l'évaluation de la capacité de gérer ses biens ou de prendre soin de sa personne prévues par la LPDNA, puisque, à long terme, elles pourraient conduire à une mise en tutelle ou à l'entrée en vigueur de procurations. En vertu de la LSM, un médecin *peut* procéder à un nouvel examen n'importe quand et il *doit* réexaminer un malade avant sa mise en congé. Cependant, pour un malade qui séjourne longuement en établissement psychiatrique, l'intervalle de temps qui sépare les évaluations peut être long et pourrait ne pas refléter l'évolution du malade qui peut présenter une requête en révision à la CCC seulement tous les six mois.

En vertu de l'article 20.1 de la LPDNA, le tuteur légal aux biens doit aider à planifier, au nom de l'incapable, une évaluation de sa capacité s'il s'est écoulé six mois depuis l'ouverture de la tutelle ou la dernière évaluation. Cependant, il faut que l'incapable (ainsi que le tuteur) soit au courant de son droit à un nouvel examen, ce qui le laisse dépendant, pour exercer ses droits, de la personne qui exerce le contrôle qu'il cherche à faire annuler. De même, la loi ne comporte pas de dispositions semblables relatives à un tuteur nommé par le tribunal et à un mandataire agissant en vertu d'une procuration. Dans une étude commandée par la CDO, l'ARCH Disability Law Centre insiste sur le fait que l'absence d'exigences légales contraignant le tuteur nommé par le tribunal à prévoir une nouvelle évaluation de la capacité est une question importante :

> *[TRADUCTION]* Le fait que les tuteurs aux biens nommés par les tribunaux ne sont pas tenus de prévoir une nouvelle évaluation de la capacité de l'incapable dans un délai donné reflète l'une des grandes

> faiblesses du régime actuel de prise de décisions au nom d'autrui. La seule façon de s'assurer qu'une personne mise sous tutelle subit une nouvelle évaluation est de la prévoir dans l'ordonnance de la cour. Autrement, il n'y a pas grand-chose que l'on peut faire pour obliger un tuteur nommé par le tribunal de prendre des dispositions en vue d'une nouvelle évaluation de la capacité. S'il refuse de le faire ou de payer pour l'évaluation, la personne « incapable » pourrait présenter une requête devant le tribunal à cette fin, mais si le tuteur ne dispose pas des ressources nécessaires, il n'y a aucune garantie que d'autres autorités publiques le feraient[301].

- **QUESTION À ABORDER : les systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario s'adaptent-ils correctement aux fluctuations de la capacité? Si oui, quelles propositions précises pourraient contribuer à les améliorer sur ce plan?**

Protections procédurales

Tous les mécanismes assurent un certain équilibre des protections procédurales. Par exemple, bien que la LSM ne prévoie pas qu'une personne puisse refuser un examen de la capacité, elle instaure des mesures de soutien assez vigoureuses prenant la forme de conseillers en matière de droits en vue de contester les résultats de l'examen. Les personnes faisant l'objet d'une évaluation de la capacité de gérer leurs biens ou de prendre soin d'elles en vertu de la LPDNA bénéficient de protections procédurales étendues découlant de la loi ou des *Lignes directrices* obligatoires, y compris le droit de refuser de subir une évaluation, de recevoir des renseignements au sujet de l'évaluation, d'être avisée par écrit de la constatation et, dans certains cas, de présenter une requête en révision à la CCC. Toutefois, elles n'ont pas accès à des mesures de soutien comparables aux conseillers en matière de droits. Il est valable d'examiner si le bon équilibre a été atteint dans chaque cas.

Les préoccupations les plus importantes touchant les protections procédurales ont été soulevées à l'égard des évaluations de la capacité de consentir à l'admission à des soins de longue durée. Une évaluation qui conclut à l'incapacité, bien que ponctuelle, aura des conséquences très importantes, mais les protections juridiques sont minimales. Conjuguée aux exigences relativement faibles en matière de formation, cette situation suscite des inquiétudes sur la protection des droits fondamentaux dans le cadre de ce processus d'évaluation. De même, il existe de nombreuses situations où il n'y a pas de recours simples pour contester une évaluation, sinon payer pour subir une nouvelle évaluation, ce qui pourrait être au-dessus des moyens de certaines personnes.

Comme il a été mentionné ailleurs, la mise en application de certaines protections procédurales pourrait également s'avérer problématique. Par exemple, l'Advocacy Centre for the Elderly a soulevé des préoccupations à l'égard de la fourniture de renseignements sur les droits aux personnes qui sont jugées incapables de consentir à un traitement ou à leur admission à des

soins de longue durée, surtout que les orientations en cette matière relèvent essentiellement des ordres professionnels[302].

- **QUESTION À ABORDER : est-ce que chacun des systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario trouve le juste milieu entre les formalités, les protections procédurales, l'accessibilité et l'efficacité?**

2. *Problèmes survenant fréquemment dans le droit touchant les personnes handicapées et les personnes âgées*

L'examen des systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario révèle un ensemble de problèmes qui correspondent aux obstacles décelés par les deux projets-*cadres* de la CDO. Ce sont des problèmes qui surgissant en général lors de l'élaboration de lois et d'orientations ou la mise en place de méthodes touchant des personnes handicapées ou des personnes âgées, mais, bien entendu, ces problèmes se posent différemment dans le contexte des lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, et des systèmes d'évaluation de la capacité.

Complexité et navigation

La diversité des multiples systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario a pour but de répondre à des contextes et à des types de décision particuliers, mais elle pose en soi des problèmes. Elle ajoute grandement à la complexité du système, tant pour les personnes à titre individuel que pour leurs familles, ainsi que pour les professionnels. La voie à privilégier n'est pas toujours évidente : par exemple, durant les consultations préliminaires, plusieurs personnes se sont inquiétées de ce que certaines personnes âgées puissent faire l'objet d'un examen de la capacité de gérer leurs biens en vertu de la LSM au lieu d'une évaluation de la capacité en vertu de la LPDNA. De même, une personne pourrait être évaluée à de nombreuses reprises par différents systèmes, surtout celles qui ont des besoins complexes ou multiples.

Aussi, certains systèmes d'évaluation de la capacité sont en soi assez complexes, ce qui est attribuable en partie aux efforts louables visant à prendre en compte la diversité dans des circonstances particulières et à trouver le juste milieu entre les protections procédurales et l'efficacité des opérations.

Le *Rapport final : Cadre du droit touchant les personnes handicapées* souligne ceci :

> Cette complexité constitue un défi en soi, à la fois pour les personnes handicapées, les fournisseurs de services et les défenseurs des droits qui essaient d'aider les gens à naviguer dans le système. Malgré leurs intentions louables, certaines lois ne réussissent pas à atteindre leurs objectifs parce qu'elles ne sont pas facilement accessibles aux personnes handicapées qui ne disposent pas des mesures de soutien et des ressources nécessaires pour les comprendre et les utiliser. Il est possible que les personnes handicapées ne soient pas en mesure de faire des choix éclairés parce qu'elles ne sont pas au fait des options qui s'offrent à elles ou qu'elles considèrent qu'il leur est trop difficile d'exercer ces options[303].

La gestion de la complexité ne passe pas nécessairement par la simplification des systèmes (bien que ce soit manifestement une option). Une autre solution consisterait peut-être à augmenter officiellement la communication de renseignements, la surveillance et la défense des intérêts des personnes qui sont susceptibles de connaître des difficultés à naviguer dans le système. Des options pour ce faire sont décrites dans la partie Quatre du présent document.

- **QUESTION À ABORDER : les normes d'évaluation de la capacité des différents systèmes sont-elles claires, cohérentes et rigoureuses? Si non, que pourrait-on proposer précisément pour les améliorer?**

Plaintes et surveillance

En règle générale, la surveillance des différents systèmes d'évaluation de la capacité s'exerce de deux manières : d'abord, par le truchement des programmes éducatifs, des orientations et des normes des différentes professions de la santé réglementées et des mécanismes de traitement des plaintes des ordres professionnels les régissant, puis, par la présentation de requêtes en révision à la CCC ou au tribunal en vertu du paragraphe 39(1) de la LPDNA pour les personnes ayant établi une procuration perpétuelle relative aux biens et qui ont été jugées incapables. Pour les personnes qui sont examinées par un évaluateur désigné, des garanties additionnelles sont prévues : l'évaluateur doit fournir au Bureau de l'évaluation de la capacité tous les deux ans des copies de deux évaluations récentes à des fins d'examen et d'observation, et il doit effectuer un nombre déterminé d'évaluations pour demeurer qualifié. Pour certains types d'évaluation, de gros employeurs institutionnels auxquels les professionnels chargés de l'évaluation sont associés peuvent assurer dans la pratique un certain niveau de surveillance.

Ainsi, la surveillance s'exerce en grande partie par le truchement des plaintes. Il semble qu'il soit relativement rare que des plaintes relatives aux évaluations soient adressées aux ordres de réglementation des professionnels de la santé. L'Advocacy Centre for the Elderly a fait remarquer que *[TRADUCTION]* « la procédure de traitement des plaintes est très longue et, si l'on fait appel à un avocat, coûteuse. Certains de nos clients choisissent de ne pas porter plainte parce qu'il faudra trop de temps pour aborder un problème nécessitant une solution immédiate »[304]. Bien que le chapitre II de la partie Quatre portant sur les mécanismes de règlement des différends examine les points forts et faibles de la CCC, il convient de mentionner que la Commission représente une instance impartiale et compétente pour la révision des évaluations et, en tant que tribunal administratif, sa procédure est moins lourde et coûteuse qu'une révision judiciaire. Il convient également de noter qu'il est relativement rare qu'une évaluation soit annulée par la CCC. Comme il a été mentionné plus haut, Hiltz et Szigeti ont fait

remarquer que, selon les statistiques, moins de 10 p. 100 des requérants ont été jugés capables de consentir à un traitement à la suite d'une requête à la Commission[305].

Bien qu'il soit important de fournir des voies de recours, les deux projets-*cadres* ont présenté les risques et les inconvénients de systèmes répondant aux besoins de personnes vulnérables qui dépendent entièrement sur les plaintes pour assurer une surveillance. Le *Cadre du droit touchant les personnes âgées – Rapport final* note ce qui suit :

> Les systèmes de présentation des plaintes délèguent aux personnes âgées l'entière responsabilité de signaler un problème, ce qu'on peut voir comme une façon de respecter leur autonomie. Dans certains cas, cependant, ces systèmes peuvent se révéler problématiques, particulièrement lorsqu'une personne âgée est vulnérable ou marginalisée en raison d'une incapacité, d'un faible revenu, d'un statut d'immigration ou d'autres facteurs. […] En outre, les systèmes de présentation des plaintes comportent parfois des coûts, des obstacles administratifs ou des délais que les personnes âgées vulnérables ne sont pas en mesure de gérer. […] Lorsque les services sont destinés aux personnes âgées vulnérables […] les systèmes qui délèguent aux personnes âgées l'entière responsabilité de signaler un problème et d'obtenir réparation peuvent échouer à répondre aux besoins de celles-ci[306].

Les possibilités de surveillance varient considérablement d'un mécanisme à l'autre. Certaines évaluations se déroulent dans un contexte fortement réglementé comme un hôpital et sont effectuées par des professionnels soumis à des normes et à des codes d'éthique définis. D'autres types d'évaluation ont lieu dans des contextes privés et sont donc moins susceptibles de faire l'objet d'une surveillance.

- **QUESTION À ABORDER : le contrôle et la surveillance des différents types d'évaluation de la capacité en Ontario sont-ils adéquats? Si non, que pourrait-on proposer précisément pour améliorer ceux-ci à cet égard?**

<u>Accès à l'information, interventions et mesures de soutien</u>

L'accès à l'information sur les lois, les orientations et les programmes, sur leur impact potentiel et sur la façon d'y accéder est essentiel pour assurer l'accès à la justice. Nous sommes peut-être tous aux prises avec des difficultés pour avoir accès à cette information et la comprendre, mais, comme il a été souligné dans les deux projets-*cadres*, les personnes qui sont plus âgées ou sont handicapées ou qui font partie des deux catégories doivent surmonter des obstacles additionnels liés aux problèmes d'accessibilité pour les personnes handicapées. Par exemple, il se peut que l'information ne soit pas offerte dans un format accessible ou que les sites Web où elle se trouve n'affichent que des documents en format PDF. Certains segments de la population connaissent moins bien les nouvelles technologies en raison de tendances historiques (par exemple, les attentes et les possibilités en matière d'éducation étaient limitées pour les femmes plus âgées aujourd'hui) ou d'obstacles précis sur le plan de l'éducation (qui ont

été abondamment documentés en ce qui concerne les personnes vivant avec certains types de handicap). La tendance à délaisser la transmission de renseignements par l'entremise de personnes (par téléphone ou en personne) au profit de l'information en ligne entraînera des inconvénients pour certaines. De même, la complexité accrue des systèmes téléphoniques automatiques d'information aura aussi pour conséquence d'en décourager certaines, et celles qui vivent dans des foyers de soins de longue durée auront un accès limité à l'information compte tenu du contexte[307]. Le manque de connaissances de leurs droits et des façons d'y accéder a été l'un des thèmes omniprésents des consultations publiques de la CDO qui ont mené à l'élaboration du *Cadre du droit touchant les personnes âgées*. Un grand nombre de participants aux groupes de discussion ont eu des difficultés à définir les lieux où ils pourraient se renseigner sur leurs droits et les responsabilités connexes.

Lorsque les lois, les orientations et les méthodes sont complexes ou que les enjeux sont considérables – ou les deux –, l'accès à l'information prend une importance capitale, comme c'est le cas lorsqu'il est question de l'évaluation de la capacité. Il convient donc de noter avec satisfaction que le cadre législatif comporte des dispositions (qui varient selon le mécanisme) visant à aborder cette question comme, par exemple, l'obligation d'informer une personne de la nature d'une évaluation et des conséquences potentielles, l'accès à des conseillers en matière de droits dans certains cas, et l'obligation de fournir des renseignements sur le droit de contester l'évaluation de quelqu'un.

Toutefois, l'accès à l'information pour les personnes évaluées demeure un sujet de préoccupation. Certaines difficultés tiennent à la nature du droit : beaucoup de personnes touchées par une évaluation de la capacité seront dans un état de crise (par exemple, malades et hospitalisées), vulnérables ou marginalisées, ou auront besoin de soutiens informationnels additionnels en raison de la nature de la déficience donnant lieu à l'évaluation. Fournir des renseignements gagne en importance dans ces circonstances et comporte aussi des difficultés additionnelles.

Pour cette raison, fournir des renseignements peut s'avérer en soi insuffisant si des services d'intervention et d'autres soutiens officiels additionnels n'y sont pas associés. Les questions liées aux interventions et aux soutiens seront traitées dans le détail au chapitre III de la partie Quatre. Il suffit ici de noter qu'à l'origine, le régime législatif en place a été prévu comme incluant des interventions indépendantes soutenues par l'entremise de la Commission d'intervention; l'abrogation de la *Loi de 1992 sur l'intervention* n'a pas été suivie de changements compensateurs de grande envergure ailleurs dans la législation, ce que certains considèrent comme un déséquilibre fondamental du régime.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas eu d'efforts considérables consentis dans les interventions et la communication d'information dans les limites de la législation actuelle. De nombreux organismes, y compris le Bureau de l'évaluation de la capacité, l'ARCH Disability Law Centre et le Réseau ontarien de prévention des mauvais traitements envers les personnes âgées, ont déployé des efforts considérables dans l'éducation juridique du grand public. De nombreuses sources proposent des documents rédigés en un langage simple; par exemple, certains hôpitaux ont produit des dépliants et des fiches de renseignements en langage simple sur l'évaluation de la capacité et le rôle des mandataires spéciaux, qu'ils remettent aux personnes qui en ont besoin. Le Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques (BIPEP) joue un rôle de premier plan dans le système actuel, tout comme les cliniques d'aide juridique qui effectuent des interventions individuelles et systémiques sur ces questions dans la mesure de leurs possibilités. Néanmoins, des lacunes importantes ont été constatées et elles demeurent un sujet de préoccupation.

- **QUESTION À ABORDER : Y a-t-il des obstacles qui limitent l'accès aux systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario? Si oui, que pourrait-on proposer précisément pour les rendre plus accessibles?**

E. Questions à aborder

1. **Comment l'expérience d'évaluation de la capacité diffère-t-elle en fonction du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'appartenance raciale, de la langue, de la culture, du statut socioéconomique, du statut d'autochtone, de l'emplacement géographique, de différents types de handicaps et d'autres aspects de la diversité?**
2. **Est-ce que chacun des systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario trouve le juste milieu entre les formalités, les protections procédurales, l'accessibilité et l'efficacité?**
3. **Qui doit effectuer les différents types d'évaluation de la capacité requis? Quelle formation est nécessaire? Comment doit-elle être dispensée?**
4. **Le contrôle et la surveillance des différents types d'évaluation de la capacité en Ontario sont-ils adéquats? Si non, que pourrait-on proposer précisément pour améliorer ceux-ci à cet égard?**
5. **Les normes d'évaluation de la capacité des différents systèmes sont-elles claires, cohérentes et rigoureuses? Si non, que pourrait-on proposer précisément pour les améliorer?**
6. **L'Ontario pourrait-il tirer profit d'une harmonisation et d'une simplification plus poussées et d'une coordination accrue de ses différents systèmes d'évaluation de la capacité? Si oui, que pourrait-on proposer précisément pour ce faire?**
7. **Les systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario s'adaptent-ils correctement aux fluctuations de la capacité? Si oui, quelles propositions précises pourraient contribuer à les améliorer sur ce plan?**
8. **Y a-t-il des obstacles qui limitent l'accès aux systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario? Si oui, que pourrait-on proposer précisément pour les rendre plus accessibles?**

PARTIE TROIS

LA PRISE DE DÉCISION

De diverses questions liées à la prise de décision selon le cadre législatif de l'Ontario. Le chapitre I traite de solutions de rechange à la prise de décision au nom d'autrui, notamment diverses formules pour la prise de décision accompagnée et la codécision. Le chapitre II porte sur le problème grandissant des personnes sans famille proche ni ami disposé à les aider à prendre des décisions ou capable de le faire et passe en revue diverses solutions possibles, dont les fiduciaires professionnels, un élargissement des fonctions des organismes communautaires, des programmes de bénévolat et des réseaux de soutien personnels. Le chapitre III porte sur les processus, tant publics que privés, de nomination de mandataires spéciaux et aborde entre autres des questions de simplicité, d'accessibilité et de proportionnalité.

I. DE NOUVEAUX ARRANGEMENTS EN MATIÈRE DE PRISE DE DÉCISION : LES ACCOMPAGNATEURS ET LES CODÉCIDEURS

A. Introduction

Les nouveaux arrangements en matière de prise de décision, soit la prise de décision accompagnée et la codécision, ont fait partie des questions les plus importantes soulevées au cours des consultations préliminaires de la Commission du droit de l'Ontario (CDO) dans le cadre de ce projet. Ces arrangements représentent un changement d'orientation fondamental dans les façons de considérer le droit et ont d'importantes répercussions sur presque tous les aspects de ce domaine du droit. Leurs défenseurs souhaiteraient que l'un ou l'autre de ces arrangements – ou les deux – figurent dans les lois ontariennes, soit comme options parmi d'autres, soit comme options privilégiées ou options qui remplacent carrément la prise de décision au nom d'autrui.

Le présent chapitre portera sur les éléments fondamentaux des modalités que sont la prise de décision accompagnée et la codécision et les comparera à la prise de décision au nom d'autrui; des modèles précis de ces formes de prise de décision, certaines des répercussions et des difficultés de mise en œuvre qui s'y rattachent y seront également exposées.

Ces conceptions assez récentes de la prise de décision sont étroitement liées aux changements dans les conceptions de la capacité, exposés au chapitre I de la partie Deux, et trouvent leur fondement dans le modèle social de l'invalidité et la critique, du point de vue des droits de la personne, des façons actuelles d'envisager la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle.

Les divers arrangements en matière de prise de décision sont fondés sur différentes hypothèses et expériences de la nature de la prise de décision, du rôle du droit, des caractéristiques des relations intimes et de la nature de l'invalidité et du vieillissement. Les personnes qui consacrent beaucoup de temps aux questions liées à l'invalidité, au vieillissement et à la capacité juridique ont tendance à toutes accorder beaucoup d'importance aux principes de la dignité, de l'autonomie, de l'inclusion et de la participation, de même qu'au droit de n'être ni exploité ni victime de mauvais traitements. En pratique, toutefois, il peut y avoir de profondes différences dans la façon dont ces principes sont compris et sur les moyens qui conviennent le mieux de prendre pour les respecter.

Certaines des différences dans la façon de les considérer viennent des divergences dans les expériences et les situations vécues par les personnes visées par le droit en matière de capacité juridique, de prise de décision et de tutelle. Les besoins et les aspirations d'un jeune adulte ayant une déficience intellectuelle à cet égard seront très différents de ceux d'une veuve atteinte de la maladie d'Alzheimer à un stade intermédiaire qui habite dans un foyer de soins de longue durée, tout comme ils seront très différents de ceux d'une personne atteinte, depuis un certain nombre d'années, d'une déficience grave et récurrente en santé mentale qui a considérablement affecté ses ressources sociales et économiques. La nature d'une déficience, l'étape de la vie où elle survient et le moment au cours de la vie où il faut recourir aux lois sur la capacité juridique et la prise de décision auront de très profondes répercussions sur l'ampleur et la nature des relations d'une personne, les ressources financières dont elle dispose (et les tentations d'abus qui en découlent), ainsi que sur la nature et la disponibilité des ressources et des soutiens pertinents. Tous ces aspects auront à leur tour une incidence considérable sur la façon dont ces personnes aborderont les lois dans ce domaine. Il est donc essentiel de porter une attention réfléchie et respectueuse à ces différences de points de vue et d'expériences dans l'étude des modalités en matière de prise de décision et d'envisager la possibilité qu'une formule universelle ne puisse pas, en fait, répondre aux besoins de tous ceux et celles qui sont visés par ces lois.

Il est également très important de tenir compte de l'expérience concrète des personnes qui viennent en aide quotidiennement aux personnes atteintes de déficiences qui les empêchent d'avoir accès à l'information, de la retenir, de l'évaluer et de la communiquer. Les lois jouent un rôle fondamental dans l'expression et la formulation des valeurs et des normes, mais les personnes qui assurent, de diverses manières, un soutien à la prise de décision n'auront probablement pas une connaissance approfondie des lois ou n'y auront pas régulièrement eu recours pour résoudre des difficultés pratiques. Souvent, elles sont guidées par leurs propres valeurs et considérations éthiques, les conditions pratiques de la situation, leurs compétences et la nature de leurs liens. Évidemment, leur propre contexte façonnera la façon dont ils comprendront et s'acquitteront de leurs fonctions : leur culture, leur statut socio-économique, les soutiens familiaux et sociaux dont elles disposent elles-mêmes, les ressources proposées dans les collectivités dans lesquelles elles vivent et de nombreux autres facteurs. Dans les faits, de nombreux membres de la famille et amis nommés en vertu d'une procuration ou désignés tuteurs s'acquitteront de leur fonction d'une manière très semblable à celle que préconisent les défenseurs d'une prise de décision accompagnée; de même, les personnes qui assument les fonctions d'accompagnateurs peuvent parfois être appelées à remplir des fonctions très semblables à celles des mandataires spéciaux sur le plan fonctionnel. Dans l'examen de réformes particulières du droit, il sera important de tenir compte des répercussions pratiques sur la vie des personnes juridiquement incapables et de celles qui les entourent.

En conclusion, le chapitre 1 de la partie Un du présent *document de travail* comprend une brève description des multiples aspects de la prise de décision. Celle-ci comprend à la fois des procédures et des résultats, d'un point de vue public et privé. En théorie, une formule idéale en la matière maximiserait tous ces aspects. En pratique, ils ne sont pas toujours si faciles à concilier. Diverses modalités en matière de prise de décision chercheront à équilibrer ces aspects de diverses manières et établiront aussi des priorités différentes.

Ces nouvelles formes de prise de décision continuent d'évoluer. La terminologie varie, parfois considérablement : des expressions multiples sont souvent utilisées pour décrire la même notion et, inversement, les mêmes mots sont souvent utilisés pour parler de modalités aux répercussions pratiques fort différentes. Ce sont des débats conceptuels et philosophiques permanents. La CDO a pour rôle d'élaborer des propositions pratiques, réalisables et tournées vers l'avenir pour que le droit soit réformé dans ce contexte particulier, à la lumière des principes et des considérations contenus dans les *cadres*. Le présent chapitre n'a pas pour objet d'examiner de manière exhaustive les notions de la prise de décision accompagnée et de la codécision, ni la philosophie qui les sous-tend, mais plutôt d'examiner les répercussions pratiques possibles pour la réforme du droit ontarien, un droit enraciné dans une histoire particulière et qui existe dans le contexte d'un ensemble précis d'institutions, de ressources et de contraintes.

Pour amorcer la discussion sur les modalités de rechange, le présent chapitre examinera les dispositions de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (CDPH) par rapport aux modalités en matière de prise de décision, puis décrira brièvement les aspects principaux de la formule actuelle de prise de décision au nom d'autrui en Ontario, avant de passer à des examens plus approfondis de la prise de décision accompagnée et de la codécision.

B. La *Convention relative aux droits des personnes handicapées*

Cet examen ne saurait se faire sans traiter de la CDPH que le Canada a ratifiée et en particulier de l'article 12 reproduit au chapitre I des parties Un et Deux. L'article 12 prévoit ce qui suit :

- Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
- Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.
- Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
- Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus,

conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêts et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée;

- Sous réserve des dispositions du présent article, les États Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier ; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

On a beaucoup parlé des répercussions de l'article 12 sur les modalités en matière de prise de décision. Aux fins du présent chapitre, il s'agit principalement de déterminer s'il faut comprendre que la CDPH reconnaît aux personnes handicapées un droit inaliénable et non dérogeable d'être reconnues comme des personnes juridiquement capables en tout temps ou qu'elle les protège contre les décisions discriminatoires d'incapacité basées sur leur état de personne handicapée. Les conséquences découlant de ces deux interprétations sont très différentes. Si l'on retient la première interprétation, la prise de décision au nom d'autrui n'est plus une modalité valable. Une personne conserverait le pouvoir juridique ultime de prendre des décisions dans toutes les circonstances et elle ne serait soutenue pour ce faire que si elle y consentait[308]. La deuxième interprétation obligerait les pouvoirs publics à concevoir et à appliquer sans discrimination des lois sur la capacité[309]. Les opinions divergent sur ce que suppose exactement cette deuxième interprétation, mais il semblerait à tout le moins qu'il faudrait protéger les droits à l'égalité précisés, l'accès à des soutiens à la prise de décision et la prévision de protections appropriées contre les abus dans l'exercice de cette capacité juridique.

La Déclaration et la Réserve du Canada concernant la CDPH précisent que « le Canada reconnaît que les personnes handicapées sont présumées avoir la capacité juridique dans tous les aspects de leur vie[310] ». Le Canada déclare qu'il comprend que l'article 12 permet des mesures d'accompagnement et de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique « dans des circonstances appropriées et conformément à la loi[311] », et se réserve le droit « de continuer l'utilisation de telles mesures dans des circonstances appropriées et sujettes à ce qu'elles soient assorties de garanties appropriées et effectives[312] ».

C. La prise de décision au nom d'autrui en Ontario

1. Les formules de prise de décision au nom d'autrui en Ontario

La prise de décision au nom d'autrui demeure la formule la plus courante en matière de prise de décision dans les provinces et les territoires visés par la common law. Elle varie cependant très considérablement d'un endroit à un autre. En raison des efforts de réforme approfondie du droit dans les années 1980 et 1990, la formule de l'Ontario est assez moderne, cohérente et progressiste. Les éléments clés du système ontarien, aux fins du présent chapitre, sont exposés ci-après. Comme ils sont discutés en détail dans d'autres chapitres, ils ne sont présentés ici que sous forme résumée.

Le critère de détermination de la capacité cognitive. Comme il est dit au chapitre 1 de la partie Trois, il est fondé sur l'aptitude de la personne « à comprendre et à évaluer » l'information nécessaire à la prise d'une décision donnée. Même si la capacité juridique peut évoluer ou fluctuer et même si elle concerne certaines décisions ou certains types de décision (c'est-à-dire qu'elle n'est pas « plénière »), elle constitue une qualité absolue. Une personne a soit la capacité juridique de prendre une décision donnée, soit elle ne l'a pas. Lorsqu'elle n'a pas la capacité juridique de prendre une décision ou un type de décision en particulier, un représentant (le « mandataire spécial ») prendra la décision en son nom et assumera aussi les responsabilités qui s'y rattachent.

Les garanties procédurales pour les personnes qui peuvent être juridiquement incapables. Même si les garanties peuvent ne pas être complètes ou idéales, comme il est dit au chapitre II de la partie Trois, l'ensemble des lois ontariennes accordent beaucoup d'attention aux garanties procédurales des personnes qui peuvent être juridiquement incapables, notamment des mécanismes pour renseigner la personne et contester les décisions sur la capacité juridique.

Les possibilités pour les personnes de choisir un mandataire spécial ou de participer à la sélection de ce dernier. On expose, dans le chapitre II de la partie Trois, le mode de sélection d'un mandataire spécial. Les lois ontariennes cherchent à simplifier, par la création d'une procuration, la tâche des personnes juridiquement capables qui choisissent un mandataire spécial pour prendre des décisions à leur place concernant leurs biens, les soins ou les traitements dont elles peuvent avoir besoin. L'Ontario restreint assez peu le contenu des procurations ou les exigences pour en assurer la validité. De plus, lorsque des tuteurs sont précisés, soit par les dispositions du remplacement de la tutelle légale soit par des nominations du tribunal, le TCP et le tribunal doivent respectivement tenir compte des souhaits de la personne placée sous tutelle.

L'importance des liens de confiance, fondement de la prise de décision au nom d'autrui. Comme on le dit dans le chapitre II de la partie Trois, l'ensemble des lois ontariennes prévoit

divers mécanismes qui visent à donner la priorité à la sélection de mandataires spéciaux en fonction des liens de confiance et d'intimité existants. Par exemple, la liste hiérarchisée des mandataires spéciaux prévue dans la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* (LCSS) donne la priorité aux membres de la famille, lorsqu'un mandataire spécial n'a pas déjà été nommé. De même, les dispositions sur le remplacement des tuteurs selon la LPDNA privilégient les membres de la famille.

Les devoirs du mandataire spécial de promouvoir la participation et de tenir compte des souhaits et des préférences. Selon la LPDNA, tant les procureurs en vertu d'une production que les tuteurs doivent promouvoir la participation de la personne à la prise de décision. En ce qui concerne les décisions sur les soins à la personne selon la LPDNA, et toutes les décisions en vertu de la LCSS, les mandataires spéciaux doivent tenir compte des « désirs exprimés lorsque la personne était capable », ses valeurs et ses croyances lorsqu'elle était capable, et ses désirs actuels, lorsqu'ils peuvent être confirmés.

2. Critiques à l'égard de la prise de décision au nom d'autrui

Il est important, dans l'examen des critiques concernant la prise de décision au nom d'autrui, de se concentrer sur celles qui sont pertinentes par rapport au système en vigueur en Ontario, par conséquent, à ce projet. De plus, la présente section se concentrera sur les critiques de la prise de décision au nom d'autrui en tant modalité et non sur les préoccupations formulées sur la mise en œuvre dans la pratique de la prise de décision au nom d'autrui, car ces préoccupations sont abordées tout au long d'autres chapitres du présent *document de travail*.

Il est à noter que pour la majeure partie des personnes consultées pendant la consultation préliminaire de la CDO, les sujets de préoccupation ne portaient pas sur la formule de prise de décision au nom d'autrui en soi, mais plutôt sur sa mise en œuvre en pratique. Autrement dit, ces personnes consultées ne se préoccupaient pas de la façon dont les lois ont défini les fonctions des mandataires spéciaux ou détaillé leurs responsabilités. Elles se préoccupaient surtout de savoir si loi, les orientations et les méthodes connexes garantissaient que ces fonctions et ces responsabilités étaient, dans les faits, menées comme elles devaient l'être. De ce point de vue, si les mandataires spéciaux avaient les soutiens dont ils ont besoin pour s'acquitter pleinement de leurs fonctions, telles que exposées dans la LPDNA et la LCSS, et si leur contrôle est pleinement assuré, le système fonctionnerait bien.

DE NOUVEAUX ARRANGEMENTS EN MATIÈRE DE PRISE DE DÉCISION : LES ACCOMPAGNATEURS ET LES CODÉCIDEURS

D'autres personnes consultées ont exprimé des préoccupations sur le fond de cet arrangement de la prise de décision au nom d'autrui, soutenant qu'elle va à l'encontre des droits fondamentaux des personnes handicapées. Dans une grande mesure, les critiques de la prise de décision au nom d'autrui recoupent les critiques de la conception cognitive et fonctionnelle en matière d'incapacité, exposée à la section B.4 du chapitre III; en fait, la plupart des critiques ne séparent pas l'un et l'autre. Dans cette perspective, la prise de décision au nom d'autrui est (à des degrés plus ou moins grands, selon la critique et la forme particulière de prise de décision au nom d'autrui examinée) fondamentalement paternaliste et débilitante pour les personnes handicapées, fondée sur des préjugés fondés sur la capacité physique et viole les garanties d'égalité et d'absence de discrimination contenues dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et autres instruments relatifs aux droits de la personne.

On critique aussi la prise de décision au nom d'autrui d'un point de vue thérapeutique. Ces critiques des systèmes modernes de prise de décision au nom d'autrui se demandent si un système fondé, comme il l'est actuellement, sur le transfert du pouvoir décisionnel d'une personne à une autre, peut parvenir à créer un juste équilibre entre l'autonomie et d'autres aspects du bien-être. La prise de décision au nom d'autrui repose sur l'hypothèse que le mandataire spécial peut prendre de meilleures décisions pour le bien-être d'une personne dont on a déterminé qu'elle était juridiquement incapable qu'elle ne pourrait le faire pour elle-même, et sur la croyance que ce transfert du pouvoir décisionnel en soi ne se fera pas *[TRADUCTION]* « à des coûts excessivement élevés pour le bien-être des pupilles [soit les personnes sous tutelle] simplement parce qu'on aura subrogé leur pouvoir décisionnel[313] ». Toutefois, certains ont soutenu que la prise de décision au nom d'autrui peut avoir des effets néfastes sur le bien-être d'une personne simplement en transférant le « locus de contrôle » à un autre. La perte d'autonomie peut, en soi, avoir des conséquences préjudiciables sur le bien-être, entraînant peut-être des symptômes de dépression, des sentiments d'impuissance et la perpétuation des préjugés au sujet de la personne. Au lieu de renforcer le bien-être, la nomination d'un mandataire spécial peut être « antithérapeutique[314] ».

D'autres préoccupations examinées dans le chapitre I de la partie Trois ont trait au fait que la prise de décision au nom d'autrui, fondée comme elle l'est sur une conception du « tout ou rien » à l'égard de la capacité, est un moyen imparfait de composer avec une qualité aussi changeante et imprécise que la capacité peut l'être, en particulier pour les personnes qui sont aux limites de la capacité, de sorte que de personnes capables selon les exigences de la loi, se retrouvent néanmoins sous le régime de la prise de décision au nom d'autrui.

D. La prise de décision accompagnée

1. Les notions de la prise de décision accompagnée

La notion de prise de décision accompagnée est fondée sur un modèle social de l'invalidité, soit, comme on le dit dans la CDPH, « [qu'elle] résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres[315] ». Ce modèle vise à promouvoir la pleine égalité des personnes handicapées, y compris leur dignité, leur autonomie et leur capacité de participer à la société sur la base de l'égalité avec les autres. Du point de vue des défenseurs de la prise de décision accompagnée, la perte de la capacité juridique des personnes ayant un handicap intellectuel, mental, cognitif ou autre est un héritage d'une longue histoire de discrimination, de dévaluation et d'exclusion des personnes handicapées et un symptôme d'une opinion universelle qui confère aux personnes handicapées une capacité morale et juridique moindre.

La prise de décision accompagnée vise à permettre aux personnes dont les handicaps peuvent nuire à leur capacité de recevoir, d'évaluer et de mémoriser de l'information pour avoir la maîtrise des décisions les concernant de pouvoir obtenir l'accompagnement de personnes avec lesquelles elles entretiennent des liens de confiance et d'intimité, sans perdre pour autant leur capacité juridique.

<u>Les éléments fondamentaux de la prise de décision accompagnée</u>

Comme la prise de décision accompagnée est une innovation législative assez récente, il n'en existe pas de modèle normalisé et comme nous le décrivons ci-dessous, il existe de nombreuses différences dans les façons de la mettre en œuvre de manière pertinente et efficace. Certains éléments fondamentaux sont communs à toutes les formules de prise de décision accompagnée; comme nous le verrons dans le reste de cette section, leur mise en œuvre proposée et leurs répercussions varient considérablement toutefois, en particulier selon l'ampleur proposée de l'application de cette méthode de prise de décision et le degré d'officialisation et de responsabilité proposée pour les administrations publiques.

La prise de décision accompagnée n'exige pas une constatation d'incapacité. En fait, on cherche, dans un arrangement de prise de décision accompagnée, à éviter cette constatation ou évaluation. La prise de décision accompagnée n'est pas axée sur la présence ou l'absence de traits mentaux particuliers, mais sur les soutiens et les accommodements qui peuvent aider les personnes à avoir la maîtrise des décisions les concernant.

DE NOUVEAUX ARRANGEMENTS EN MATIÈRE DE PRISE DE DÉCISION : LES ACCOMPAGNATEURS ET LES CODÉCIDEURS

Dans les arrangements de prise de décision accompagnée, la personne accompagnée conserve la responsabilité juridique de sa décision. Les personnes accompagnées continuent de décider par elles-mêmes et ces décisions sont les leurs, pas celles de leurs accompagnateurs.

Les arrangements de prise de décision accompagnée sont fondés sur le consentement. Un arrangement imposé est contraire à l'éthique intrinsèque de la prise de décision accompagnée : l'arrangement doit être conclu librement pour fonctionner.

La prise de décision accompagnée est fondée sur des liens de confiance et d'intimité. Pour que la prise de décision accompagnée puisse exister, tout accompagnateur doit très bien connaître personnellement la personne, pour l'aider à comprendre et à tenir compte ensuite de ses valeurs et de ses préférences dans sa décision.

<u>La prise de décision accompagnée dans la pratique</u>

La prise de décision accompagnée, selon les éléments exposés ci-dessus, existe déjà dans la pratique non officielle. Les amis et les membres de la famille des personnes qui ont besoin d'aide pour prendre des décisions peuvent les accompagner, ce qui évite les décisions relativement à la capacité juridique et le recours aux dispositions de la LPDNA ou de la LCSS. Comme il est dit ultérieurement dans le présent chapitre, toutefois, il peut falloir des démarches plus officielles pour la prise de décision, lorsque des exigences institutionnelles ou juridiques entrent en jeu, par exemple parce qu'il faut répondre à des établissements de santé ou des établissements financiers qui ont besoin de décisions claires, certaines et responsables. L'enjeu, dans ces cas, n'a pas trait tant à l'adoption de méthodes de prise de décision accompagnée, mais au caractère officiel à leur donner et à la façon de le faire.

On a aussi observé que dans la pratique, les membres de la famille et les amis peuvent exercer leurs fonctions officielles de mandataires spéciaux d'une manière qui reprend un grand nombre des éléments pratiques de la prise de décision accompagnée, par exemple, respecter la personne dans son identité, sa volonté et ses préférences; favoriser l'autonomie et l'acquisition ou le maintien de ses moyens pour prendre des décisions et lui laisser, dans la plus grande mesure possible, la possibilité de prendre elle-même ses décisions. Les lois actuelles n'empêchent pas d'agir ainsi pour la prise de décision, et à certains égards, encouragent cette façon de faire. Toutefois, sur le plan officiel et juridique, les décisions demeurent celles du mandataire spécial et pas celles de la personne en question.

La prise de décision accompagnée est encore une notion assez nouvelle et il reste des débats entre ses défenseurs quant à son sens précis en pratique et comment le mieux la mettre en œuvre.

L'élaboration d'une base de données probantes. Il y a pour le moment très peu de consensus sur la façon d'inclure la prise de décision accompagnée dans les cadres juridiques. Plusieurs pays ont inclus des formes limitées de prise de décision accompagnée dans leurs lois sur la capacité et la prise de décision, mais ce sont des innovations récentes et on ne sait pas encore ce qui pourrait constituer des modèles fructueux ou des « pratiques exemplaires » dans ce domaine. Il n'y a pas non plus eu d'études d'évaluation approfondies des méthodes en matière de prise de décision accompagnée, mais des projets pilotes réalisés en Australie ont donné des résultats préliminaires intéressants[316]. Divers experts dans le domaine ont souligné l'importance de poursuivre les recherches pour mieux comprendre si les aspirations exposées pour la prise de décision accompagnée (dans ses différents modèles) sont possibles dans la pratique et comment elles le sont[317]. Comme l'a dit un commentateur :

> *[TRADUCTION]* Il n'y a à peu près aucune donnée probante sur la façon dont les décisions sont prises en fait dans les relations de prise de décision accompagnée; l'effet de ces relations sur les personnes qui ont besoin de cet accompagnement; ou la qualité des décisions qui en découlent. Sans plus de renseignements, il est impossible de savoir si la prise de décision accompagnée donne en réalité de l'autonomie aux personnes ayant des déficiences cognitives et intellectuelles[318].

De même, il semble y avoir peu de travaux sur les répercussions de la diversité culturelle sur la prise de décision accompagnée, bien qu'il faille souligner que dans certains contextes culturels, la prise de décision au nom d'autrui en soi peut difficilement convenir aussi. Le document du Canadian Centre for Elder Law portant sur la prise de décision accompagnée fait le commentaire suivant : *[TRADUCTION]* « [D]e nombreuses cultures ont l'idée plus répandue que la prise de décision pour autrui et la prise de décision accompagnée peuvent être une bonne option pour les personnes qui ont ces types de normes culturelles[319] »; on note en outre qu'il existe peu de preuves concernant la prise de décision accompagnée et les niveaux de littératie, la culture indigène et la régionalité.

Cet appel à la prudence trouve un écho dans l'expérience courante, à savoir l'écart entre la réalité et les objectifs qui fait que des réformes du droit bien intentionnées ne réussissent pas à produire l'effet positif voulu ou, dans certains cas, ont des effets néfastes imprévus, ce qui renforce l'importance d'une évaluation attentive des initiatives de réforme du droit.

La prise de décision accompagnée est-elle pour tout le monde? Il existe des modèles multiples de prise de décision accompagnée. L'un des débats fondamentaux irrésolus au sujet de ces modèles porte sur l'universalité ou non de l'application de la prise de décision accompagnée.

Certains soutiennent que la capacité juridique doit être maintenue en toutes circonstances, même lorsque l'accompagnement doit être total[320]. Cela dit, la prise de décision au nom d'autrui, avec sa perte implicite de capacité juridique à agir, est inacceptable dans toutes les

circonstances. Par exemple, Bach et Kerzner ont proposé trois statuts juridiques dans un cadre qui reconnaît et préconisent la prise de décision accompagnée, de même qu'un droit de maintien de la capacité juridique pour tous :

1. Statut d'indépendance juridique : la personne est capable de comprendre l'information et d'évaluer les conséquences d'une décision, et de communiquer cette compréhension et cette décision à un tiers, avec le soutien ou l'aide d'autres personnes choisies.
2. Statut de la prise de décision accompagnée : des accompagnateurs sont nommés de quelque manière pour aider la personne à prendre des décisions et à les communiquer à autrui; les accompagnateurs agissent conformément à la volonté ou à l'intention perçue chez la personne, ou les deux. Pour que ce statut s'applique, la personne doit être capable d'agir de telle sorte qu'au moins une autre personne puisse, parce qu'elle la connaît personnellement, déterminer sa volonté ou son intention ou les deux.
3. Statut d'aide externe : dans les cas où les personnes n'ont pas, pour toutes sortes de raisons, d'autres personnes capables de discerner leur volonté et leur intention, un facilitateur peut être nommé, soit par un document de planification ou un tribunal, pour représenter cette personne, selon la meilleure interprétation de sa volonté et de ses préférences[321].

D'autres voient la prise de décision accompagnée comme un type d'accommodement dans lequel divers types de soutiens sont assurés pour que la personne intéressée puisse dans les faits, prendre la décision elle-même (compte tenu de différents points de vue sur ce que veut dire « prendre la décision » dans ce contexte). Cet arrangement reconnaît que, dans certains cas, des personnes seront incapables de prendre elles-mêmes les décisions les concernant, quelle que soit l'ampleur du soutien, et que dans ces circonstances, sur le plan pratique, une autre personne doit prendre la décision, même si celle-ci doit tenir compte de la dignité fondamentale et de l'identité individuelle de la personne au nom de laquelle elle prend la décision. Autrement dit, dans certains cas, une forme ou une autre d'arrangement qui ressemble à ce que nous appelons actuellement la prise de décision au nom d'autrui est inévitable, même s'il faut insister sur le fait qu'il s'agit là véritablement d'une solution de dernier recours[322].

Dans ce second arrangement, les variations sont très nombreuses : certains croient que pour maintenir la capacité juridique, l'accompagnateur doit pouvoir aider la personne à atteindre un certain degré déterminé de capacité « à comprendre et à évaluer » et d'autres soutiennent qu'une décision peut être fondée sur la « volonté et la préférence » de la personne, même si l'intéressée peut ne pas pleinement comprendre tous les aspects ou toutes les conséquences d'une décision ou de l'absence de décision.

La position adoptée dans ces débats a des répercussions profondes sur la mise en œuvre de la prise de décision accompagnée en pratique, notamment la question de savoir si des

arrangements de prise de décision accompagnée peuvent se faire par une procédure de nominations publiques ou s'il faut une forme ou une autre d'organisme public qui peut assurer une certaine modalité de prise de décision accompagnée dans les cas où il n'y a pas de liens personnels de confiance.

L'attribution de la responsabilité juridique. Une question difficile à résoudre est celle de l'attribution de la responsabilité juridique dans le cas des décisions prises dans un arrangement de prise de décision accompagnée. Les réponses sont dans une certaine mesure liées au modèle de prise de décision accompagnée adopté et à la fonction attendue des accompagnateurs. D'un point de vue, on peut dire que la décision appartient à la personne et que, par conséquent, elle porte l'entière responsabilité de la décision : les critiques soutiennent que ce point de vue peut mener à des résultats moraux troublants lorsque des personnes très vulnérables peuvent être tenues responsables de lourdes conséquences juridiques même si elles n'ont pas compris les risques liés à la décision. D'un autre point de vue, on peut insister sur l'interdépendance des décisions prises dans le cadre d'une prise de décision accompagnée :

> *[TRADUCTION]* [S]i la prise de décision est un processus *interdépendant* et si une personne a un réseau de soutien qui l'aide à prendre des décisions, on peut soutenir que les membres de ce réseau de soutien devraient assumer au moins une certaine responsabilité éthique à l'égard des décisions prises, à moins qu'ils ne prennent officiellement leur distance de cette décision. La question de la responsabilité juridique se pose si les décisions aux conséquences juridiques sont prises, par exemple les décisions qui ont trait à un contrat financier, celles qui exigent un consentement officiel ou les décisions qui peuvent donner lieu à des poursuites civiles[323].

Comme il est dit plus en détail ultérieurement dans la présente section, les questions de responsabilité juridique sont importantes, non seulement pour les personnes qui concluent des accords de prise de décision accompagnée, mais pour les tiers en relation avec ces personnes, de qui on attend qu'elles se fient aux décisions et qu'elles y donnent suite et pour qui les préoccupations de clarté, de certitude et de responsabilité sont prépondérantes.

2. La prise de décision accompagnée au Canada

Certaines provinces et certains territoires canadiens ont, sous une forme ou une autre, reconnu la prise de décision accompagnée. Il existe trois types de reconnaissance : la reconnaissance de la capacité juridique lorsqu'elle est exercée avec des soutiens; les conventions de prise de décision accompagnée et les conventions de représentation. Nous n'avons pas ici tout l'espace pour examiner pleinement tous ces systèmes, mais la présente section en présente brièvement les principales caractéristiques.

<u>La reconnaissance de la capacité lorsqu'elle est exercée avec des soutiens</u>

Dans certains cas, il n'existe pas de mécanisme officiel visant la création, la validation et la surveillance des arrangements de prise de décision accompagnée. La loi reconnaît implicitement plutôt qu'il existe des arrangements officieux de prise de décision accompagnée.

Par exemple, la *Mental Capacity Act* de l'Angleterre et du Pays de Galles intègre l'un de ses principes généraux : *[TRADUCTION]* « Une personne ne doit pas être traitée comme si elle est incapable de prendre une décision à moins que toutes les mesures pratiques pour lui venir en aide n'aient été prises sans succès[324] ». Les Territoires du Nord-Ouest adoptent une démarche semblable : il est dit que lorsqu'on envisage une ordonnance de tutelle ou de curatelle, le Tribunal doit tenir compte de « la capacité de l'adulte, par lui-même ou *avec l'aide de quelqu'un*, de comprendre les renseignements lui permettant de prendre une décision […] et d'apprécier les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision fondée sur ces renseignements, ou de l'absence d'une telle décision[325] [c'est nous qui soulignons]. Cette façon reconnaît essentiellement ce que Bach et Kerzner ont appelé un « statut d'indépendance juridique ».

Les conventions de prise de décision accompagnée

Le Yukon et l'Alberta permettent à des adultes de procéder à des nominations personnelles pour officialiser le rôle que jouent leurs soutiens officieux dans la prise de décision. Les deux parlent respectivement de conventions ou d'autorisations de prise de décision accompagnée. La *Loi sur la prise de décisions, le soutien et la protection des adultes* du Yukon[326] explique ainsi la raison d'être des conventions de prise de décision accompagnée :

> a) habiliter les amis et les membres de la famille dignes de confiance à aider les adultes qui n'ont pas besoin d'être sous tutelle et qui sont en grande partie capables de gérer leurs affaires, mais dont la capacité à prendre ou à communiquer des décisions à l'égard d'une partie ou de la totalité de leurs affaires est diminuée;
>
> b) donner aux personnes qui fournissent du soutien à un adulte en vertu de l'alinéa a) le statut juridique leur permettant d'accompagner cet adulte et de participer à des discussions avec d'autres personnes lorsque ce dernier prend des décisions ou tente d'obtenir de l'information[327].

Au Yukon comme en Alberta, un accompagnateur ne peut pas prendre de décisions au nom d'un adulte et une décision prise ou communiquée avec un soutien est considérée comme la décision d'un adulte[328]. La capacité de la prise de décision d'un adulte est explicitement préservée[329]. En Alberta, un adulte doit avoir la capacité de prendre ses propres décisions avant de recevoir de l'aide. Cette formule n'est recommandée que pour *[TRADUCTION]* « les personnes capables qui doivent prendre des décisions complexes, les personnes dont la langue maternelle n'est pas l'anglais et les personnes atteintes de déficiences légères[330] ». Au Yukon, « [cette convention] est destinée aux adultes qui ont besoin d'aide pour prendre leurs propres décisions[331] ».

Pour conclure une convention ou une autorisation de prise de décision accompagnée, la personne doit *[TRADUCTION]* « comprendre la nature et l'effet d'une autorisation de prise de décision accompagnée [332] ».

Au Yukon, les conventions de prise de décision accompagnée sont possibles pour les questions de soins personnels et les questions financières, dont les opérations bancaires, le budget mensuel, les dépenses alimentaires et d'autres questions financières. En Alberta, ces ententes sont proposées pour les soins personnels, mais pas les affaires financières[333].

La prise de décision accompagnée peut accorder aux accompagnateurs un certain nombre de pouvoirs et de responsabilités, dont les suivants :

- accéder à de l'information ou en obtenir, ou aider la personne à ce faire[334];
- aider la personne dans le processus décisionnel[335];
- communiquer la décision à d'autres personnes ou aider la personne à le faire[336];
- s'assurer que la décision est mise en œuvre[337];
- informer la personne en lui fournissant des explications et des renseignements pertinents[338];
- confirmer les souhaits de la personne[339].

Le Yukon précise que l'accompagnateur ne peut exercer une influence indue et lorsque les lois liées à la fraude, à l'information trompeuse et à l'influence indue sont enfreintes, la décision ne sera pas reconnue comme une décision appartenant à cette personne[340]. En Alberta, s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une décision communiquée par un accompagnateur ou prise avec l'aide d'un accompagnateur résulte d'une influence indue, ou qu'il y a eu fraude ou information trompeuse, une personne peut refuser de reconnaître cette décision[341].

Selon les deux lois, les accompagnateurs sont protégés contre les actes ou les omissions de bonne foi[342]. Le Yukon précise en outre que l'accompagnateur n'engage pas sa responsabilité à l'égard d'une décision prise par la personne s'il n'était pas d'accord avec cette décision et a conseillé à la personne de ne pas la prendre[343] et, surtout, une convention intervenue avec un tiers peut être déclarée nulle si la personne a conclu la convention avec ce tiers sans consulter l'accompagnateur au préalable pour une question qui relève de la convention de prise de décision accompagnée[344].

Les représentants du Yukon et de l'Alberta ont indiqué que la création de ces types de nomination répondait principalement à des préoccupations idéologiques liées aux définitions de la capacité exprimées parmi les personnes handicapées[345]. En Alberta, la loi a également répondu à un besoin pragmatique d'officialiser des liens de confiance dans le contexte des soins de santé afin d'accorder aux accompagnateurs l'accès à des renseignements confidentiels[346]. Étant donné que les conventions ne sont pas enregistrées ni dans la province ni dans le territoire, on ne sait pas si elles sont utilisées. L'Office of the Public Guardian de l'Alberta a déclaré qu'elles ont été très populaires[347]. Par contraste, au Yukon, on croit qu'elles ont été peu

utilisées en raison, notamment, de l'absence d'accompagnateurs de confiance ou disponibles[348].

Les conventions de représentation

Les conventions de représentation sont, au Yukon et en Colombie-Britannique, une autre forme de nominations personnelles, mais une forme qui permet à un « représentant » de prendre des décisions ayant force exécutoire au nom d'un adulte dans la gestion courante de ses affaires financières. On dit souvent dans la littérature que les conventions de représentation facilitent la prise de décision accompagnée[349] ou qu'elles sont des lignes de conduite moins contraignantes que les procurations et la tutelle[350].

Les conventions de représentation au Yukon se situent à mi-chemin entre les conventions de prise de décision accompagnée et les procurations. Elles donnent un pouvoir de représentation pour la prise de décisions concernant des questions financières prescrites, dont la signature d'instruments négociables, des mesures pour obtenir des prestations, l'investissement et le retrait de fonds, la réception et le dépôt de la pension et d'autres sommes, et l'achat de biens et services pour la vie courante[351]. Ces conventions diffèrent des procurations parce qu'elles ne donnent pas de pouvoirs pléniers sur la gestion financière[352] et elles expirent au bout de trois ans ou lorsque la capacité de l'adulte diminue, selon la première éventualité à survenir. Par conséquent, ce type de convention « n'est pas destinée aux adultes souffrant d'une maladie dégénérative telle que la maladie d'Alzheimer » ou aux personnes dont les capacités de prise de décision varient[353].

Le critère établi pour déterminer la capacité d'exécuter ces conventions de représentation exige que l'adulte comprenne la nature et l'effet de la convention. Comme ces dernières visent des opérations plus complexes, il est, dans les faits, supérieur à celui des conventions de prise de décision accompagnée. Selon les pouvoirs conférés au représentant, le critère peut être inférieur ou le même que celui prévu pour une procuration. Comme ces dernières sont plus facilement reconnues par les banques et d'un pouvoir public à un autre, lorsque la raison d'être d'une convention de représentation est la même que celle d'une procuration, l'Unité des services aux personnes âgées et à la protection des adultes du Yukon préconise les procurations perpétuelles[354]. Étant donné qu'au Yukon, l'avocat d'un adulte doit préparer une procuration[355], les conventions de représentation représentent une option plus accessible.

Même si sa population dépasse à peine 35 000 personnes, le Yukon compte environ 30 conventions de représentation[356]. Ces conventions ont été utilisées pour demander et gérer des fonds au nom d'adultes admissibles aux paiements d'expérience commune (PEC) prévus dans la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*[357]. Dans ce contexte, les conventions de représentation visaient à protéger des adultes qui pouvaient être vulnérables à

l'exploitation financière parce qu'on saurait dans la collectivité qu'ils allaient recevoir ces sommes[358].

La *Representation Agreement Act* de la Colombie-Britannique est entrée en vigueur en 2001, après des années de *[TRADUCTION]* « collaboration générale sans précédent de la collectivité et de l'État[359] » et elle a des antécédents législatifs complexes. Les conventions de représentation avaient été initialement prévues pour remplacer les procurations, mais après un examen des deux régimes, commandé par le Procureur général, les deux régimes continuent de coexister[360].

Alors que la *Representation Agreement Act* permettait initialement à un adulte d'autoriser son représentant ou sa représentante à *[TRADUCTION]* « faire, au nom de l'adulte, tout ce que peut faire un fondé de pouvoir agissant en vertu d'une procuration […][361], en vertu des modifications adoptées en 2007, les pouvoirs d'un représentant ont pris de l'ampleur et comprennent maintenant des aspects comme le paiement de factures, la réception et le dépôt de pensions de retraite, les placements, les soins de santé, l'obtention des services juridiques, les soins à la personne et l'entrée dans un foyer de soins[362].

Les conventions de représentation en Colombie-Britannique recoupent la prise de décision accompagnée et la prise de décision au nom d'autrui : *[TRADUCTION]* « un adulte peut autoriser son représentant à l'aider à prendre des décisions ou à prendre des décisions en son nom […][363] ». Même si certains interprètent cette formulation au sens d'un adulte qui peut choisir *soit* de demander de l'aide, *soit* de faire prendre les décisions en son nom, d'autres disent que cette disposition doit être interprétée comme un arrangement global qui tient compte de la dynamique du processus de prise de décision : un adulte peut avoir besoin de plus ou moins d'aide, selon ses capacités pour la décision à prendre[364]. Une convention de représentation en Colombie-Britannique peut durer pendant toute la durée de l'incapacité de l'adulte[365].

Le processus de prise de décision prévu par la *Representation Agreement Act* est donc à l'intention des adultes qui peuvent avoir une capacité variable, qui diminue et qui est liée à un aspect en particulier. La définition de la capacité pour la conclusion d'une convention de représentation diffère considérablement du critère du fonctionnement cognitif pour la capacité utilisée dans toutes les lois ontariennes, ce qui reflète une façon de faire très différente selon qu'il s'agit de capacité et de prise de décision, telle qu'exposée dans le chapitre I de la partie Trois du présent *document de travail*[366]. Les facteurs sont les suivants :

[TRADUCTION]

a) si l'adulte communique un souhait qu'un représentant prenne, aide à prendre ou arrête de prendre des décisions;
b) si l'adulte montre des choix et des préférences et peut exprimer des sentiments d'approbation ou de désapprobation d'autrui;

c) si l'adulte sait qu'en concluant la convention de représentation, en la modifiant ou en révoquant l'une ou l'autre des dispositions, il signifie que le représentant peut prendre, ou arrêter de prendre, des décisions ou de faire, ou arrêter de faire, des choix qui se répercuteront sur l'adulte;
d) si l'adulte entretient avec le représentant une relation basée sur la confiance[367].

Une étude menée par le Nidus Personal Planning Resource Centre and Registry, un service d'aide bénévole d'enregistrement et de défense des droits, a observé que 989 conventions de représentation avaient été conclues et enregistrées entre 2006 et 2009, dont 70 p. 100 accordaient des pouvoirs en matière financière. La majorité des adultes qui exécutent des conventions de représentation avaient entre 19 et 29 ans, suivis des personnes âgées de 80 à 89 ans, mais des personnes de tous âges ont eu recours à ces conventions[368]. La CDO a également entendu, pendant ses consultations préliminaires, que les conventions de représentation ont été recommandées comme outil pour aider des adultes à gérer les soutiens publics au revenu et les prestations sociales dans les situations de déficience sur le plan du développement[369].

Des avocats ont toutefois hésité à adopter les conventions de représentation. Il fallait à l'origine un avocat pour valider ces conventions et l'écart entre le critère légal de la détermination de la capacité et celle-ci au sens de la common law de mandater un avocat a été une source de malaise. Malgré l'élimination de la participation d'un avocat au processus de validation d'une convention de représentation, cette tension n'a pas été résolue pour les adultes qui souhaitent demander l'avis d'un conseiller juridique[370].

3. Autres formules de prise de décision accompagnée

Comme le montre ce bref examen de la prise de décision accompagnée au Canada, l'adoption de cet arrangement s'est fondée sur les nominations personnelles et a souvent imposé des restrictions aux types de décisions qui peuvent être prises dans le cadre de ces arrangements. À l'exception du régime des conventions de représentation de la Colombie-Britannique, ces arrangements sont demeurés fondés sur une version ou une autre du critère de détermination de la capacité cognitive. Il existe d'autres conceptions de la prise de décision accompagnée qui portent la notion dans une voie légèrement différente et deux d'entre elles sont exposées brièvement ci-dessous.

Le système suédois de mentorat

Le système du « *god man* » (homme bon) ou du mentor en Suède donne un exemple de système de prise de décision accompagnée selon une procédure de nominations publiques. Cette procédure doit explicitement être un premier choix, avant l'option de dernier recours d'un *forvaltare* (administrateur) qui ressemble davantage au modèle de la prise de décision au

nom d'autrui. La nomination de mentor n'a pas de répercussions sur la capacité juridique ou les droits civils de la personne au nom de laquelle est faite la nomination[371]. Le mentor doit agir en consultant la personne pour laquelle il a été nommé[372] et avec son consentement, et agir auprès d'elle comme un « conseiller », l'informant des décisions et des opérations et en en discutant avec elle.

Lorsqu'il s'agit de personnes handicapées, la plupart des nominations se font par consentement; toutefois, un mentor peut également être nommé pour une personne incapable de donner un consentement[373]. Seuls dans les cas où une personne s'oppose à la nomination d'un mentor ou aux décisions de ce dernier, et dans les cas où la propriété ou les intérêts personnels de la personne sont gravement menacés qu'un administrateur (mandataire spécial) sera nommé. La procédure de nomination d'un mentor n'est pas officielle, se fait rapidement et gratuitement, et elle est prévue dans le *Code of Parenthood and Guardianship*[374]. Selon ce code :

> *[TRADUCTION]* si, en raison de maladie, de l'arrêt du développement mental, d'un état de santé affaibli ou autre, une personne a besoin d'aide pour garantir ses droits, administrer ses biens ou pourvoir à ses besoins, le Tribunal doit, au besoin, nommer un tuteur ou un « homme bon » pour cette personne[375].

Une requête visant la nomination d'un mentor peut être faite au tribunal par la personne pour qui un mentor sera nommé, un parent proche de cette personne ou un curateur public[376]. Comme le signale Herr, *[TRADUCTION]* « étant donné que la plupart des cas sont fondés sur un consentement direct et un examen des documents par le Tribunal, aucune comparution ou audience personnelle n'est nécessaire. Dans les cas courants, la procédure de nomination ne prend que deux ou trois semaines, le juge rendant son ordonnance dans environ 10 minutes[377] ». Une requête doit être accompagnée d'un rapport des services sociaux dans lequel il est expliqué pourquoi cette requête est soumise[378]. Si celle-ci n'a pas été déposée par la personne pour qui un mentor est nommé ou avec son consentement, elle doit être accompagnée d'un certificat du médecin qui déclare que la personne est incapable de donner son consentement[379].

Les nominations sont faites par un tribunal de district et peuvent être adaptées aux besoins particuliers de la personne[380]. Les fonctions d'un mentor peuvent être limitées à la représentation des droits de cette personne, par exemple faire une demande de services spéciaux; superviser ses affaires financières ou voir à d'autres besoins de soutien et lui donner des conseils[381].

Même si des parents sont les plus souvent nommés comme mentors, des professionnels tels que des avocats, des comptables et des travailleurs sociaux peuvent être mentors pour de multiples clients[382]. Si la personne pour qui un mentor est nommé n'a pas les moyens de payer ses services, l'État paiera alors le mentor, même si ce dernier est un parent de la personne pour qui il est nommé[383].

Les propositions de réforme du droit de Michael Bach et de Lana Kerzner

En 2010, Michael Bach et Lana Kerzner ont préparé un document, commandé par la CDO, dans lequel ils ont établi un cadre très exhaustif pour une loi en matière de capacité juridique et de prise de décision axée sur la notion de la prise de décision accompagnée[384]. L'application de ce cadre dans le contexte ontarien, et en particulier de la procédure de nomination des tuteurs et des mandataires spéciaux en vertu de la LCSS a fait l'objet d'un rapport en 2014[385]. Même si les propositions ne peuvent être reprises au complet dans le présent contexte limité, les composantes essentielles sont exposées ci-après. Certaines propositions sont traitées plus en détail dans les paragraphes pertinents du présent *document de travail*.

La notion de la capacité de prendre des décisions basées sur la « volonté et l'intention ». Comme on l'a exposé au chapitre I de la partie Trois, Bach et Kerzner proposent un critère minimal de détermination de la capacité de décider, à savoir la faculté *[TRADUCTION]* « d'agir de telle sorte qu'au moins une autre personne qui connaît personnellement l'intéressé peut raisonnablement confirmer ses actions : son intention ou sa volonté; sa mémoire; la cohérence de sa mémoire dans le temps; et ses capacités à s'exprimer à cet égard ».

Le droit aux soutiens à la prise de décision. Les personnes ont le droit d'avoir accès à une gamme de soutiens à la prise de décision, assortis d'un devoir pour les parties au processus de prise de décision de répondre au besoin concernant ces soutiens.

La ligne de conduite la moins contraignante. Comme il a été dit brièvement ci-dessus, Bach et Kerzner définissent trois statuts relativement à la prise de décision : l'indépendance juridique, l'accompagnement et l'aide. La capacité juridique ne peut être retirée, mais le statut selon lequel s'exerce la prise de décision peut changer. Dans chaque cas, le statut attribué à chaque personne doit être le statut le moins contraignant. Dans leur document inédit, Bach et Kerzner proposent une nouvelle catégorie d'« appréciateur de la ligne de conduite » pour s'assurer que les lignes de conduite les moins contraignantes sont envisagées à chaque étape des procédures qui peuvent actuellement mener à la nomination de mandataires spéciaux dans le cadre de tutelles ou en vertu de la LCSS.

La reconnaissance officialisée de la prise de décision accompagnée. Cette proposition recommande la reconnaissance et l'officialisation juridiques du statut de la prise de la décision

accompagnée, qui peut être obtenu soit par des documents de planification personnelle, soit par une procédure de requête officielle des éventuels accompagnateurs.

L'assurance de la défense des droits individuels. Pour s'assurer qu'il n'y a pas imposition inutile de restrictions à la prise de décision, il faut que le droit à la défense des droits soit intégré à la loi et soit complètement indépendant, un droit pour quiconque voit son autre droit à la capacité juridique sur le point d'être retreint, et non pas une question de programmes d'aide sociale discrétionnaire ou de charité.

Des garanties contre les mauvais traitements. Pour prévenir les mauvais traitements, des personnes qui n'ont pas de fonction d'accompagnateur et qui ne sont pas en conflit d'intérêts pourraient être nommées pour superviser un arrangement de prise de décision accompagnée. Dans la plupart des cas, ces superviseurs seraient des personnes non rémunérées, connues de la personne ou des accompagnateurs dans la prise de décision ou des deux, mais un registre de superviseurs rémunérés pourrait aussi être constitué par un organisme public.

L'offre de ressources et de soutiens par les pouvoirs publics. Bach et Kerzner recommandent que ceux-ci soient légalement et clairement responsables que les personnes aient accès aux soutiens et aux accommodements dont elles ont besoin pour exercer leur capacité juridique. Il pourrait s'agir d'une formule communautaire. Dans leur document de 2010, les auteurs recommandent la création d'un bureau de ressources communautaires pour venir en aide à la fois aux personnes et à leurs accompagnateurs. Ils recommandent également que le Ministère ait la responsabilité d'une formation publique sur la prise de décision accompagnée auprès des professionnels, des particuliers et les organismes communautaires et qu'un « Bureau du protecteur provincial du droit à la capacité juridique » soit créé pour centraliser la défense des droits à la fois individuels et systémiques.

Un tribunal pour la résolution des différends. Bach et Kerzner recommandent en dernier lieu que le mandat de la Commission du consentement et de la capacité (CCC) soit élargi pour y traiter des questions de résolution des différends et d'exécution des droits en matière de prise de décision accompagnée.

4. Critiques et sujets de préoccupation

Les arrangements de prise de décision accompagnée ont soulevé des préoccupations et des critiques, exposées brièvement ci-dessous. Plusieurs se recoupent.

La clarté et la certitude pour les tiers. Comme nous l'avons noté précédemment dans le présent *document de travail*, la prise de décision est à la fois un acte personnel et un acte public. Lorsqu'on demande à d'autres de se fonder sur nos décisions ou de les mettre en œuvre, il est important pour eux de bien comprendre la décision qui a été prise, de pouvoir se fier à la finalité de cette décision et de s'assurer que toutes les parties puissent être tenues

responsables de la partie de la décision qui leur revient. Dans cette sphère publique, la loi joue un rôle important, par exemple pour déterminer quand un accord est valide et si l'on peut s'y fier, et quand une partie est responsable de l'avoir enfreint. Certains ont dit craindre que la prise de décision accompagnée, parce qu'elle s'appuie sur plusieurs personnes, ne soit pas assez claire pour les tiers qui doivent pouvoir facilement déterminer quelles personnes sont autorisées à conclure des opérations exécutoires.

La reconnaissance et résolution des problèmes de mauvais traitements. Les préoccupations au sujet des mauvais traitements sont un aspect important des critiques de la prise de décision accompagnée. Les personnes dont la capacité de recevoir, de conserver et d'évaluer l'information est affaiblie courront un risque plus grand de mauvais traitements ou d'exploitation, quel que soit le cadre juridique adopté : les problèmes liés aux mauvais traitements ont toujours occupé une grande place dans ce domaine du droit et il en est question ailleurs dans le présent *document de travail*, car ce sujet préoccupe beaucoup dans le cadre juridique de l'Ontario pour les tuteurs et les procurations. Le chapitre I de la partie Quatre traitera en profondeur du problème des mauvais traitements et des solutions de la réforme. Il est important de noter toutefois que les cadres légaux novateurs associés à une forme ou une autre de prise de décision accompagnée soulèvent des questions particulières en la matière.

Il peut être plus difficile de tenir les accompagnateurs responsables de l'utilisation de leurs fonctions à mauvais escient. Dans le système de la prise de décision au nom d'autrui, ce sont les mandataires spéciaux qui ont au bout du compte la responsabilité des décisions finales et, dans la plupart des systèmes modernes, la loi prévoit des paramètres clairs relativement aux décisions acceptables pour lesquelles ils peuvent être tenus responsables. Dans les cas où, par exemple, une personne exerçant une procuration au soin de la personne prend une décision au sujet de l'hébergement ou de la sécurité qui a, de toute évidence, des répercussions préjudiciables importantes sur le bien-être de la personne, le procureur peut être tenu de démontrer que sa décision a été prise conformément aux désirs de la personne lorsqu'elle était capable ou, si elle ne les a pas exprimés, à des facteurs tels que ses valeurs et ses convictions lorsqu'elle était capable, ses désirs courants et sa qualité de vie[386]. De même, la LPDNA présente un ensemble clair de priorités en ce qui concerne la prise de décision de nature financière, ainsi que les restrictions imposées aux prêts ou aux cadeaux et des instructions à d'autres sujets. Dans les arrangements de prise de décision accompagnée, toutefois, la décision demeure à la personne intéressée. Les lois concernant la prise de décision accompagnée ne fixent pas de normes ou de sujets dont il faut tenir compte dans les décisions prises dans le contexte d'un tel arrangement; les personnes appelées à prendre des décisions avec des accompagnateurs ont le droit, comme quiconque d'entre nous, de prendre des décisions qui ne sont pas judicieuses, risquées ou qui pourraient avoir des conséquences préjudiciables. Comme les accompagnateurs doivent jouer une fonction moins grande dans les décisions, leur

responsabilité est également moindre quant aux résultats de la prise de décision et en l'absence d'un critère objectif, il est encore plus difficile de les tenir responsables lorsque leur influence sur la personne qu'ils accompagnent a mené à des résultats peu appropriés.

Les accompagnateurs ont la responsabilité de leur propre comportement dans le processus de prise de décision : en Alberta et au Yukon, les lois concernant les arrangements de prise de décision accompagnée traitent explicitement des problèmes questions de la fausse représentation, de l'influence indue ou de la fraude de la part des accompagnateurs. Dans les deux cas, des décisions peuvent ne pas être reconnues comme des décisions de la personne, lorsque ces situations préjudiciables se sont produites. Il peut cependant être difficile d'obtenir la preuve d'une fausse représentation ou de l'influence indue de la part d'un accompagnateur. Le processus de prise de décision privée se fait un peu « à l'aveugle », qu'il s'agisse d'un régime d'accompagnement ou de décision au nom d'autrui. Il s'agit essentiellement d'un processus privé et non officiel, qui n'est pas assujetti à la soumission de documents justificatifs. Lorsque des liens personnels étroits sont en jeu, ce sont probablement des réseaux complexes de pouvoir et d'interdépendance : il peut être très difficile, à la fois sur le plan pratique et psychologique, de démêler les intérêts et les motifs des « accompagnateurs » de ceux de la personne qu'ils doivent aider. Certaines personnes qui n'ont pas la capacité juridique peuvent avoir beaucoup de difficultés à reconnaître les motifs de leurs accompagnateurs, à exprimer ce que le processus décisionnel a été de leur point de vue ou à se souvenir avec quelque sûreté de ce qu'a été ce processus. Dans ces circonstances, il peut être très difficile de démontrer qu'il y a eu fausse représentation ou influence indue, sauf dans les cas les plus effroyables.

L'Advocacy Centre for the Elderly (ACE), dans un mémoire présenté pour le projet connexe de la CDO sur *La capacité des adultes handicapés mentaux et le REEI fédéral* fait le commentaire suivant :

> *[TRADUCTION]* Cet arrangement [de la prise de décision accompagnée] est difficile parce qu'il crée un risque d'influence indue de la part de l'accompagnateur désigné légalement. Même s'il existe aussi un risque dans les arrangements plus traditionnels des procureurs et des tuteurs aux biens, nous craignons que les mauvais traitements réels d'un accompagnateur soient plus difficiles à déceler, car l'identité véritable du décideur et les facteurs qui influencent chacune des décisions peuvent devenir opaques[387].

L'officialisation d'un processus intrinsèquement officieux. La prise de décision accompagnée trouve ses racines dans les réseaux officieux de soutien que la famille et les amis créent autour des personnes handicapées et elle est fondée sur ces liens de confiance et leur manifestation au quotidien. L'ARCH Disability Law Centre note que la souplesse intrinsèque des arrangements officieux de prise de décision peut promouvoir le respect pour la dignité, l'autonomie et l'indépendance[388]. Lorsque ces réseaux souhaitent agir dans des sphères où il faut de plus en plus d'officialisation, par exemple les soins de santé, les grandes décisions financières et les

questions juridiques, les attentes deviennent fort différentes. Cette discordance sous-tend certaines des difficultés entourant la mise en œuvre juridique de la prise de décision accompagnée. Comme l'a dit le Canadian Centre for Elder Law dans un document commandé par la CDO :

> *[TRADUCTION]* Une prise de décision accompagnée est intrinsèquement un processus officieux. Les lois régissant la prise de décision accompagnée transforment souvent des liens souples et basés sur la confiance en des liens officiels et d'une certaine manière exécutoires. Ce n'est pas toujours chose facile à concilier[389].

On peut se demander dans quelle mesure cette officialisation est souhaitable ou si :

> *[TRADUCTION]* [l]a conséquence inattendue peut ne pas être tant une conséquence voulue du détournement des cas aux échelons inférieurs de la hiérarchie, mais plutôt un "élargissement net" dans le cadre duquel les cas déjà résolus par des moyens *moins* officiels (en fait, peut-être entièrement "officieux") sont inutilement portés à un ou deux niveaux supérieurs[390].

Dans son *document de travail et de référence* sur la prise de décision accompagnée, le Bureau du défenseur des personnes handicapées du Victoria signale que certains ont dit craindre que la légalisation des soutiens officiels mine le respect envers les soutiens officieux, mais ajoute que « ce n'est pas une conséquence inévitable[391] ». L'ARCH Disability Law Centre fait le commentaire suivant :

> *[TRADUCTION]* Il sera important de veiller à ce que toute modification de la législation tienne compte de la prévalence et des expériences des personnes accompagnées de mandataires spéciaux non officiels. La conception d'un nouveau régime de la capacité juridique est une occasion d'officialiser certains de ces arrangements de façon à garantir une meilleure protection aux personnes "incapables". Toutefois, les avantages de la souplesse et des pouvoirs limités de la prise de décision, des éléments intrinsèques des arrangements officieux de prise de décision au nom d'autrui qui fonctionnent bien ne doivent pas disparaître. De plus, la prise de décision au nom d'autrui officieuse est attrayante pour certains parce qu'elle ne coûte pas cher et ne donne pas lieu à des procédures juridiques ou bureaucratiques. Il faut prendre bien soin de mettre en place des arrangements pour la prise de décision qui conviendront aux personnes actuellement assujetties à une prise de décision au nom d'autrui officieuse[392].

Tenir dûment compte de la diversité des expériences des personnes assujetties aux lois en matière de capacité et de prise de décision. Comme il y est fait allusion au début du présent chapitre, les différents groupes visés par le droit sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle le seront par suite de toutes sortes de situations, de perspectives, d'aspirations et d'expériences. La notion de la prise de décision accompagnée est principalement enracinée parmi les personnes ayant une déficience intellectuelle, et c'est chez elles que la prise de décision accompagnée est la plus courante. Un grand nombre des personnes qui travaillent dans ce domaine voient en la prise de décision accompagnée une solution plus difficile lorsque les personnes ont des déficiences liées à la santé mentale ou lorsqu'il s'agit de personnes âgées

dont les déficiences sont liées à l'âge, par exemple la démence : indéniablement, lorsque des formes de prise de décision accompagnée ont été mises en œuvre au Canada, il semble qu'elles aient suscité moins d'intérêt ou qu'elles aient été moins adoptées dans ces groupes[393]. Comme la prise de décision accompagnée est une formule encore très nouvelle, on ne sait pas clairement si ces difficultés reflètent des aspects intrinsèques de sa nature, si son attrait augmentera au fil du temps ou si de nouvelles solutions de rechange naîtront pour refléter des compréhensions en évolution des droits de la personne. Toutefois, ces difficultés ont des répercussions sur le fait de savoir si, en ce moment, les arrangements de prise de décision accompagnée, s'ils sont adoptés dans le droit ontarien, doivent être considérés comme la seule formule admissible pour la prise de décision, comme certains l'ont fait valoir; comme une formule privilégiée ou par défaut, comme d'autres le préfèrent; ou comme l'une des formules parmi une gamme d'options, comme c'est actuellement le cas dans les autres provinces ou territoires où ces arrangements sont possibles.

La compréhension et l'étude des méthodes relatives à la prise de décision « sur le terrain ». La reconnaissance de la prise de décision accompagnée dans le droit ontarien, sous une forme ou une autre, aurait un certain nombre d'effets manifestes. Elle marquerait (à un degré plus ou moins grand selon la forme de reconnaissance) un changement symbolique dans la compréhension de la capacité juridique et de la prise de décision. Pour les personnes qui ont eu recours à la prise de décision accompagnée, elle marquerait également un changement dans le statut légal officiel accordé à leurs décisions. On sait moins la mesure dans laquelle cette reconnaissance, à elle seule, modifierait les méthodes « sur le terrain ». Comme de nombreuses personnes l'ont fait observer à la CDO, la plupart, sinon tous les membres des familles et des amis qui exercent la fonction de mandataire spécial en vertu de la LPDNA et de la LCSS n'ont qu'une compréhension très générale de la législation, de leurs fonctions et de la notion de prise de décision au nom d'autrui[394]. En pratique, un grand nombre des mandataires spéciaux, selon le cadre législatif actuel, sont plus des accompagnateurs que des mandataires spéciaux. Inversement, on craint un « glissement » dans les arrangements de prise de décision accompagnée et on s'inquiète qu'en fait, les personnes désignées pour en accompagner une autre deviennent des mandataires[395]. Sans modifications profondes des attitudes sociales et des ressources disponibles, des mesures législatives sur la prise de décision accompagnée peuvent-elles atteindre les objectifs souhaités?

> *[TRADUCTION]* Nous leurrons-nous, toutefois, en modifiant la nomenclature sans modifier la substance sociale sous-jacente? La fonction de courtier d'un soutien moderne à la décision, selon le modèle de la prise de décision accompagnée, n'est-elle pas en réalité seulement l'équivalent *fonctionnel* d'un tuteur ou d'un administrateur *traditionnel* qui s'acquitte de son devoir légal d'agir d'abord en tant que défenseur (autrement dit « les yeux, les oreilles et la voix) de la personne qu'il représente[396]?

Les préoccupations relatives aux effets des ressources limitées sur la mise en œuvre utile de la prise de décision accompagnée trouvent écho dans le climat actuel en Ontario. Non seulement les ressources à tous les niveaux de l'administration et des services publics sont-elles limitées, mais les organismes communautaires et les familles elles-mêmes vivent sous pression. Même si la prise de décision accompagnée peut bien fonctionner pour les personnes qui disposent des ressources familiales, sociales et méthodes nécessaires, son application peut être difficile pour les personnes qui sont isolées et marginalisées, préoccupation mise en lumière dans le chapitre II de la partie Quatre, « À qui appartient-il de décider? »

1. **QUESTION À ABORDER : quels sont les avantages et les risques de l'officialisation de la prise de décision accompagnée dans le droit ontarien?**
2. **QUESTION À ABORDER : si la prise de décision accompagnée est intégrée au droit ontarien :**
   a) **À qui devrait-elle s'appliquer?**
   b) **Quel devrait être le critère de détermination de la capacité de conclure un tel arrangement et de celle d'y mettre fin?**
   c) **Ce type de prise de décision devrait-il être possible pour tous les types de décision ou certains seulement?**
   d) **Devrait-on présumer que ces arrangements sont des arrangements par défaut, par opposition aux arrangements de prise de décision au nom d'autrui? Si oui, dans quelles circonstances?**
   e) **Les nominations et les annulations de ces arrangements devraient-elles être personnelles (comme la procuration) ou publiques (comme la nomination d'un tuteur)? Quelles devraient être les exigences des procédures de nomination et d'annulation?**
   f) **Qui devrait pouvoir assumer la fonction d'accompagnateur?**
   g) **Quelles devraient être les responsabilités des accompagnateurs?**
   h) **Quel type de mécanisme de surveillance et de contrôle faudrait-il adopter pour ces arrangements pour la prise de décision?**
   i) **Quels autres mécanismes faudrait-il intégrer pour prévenir les abus survenant du fait de ces arrangements pour la prise de décision?**
   j) **Quelles devraient être les obligations des tiers en ce qui concerne ces arrangements? Quelles devraient être les garanties juridiques pour les tiers qui traitent avec les parties à ces arrangements?**

E. La codécision

1. La notion de codécision

La codécision, parfois appelée prise de décision conjointe ou partagée, est une autre solution à de recherche à la prise de décision au nom d'autrui. La codécision est exposée comme *[TRADUCTION]* « une nouvelle notion juridique selon laquelle une prise de décision conjointe entre un adulte et un codécideur nommé est rendue exécutoire. Le processus comme tel de prise de décision n'est plus un exercice fait par une seule personne[397] ». La Commission du droit du Victoria a exposé ainsi la codécision :

> *[TRADUCTION]* Tout comme la nomination d'un « accompagnateur », la nomination d'un codécideur reconnaît que même si une personne peut éprouver de la difficulté à prendre seule des décisions, elle peut être en mesure de le faire avec de l'aide d'un membre de la famille ou un ami de confiance. Toutefois, la nomination d'un codécideur est plus contraignante que celle d'un accompagnateur. Dans un arrangement de codécision, la personne perd un peu d'autonomie parce qu'elle doit prendre des décisions au sujet de questions particulières en concertation avec un codécideur. Dans ce contexte, ne décision prise par la personne seule ne serait pas juridiquement valable[398].

Il semble qu'en vertu de ce modèle, la personne n'exerce sa capacité que lorsque le codécideur lui apporte son aide. Lorsqu'elle agit seule, la personne n'a pas la capacité de prendre des décisions[399]. De cette manière, le modèle de codécision se démarque considérablement des modèles de la prise de décision au nom d'autrui et de la prise de décision accompagnée qui dans les deux cas, considèrent que la capacité de prendre une décision appartient au bout du compte à une seule personne – soit le mandataire spécial lorsque la personne n'a pas la capacité (selon le modèle de la prise de décision au nom d'autrui), soit par la personne elle-même (selon le modèle de la prise de décision accompagnée) – même si le processus décisionnel peut comprendre des consultations ou de l'aide.

2. La codécision au Canada

L'Alberta et la Saskatchewan ont intégré la codécision à leur régime législatif. Ces arrangements valent pour des adultes qui peuvent prendre des décisions par eux-mêmes, avec de l'aide[400].

Dans les deux cas, la codécision n'est possible que par une nomination judiciaire, par opposition à un processus privé. En Saskatchewan, un juge peut nommer un codécideur pour des conditions moins contraignantes qu'une tutelle, lorsque la capacité *[TRADUCTION]* « est affaiblie au point que l'adulte a besoin d'aide pour prendre des décisions raisonnables [. . .] et a besoin d'un codécideur aux biens[401] ». L'Alberta précise qu'une ordonnance de codécision ne peut être rendue que si le tribunal conclut que la capacité décisionnelle de la personne, en ce qui a trait aux décisions personnelles visées par l'ordonnance proposée, est considérablement diminuée; que la personne aurait la capacité de prendre des décisions aux égards dont il est fait mention dans l'ordonnance si elle bénéficiait de conseils et de soutien pertinents; que des mesures

moins interventionnistes ont été envisagées ou mises en œuvre et qu'elles ne répondraient pas au besoin déterminé, à la fois le consentement individuel et celui du codécideur proposé, et le tribunal est convaincu que cette mesure respecterait les intérêts supérieurs de cette personne[402].

La Commission de réforme du droit du Victoria a recommandé d'inclure dans les lois de l'État les arrangements de codécision parmi les options en matière de prise de décision, indiquant que *[TRADUCTION]* « bien que la codécision restreindrait l'autonomie décisionnelle d'une personne dont la capacité est diminuée à cet égard, la nomination accroîtrait ses possibilités de participation parce que l'intéressée pourrait demeurer partie prenante du processus décisionnel[403] ». La Commission a recommandé un processus de nominations publiques pour ces arrangements. À son avis, la codécision est le mécanisme qui convient le mieux pour répondre à des besoins actuels en matière de prise de décision plutôt qu'outil de planification future[404], car la personne qui a besoin d'un codécideur aura une capacité diminuée de prendre elle-même les décisions la concernant, sa capacité à « faire un bon choix de conclure un arrangement de codécision et de nommer une personne responsable » sera mise en doute et une nomination personnelle imposerait trop de responsabilités au codécideur potentiel d'évaluer à la fois le niveau de capacité et la pertinence de l'arrangement[405].

En Saskatchewan, la codécision est possible pour les soins à la personne et les questions financières, tandis qu'en Alberta, elle est possible pour les soins à la personne, mais pas pour les affaires financières.

Alors que les codécideurs partagent le pouvoir juridique de prendre des décisions avec l'adulte, ils doivent *[TRADUCTION]* « acquiescer à une décision prise par l'adulte et ne doivent pas refuser de signer un document [. . .] si une personne raisonnable avait pu prendre la décision en question et qu'il n'en résultera vraisemblablement aucune perte du patrimoine de l'adulte[406] ». Le pouvoir d'un codécideur peut donc se limiter simplement à conseiller l'adulte et à donner suite à sa décision. Un codécideur peut signer un contrat dans un contexte bancaire et un contrat signé par l'une ou l'autre des personnes seules peut être annulé[407].

3. Critiques et sujets de préoccupation

La codécision a assez peu retenu l'attention comparativement à la prise de décision accompagnée ou à la prise de décision au nom d'autrui.

Fait intéressant à signaler, la Commission de réforme du droit du Victoria a noté que dans les consultations publiques concernant les réformes proposées aux lois sur la tutelle, la création d'une solution de prise de décision accompagnée pour remplacer la prise de décision au nom d'autrui ralliait davantage les points de vue qu'un régime de codécision[408]. Les intervenants craignaient surtout que la codécision ne crée un partenariat inévitablement inégal, étant donné

que le codécideur nommé peut fortement influencer la décision de la personne. Pour cette raison, les arrangements de codécision pourraient ne pas être très différents de la prise de décision au nom d'autrui[409]. Ce type de partenariat inégal fait également craindre que ces dispositions ne puissent être vulnérables aux abus. La Commission a répondu qu'en raison de la nécessité de la codécision d'une entente entre les *deux* codécideurs, elle oblige essentiellement l'inclusion et la participation à la prise de décision de l'intéressé, ce qui est un avantage potentiel important[410].

La complexité possible liée à ce type nouveau d'arrangement suscite aussi des inquiétudes :

> *[TRADUCTION]* L'une des principales préoccupations est la complexité ajoutée, et la confusion possible, que ces nouvelles nominations juridiques pourraient créer. On a exprimé la même préoccupation à l'égard de la proposition de la Commission d'adopter la nomination d'« accompagnateurs » au chapitre 8. Cette préoccupation est plus grande pour les codécideurs parce que le lien en lui-même est plus complexe. La définition du sens de l'expression « décision conjointe », la précision des utilisateurs possibles de ces arrangements et la description des responsabilités des tiers qui font des affaires avec les codécideurs sont toutes d'importantes difficultés à résoudre[411].

Dans leur examen des autres arrangements en matière de prise de décision au Canada et à l'étranger, Terry Carney et Fleur Beaupert font la remarque suivante :

> *[TRADUCTION]* Non sans rappeler les distinctions subtiles entre les droits de propriété en vertu de tenances à bail conjointes et les tenances à bail communes (selon que les copropriétaires font l'acquisition ou non d'une « part ») ces options font partie des plus difficiles sur le plan de la compréhension *publique* de leur fonction sociale et juridique : elles risquent d'échouer au critère de « la compréhension du commerçant du coin[412] ».

Le potentiel de confusion et d'incertitude a été cité comme raison pour laquelle, en Alberta, la codécision ne peut pas s'appliquer à la gestion des affaires financières[413].

- **QUESTION À ABORDER : quels sont les avantages et les risques de l'officialisation de la codécision dans le droit ontarien?**
- **QUESTION À ABORDER : si la codécision est intégrée au droit ontarien :**
  - **a) À qui devrait-elle s'appliquer?**
  - **b) Quel devrait être le critère de détermination de la capacité de conclure un tel arrangement ou d'y mettre fin?**
  - **c) Ce type de prise de décision devrait-il être possible pour tous les types de décision ou pour certains seulement?**
  - **d) Devrait-on présumer que ces arrangements sont des arrangements par défaut, par opposition aux arrangements de prise de décision au nom d'autrui? Si oui, dans quelles circonstances?**
  - **e) Les nominations et les annulations de ces arrangements devraient-elles être personnelles (comme la procuration) ou publiques (comme la nomination d'un**

tuteur)? Quelles devraient être les exigences des procédures de nomination et d'annulation?

f) Qui devrait pouvoir assumer la fonction de codécideur?

g) Quelles devraient être les responsabilités des codécideurs?

h) Quel type de mécanisme de surveillance et de contrôle faudrait-il adopter pour ces arrangements de prise de décision?

i) Quels autres mécanismes faudrait-il intégrer pour prévenir les abus survenant du fait de ces arrangements pour la prise de décision?

j) Quelles devraient être les obligations des tiers à l'égard de ces dispositions? Quelles protections juridiques faudrait-il adopter pour les tiers qui traitent avec les parties à ces dispositions?

F. Questions à aborder

1. **Quels sont les avantages et les risques de l'officialisation de la prise de décision accompagnée dans le droit ontarien?**
2. **Si la prise de décision accompagnée est intégrée au droit ontarien :**
   a) **À qui devrait-elle s'appliquer?**
   b) **Quel devrait être le critère de détermination de la capacité de conclure un tel arrangement et de celle d'y mettre fin?**
   c) **Ce type de prise de décision devrait-il être possible pour tous les types de décision ou certains seulement?**
   d) **Devrait-on présumer que ces arrangements sont des arrangements par défaut, par opposition aux arrangements de prise de décision au nom d'autrui? Si oui, dans quelles circonstances?**
   e) **Les nominations et les annulations de ces arrangements devraient-elles être personnelles (comme la procuration) ou publiques (comme la nomination d'un tuteur)? Quelles devraient être les exigences des procédures de nomination et d'annulation?**
   f) **Qui devrait pouvoir assumer la fonction d'accompagnateur?**
   g) **Quelles devraient être les responsabilités des accompagnateurs?**
   h) **Quel type de mécanisme de surveillance et de contrôle faudrait-il adopter pour ces arrangements pour la prise de décision?**
   i) **Quels autres mécanismes faudrait-il intégrer pour prévenir les abus survenant du fait de ces arrangements pour la prise de décision?**
   j) **Quelles devraient être les obligations des tiers en ce qui concerne ces arrangements? Quelles devraient être les garanties juridiques pour les tiers qui traitent avec les parties à ces arrangements?**
3. **Quels sont les avantages et les risques de l'officialisation de la codécision dans le droit ontarien?**
4. **Si la codécision est intégrée au droit ontarien :**
   a) **À qui devrait-elle s'appliquer?**
   b) **Quel devrait être le critère de détermination de la capacité de conclure un tel arrangement ou d'y mettre fin?**
   c) **Ce type de prise de décision devrait-il être possible pour tous les types de décision ou pour certains seulement?**
   d) **Devrait-on présumer que ces arrangements sont des arrangements par défaut, par opposition aux arrangements de prise de décision au nom d'autrui? Si oui, dans quelles circonstances?**
   e) **Les nominations et les annulations de ces arrangements devraient-elles être personnelles (comme la procuration) ou publiques (comme la nomination d'un tuteur)? Quelles devraient être les exigences des procédures de nomination et d'annulation?**
   f) **Qui devrait pouvoir assumer la fonction de codécideur?**
   g) **Quelles devraient être les responsabilités des codécideurs?**
   h) **Quel type de mécanisme de surveillance et de contrôle faudrait-il adopter pour ces arrangements de prise de décision?**
   i) **Quels autres mécanismes faudrait-il intégrer pour prévenir les abus survenant du fait de ces arrangements pour la prise de décision?**
   j) **Quelles devraient être les obligations des tiers à l'égard de ces dispositions? Quelles protections juridiques faudrait-il adopter pour les tiers qui traitent avec les parties à ces dispositions?**

II. QUI PEUT EXERCER LA FONCTION DE MANDATAIRE, DE PROCUREUR OU DE TUTEUR?

A. Introduction

Comme il en a été abondamment question dans le chapitre précédent, selon le droit ontarien actuel, lorsqu'il est déterminé qu'une personne n'a pas la capacité juridique de prendre un type particulier de décision, mais qu'une décision doit néanmoins être prise, un mandataire spécial sera nommé pour prendre la décision en son nom. Le tuteur et curateur public (TCP) et les sociétés de fiducie peuvent exercer la fonction de mandataire spécial dans certaines circonstances, mais dans la grande majorité des cas, les mandataires spéciaux sont des membres de la famille ou des amis proches de la personne qui a besoin d'aide. Le présent chapitre portera sur le droit actuel en ce qui concerne les mandataires spéciaux en Ontario et examinera quelques options pour que d'autres personnes ou entités puissent remplir cette fonction dans ces circonstances, et fera ressortir la nécessité de fournir de meilleures mesures de soutien aux membres de la famille et aux amis qui exercent ces fonctions. Certains des aspects explorés ci-dessous peuvent également s'appliquer aux personnes ou entités qui peuvent être des accompagnateurs ou des codécideurs, si les lois ontariennes devaient être modifiées pour officialiser ces fonctions.

La fonction de mandataire spécial est exigeante et ne doit pas être prise à la légère. La loi le dit clairement. Selon la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA), les tuteurs et les personnes agissant en vertu d'une procuration sont tenus de se conformer à une norme élevée. Un tuteur, tout comme une personne agissant en vertu d'une procuration aux biens, est un « fiduciaire qui exerce ses pouvoirs et s'acquitte de ses obligations avec diligence, avec honnêteté et intégrité et de bonne foi, dans l'intérêt de l'incapable[414] », tandis que les tuteurs et les personnes agissant en vertu d'une procuration au nom d'une personne doivent exercer leurs fonctions « avec diligence et de bonne foi[415] ». La Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé (LCSS) et la LPDNA prévoient des exigences détaillées et assez complexes pour guider la prise de décision au nom d'autrui[416]. Les tuteurs et les personnes agissant en vertu d'une procuration ont un certain nombre de fonctions procédurales, par exemple expliquer à l'incapable en quoi consistent ses pouvoirs et ses obligations; encourager l'incapable à participer à la prise de décision; favoriser les contacts personnels réguliers entre l'incapable, d'une part, et les membres de sa famille et ses amis qui le soutiennent, d'autre part; et consulter de temps à autre les membres de la famille et les amis[417]. Les tuteurs et les personnes agissant en vertu d'une procuration doivent tenir des dossiers détaillés de leurs activités[418]. Selon la LPDNA, les mandataires spéciaux peuvent être tenus responsables, dans certaines circonstances, des dommages découlant d'un manquement à ses obligations[419].

Au-delà des responsabilités juridiques, les mandataires spéciaux font souvent face à de nombreuses difficultés d'ordre pratique, émotionnel et éthique. Dans certains contextes, par exemple les traitements, les décisions peuvent comporter des enjeux importants, nécessiter de l'information complexe et exiger une réponse rapide. Les décisions portant sur la gestion des biens peuvent avoir des conséquences à long terme pour le bien-être de la personne en cause, tandis que les décisions concernant les soins de la personne peuvent influencer des aspects les plus intimes de sa vie. Les décisions sur l'admission dans un établissement de soins de longue durée sont rarement prises dans des circonstances joyeuses et même si l'admission peut être nécessaire, la décision devra souvent être prise en dépit des objections de la personne pour qui elle s'impose. La plupart du temps, malgré l'orientation de la loi, il sera loin d'être évident ce que sera la « bonne » chose à faire dans une circonstance donnée. Il n'en reste pas moins aussi qu'il y a assez peu de soutiens pratiques pour les personnes qui acceptent la fonction de mandataire spécial.

Il n'est pas étonnant, dans ce contexte, que les membres de la famille et les amis proches soient ceux qu'on considère comme les personnes les plus aptes à résoudre ces difficultés : ils peuvent souvent être profondément soucieux du bien-être de la personne pour laquelle, un aspect essentiel pour bien remplir cette fonction, et une connaissance personnelle intime de la personne qui peut guider la prise de décision et aider à résoudre les aspects pratiques et émotionnels de la tâche.

Il est vrai aussi que tout le monde n'a pas de famille ou d'amis capables et prêts à exercer cette fonction selon la norme exigée. Toutes les familles n'ont pas les compétences pratiques, éthiques et émotionnelles pour exercer cette fonction, encore moins le degré d'intimité et d'engagement souhaité. D'autres familles peuvent être prêtes à assumer cette fonction, mais peuvent déjà être surchargées d'autres problèmes et ne pas être en mesure d'accepter une autre responsabilité importante. De plus, comme il est dit brièvement au chapitre II, par suite des changements démographiques, un nombre grandissant de personnes n'auront pas d'amis proches ou de membres de la famille prêts à agir en leur nom ou capables de le faire. Ce peut être parce qu'une personne a perdu tous les membres de sa famille ou ses amis proches, parce que la mobilité géographique a étiolé les relations ou parce que les préjugés et l'isolement social liés à certains types de déficiences ont affaibli les réseaux de soutien. Dans tous ces cas, il faut trouver des solutions de rechange autres que les membres de la famille et les amis.

Actuellement, le tuteur et curateur public (TCP) de l'Ontario joue un rôle important en tant que mandataire de dernier recours. En vertu de la LCSS et de la LPDNA, lorsque personne ne peut assumer cette fonction et n'est disposé à le faire, et que des décisions s'imposent, le TCP peut être nommé pour exercer la fonction. Même si cette fonction est vitale, le TCP ne peut pas,

évidemment, reproduire le type de liens personnels intimes qu'on croit souvent le fondement idéal de la prise de décision au nom d'autrui et certaines personnes handicapées peuvent ne pas aimer l'idée que des décisions soient prises en leur nom par « les pouvoirs publics », estimant que cette fonction est porte atteinte à leur vie privée. De même, les changements démographiques dont il a été question précédemment feront probablement augmenter la demande de prises de décision de dernier recours.

Les défenseurs de la prise de décision accompagnée, une formule nouvelle en matière de prise de décision exposée au chapitre précédent, ont reconnu la difficulté de mettre en œuvre cet arrangement lorsque des personnes n'ont pas de liens de confiance et d'intimité. Même si la prise de décision au nom d'autrui est souvent le mieux mise en œuvre lorsqu'il existe des liens personnels intimes, la prise de décision accompagnée repose fondamentalement sur la présence d'un ou de plusieurs accompagnateurs qui connaissent très bien la personne qui a besoin d'aide et qui ont profondément à cœur son bien-être. De par sa nature même, la prise de décision accompagnée exige l'existence de liens personnels étroits. Dans certains cas, ces liens n'existent pas. Comme le disent Michael Bach et Lana Kerzner dans leur document présenté en 2010 à la CDO :

> *[TRADUCTION]* De nombreuses personnes ayant des déficiences intellectuelles, cognitives et psychosociales graves n'ont tout simplement personne d'autre dans leur vie avec lesquelles elles ont des liens de confiance basés sur une expérience de vie partagée et une connaissance l'un de l'autre. Une vie de discrimination et d'exclusion les a laissées sans ces liens. Cela ne signifie pas que ces liens ne peuvent pas se développer. Il existe un vaste ensemble de bonnes méthodes et d'outils pour aider les personnes ayant des déficiences plus graves à développer des liens personnels avec autrui. Il faut cependant du temps pour cela, établir intentionnellement des relations et des soutiens communautaires pour faciliter ce processus, déterminer les personnes qui peuvent jouer ce rôle et lui fournir un réseau de soutien.
>
> Les personnes ayant des déficiences graves qui réussissent à bâtir ces relations peuvent ainsi développer des liens et des réseaux de soutiens qui peuvent les représenter à un moment ou à un autre dans le futur. Dans leur cas, l'accès à ces représentants maximise l'exercice de leur capacité juridique[420].

Les principes du *Cadre* selon lesquels il faut promouvoir la participation et l'inclusion soulignent l'importance de concevoir une société dans laquelle les personnes âgées et les personnes handicapées entretiennent des liens réels avec leur collectivité et sont bien intégrées à la société. Le nombre grandissant de personnes qui n'ont aucun de ces liens, qui sont marginalisées et isolées, sans amis ni famille pour les aider à prendre des décisions, met en évidence les grandes lacunes de la société à promouvoir la participation et l'inclusion. Ces obstacles sociaux, économiques et liés aux attitudes vont au-delà de la portée du présent projet, mais elles font partie du contexte qu'il faut comprendre pour évaluer les lois sur la capacité juridique et la prise de décision et déterminer des options pour la réforme.

À n'en pas douter, le droit doit respecter et reconnaître les mécanismes mis en place pour favoriser la participation et l'inclusion et ne pas dresser d'obstacles à la création et au maintien des liens essentiels à la prise de décision pour les personnes visées par ce domaine du droit. Les difficultés qu'éprouvent les personnes qui n'ont ni famille ni amis pour les aider à prendre des décisions font ressortir le lien étroit entre les principes – dans ce cas, entre l'inclusion et la participation à la société des personnes handicapées et des personnes âgées – et la capacité de ces personnes de développer et d'exercer leur autonomie et leur indépendance. Par exemple, une personne qui, en raison des préjugés et de la discrimination liés à sa déficience, a eu peu d'occasions de se scolariser, d'occuper un emploi ou de participer à des activités sociales et n'a, par conséquent, qu'un réseau social limité, sera moins susceptible d'entretenir les liens étroits et de confiance les plus propices à un soutien fructueux de la prise de décision, que cette dernière se fasse dans un contexte d'accompagnement, de codécision ou de prise de décision au nom d'autrui qui tous préconisent la participation et l'attention soigneuse aux valeurs et aux désirs de la personne au nom de qui les décisions sont prises. De même, le principe de la reconnaissance que nous vivons tous en société fait ressortir l'importance d'être attentif aux besoins et aux situations de ceux et celles qui entretiennent des liens avec des personnes visées par ce domaine du droit et qui assument en ce moment, ou qui pourraient être appelés à le faire, une fonction officielle de mandataire spécial, de procureur ou de tuteur. Comme on l'a expliqué au chapitre précédent, les membres de la famille et les amis qui aident à la prise de décision doivent assumer des responsabilités qui peuvent être lourdes et qui ont d'importantes répercussions sur leur propre vie. Même s'ils peuvent avoir à cœur leurs fonctions, la façon dont celles-ci sont structurées et les soutiens dont elles bénéficient dans l'exercice de ces fonctions auront des effets importants sur leur propre bien-être et leur capacité de participer à la société dans son ensemble.

B. La LPDNA et la LCSS : Qui peut assumer les fonctions de mandataire spécial

La présente section traite des exigences législatives actuelles concernant les personnes qui peuvent assumer la fonction de mandataire spécial. Un examen des dispositions actuelles fait ressortir :

- une préférence manifeste pour des liens étroits de confiance qui servent de fondement à tout arrangement de prise de décision au nom d'autrui, les dispositions de la loi étant conçues pour faciliter l'acceptation de la fonction par les membres de la famille, s'ils le souhaitent;
- un effort pour restreindre le rôle du TCP aux situations où des mesures immédiates peuvent s'imposer pour éviter des conséquences néfastes à long terme ou dans les cas où il n'y a pas de personnes entretenant des liens étroits avec l'intéressé qui conviennent et qui sont prêtes à exercer la fonction;

- un effort pour tenir compte, quand cela est possible, des préférences et des désirs exprimés par la personne au nom de laquelle des décisions devront être prises;
- l'attention portée aux éventuels problèmes de conflits d'intérêts.

1. Les nominations de mandataires spéciaux individuels

Comme on l'a dit ci-dessus, la plupart des mandataires spéciaux sont des particuliers, des membres de la famille et des amis. La présente section traite brièvement des mécanismes au moyen desquels des particuliers peuvent être nommés mandataires spéciaux, que ce soit en vertu de la LPDNA ou de la LCSS.

La *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*

Comme on l'explique plus abondamment dans le chapitre III de la partie Trois, selon la LPDNA, lorsqu'une personne a besoin d'aide pour prendre des décisions, des mandataires spéciaux peuvent être nommés de deux manières : les nominations personnelles au moyen d'une procuration et les nominations publiques qui entraînent la tutelle. Les nominations menant à la tutelle sont des nominations légales ou des nominations par ordonnance du tribunal. Dans des situations assez rares, le TCP peut être nommé par le tribunal comme tuteur temporaire, à la suite d'une enquête sur des « conséquences préjudiciables graves ».

Les procurations. Elles sont des nominations personnelles et, à ce titre, donnent à la fois le choix et la responsabilité au mandant d'examiner qui pourrait remplir la fonction de mandataire spécial et de choisir la ou les personnes qui, à son avis, conviennent le mieux. La LPDNA n'impose aucune restriction quant aux personnes qui peuvent être nommées pour agir en vertu d'une procuration, à part les des conditions suivantes :

- le procureur doit satisfaire à une exigence d'âge minimum (18 ans en ce qui concerne les biens et 16 ans en ce qui concerne le soin de la personne[421]);
- le procureur doit lui-même (ou elle-même) être capable en ce qui concerne les biens ou le soin de la personne (selon le type de procuration en question[422]);
- le TCP peut seulement être nommé procureur qu'avec son consentement écrit[423];
- lorsque les procurations concernent le soin de la personne, le procureur ne peut pas être une personne qui fournit au mandant des services en établissement, des services sociaux, des services de formation ou des services de soutien contre rémunération, à moins que le fournisseur de services ne soit le conjoint, le partenaire ou un parent du mandant[424].

La requête de tutelle légale et demande de remplacement. Comme il est exposé en détail au chapitre III de la partie Trois, la tutelle légale aux biens peut résulter soit d'une évaluation de la capacité selon la partie III de la *Loi sur la santé mentale* (LSM), soit d'une évaluation de la capacité par un appréciateur de la capacité désigné en vertu de la LPDNA. Lorsqu'une personne

n'a pas la capacité de gérer ses biens selon l'une ou l'autre de ces procédures et en l'absence d'une procuration perpétuelle relative aux biens ou de tutelle, le TCP deviendra le tuteur légal aux biens jusqu'à la réception du certificat d'incapacité. Les personnes suivantes peuvent demander au TCP à le remplacer en qualité de tuteur légal aux biens :

- le conjoint ou le partenaire de l'incapable;
- un parent de l'incapable;
- le procureur constitué en vertu d'une procuration perpétuelle de l'incapable, si la procuration a été donnée avant la délivrance du certificat d'incapacité et ne confère pas au procureur de pouvoir sur tous les biens de l'incapable;
- une société de fiducie, si l'incapable a un conjoint ou un partenaire qui consent par écrit à la demande[425].

Le TPC étudie la demande et, s'il est convaincu que le plan de gestion soumis par l'auteur de la demande est pertinent et que ce dernier est apte à gérer les biens, il nomme l'auteur de la demande tuteur légal aux biens pour le remplacer. La LPDNA ordonne au TCP de tenir compte, dans l'évaluation de la demande, des désirs courants de l'incapable, s'ils peuvent être établis, et du caractère étroit des rapports entre l'incapable et l'auteur de la demande[426].

Les tuteurs nommés par le tribunal. La tutelle de la personne ou de ses biens peut également être obtenue par une requête à la Cour supérieure de justice. Un tuteur peut être nommé par un tribunal à la suite de la requête de *quiconque*[427]. En faisant d'une personne un tuteur nommé par le tribunal, ce dernier doit respecter les instructions législatives suivantes.

- Le tribunal *ne* doit *pas* nommer une personne qui fournit des soins de santé, des services sociaux, des services en établissement, des services de formation ou des services de soutien à un incapable contre rémunération, sauf dans quelques cas limités, par exemple si la personne qui fournit les services est le conjoint ou le partenaire de l'incapable ou le procureur constitué en vertu d'une procuration;
- le tribunal *ne* doit *pas* nommer le TCP à moins que la demande ne propose ce dernier comme tuteur, qu'il consente et qu'il n'y a aucune autre personne apte qui soit disponible et disposée à être nommée.
- Le tribunal *doit* examiner si le tuteur proposé est ou non constitué en vertu d'une procuration relative à la personne, les désirs courants de l'incapable, s'ils peuvent être établis, et le caractère étroit des rapports entre le tuteur proposé et l'incapable[428].
- Un tuteur aux biens doit habiter en Ontario, à moins que la personne qui ne réside pas dans la province ne fournisse un cautionnement, d'une manière que le tribunal approuve, pour la valeur des biens[429].

La Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé

Comme une décision relative à des soins de santé peut être, par définition, urgente, la LCSS crée un système simple pour déterminer l'identité du mandataire spécial, lorsqu'il en faut un. La loi présente, par ordre descendant de préférence, les personnes qui peuvent exercer la fonction de mandataire spécial lorsqu'une personne est incapable de prendre une décision nécessaire particulière :

1. le tuteur à la personne de l'incapable, s'il a le pouvoir de donner ou de refuser son consentement au traitement;
2. le procureur au soin de la personne de l'incapable, si la procuration confère le pouvoir de donner ou de refuser le consentement au traitement;
3. le représentant de l'incapable, nommé par la Commission du consentement et de la capacité (CCC), s'il a le pouvoir de donner ou de refuser son consentement au traitement;
4. le conjoint ou le partenaire de l'incapable;
5. un enfant ou le père ou la mère de l'incapable, ou une société d'aide à l'enfance ou une autre personne qui a légitimement le droit de donner ou de refuser son consentement au traitement à la place du père ou de la mère;
6. le père ou la mère de l'incapable qui n'a qu'un droit de visite;
7. un frère ou une sœur de l'incapable;
8. tout autre parent de l'incapable (y compris ceux qui sont liés par le sang, le mariage ou l'adoption[430]).

Un mandataire spécial nommé dans le contexte de cette liste hiérarchique doit :

1. être capable à l'égard du traitement;
2. être âgé d'au moins 16 ans, sauf si elle est le père ou la mère de l'incapable;
3. une ordonnance du tribunal ou un accord de séparation ne lui interdit pas de visiter l'incapable ou de donner ou de refuser son consentement au nom de celui-ci;
4. être disponible;
5. être disposé à assumer la responsabilité de donner ou de refuser son consentement[431].

Si aucune personne nommée dans la liste ne satisfait aux exigences, le TCP prendra la décision[432].

2. Le tuteur et curateur public comme mandataire spécial

La LPDNA et la LCSS donnent au TCP le pouvoir d'agir en qualité de mandataire spécial, soit comme tuteur en vertu de la LPDNA ou aux fins de décisions précises en vertu de la LCSS, dans un nombre limité de circonstances.

Le TCP peut devenir tuteur d'une personne incapable de trois manières :

1. **Les tutelles légales des biens.** Comme il est dit ci-dessus, lorsqu'une tutelle légale découle d'une constatation d'incapacité juridique à gérer des biens en vertu de la

Partie III de la LSM ou selon un appréciateur de la capacité en vertu de l'article 16 de la LPDNA, le TCP deviendra *automatiquement* tuteur aux biens, à moins qu'un mandataire spécial ne soit déjà nommé en vertu d'une procuration ou une tutelle valide. Le TCP continuera d'exercer la fonction de tuteur aussi longtemps que nécessaire, à moins qu'une personne approuvée ne le remplace, comme il a été dit ci-dessus.

2. **Les nominations de « dernier recours » par le tribunal.** Le TCP peut devenir le tuteur aux biens ou au soin de la personne s'il est nommé par le tribunal, dans les circonstances limitées exposées précédemment.
3. **L'enquête sur des conséquences préjudiciables graves**. Le présent *document de travail* traite en profondeur ailleurs des pouvoirs du TCP de mener des enquêtes lorsqu'on craint qu'une personne soit incapable et que des conséquences préjudiciables graves risquent de se produire ou se produisent effectivement pour cette raison. En l'espèce, il est important de retenir que si, à la suite d'une enquête, le TCP a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est incapable en ce qui concerne ses biens ou le soin à sa personne et que la nomination rapide d'un tuteur temporaire s'impose pour prévenir des conséquences préjudiciables, le TCP doit demander une ordonnance au tribunal pour le nommer tuteur temporaire.

Le TPC sera également mandataire de dernier recours en vertu de la LCSS, comme il est exposé ci-dessus, et il peut consentir (en de rares circonstances) à une nomination en vertu d'une procuration.

Il est important de retenir de ce qui précède que le TCP agit comme mandataire dans deux grandes circonstances : lorsqu'il n'y a personne d'autre qui convienne, qui est disponible et disposé à remplir cette fonction et lorsqu'il semble, comme dans le cas des tutelles légales et des tutelles découlant d'enquêtes, y avoir un besoin qu'une entité intervienne rapidement pour éviter la dilapidation des biens (comme dans le cas des tutelles légales) ou ne mette fin à des mauvais traitements, à de la négligence ou à de l'exploitation.

En 2013-2014, le tuteur public agissait en qualité de mandataire pour 21 clients sous tutelle personnelle (trois pour une période temporaire[433]). Le TPC signale que le tribunal le nommera pour prendre des décisions relatives au soin de la personne « très occasionnellement » seulement et dans la plupart des cas, pour « éloigner la personne des situations dangereuses ou empêcher son accès par des tiers qui la maltraitent[434] ».

Il est plus courant pour le TCP soit tuteur aux biens, le plus souvent en vertu d'une tutelle légale. En 2013–2014, le TPC a été nommé tuteur aux biens par le tribunal auprès de

318 personnes. Il a été le tuteur légal aux biens de 4 881 personnes qui avaient reçu des certificats en vertu de la LSM et de 5 567 personnes qui avaient reçu un certificat d'incapacité à la suite d'une évaluation de la capacité dans la collectivité. Il a en outre rempli cette fonction pour un petit nombre de personnes (310 lorsqu'un tuteur légal de remplacement était décédé, avait démissionné ou était devenu juridiquement incapable relativement à la gestion des biens[435]. En 2013-2014, le TCP a ouvert 1 888 nouveaux dossiers de tutelle aux biens, 841 à la suite de certificats de capacité établis en vertu de la LSM et 1 032 à la suite d'évaluations de la capacité[436].

En sa qualité de tuteur aux biens, le TCP versera le revenu du client dans un compte spécial dont il se servira pour examiner et régler les factures, verser des fonds pour les besoins quotidiens et voir au paiement des biens et services demandés par le client, de prix abordable et de bonne valeur. Le TCP placera les sommes qui ne sont pas nécessaires aux dépenses courantes et peut vendre des articles devenus inutiles[437].

Le TCP possède une procédure interne de règlement des plaintes au moyen de laquelle les clients peuvent faire part de leurs préoccupations et il est soumis au contrôle des tribunaux, comme le sont les autres tuteurs. De plus, comme le TCP est un service public, les plaintes concernant ses activités peuvent être faites à l'Ombudsman de l'Ontario. Le TCP a adopté d'importants contrôles financiers et systèmes d'information internes. Des vérifications internes sont menées pour évaluer les méthodes de gestion et le Bureau du vérificateur général examine les états financiers du TCP.

C. Augmentation du nombre d'options relatives à l'exercice de la fonction de mandataire spécial

La présente section examine quatre options qui permettraient d'élargir le bassin des mandataires spéciaux possibles : créer une catégorie de fiduciaires professionnels spécialisés et réglementés; faire participer le grand public par le truchement de programmes de bénévolat ou autre; créer une fonction pour les organismes communautaires et reconnaître les réseaux de soutien personnels.

1. Les fiduciaires professionnels

Un rapport de fiduciaire est un rapport dans lequel « la manière dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à l'utilisation qui est faite dudit pouvoir. L'obligation de fiduciaire est le moyen brutal employé en droit pour contrôler ce pouvoir discrétionnaire[438] ». Comme il a été dit ci-dessus, en vertu de la LPDNA, les mandataires spéciaux aux biens ont une obligation fiduciaire envers la personne qu'ils représentent. Un fiduciaire professionnel est une

personne qui assure des services fiduciaires à titre professionnel plutôt que personnel. Il peut ou non demander des honoraires pour ses services : des particuliers, des sociétés à but lucratif et des organismes sans but lucratif peuvent tous remplir la fonction de fiduciaire professionnel.

Les fiduciaires professionnels diffèrent des fiduciaires personnels à deux égards importants : ils ne sont pas animés par la même motivation pour exercer cette fonction et il est probable qu'ils représenteront plus d'une personne à la fois. Ces différences peuvent avoir des répercussions sur le type de responsabilité qu'ils peuvent le mieux assumer, la nature et le degré de contrôle nécessaires de leurs activités.

> Les fiduciaires professionnels peuvent constituer une option attrayante pour la prise de décision au nom d'autrui dans deux circonstances. Lorsque des mandants n'ont pas de lien de confiance avec une personne qui est prête et disposée à les représenter, les fiduciaires professionnels peuvent être une solution de rechange au TCP. De plus, certains peuvent trouver l'idée d'un fiduciaire professionnel intéressante en raison de leur spécialisation qui leur donne l'occasion d'acquérir de l'expérience et de l'expertise dans l'exercice de leurs fonctions.

En vertu du droit ontarien actuel, les sociétés de fiducie peuvent être des tuteurs, des curateurs et des procureurs en vertu d'une procuration. Selon la LPDNA, les dispositions sur le remplacement des tuteurs légaux autorisent explicitement que le TCP nomme des sociétés de fiducie pour le remplacer dans certaines circonstances. Les sociétés de fiducie sont déjà amplement réglementées, ce qui donne quelque assurance et garantie au public qui leur confie leurs biens ou leur prise de décision. Sans une réglementation aussi approfondie, il peut y avoir un risque considérable à laisser des professionnels accéder à des fonds ou à des personnes qui peuvent être très vulnérables en raison, à la fois, de leur déficience et de leur isolement social.

Il faut se demander s'il serait bénéfique de permettre à d'autres types de professionnels de proposer des services professionnels de fiducie. Par exemple, les travailleurs sociaux ou des membres d'une profession d'aide semblable pourraient bien remplir ce rôle et assurer certains types de prise de décision au nom d'autrui pour certains groupes.

La création de partenariats entre des sociétés de fiducie et des organismes sans but lucratif qui visent à proposer des services fiduciaires de coût plus abordable est un phénomène qu'il serait intéressant d'étudier. La collaboration entre l'organisme sans but lucratif, Support & Trustee Advisory Services (STAS), et Trust Royal en est un exemple[439]. Cette collaboration vise à fournir aux familles d'enfants handicapés un accès abordable à des services de fiducie[440]. La fiducie réelle est Trust Royal, qui gère les fonds en fiducie mis de côté pour le bénéficiaire. Les parents concluent une « entente de participation » avec le STAS, qui a un accord permanent avec le Trust Royal. En vertu de cet accord, les parents qui disposent de sommes relativement peu

considérables (au moins 10 000 $) peuvent avoir accès à des services professionnels de fiducie. En tant que « conseiller », qui est partie à la convention de fiducie, le STAS assure la liaison avec le bénéficiaire de la fiducie, sa famille et son cercle de soutien, et conseille et informe Trust Royal, compte tenu de sa connaissance des besoins financiers du bénéficiaire [441].

L'État de la Californie donne un exemple d'un régime fiduciaire professionnel entièrement réglementé. Selon la *Professional Fiduciaries Act* de la Californie, les fiduciaires professionnels doivent obtenir une licence avant de pouvoir exercer leurs fonctions[442]. Pour obtenir cette licence, les demandeurs doivent effectuer 30 heures de formation préalable dans des cours approuvés[443]. Pour renouveler une licence, les demandeurs doivent effectuer 15 heures de formation continue[444]. Un cours de formation approuvé doit être *[TRADUCTION]* « pertinent par rapport aux responsabilités fiduciaires de la personne ou à la gestion patrimoniale pour les curateurs, les tuteurs, les fiduciaires ou les agents nommés en vertu d'une procuration perpétuelle, ou encore au système judiciaire ou à l'éthique des fiduciaires[445] ».

La loi porte aussi création du Professional Fiduciaries Bureau (PFB) qui octroie les licences et voit au contrôle et à la réglementation des fiduciaires professionnels[446]. Le rôle du PFB consiste à octroyer les licences aux fiduciaires professionnels, à approuver les classes et les cours qui leur permettent de s'acquitter des exigences préalables à l'octroi des licences et de formation continue, fait passer les examens liés à l'octroi des licences et élabore un code d'éthique pour les fiduciaires professionnels[447]. Le PFB ne doit pas délivrer de licence aux personnes reconnues coupables d'un crime *[TRADUCTION]* « lié de manière importante aux compétences, aux fonctions ou aux tâches d'un fiduciaire », qui *[TRADUCTION]* « se sont livrées à des activités malhonnêtes, frauduleuses ou de grossière négligence dans l'exercice de leurs fonctions ou tâches de fiduciaire », qui ont été radiées comme fiduciaires par un tribunal en raison d'un manquement à la confiance commis intentionnellement, associé à de la grossière négligence, à la mauvaise foi ou dans une indifférence délibérée ou qui ont *[TRADUCTION]* « fait preuve à répétition d'une conduite négligente[448] ».

Le PFB doit également enquêter sur les plaintes et, s'il y a lieu, renvoyer ces dernières aux organismes d'exécution de la loi[449]. Il a le pouvoir de révoquer une licence si des plaintes ont été faites et de prendre des mesures si des fonctions de fiduciaires sont exercées sans licence[450]. Le PFB tient une liste, publiée dans son site Web[451], des fiduciaires professionnels privés qualifiés, titulaires d'une licence. Il doit également fournir de l'information sur toute sanction imposée à des titulaires de licence, y compris, mais sans s'y limiter, de l'information sur les concernant les citations, les amendes, les suspensions et les révocations de licence ou autres mesures d'application de la loi connexes prises par le PFB à l'égard du titulaire de la licence[452].

Les titulaires de licence doivent tenir des dossiers complets et exacts des comptes des clients et mettre ces dossiers à la disposition du PFB aux fins de vérification[453]. Ils doivent également déposer des états financiers au PFB. Ces états doivent notamment fournir au PFB les renseignements suivants :

- si le titulaire de licence a cessé, pour un motif valable, d'exercer ses fonctions de curateur, de tuteur, de fiduciaire ou de représentant personnel;
- les noms des affaires, les lieux des tribunaux et les numéros attribués à toutes les affaires pour lesquelles le titulaire de licence a été nommé par le tribunal;
- si le titulaire de licence a, selon un tribunal, manqué à un devoir fiduciaire;
- si le titulaire de la licence a démissionné ou réglé une question dans laquelle une plainte a été déposée, ainsi que le numéro de cette affaire et une description des questions en litige et des faits concernant les allégations;
- toute licence ou certificat professionnel détenu par le titulaire de licence;
- toute propriété ou participation aux bénéfices dans toute entreprise ou société détenue par le titulaire de licence ou par un membre de la famille qui reçoit ou qui a reçu des paiements d'un client du titulaire de licence;
- si le titulaire de licence a été condamné pour un crime[454].

Comme on le constate, le régime réglementaire de la Californie est assez précis en ce qui concerne les exigences d'obtention d'une licence pour exercer la profession de fiduciaire professionnel et les exigences pour garder cette licence. Toutefois, contrairement à l'Ontario et à la Saskatchewan où les sociétés de fiducie sont assujetties à des exigences liées au capital, ni la loi ni le règlement ne prescrivent des exigences semblables pour les fiduciaires professionnels de la Californie. On ne semble pas non plus exiger d'eux qu'ils fournissent un cautionnement ou se procurent une assurance.

3. **QUESTION À ABORDER : l'Ontario devrait-il élargir la fonction que des professionnels spécialisés peuvent exercer pour qu'ils puissent représenter les personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si oui :**
    a) **Pour quels types de décision ces professionnels devraient-ils être autorisés à agir?**
    b) **Quels types de formation, de licence ou d'études devrait-on exiger de ces professionnels?**
    c) **Quels types de contrôle et de surveillance faudrait-il mettre en place pour ces professionnels? Qui devrait effectuer ce contrôle et cette surveillance?**
    d) **Quelles devraient être les responsabilités et les obligations de ces professionnels?**

e) Quelles autres mesures faudrait-il mettre en place pour empêcher la négligence, le mésusage ou les abus de la part de ces professionnels, reconnaître ces inconduites et les corriger?

2. La participation du public

Divers pays ont mis en place des programmes de bénévolat dans le cadre desquels des membres du public peuvent représenter des personnes socialement isolées, qui n'ont pas d'amis ni de famille pour les aider. Dans certains cas, l'État crée et supervise directement ces programmes de bénévolat, tandis que dans d'autres, ce rôle est confié à des organismes communautaires. L'État peut aussi financer directement des personnes pour qu'elles assurent les services nécessaires.

Des bénévoles nommés et supervisés par l'administration

Le « programme communautaire de tutelle » créé dans l'État australien du Victoria est un exemple d'un programme de tutelle dirigé par les pouvoirs publics. Il s'agit d'un petit programme – au cours de l'exercice 2012–2013, 62 tuteurs communautaires ont apporté des services de soutien à 75 personnes –, mais il est très bien articulé[455]. Au Victoria, le Bureau du défenseur des personnes handicapées est le tuteur de dernier recours. Lorsque le tribunal civil et administratif du Victoria (VCAT) nomme tuteur le défenseur des personnes handicapées, ce dernier peut déléguer son pouvoir à un tuteur communautaire bénévole. Un tuteur bénévole *[TRADUCTION]* « aide une personne handicapée à prendre des décisions raisonnables concernant certains aspects de son mode de vie[456] ». Les décisions que peut prendre un tuteur communautaire ont trait au lieu de résidence de la personne, à son accès aux services, à qui peut avoir accès à la personne, à ses soins de santé et à son emploi. Le tuteur communautaire doit également défendre les droits individuels de la personne lorsqu'ils sont menacés ou que la personne est victime de mauvais traitements et de la négligence; le tuteur communautaire doit fournir des rapports verbaux ou écrits au VCAT, au besoin. Il travaille généralement auprès d'une personne à la fois[457].

Les tuteurs communautaires doivent travailler en étroite collaboration avec les proches et autres personnes qui s'occupent de la personne, entre autres les membres de la famille, les travailleurs sociaux, des fournisseurs de soins et des professionnels en lien avec la personne[458].

Les tuteurs communautaires doivent avoir plus de 18 ans et répondre à d'autres normes définies par le défenseur des personnes handicapées. En tant que délégués de ce dernier, les tuteurs communautaires sont liés par les mêmes responsabilités, obligations et garanties juridiques que cet organisme[459]. Ils peuvent être rétribués et ils peuvent demander le remboursement de dépenses[460].

Un coordonnateur de programme assure la formation et le soutien, et donne des conseils à ceux et celles qui souhaitent devenir tuteurs communautaires. Ces derniers doivent suivre la

formation avant d'entrer en fonction et doivent suivre au moins deux séances de formation en cours d'emploi par année, et se prévaloir d'autres possibilités de formation. Les coordonnateurs de programme fournissent des ressources et sont à la disposition des tuteurs communautaires pour les conseiller; ils participent à des rencontres sur des cas et à des évaluations; ils aident à obtenir de l'information et ils accompagnent les tuteurs dans des visites[461]. Le défenseur des personnes handicapées a établi une série de normes minimales que doivent respecter les tuteurs, notamment l'ampleur des contacts personnels avec la personne, la collaboration avec les membres de la famille et d'autres personnes importantes, la prise en compte des opinions de la personne et la tenue à jour des dossiers[462]. Pendant les cinq premières années, les tuteurs reçoivent une évaluation annuelle de leur rendement; après cette période, ces évaluations se font au moins une année sur deux.

Le projet de loi de l'Irlande concernant la réforme de ses lois sur la capacité et la prise de décision semble envisager des mesures semblables : le tuteur public doit créer un comité de « personnes capables d'agir en qualité de représentants pour la prise de décision » pour les personnes qui ont besoin de quelqu'un pour exercer cette fonction, mais qui n'ont personne d'autre pour le faire. Le tuteur public proposera la candidature de personnes au tribunal pour remplir cette fonction de représentant pour la prise de décision et le tribunal choisira parmi ces candidatures[463].

L'article 87 de la LPDNA autorise le TCP à nommer des bénévoles pour qu'ils donnent « des conseils et de l'aide aux termes de la présente loi ». Le TCP n'administre pas actuellement de programme de bénévolat en vertu de cet article et il ne l'a pas fait par le passé non plus.

Les organismes communautaires et les programmes de bénévolat

Dans certains pays, les organismes communautaires ont pour tâche de recruter, de former et de superviser des bénévoles qui représentent des personnes qui n'ont aucun parent ou ami proche pour le faire. Le système allemand du *betreuer* ou accompagnateur en est un exemple. En Allemagne, la tutelle et la curatelle ont été remplacées par une mesure souple, à savoir le « *betreuung* » ou un encadrement qui peut être fait par diverses personnes de la sphère publique ou privée[464]. En choisissant un *betreuer,* le tribunal de tutelle doit accepter toute préférence exprimée par la personne que le *betreuer* accompagne[465]. Si la personne n'a pas de préférence, les tribunaux suivent une liste hiérarchique de candidats, depuis les parents ou autres personnes qui entretiennent des liens étroits avec la personne, suivis des tuteurs professionnels et finalement des tuteurs publics de la « *Betreuung-Authority* » locale[466]. Selon ce régime, des organismes privés sans but lucratif de défense des droits (appelés *Betreuungsverein*) sont créés dans chaque ville et comté. Ils ont pour mandat premier de recruter, d'orienter, de former et de conseiller les *betreuers* bénévoles[467]. Ces organisations peuvent également accepter des nominations en qualité de *betreuers* lorsqu'aucun *betreuer*

bénévole n'est libre[468]. De même, le Betreuungsverein doit recruter, former et proposer des mesures de soutien aux *betreuers*[469]. Le tribunal supervise le *betreuer*, avec l'aide de la *Betreuung-Authority* locale[470], et le *betreuer* doit fournir un rapport annuel[471].

Dans un document inédit préparé pour la CDO, Michael Bach et Lana Kerzner ont de même recommandé la participation d'organismes communautaires à la prestation de services de soutien à la prise de décision pour les personnes isolées socialement.

> *[TRADUCTION]* Le présent rapport recommande une formule en grande partie communautaire pour s'assurer de l'existence de mesures proactives favorisant l'adoption de solutions de remplacement. Leur mise en œuvre pourrait être confiée à des organismes actuels de paiement de transfert déjà mandatés par le ministère des Services sociaux et communautaires ou le ministère de la Santé et des Soins de longue durée, et à des structures connexes telles que les centres d'accès aux soins communautaires. En même temps, il devrait être possible de soumettre directement une requête au ministre responsable ou aux agents de ce dernier lorsque les ressources communautaires en place ne suffisent pas[472].

Dans la vision des auteurs, ces organismes communautaires assureraient des services aux personnes qui ont besoin de soutien à la prise de décision et aux accompagnateurs, de même qu'aux tiers dans des relations juridiques avec des personnes qui peuvent avoir besoin de ce soutien pour s'assurer qu'il existe des solutions efficaces de remplacement à la nomination de mandataires spéciaux et de tuteurs.

Des « mentors » financés à même les fonds publics

Le système suédois des « mentors » a été exposé au chapitre 1 de la partie Trois. Qu'il suffise d'ajouter ici que les mentors agissent en qualité de « conseiller » auprès de ceux et celles qui ont besoin d'eux, selon une formule de consentement ou par une nomination du tribunal. Même si les parents sont le plus souvent nommés comme mentors, des professionnels comme les avocats, les comptables et les travailleurs sociaux peuvent assumer cette fonction, et ce, pour de multiples personnes[473]. Fait intéressant à noter, si la personne pour qui un mentor est nommé n'a pas les moyens de le payer, l'État paiera et cela même si les mentors sont parents avec la personne auprès de qui ils sont nommés[474]. Il a été dit, toutefois, que le recrutement de bons candidats pour assumer cette fonction de mentor est un problème[475]. Une autre lacune observée dans le modèle suédois est l'absence de formation des mentors, de même qu'un manque d'attention aux aspects personnels et non financiers des fonctions que les mentors doivent remplir[476].

4. QUESTION À ABORDER : l'Ontario devrait-il étendre la fonction que des bénévoles ou d'autres membres de la collectivité peuvent exercer pour qu'ils puissent représenter les personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si oui :

a) **Pour quels types de décisions et dans quels types de circonstances ces personnes devraient-elles être autorisées à remplir ces fonctions?**
b) **Qui devrait avoir la responsabilité de recruter, de choisir et de superviser ces personnes?**
c) **Quels types de formation ou de soutien faudrait-il fournir à ces personnes?**
d) **Quels types de contrôle et de surveillance faudrait-il mettre en place? Qui devrait effectuer ce contrôle et cette surveillance?**
e) **Quelles devraient être les responsabilités et les obligations de ces personnes?**
f) **Quelles autres mesures faudrait-il mettre en place pour empêcher la négligence, le mésusage ou les abus de la part de ces personnes, reconnaître ces inconduites et les corriger?**

3. La création d'une fonction pour les organismes communautaires

Une autre façon de multiplier les options concernant les personnes susceptibles d'assumer une fonction dans la prise de décision consiste à autoriser les organismes communautaires ou à des organismes de défense des droits sans but lucratif à le faire. Le système allemand de *betreur* brièvement exposé ci-dessus autorise les *Betreuungsverein* à représenter directement les personnes qui ont besoin d'aide pour prendre une décision lorsqu'on ne parvient pas, par exemple, à trouver un bénévole.

En Saskatchewan, la *Powers of Attorney Act* autorise la nomination de sociétés autres que les sociétés de fiducie comme procureur constitué en vertu d'une procuration[477]. Cette disposition a été adoptée en 2002, après que la Commission de réforme du droit de la Saskatchewan ait recommandé que la nomination d'avocats d'entreprise soit autorisée en vertu de la loi, pour que des « groupes de défense des droits et des organismes sans but lucratif voués à l'aide des adultes vulnérables » puissent agir en qualité de procureurs[478]. De plus, l'*Adult Guardianship and Co-decision-making Act* autorise le ministre à désigner une société, des organismes ou des catégories de ces dernières comme candidats admissibles à la fonction de mandataire spécial ou de codécideur et, occasionnellement, des organisations non gouvernementales telles que la Saskatchewan Association for Community Living, qui a parfois été nommée par ce moyen[479].

L'Ontario a quelque expérience du recours aux organismes communautaires pour prendre des décisions au nom d'autrui, car les organismes communautaires peuvent déjà assumer la fonction de fiduciaire officieux pour les bénéficiaires de prestations du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH), ce qu'ils font d'ailleurs. L'article 12 de la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées* autorise le directeur à « nommer une personne pour agir au nom d'un bénéficiaire » si :

- ce dernier n'a pas de tuteur aux biens ni de fiduciaire;
- le directeur est « convaincu que le bénéficiaire n'utilise pas ou n'utilisera vraisemblablement pas le soutien du revenu qu'il reçoit à l'avantage d'un membre du groupe de prestataires[480] ».

Le même article prévoit que le directeur peut fournir le soutien du revenu au profit d'un bénéficiaire au tuteur aux biens ou au fiduciaire du bénéficiaire ou à la personne qu'il a nommée pour agir en son nom[481]. Dans un certain sens, la fonction de ces fiduciaires officieux est analogue à celle que peut exercer un tuteur aux biens ou un procureur constitué en vertu d'une procuration concernant les biens, même s'il faut préciser que ces fiduciaires ne s'occupent que d'une source de revenus assez limitée et que la nature du Programme propose certaines possibilités de surveillance et de mesures correctives prises assez rapidement, si le fiduciaire officieux devait utiliser les fonds à mauvais escient. Des préoccupations ont bien été exprimées concernant divers aspects du Programme et ses dispositions sur les fiducies non officielles, dont un manque de contrôle et de recours efficaces si des personnes veulent contester une nomination, et la CDO a entendu que certains organismes communautaires sont capables de dispenser de très bons services officieux de fiducie dans le cadre d'un ensemble général de services assurés à leurs clients qu'ils connaissent bien et avec lesquels ils ont régulièrement des rapports. Il est vrai aussi, toutefois, que les organismes communautaires peuvent hésiter à jouer ce rôle en raison des pressions exercées sur les budgets ou le personnel.

L'expérience du recours aux organismes communautaires indique par ailleurs la nécessité d'adopter des mesures pour sélectionner soigneusement les organismes, éviter les conflits d'intérêts et assurer la reddition de comptes. Dans le vaste programme américain des représentants des bénéficiaires, qui autorise les organismes à administrer les paiements au nom des bénéficiaires d'aide sociale, des conflits d'intérêts ont été observés lorsque les organismes qui reçoivent les prestations ont comme membres des employeurs et des exploitants de foyers de groupe et des foyers de soins qui proposent nourriture, abri et services, tout en gérant les prestations[482]. Les dispositions sur la sélection et l'obligation de rendre compte, prévues dans les directives du POSPH donnent un exemple des moyens à prendre pour répondre à ces préoccupations.

5. **QUESTION À ABORDER : quelles fonctions les organismes communautaires pourraient-ils exercer au nom des personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si les organismes communautaires devaient remplir la fonction de mandataire spécial, quelles leçons pourrait-on tirer des expériences des fiduciaires officieux ou du recours aux organismes communautaires dans cette fonction dans d'autres provinces ou pays?**

4. La reconnaissance des réseaux de soutien personnels

Les réseaux de soutien personnels sont une autre forme de soutien à la prise de décision. Ils existent déjà évidemment officieusement et de manière souple. La prise de décision accompagnée, exposée abondamment dans le chapitre précédent, est fondée sur l'expérience des personnes handicapées qui ont reçu le soutien que peuvent apporter ces réseaux. Bach et Kerzner parlent du rôle important que les réseaux de soutien personnels ont joué pour les personnes handicapées en les aidant à faire des choix, à acquérir de l'autonomie, à s'intégrer à la collectivité et à prévenir la violence et les mauvais traitements :

> *[TRADUCTION]* Selon la recherche, la formation intentionnelle de réseaux personnels constitués de membres de la famille et d'amis pour faciliter la planification individuelle courante, nouer des liens avec la collectivité dans son ensemble et proposer des possibilités de relations interpersonnelles et de soins contribue favorablement à la santé et au bien-être individuels. Selon la recherche toujours, les réseaux de soutien brisent l'isolement social des gens, le principal facteur à rendre les personnes ayant des déficiences sur le plan du développement vulnérables à la violence et aux mauvais traitements, tant dans les établissements que dans la collectivité[483].

Les « microboards » ou microconseils constitués en Colombie-Britannique sont un exemple de ces réseaux de soutien personnels officialisés. Un microconseil est un petit groupe de personnes dévouées qui s'allient à une personne handicapée pour créer une société sans but lucratif[484]. Les microconseils peuvent assurer divers services de soutien personnel aux personnes handicapées, notamment la gestion du financement direct individualisé de la personne handicapée. Les principaux éléments d'un microconseil sont exposés de la manière suivante :

> *[TRADUCTION]*
>
> 1. une attention libre de contraintes à l'identité, aux besoins et aux souhaits exprimés par la personne accompagnée;
> 2. l'élaboration et le maintien d'un cercle d'entraide actif, diversifié et pleinement engagé de citoyens;
> 3. le maintien de tous les éléments possibles de contrôle, qui englobe en particulier le rôle d'employeur officiel[485].

La participation aux microconseils est basée sur des liens de confiance intimes et personnels, sur la conviction que nous avons tous la faculté de décider par nous-mêmes et sur l'engagement à respecter celle-ci. Les membres ont pour rôle d'appuyer la participation de la personne à la collectivité[486]. Les microconseils peuvent être plus ou moins officiels, selon les exigences de l'endroit où ils existent et les besoins qu'ils visent à combler. Une orientation de la Colombie-Britannique a explicitement reconnu que les microconseils pouvaient recevoir du financement pour assurer des services individualisés directs financés.

QUI PEUT EXERCER LA FONCTION DE MANDATAIRE, DE PROCUREUR OU DE TUTEUR?

Le Bureau du défenseur des personnes handicapées de l'État australien du Victoria a donné à penser qu'une version des réseaux de soutien personnels officialisés pourrait être un mécanisme de la prise de décision accompagnée reconnue : *[TRADUCTION]* « une autre forme de prise de décision accompagnée consiste à faire du réseau de soutien une association constituée en personne morale. Dans ce contexte, tous les membres du réseau sont responsables » des décisions qui ont des conséquences juridiques[487].

a) **QUESTION À ABORDER : quel rôle les réseaux de soutien personnels pourraient-ils jouer dans un régime ontarien renouvelé en matière de capacité, de prise de décision et de tutelle? Comment cette fonction pourrait-elle être officialisée en droit?**

D. L'amélioration des services de soutien pour les membres de la famille et les amis

Bien que la portée et la nature des responsabilités d'un mandataire spécial varient d'une situation à une autre, il peut devoir, pour exercer la fonction prévue dans les lois :

- comprendre suffisamment le régime juridique complexe de l'Ontario et ses régimes connexes (par exemple, l'évaluation de la capacité) pour pouvoir s'y retrouver, tant pour lui-même que pour la personne qu'il représente;
- comprendre son rôle, ses responsabilités et obligations de rendre compte en vertu de la loi;
- comprendre, à une échelle quotidienne et pratique, la notion de capacité et le principe de l'autonomie et de l'indépendance;
- posséder les compétences et les ressources émotionnelles, pour bien communiquer avec la personne qu'il représente, l'appuyer dans sa participation au processus décisionnel et respecter, dans la plus grande mesure possible, son autonomie et sa capacité, et travailler de manière positive et concertée avec les autres personnes proches de la personne représentée;
- posséder les compétences pour chercher des solutions parfois liées à des questions financières ou personnelles très complexes, trouver des ressources et se reconnaître dans des régimes juridiques ou sociaux complexes au nom de la personne, souvent dans un contexte de ressources limitées ou rationnées;
- entretenir des liens personnels de confiance avec la personne de façon à comprendre sa situation, ses besoins, ses valeurs et ses préférences et à en tenir compte dans l'exécution de sa fonction;
- avoir le temps et la capacité de mettre en œuvre les décisions prises – par exemple, superviser l'achat ou la vente d'un bien; trouver une résidence appropriée et y obtenir l'admission; recruter et superviser les services de soutien ou le personnel professionnel nécessaires et remplir d'autres tâches semblables;
- disposer des ressources psychologiques et émotionnelles pour gérer la responsabilité de devoir prendre parfois des décisions très difficiles et exigeantes sur le plan éthique.

Comme il a été dit au début du présent chapitre, le rôle de la famille et des amis en leur qualité de mandataires spéciaux est souvent extrêmement exigeant. Il nécessite un dévouement et des compétences considérables et l'investissement de ressources émotionnelles et concrètes importantes. Devant l'envergure de la fonction et la vulnérabilité des personnes que les mandataires spéciaux représentent, la loi prévoit des exigences et des normes strictes régissant les activités de ces mandataires.

Dans de nombreux cas, toutes ces tâches se font dans un contexte de ressources limitées des personnes handicapées et des personnes âgées, ce qui les rend encore plus difficiles.

De nombreux organismes et professionnels font de gros efforts pour fournir de l'information et des soutiens aux mandataires spéciaux ou à des aidants naturels qui jouent souvent le rôle de mandataires spéciaux, notamment les cliniques d'aide juridique, des organismes de défense des droits, des organismes publics et des ministères, par exemple le TCP et le Secrétariat aux affaires des personnes âgées, pour ne nommer que ceux-là. Ces services de soutien sont cependant fragmentés et comptent le plus souvent sur les mandataires spéciaux pour les approcher. Les options qui permettraient un meilleur accès à l'information et à l'éducation, à des services d'aide pour se retrouver dans les dédales de l'administration et à des services de défense des droits sont exposées dans d'autres chapitres du présent *document de travail* : il est important d'examiner comment les réformes de ces aspects et d'autres du droit ontarien en matière de capacité juridique et de tutelle peuvent renforcer la capacité des familles et des amis pour que la vision qui sous-tend les lois se concrétise utilement.

6. **QUESTION À ABORDER : lorsque des membres de la famille ou des amis représentent une personne reconnue incapable de prendre un type particulier de décision, y a-t-il des services de soutien qui leur permettraient de s'acquitter plus efficacement de leur fonction?**

E. Le rôle du tuteur et curateur public

Le TCP s'acquitte d'un certain nombre de fonctions essentielles dans le régime ontarien de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle, son rôle en tant que mandataire spécial étant parmi ses plus importants. La section suivante aborde brièvement certaines suggestions de réforme de cette fonction du TCP.

Le mandataire spécial de dernier recours. On reconnaît généralement qu'un mandataire de dernier recours est nécessaire dans tout régime concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle : actuellement, le TCP remplit ce rôle essentiel. Pour s'assurer que cette fonction soit véritablement assumée en dernier recours et en prévision des pressions grandissantes que les changements sociaux et démographiques exerceront sur elle, il est important d'examiner si d'autres peuvent remplir la fonction de mandataire spécial, de manière appropriée et efficace pour répondre en partie au besoin. Il est réaliste de dire qu'il faudra

probablement que les pouvoirs publics continuent de dispenser une forme ou autre de services de dernier recours, mais les suggestions concernant les fiduciaires professionnels, les bénévoles et les organismes communautaires donnent à penser qu'il est possible de multiplier les options dont disposent les personnes qui ont besoin d'aide pour prendre des décisions. De plus, les autres formes de prise de décision dont il est question au chapitre I de la partie Trois et les formes restreintes de tutelle examinée au chapitre III de cette même partie contribuent également à ce que le TCP n'exerce ces fonctions que lorsqu'il est véritablement nécessaire qu'il le fasse.

La tutelle légale. La fonction du TCP en qualité de tuteur légal est quelque plus controversée que sa fonction de dernier recours. La nomination automatique du TCP comme tuteur aux biens dans ces circonstances (nomination qui peut ensuite faire l'objet de demandes de remplacement) sert à garantir qu'un mandataire peut immédiatement, dès la déclaration d'incapacité, résoudre les questions urgentes liées aux biens et veiller à ce que la personne ne vive pas d'inconvénients ou de difficultés graves en raison d'une période « de vide » lorsque personne n'est autorisé à prendre des décisions. Le processus de remplacement se veut relativement simple et peu coûteux et signifie que des membres de la famille peuvent reprendre cette responsabilité, s'ils le souhaitent, dans un délai raisonnable. Néanmoins, il est vrai que cette fonction du TCP correspond difficilement à la conviction souvent exprimée que la tutelle de l'État doit être un « dernier recours », la prise de décision au nom d'autrui exercée par des proches étant l'arrangement dans toutes les autres circonstances.

La tutelle légale se comprend le mieux dans le contexte général des enjeux entourant les procédures de nomination, examinées en profondeur au chapitre suivant. Les audiences du tribunal peuvent assurer la transparence et l'examen attentif et objectif des nominations, des valeurs importantes lorsque des droits sont en jeu. Toutefois, ces recours aux tribunaux sont souvent perçus comme assez peu accessibles en raison des coûts et de la complexité : les régimes les plus modernes ne recourent pas entièrement aux audiences du tribunal pour les nominations concernant les tutelles. Les tutelles légales constituent une autre voie que les nominations par les tribunaux, mais il existe également d'autres moyens de répondre à ce besoin : tous les pays n'ont pas un processus analogue à la tutelle légale. Les processus administratifs, par exemple les « demandes administratives » de l'Alberta, décrites au chapitre suivant, sont l'une des solutions. Les systèmes des tribunaux pour les nominations, par exemple celui que la CCC propose actuellement pour les représentants prévus par la LCSS et qui sont courants en Australie, constituent une autre possibilité de procédure assez rapide et peu coûteuse de nomination.

Le contrôle de la fonction du TCP en qualité de mandataire spécial. Comme il a brièvement été dit ci-dessus, le travail du TCP est assujetti à divers mécanismes de contrôle, dont une procédure interne de plaintes, le contrôle ordinaire des tribunaux en ce qui concerne les tuteurs, les plaintes à l'Ombudsman et divers processus de vérification. L'ARCH Disability Law Centre, dans son document intitulé *Decisions, Decisions, Promoting and Protecting the Rights of Persons with Disabilities Who are Subject to Guardianship*, propose que même si le TCP a un système interne de règlement des plaintes pour répondre aux préoccupations soulevées sur sa façon d'exercer sa fonction de mandataire, un « bureau de surveillance et de défense des droits » indépendant qui pourrait recevoir et régler les plaintes au sujet des activités des mandataires spéciaux, dont le TCP, répondrait mieux aux besoins des personnes handicapées, en corrigeant, notamment, le déséquilibre inévitable du pouvoir entre le TCP et ses clients[488].

- **QUESTION À ABORDER : des réformes sont-elles nécessaires pour renforcer le contrôle et la surveillance de la fonction du tuteur et curateur public en tant que mandataire spécial? Si oui, quelles réformes seraient les plus pertinentes et les plus efficaces?**

F. Questions à aborder

1. **L'Ontario devrait-il étendre la fonction que des professionnels spécialisés peuvent exercer pour qu'ils puissent représenter les personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si oui :**
   a) **Pour quels types de décision ces professionnels devraient-ils être autorisés à agir?**
   b) **Quels types de formation, de licence ou d'études devrait-on exiger de ces professionnels?**
   c) **Quels types de contrôle et de surveillance faudrait-il mettre en place pour ces professionnels? Qui devrait effectuer ce contrôle et cette surveillance?**
   d) **Quelles devraient être les responsabilités et les obligations de ces professionnels?**
   e) **Quelles autres mesures faudrait-il mettre en place pour empêcher la négligence, le mésusage ou les abus de la part de ces professionnels, reconnaître ces inconduites et les corriger?**
2. **L'Ontario devrait-il étendre la fonction que des bénévoles ou d'autres membres de la collectivité peuvent exercer pour qu'ils puissent représenter les personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si oui :**
   a) **Pour quels types de décisions et dans quels types de circonstances ces personnes devraient-elles être autorisées à remplir ces fonctions?**
   b) **Qui devrait avoir la responsabilité de recruter, de choisir et de superviser ces personnes?**
   c) **Quels types de formation ou de soutiens faudrait-il fournir à ces personnes?**
   d) **Quels types de contrôle et de surveillance faudrait-il mettre en place? Qui devrait effectuer ce contrôle et cette surveillance?**
   e) **Quelles devraient être les responsabilités et les obligations de ces personnes?**
   f) **Quelles autres mesures faudrait-il mettre en place pour empêcher la négligence, le mésusage ou les abus de la part de ces personnes, reconnaître ces inconduites et les corriger?**
3. **Quelles fonctions les organismes communautaires pourraient-ils exercer au nom des personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si les organismes communautaires devaient remplir la fonction de mandataires spéciaux, quelles leçons pourrait-on tirer des expériences des fiduciaires officieux ou du recours aux organismes communautaires dans cette fonction dans d'autres provinces ou pays?**
4. **Quel rôle les réseaux de soutien personnels pourraient-ils jouer dans un régime ontarien renouvelé en matière de capacité, de prise de décision et de tutelle? Comment cette fonction pourrait-elle être officialisée en droit?**
5. **Lorsque des membres de la famille ou des amis représentent une personne reconnue incapable de prendre un type particulier de décision, y a-t-il des services de soutien qui leur permettraient de s'acquitter plus efficacement de leur fonction?**
6. **Des réformes sont-elles nécessaires pour renforcer le contrôle et la surveillance de la fonction du tuteur et curateur public en tant que mandataire spécial? Si oui, quelles réformes seraient les plus pertinentes et les plus efficaces?**

III. LES PROCÉDURES DE NOMINATION ET DE FIN DE MANDAT POUR LA PRISE DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

A. Introduction

Le présent *document de travail* a exposé précédemment la façon dont les décisions peuvent être prises en vertu des lois sur la capacité juridique et la prise de décision, de même que les personnes qui peuvent participer à cette prise de décision. Le présent chapitre s'attarde aux procédures de nomination et de fin de mandat en ce qui a trait à la prise de décision.

Quelle que soit la forme des procédures de nomination et de fin de mandat, il faut trouver un équilibre entre des buts parfois divergents, notamment :

- **L'accessibilité.** Les personnes qui concluent un arrangement de prise de décision ou y mettent fin ont-elles un accès raisonnablement facile aux procédures (notamment en ce qui a trait au coût, à la complexité, à la sensibilité aux réalités culturelles et à l'accessibilité pour les personnes handicapées)? Si les considérations relatives à l'accessibilité sont importantes dans toute procédure juridique, elles prennent ici une signification particulière, car la majorité des personnes concernées ont une forme ou d'une autre de déficience et nombre d'entre elles doivent recourir à ces procédures dans un état de grande vulnérabilité; de plus, ce domaine du droit touche une grande partie de la population, dont un grand nombre connaît peu ce domaine et s'y sent à l'aise.
- **L'efficacité.** Les procédures peuvent-elles être appliquées dans un délai raisonnable, sans exercer des pressions indues sur les ressources disponibles? La question du délai revêt souvent une importance particulière dans ce domaine, en raison de la nécessité de protéger les droits fondamentaux et la sécurité des personnes visées.
- **La souplesse.** Comme on l'a signalé ailleurs dans le présent *document*, la capacité juridique est souvent variable. Certaines personnes améliorent leurs compétences en matière de prise de décision au fil du temps, à mesure qu'elles apprennent l'existence des ressources sociales et y recourent, alors que d'autres deviennent moins compétentes. D'autres enfin ont parfois la capacité juridique, et parfois non. Il importe donc que les procédures soient suffisamment souples pour que les personnes juridiquement capables ne se retrouvent pas engagées dans un arrangement de prise de décision au nom d'autrui et que celles qui ont besoin d'aide l'obtiennent rapidement.
- **Le choix** : Étant donné la nature de la prise de décision au nom d'autrui, il est important de proposer à la personne la possibilité de choisir elle-même son mandataire spécial, chaque fois que possible, non seulement pour respecter sa dignité et son autonomie,

mais aussi pour améliorer la qualité de la nomination. En effet, la personne est la mieux placée pour savoir qui a la compréhension et le dévouement nécessaires pour avoir à cœur ses valeurs et ses intérêts. La possibilité de choisir lui permet de planifier, de prendre et de communiquer des décisions au sujet des imprévus à venir.

- **La surveillance, la protection de la vie privée.** L'abus ou l'utilisation à mauvais escient des pouvoirs de prise de décision au nom d'autrui sont des préoccupations récurrentes dans ce domaine du droit; la possibilité que la personne nommée puisse être surveillée est l'un des moyens de prévenir les abus. Par ailleurs, la nomination ou la fin du mandat d'un mandataire spécial supposent souvent des renseignements personnels de nature très délicate; pour protéger la vie privée, il convient parfois de ne rendre publiques ces procédures que lorsque c'est nécessaire.
- **La transparence et la reddition de comptes.** Dans le cadre de procédures de nomination, la transparence et la reddition de comptes peuvent aider à prévenir et à reconnaître les abus de pouvoir en matière de prise de décision au nom d'autrui et, lorsqu'il s'agit de procédures publiques, à garantir que le pouvoir discrétionnaire s'exerce correctement et de manière responsable. Ces objectifs doivent toutefois tenir compte d'un juste équilibre par rapport au désir bien naturel des personnes de protéger le caractère privé des détails de leur vie personnelle.

➢ **La prise en compte du contexte.** L'importance relative de ces objectifs et les moyens les mieux à même de les atteindre dépendent de la situation particulière d'une personne. Les procédures les plus appropriées et efficaces dans le contexte des soins de santé diffèrent de celles qui conviennent le mieux aux décisions relatives aux biens d'une personne; une procédure appropriée à une décision ponctuelle ou rapide n'est pas forcément la meilleure dans une situation à long terme.

Il convient de noter ici que le présent chapitre porte sur le modèle actuel de prise de décision au nom d'autrui en Ontario; cependant, nombre de considérations s'appliqueront aussi si l'Ontario devait adopter le modèle de la prise de décision accompagnée.

Comme il est précisé dans les *Cadres* de la CDO, les procédures d'accès aux droits et avantages fondamentaux sont aussi importantes que les droits et avantages eux-mêmes. La liste des objectifs que doivent viser les procédures de nomination et de fin de mandat met en évidence leur relation avec les principes énoncés dans les *Cadres*. Non seulement est-il essentiel de disposer de procédures efficaces et appropriées pour que les personnes visées par ce domaine du droit puissent préserver leur dignité, leur autonomie, leur capacité de participation ainsi que leur santé et leur sécurité, mais les procédures elles-mêmes doivent être conformes à ces principes. Par exemple, un manque d'accessibilité aux procédures de nomination minerait le principe du respect de la diversité et de l'individualité, et à défaut de tenir compte du choix d'une personne quant à l'identité de son mandataire spécial, on nuirait à son autonomie.

LES PROCÉDURES DE NOMINATION ET DE FIN DE MANDAT POUR LA PRISE DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

Le droit ontarien prévoit trois moyens de nommer un mandataire spécial :

4. **La nomination personnelle.** La personne nomme elle-même son mandataire spécial, de façon autonome, par une procuration relative aux biens ou une procuration relative au soin de la personne.
5. **La nomination publique.** Une cour, un tribunal ou une entité administrative nomme le mandataire spécial. Il peut s'agir d'une tutelle légale, de la nomination d'un tuteur par le tribunal en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA) ou de la nomination par la Commission du consentement et de la capacité (CCC) d'un représentant en vertu de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé (LCSS).
6. **La nomination automatique.** En vertu de la LCSS, des mandataires sont nommés selon une liste hiérarchisée.

Lors de ses consultations préliminaires, la CDO a surtout noté des préoccupations touchant la nomination de procureurs (en vertu d'une procuration) et de tuteurs. En ce qui a trait aux nominations automatiques en vertu de la LCSS, les préoccupations portaient principalement sur les problèmes de mise en œuvre liés aux malentendus très répandus au sujet de la liste hiérarchisée[489]. Le présent chapitre est donc axé sur les nominations personnelles et les nominations publiques plutôt que sur les nominations automatiques. Cependant, les intéressés sont encouragés à communiquer leurs préoccupations importantes concernant les nominations automatiques à la CDO dans le cadre des consultations publiques.

- **QUESTION À ABORDER : les procédures de nomination de mandataires spéciaux en vertu de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé soulèvent-elles des préoccupations auxquelles il faut répondre dans le cadre de la réforme de ce domaine du droit?**

B. La procédure de nomination personnelle

1. La réglementation sur les procurations en Ontario

Introduction

En Ontario, les nominations personnelles sont des procurations perpétuelles ou des procurations subordonnées à une condition suspensive relatives aux biens ou au soin de la personne. Une procuration perpétuelle entre en vigueur immédiatement et dure tout le long de l'incapacité du mandant, alors qu'une procuration subordonnée à une condition suspensive ne prend effet que lorsque survient l'incapacité du mandant. Les procurations sont des instruments extrêmement puissants; par exemple, une procuration relative aux biens donne au procureur tous les pouvoirs du mandant, sauf celui de faire un testament. Le mandataire peut donc faire des placements ou vendre des actions, acheter ou vendre des biens (y compris la maison du mandant), faire des achats, importants ou non, et effectuer des opérations entre les comptes du mandant. Le procureur constitué en vertu d'une procuration relative au soin de la

personne a une mainmise considérable sur les détails les plus intimes de la vie quotidienne, notamment sur le milieu de vie du mandant, le type de soins de santé qu'il reçoit, ainsi que les décisions portant sur l'hygiène, la nutrition et la sécurité. Cette souplesse permet au procureur d'agir de façon efficace au nom du mandant, mais elle lui donne aussi un ascendant considérable sur son bien-être. La procuration peut être utilisée à mauvais escient : le choix du procureur aura donc des répercussions considérables sur la vie du mandant. Il faut notamment souligner qu'après avoir perdu sa capacité juridique, une personne perd parfois aussi la capacité de révoquer la procuration.

Les nominations personnelles d'un procureur pour pallier la perte de capacité juridique sont relativement nouvelles. Jusqu'à tout récemment, les nominations publiques étaient la seule façon de nommer un mandataire spécial[490]. L'adoption de dispositions plus souples et plus accessibles, comme les listes hiérarchisées visant des décisions ponctuelles bien définies (par exemple, le consentement aux soins de santé) et les procurations perpétuelles ou subordonnées à une condition suspensive, représente un progrès important dans ce domaine du droit.

Il existe un certain nombre de différences importantes entre une nomination personnelle et une nomination publique d'un accompagnateur ou d'un mandataire spécial :

- Les nominations personnelles sont habituellement plus accessibles. Une nomination publique entraîne inévitablement des coûts et des délais, notamment lorsqu'une cour ou un tribunal doit intervenir et qu'il faut donc retenir les services d'un avocat. Une nomination personnelle est peu coûteuse, voire gratuite, selon les exigences légales qui régissent sa création.
- Les nominations personnelles sont habituellement plus souples que les nominations publiques. Il est relativement simple pour une personne d'accorder ou de révoquer une procuration, alors que la procédure de tutelle est souvent complexe et laborieuse, et donc plus difficile à appliquer ou à révoquer.
- Les nominations personnelles permettent de planifier. Par exemple, les procurations perpétuelles et subordonnées à une condition suspensive permettent de choisir à l'avance un mandataire spécial en cas de perte de la capacité juridique. Les nominations publiques, comme la tutelle, visent à répondre à la situation qui prévaut au moment de la requête.
- Les nominations publiques, par définition, permettent de mieux surveiller le mandataire spécial et ses activités. Les nominations personnelles reposent sur le discernement de celle-ci, car elle est censée savoir qui a le plus à cœur ses intérêts et ses valeurs. La plupart du temps, la surveillance de l'exercice des pouvoirs conférés par une procuration

se fait par des moyens officieux, et les éventuelles sanctions découlent de plaintes individuelles plutôt que de mécanismes proactifs.

Il importe de ne pas confondre le mécanisme de nomination et l'*identité* des personnes qui peuvent être nommées. Les mécanismes de nominations publiques permettent de nommer des personnes – parents ou amis, par exemple – pour agir au nom d'une personne. Comme on l'a établi au chapitre précédent, les mécanismes de nomination personnelle peuvent, dans certaines circonstances bien particulières, entraîner la nomination du tuteur et curateur public (TCP)[491]. Le plus souvent, les personnes désignées en vertu d'une procuration sont des personnes avec qui le mandant entretient des relations personnelles étroites basées sur la confiance, comme des parents ou des amis proches. Ce sont les personnes qui connaissent le mieux le mandant et qui comprennent vraisemblablement le mieux ses valeurs et ses espoirs, ont à cœur son bien-être et font preuve du dévouement et de l'engagement nécessaires pour se charger des responsabilités parfois lourdes associées à cette fonction.

L'Ontario prévoit un régime complet qui établit les exigences applicables à la création des procurations, le rôle et les responsabilités des personnes qui agissent en vertu de ces procurations, ainsi que des moyens de résoudre les problèmes découlant d'un mauvais usage. Ce régime est exposé dans la LPDNA[492]. Il existe deux types de procurations, les procurations relatives aux biens et les procurations relatives au soin de la personne, dont les exigences présentent des différences parfois importantes et exposées séparément ici.

Les procurations relatives aux biens

La portée de la procuration. Une procuration perpétuelle relative aux biens peut autoriser le procureur à faire, au nom du mandant, tout ce que pourrait faire ce dernier relativement à ses biens s'il était capable, à l'exception de son testament[493]. Le mandant doit avoir au moins dix-huit ans[494].

La capacité de donner et de révoquer une procuration perpétuelle relative aux biens. Comme il est dit au chapitre I de la partie Deux, la LPDNA établit une norme quant à la capacité de créer une procuration perpétuelle relative aux biens. Cette norme est exigeante. Pour que la procuration soit valide, le mandant doit :

a) savoir quel type de biens il possède et connaître leur valeur approximative;
b) être conscient des obligations qu'il a envers les personnes à sa charge;
c) savoir que le procureur pourra faire en son nom, à l'égard de ses biens, tout ce qu'il pourrait faire s'il en était capable, sauf faire un testament, sous réserve des conditions et restrictions énoncées dans la procuration;
d) savoir que le procureur doit rendre compte des mesures qu'il prend à l'égard de ses biens;

e) savoir qu'il peut, s'il en est capable, révoquer la procuration perpétuelle;
f) se rendre compte que si le procureur ne gère pas ses biens avec prudence, leur valeur pourrait diminuer;
g) se rendre compte de la possibilité que le procureur puisse abuser des pouvoirs qu'il lui donne[495].

Il n'est pas nécessaire que la personne donnant la procuration soit capable, à ce moment-là, de gérer ses biens[496]. Toute personne capable de créer une procuration perpétuelle est également capable de la révoquer[497].

Qui peut agir à titre de procureur? Pour agir à titre de procureur en vertu d'une procuration relative aux biens, il faut avoir au moins dix-huit ans[498]. Une personne peut nommer deux procureurs ou plus, qui doivent agir conjointement à moins de dispositions contraires de la procuration[499]. Si les procureurs agissent conjointement et que l'un d'entre eux décède, démissionne ou devient incapable, les autres peuvent continuer à agir en vertu de la procuration[500]. Le tuteur et curateur public peut agir en qualité de procureur des biens, mais seulement si son consentement est obtenu avant la passation de la procuration[501].

La LPDNA prévoit des dispositions en cas de démission du procureur[502] ou de fin de mandat en raison de son décès ou de son incapacité, de la nomination d'un tuteur aux biens, de la passation d'une nouvelle procuration relative aux biens, de la révocation de la procuration ou du décès du mandant[503].

La création de la procuration. Il n'est pas nécessaire que la procuration perpétuelle soit rédigée selon une formule particulière[504], mais il est possible d'utiliser la formule proposée par le ministère de la Procureure générale[505]. Pour qu'une procuration relative aux biens reste valide lorsque le mandant devient incapable de gérer ses biens, le document doit établir qu'il s'agit d'une procuration perpétuelle, ou le mandant doit y exprimer l'intention que les pouvoirs qu'il accorde se prolongent lorsqu'il deviendra incapable de gérer ses biens[506]. La procuration est passée en présence de deux témoins. La LPDNA énumère les types de personnes qui ne peuvent pas agir en qualité de témoin, notamment les personnes de moins de dix-huit ans, le conjoint ou le partenaire du procureur ou du mandant, le procureur, un enfant du mandant ou une personne ayant un tuteur aux biens ou un tuteur à la personne[507].

L'entrée en vigueur de la procuration. Une procuration perpétuelle relative aux biens peut entrer en vigueur au moment de sa création, ou le mandant peut préciser qu'elle entrera en vigueur au moment où il deviendra incapable de gérer ses biens. Dans ce dernier cas, le mandant peut préciser la méthode à employer pour évaluer sa capacité; s'il ne le fait pas, la procuration peut entrer en vigueur après une évaluation par un appréciateur de la capacité en

vertu de la LPDNA, ou une évaluation de la capacité de gérer les biens en vertu de la *Loi sur la santé mentale*[508].

La procuration relative au soin de la personne

La portée de la procuration. Une procuration relative au soin de la personne peut porter sur des questions comme les soins de santé, l'alimentation, l'hébergement, l'habillement, l'hygiène ou la sécurité[509]. La procuration relative au soin de la personne peut comprendre des conditions ou des restrictions quant à son utilisation, ou des instructions relatives aux décisions que le procureur est autorisé à prendre[510]. Un mandant peut, dans une procuration relative au soin de la personne, dans des circonstances soigneusement définies, autoriser l'usage de la force par le procureur et les autres personnes qui relèvent de lui[511].

La capacité de donner une procuration relative au soin de la personne. Pour créer une procuration relative au soin de la personne, il faut avoir au moins seize ans[512]. Comme il a été dit au chapitre I de la partie Deux, le critère de détermination de la capacité de créer une procuration relative au soin de la personne est le plus facile à satisfaire de tous les critères de détermination de la capacité de la LPDNA et de la LCSS. Pour créer une procuration relative au soin de la personne, une personne doit être en mesure de comprendre si le procureur s'intéresse réellement à son bien-être et se rendre compte qu'elle peut avoir besoin que le procureur prenne des décisions pour elle. Il n'est pas obligatoire que la personne soit capable de prendre soin d'elle-même au moment de la création d'une procuration relative au soin de la personne. Toute instruction donnée dans la procuration relative au soin de la personne quant à des décisions particulières est valide si, au moment de la passation de la procuration, la personne a la capacité de prendre cette décision. Quiconque est capable de créer une procuration relative au soin de la personne est également capable de la révoquer[513].

La création d'une procuration relative au soin de la personne. Comme c'est le cas pour une procuration relative aux biens, une procuration relative au soin de la personne peut prendre n'importe quelle forme, entre autres, la forme proposée au public par le ministère de la Procureure générale[514]. La passation de la procuration relative au soin de la personne doit se faire en présence de deux témoins. La liste des personnes qui ne peuvent pas être témoins est la même que pour la procuration relative aux biens[515].

L'entrée en vigueur d'une procuration relative au soin de la personne. Il importe de souligner que la procuration relative au soin de la personne n'entre en vigueur que lorsque le mandant devient incapable de prendre des décisions quant au soin de sa personne. Les décisions relatives au soin de la personne ne peuvent pas être prises au nom de personnes qui sont capables de prendre ces décisions[516]. Pour les décisions qui relèvent de la LCSS, une procuration relative au soin de la personne entre en vigueur lorsque la personne reconnue incapable au

sens de la Loi; le procureur est alors autorisé à prendre les décisions nécessaires. Dans les autres cas, la procuration relative au soin de la personne entre en vigueur lorsque le procureur a des motifs raisonnables de croire que la personne est dans l'incapacité juridique de prendre une décision, c'est-à-dire que cette personne ne peut pas comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision (p. ex. hygiène, hébergement) ou évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision[517].

Le mandant peut, dans une procuration relative au soin de la personne, demander que l'incapacité relative aux décisions qui ne relèvent pas de la LCSS soit confirmée. Le mandant peut préciser la méthode de confirmation; dans le cas contraire, l'incapacité juridique doit être établie par un appréciateur de la capacité[518].

Qui peut agir en qualité de procureur? Pour agir en qualité de procureur au soin de la personne, il faut avoir au moins seize ans[519]. Le tuteur et curateur public peut agir en qualité de procureur au soin de la personne si son consentement est obtenu avant la passation de la procuration[520]. Les personnes qui fournissent des soins de santé, des services en établissement, des services sociaux, des services de formation ou des services de soutien en retour d'une rémunération ne peuvent pas agir en tant que procureurs, à moins d'être le conjoint, le partenaire ou un parent du mandant[521]. La responsabilité de procureur peut être partagée entre plusieurs personnes; celles-ci doivent agir conjointement à moins de dispositions contraires de la procuration relative au soin de la personne[522]. Si deux procureurs ou plus agissent conjointement et que l'un d'eux décède, devient incapable à prendre soin de sa personne ou démissionne, le ou les procureurs qui restent sont autorisés à agir en vertu de la procuration[523]. La LPDNA prévoit des dispositions relatives à la démission d'un procureur[524] ou à la fin de mandat en raison du décès ou de l'incapacité du procureur, de la nomination d'un tuteur au soin de la personne, de la passation d'une nouvelle procuration au soin de la personne, de la révocation de la procuration ou du décès du mandant[525].

2. Sujets de préoccupation et critiques

L'utilisation des procurations perpétuelles et des procurations subordonnées à une condition suspensive est généralement considérée comme un aspect très positif du régime législatif ontarien, pour les raisons susmentionnées. Une procuration est un moyen souple et accessible pour le mandant de planifier en choisissant la personne qui lui viendra en aide en cas d'incapacité juridique.

Cependant, les intéressés ont exprimé des préoccupations importantes quant aux possibilités d'abus de pouvoir par les procureurs, notamment en cas de procuration relative aux biens. La nature privée de ces nominations tend à réduire les possibilités d'examen et à augmenter le risque que des abus passent inaperçus. Évidemment, il est aussi possible qu'une personne nommée dans le cadre d'une procédure publique (tutelle) abuse de ses pouvoirs. Comme on

l'expose au chapitre I de la partie Quatre, les abus existent dans *toutes* les formes de nomination. Cependant, les ententes privées comportent ou accentuent certains risques qui leur sont propres. Il s'agit de trouver l'équilibre entre la nécessité d'éviter les abus et l'importance d'assurer un accès à ces outils. Comme l'affirme l'Alberta Law Reform Institute,

> *[TRADUCTION]* Il est nécessaire de reconnaître que faute d'un système complet, administré et garanti par l'État, d'administration des biens des personnes incapables, il est impossible de garantir à 100 % qu'aucune personne administrant les affaires d'une personne juridiquement incapable, y compris un procureur constitué en vertu d'une procuration perpétuelle, n'abusera de ses pouvoirs. Il faut prévoir des mesures de protection raisonnables contre les abus, mais en accumulant les mesures de protection dans l'espoir de réduire de façon marginale le nombre d'abus, on risque de réduire, voire d'éliminer l'utilité d'un outil très profitable dans la grande majorité des cas[526].

Le chapitre I de la partie Quatre aborde un certain nombre de mesures qui peuvent aider à déceler et à corriger les abus commis dans le cadre de procurations. Aux fins du présent chapitre, il suffit de noter que les procédures de création de procurations doivent trouver un équilibre entre l'objectif fondamental de ces outils – qui est de permettre la planification et de permettre aux personnes de choisir leur propre mandataire spécial – et la nécessité de veiller à ce que les mandants comprennent suffisamment bien la nature des pouvoirs qu'ils accordent et les risques associés à ces pouvoirs. L'efficacité d'une procuration dépend de la capacité du mandant de prendre une décision éclairée quant à la personne le mieux capable, en raison de ses compétences, de sa disponibilité, de son engagement et de son sens moral, d'assumer ces responsabilités. Un mandant qui comprend mal les effets d'une procuration risque de choisir un procureur pour des motifs étrangers à la nature des responsabilités en jeu.

Nombre de préoccupations exprimées lors des consultations préliminaires de la CDO portaient sur le fait que souvent, ni les mandants ni les procureurs ne saisissent bien la nature de ces instruments, les devoirs des procureurs, la gravité des responsabilités en jeu ainsi que les risques qui s'y rattachent. La plupart du temps, c'est au moment de la création de l'instrument qu'il est le plus pertinent d'expliquer ces questions au mandant, à la fois parce qu'il s'agit de la meilleure occasion pour le faire (la personne qui crée la procuration peut par la suite perdre sa capacité juridique et ne plus être en mesure de la révoquer) et parce qu'il s'agit d'un des seuls moments où la loi peut relativement assez imposer des exigences quant à l'information et à la compréhension.

La difficulté pour les tiers de retrouver et de valider les procurations est une autre préoccupation importante exprimée en ce concerne celles-ci. Les fournisseurs de soins de santé et d'autres services sociaux doivent parfois intervenir et obtenir un consentement dans des situations urgentes ou délicates, et ne sont pas toujours en mesure de déterminer facilement s'il existe une procuration pertinente. Il est encore plus difficile pour les tiers de déterminer si une procuration est valide – par exemple, si elle a été remplie à un moment où la personne avait la capacité juridique de le faire, ou si elle a été plus tard révoquée ou remplacée. Cela peut poser des problèmes importants aux tiers, de même que pour l'application efficace de la loi. Un tiers peut se fier à une procuration non valide ou à une procuration utilisée au-delà de sa portée, ou ne pas appliquer une procuration valide. Les fournisseurs de services ont exprimé auprès de la CDO leur frustration devant l'état actuel des choses, mais les façons de résoudre le problème varient considérablement. Certains prestataires de services financiers encouragent leurs clients à remplir des procurations bancaires spéciales pour régler certains de ces problèmes; cette pratique soulève des préoccupations en raison des conséquences importantes que peut avoir une procuration bancaire sur la validité des procurations antérieures.

Enfin, des problèmes pratiques ont été soulevés quant à l'entrée en vigueur des procurations relatives aux biens. Généralement, le mandant souhaite que la procuration n'entre en vigueur que lorsqu'il aura perdu la capacité juridique de gérer ses biens. En vertu de la LPDNA, le mandant peut, comme on l'a dit ci-dessus, créer une procuration subordonnée à une condition suspensive, qui ne prend effet qu'en cas d'incapacité juridique. Cependant, des problèmes pratiques peuvent se poser quant à l'évaluation de la capacité. Certaines procurations prévoient une évaluation des capacités par un médecin de famille; cependant, la plupart des médecins reçoivent peu de formation sur l'évaluation des capacités, et ils ne sont pas toujours habilités ou disposés à s'en charger. La procuration peut aussi préciser que l'évaluation doit être faite par un appréciateur de la capacité désigné en vertu de la LPDNA; cependant, comme on l'a établi au chapitre II de la partie Deux, l'accès à ces appréciateurs peut être compliqué en raison des coûts, de la distance ou de la disponibilité, et l'évaluation ne peut être effectuée qu'avec le consentement de la personne évaluée. De plus, peu importe comment la capacité est évaluée pour déclencher l'application d'une procuration relative aux biens, certains tiers – comme des institutions financières – hésitent à agir en vertu d'une telle procuration en l'absence de documents prouvant qu'elle est effectivement entrée en vigueur. Ces problèmes peuvent limiter l'utilité de cette forme de procuration. Par conséquent, de nombreuses personnes continuent d'utiliser une procuration qui entre en vigueur immédiatement, tout en tentant de prendre des mesures pour qu'elle ne soit pas utilisée prématurément, par exemple en la confiant à un tiers qui la conserve en sécurité. Évidemment, cette démarche comporte aussi certains risques[527].

- **QUESTION À ABORDER : quelles seraient les réformes les plus efficaces à apporter aux lois, aux orientations ou aux méthodes pour donner aux mandants qui créent des procurations relatives aux biens des moyens plus efficaces de déclencher leur entrée en vigueur au moment opportun?**

3. Les options pour la réforme

Les provinces et les territoires n'imposent pas des exigences de même ampleur ni de même rigueur pour la création d'une procuration ou d'autres nominations personnelles. En général, il semble y avoir un compromis à cette étape entre promouvoir l'accessibilité à ces instruments (et, par conséquent, améliorer la capacité à planifier et à choisir ses propres dispositions) et s'assurer que les personnes qui créent ces documents puissants en connaissent les effets et les risques, ne subissent aucune coercition ou ne sont pas induits en erreur pour ce faire. Comme on l'a dit précédemment, l'Ontario intègre déjà à ces exigences un certain nombre de garanties applicables à la création d'une procuration, notamment celle de deux témoins indépendants, d'une déclaration d'intention de donner une procuration perpétuelle, et l'interdiction pour certaines personnes d'assumer les fonctions de procureur au soin de la personne en raison d'une possibilité évidente de coercition ou d'influence indue. Certaines autres garanties possibles sont exposées brièvement ci-dessous. Plusieurs d'entre elles sont axées sur la compréhension des risques et des avantages de la procuration que doit en avoir la personne qui veut la donner; d'autres sont axées sur la garantie que la personne n'a pas subi de coercition pour nommer un procureur.

<u>Les exigences relatives à la capacité</u>

Le droit peut fixer des exigences rigoureuses relativement à la capacité juridique de procéder à une nomination personnelle pour s'assurer que la personne comprend bien les risques qui s'y rattachent et qu'elle en tient compte dans la nomination. Évidemment, des exigences trop strictes priveront inutilement des personnes des avantages associés à ces nominations. À de nombreux égards, cette question touche au cœur même des débats sur la réforme du droit dans ce domaine, comme l'ont clairement montré les chapitres précédents.

Le compromis à faire entre l'accessibilité et la prévention des abus est évident à cet égard; les deux aspects peuvent être mis en balance de différentes manières et ils l'ont d'ailleurs été. Par exemple, parce qu'elle reconnaissait que la nature des pouvoirs et des risques liés à l'administration des biens diffère des risques associés au soin à la personne, l'Ontario a imposé des exigences en matière de capacité pour la procuration relative aux biens beaucoup plus rigoureuses que celles de la procuration au soin de la personne. Le critère de détermination de la capacité dans le cas d'une procuration relative au soin de la personne est assez facile à atteindre; par contre, le critère applicable à la capacité pour une procuration relative aux biens est strict comparativement aux critères utilisés ailleurs. Il serait possible de rendre l'exigence en

matière de capacité plus accessible, tout en renforçant les mécanismes de surveillance et d'évaluation pendant la durée de la nomination personnelle.

L'obligation de demander un avis juridique

L'obligation, pour les personnes qui veulent donner une procuration, d'obtenir un avis juridique pour donner un document valide est un autre mécanisme qui garantit que les personnes qui font une nomination personnelle comprennent les risques de leur démarche. Cette façon de faire garantit que les mandants obtiennent des renseignements exacts et pertinents sur les répercussions d'une procuration perpétuelle ou d'une procuration subordonnée à une condition suspensive, ce qui peut contribuer à la validité du document et ce qu'il soit le véritable reflet des souhaits du mandant. La *Loi sur les procurations perpétuelles* du Yukon prévoit qu'une procuration perpétuelle doit être accompagnée d'un certificat d'avis juridique qui atteste que le mandant a eu la capacité de donner le document et qu'il l'a volontairement signé[528].

Ces types d'exigences ont cependant un inconvénient, car sauf pour les quelques personnes qui peuvent recourir à l'aide juridique, il faut payer pour obtenir ces services. Le coût peut avoir un effet dissuasif ou même constituer un obstacle absolu à la création de ces nominations. Les personnes à faible revenu pourraient bien ne pas avoir les moyens de nommer elles-mêmes leur propre procureur, à moins que ne soient adoptées des mesures spéciales qui prévoient l'offre d'un accès gratuit ou à très faible coût aux conseils juridiques pour les nominations personnelles. C'est ce qui explique que dans leur rapport sur les procurations, les organismes de réforme du droit de l'Ouest canadien et la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse ont tous deux rejeté finalement les propositions d'avis juridique obligatoire[529].

L'institut de réforme du droit de l'Alberta (IRDA) ne recommande pas d'exiger des avis juridiques pour la création d'une procuration perpétuelle valide. Il recommande d'obliger le mandant à se présenter devant un avocat qui doit certifier que les exigences d'une procuration valide ont été respectées ou demander à l'un des témoins de signer une déclaration sous serment au même effet – un régime semblable à celui qui existe déjà en Saskatchewan[530]. L'IRDA est d'avis qu'un certificat d'avocat assurerait un meilleur contrôle de la qualité et donnerait une occasion d'obtenir un avis juridique utile, mais la seconde option fournirait au mandant un choix moins officiel et maintiendrait l'accessibilité à l'instrument[531].

L'information obligatoire

Les Ontariens qui songent à accorder une procuration ou qui agissent en vertu procuration déjà établie disposent de beaucoup d'information. Le ministère de la Procureure générale et le TCP fournissent de l'information dans Internet et des formulaires de procuration facultatifs, proposés dans les sites Web des administrations, fournissent un bon nombre de

renseignements et de conseils utiles. Des organismes de défense des droits et des organismes de service ont créé des documents qui décrivent les caractéristiques principales des procurations et les fournisseurs de services ont souvent des publications simplifiées ou en langage simple à l'intention de leurs utilisateurs. Le TCP et des organismes comme l'Elder Abuse Ontario et l'Advocacy Centre for the Elderly ont beaucoup vulgarisé ce sujet des procurations.

Les personnes qui cherchent de l'information sur les procurations la trouvent assez facilement. Cette information n'est toutefois pas exécutoire. Un grand nombre des personnes touchées par ces lois ne chercheront pas l'information parce qu'ils « ne savent pas qu'ils ne savent pas », ils ne savent pas où chercher l'information, ils se heurtent à des obstacles à l'information (p. ex., problème de langue, la littératie ou déficience liée à l'apprentissage) ou d'autres raisons.

D'autres pays ont un formulaire d'utilisation obligatoire pour garantir la validité de l'instrument. Ce formulaire obligatoire a pour avantage de renseigner sur les exigences, les répercussions et les risques d'une procuration, s'assurant ainsi que les mandants (et les procureurs) ont accès à l'information. L'État du Queensland en Australie est l'un de ces pays. Lorsqu'elle a étudié le formulaire obligatoire, la Commission de réforme du droit du Queensland (CRDQ) a noté qu'on craignait que l'ajout de renseignements exhaustifs sur le formulaire ne le rende trop long et lourd et elle a envisagé de séparer l'information dans une brochure ou une trousse distincte. Finalement, la Commission a recommandé une refonte des formulaires, mais y a maintenu l'information qu'elle a aussi approfondie dans une brochure distincte, ce qui reflète l'importance perçue de s'assurer que les mandants ont accès à l'information et aux mises en garde nécessaires. Comme l'a dit un intervenant à la CRDQ :

> *[TRADUCTION]* À de nombreux égards, grâce à cette information, les adultes qui signent le formulaire peuvent être dûment informés des avantages et des inconvénients de la signature d'un document aussi important. De plus, cela signifie que les adultes risquent moins d'être victimes d'escroquerie et persuadés de signer un document qu'ils ne comprennent pas ou qu'ils pensent à d'autres fins. La présence des « petits caractères » tout au long du formulaire est en elle-même un outil utile de mise en garde[532].

- **QUESTION À ABORDER : y a-t-il des réformes pratiques à apporter aux exigences ou aux options concernant la création de la procuration qui permettraient aux mandants ou aux procureurs de mieux comprendre les risques, les avantages et les responsabilités liés à ces documents d'une puissance considérable?**

Les registres

Les registres sont souvent proposés comme moyen de répondre à l'une et l'autre des préoccupations exprimées au sujet des procurations – à savoir la vérification et la validation, la prévention et la reconnaissance des abus. Selon la campagne Grey Flag :

> *[TRADUCTION]* Un registre des procurations est la première étape de la réparation d'un système en mauvais état. Il n'y a actuellement aucun moyen pour des parents inquiets de confirmer qu'une procuration a réellement le pouvoir qu'ils prétendent ou de savoir ce qu'elle contient vraiment sans recourir au tribunal. Dès qu'une personne prétend être procureur, des organismes, des professionnels des soins de santé, des banques, des membres de la famille et des amis de la personne touchée devraient pouvoir le vérifier dans un registre public. Sans cela, les économies d'une vie et la qualité de vie des personnes âgées sont menacées[533].

Dans une certaine mesure, l'enregistrement des procurations les rend du domaine public, ce qui permet aux intéressés d'en connaître l'existence, d'examiner comment elles sont utilisées et si un procureur se comporte conformément aux modalités de l'instrument. Dans son rapport de 1972, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a recommandé la création d'un registre des procurations, signalant l'avantage de *[TRADUCTION]* « rendre publiques les procurations et surtout d'indiquer publiquement qui sont les procureurs. Cette façon de faire non seulement protège le procureur, mais permet également aux intéressés de s'informer de l'existence de la procuration[534] ». Cette recommandation n'a pas été mise en œuvre.

Plusieurs provinces canadiennes ont des registres volontaires, généralement auprès du curateur public. Ces provinces et territoires sont le Manitoba[535], le Nunavut[536] et les Territoires du Nord-Ouest[537]. La Colombie-Britannique n'a pas de registre obligatoire, mais elle possède un registre sous gestion privée, appelé Nidus E-Registry, et tenu à jour par un organisme de bienfaisance, le Nidus Personal Planning Resource Centre[538]. Comme le registre Nidus n'est pas autorisé par la loi, il dépend du consentement des personnes qui souhaitent enregistrer leur procuration perpétuelle au registre. Il en coûte 25 $ pour enregistrer un document. Les personnes désignées et les fournisseurs de services approuvés (p. ex., les hôpitaux) y ont ensuite accès, mais il faut préciser que les fournisseurs de services doivent payer pour obtenir cet accès.

Il existe des registres obligatoires dans certains pays dont l'Écosse, l'Irlande, certains États de l'Australie et Hong Kong. Le registre obligatoire le plus complet semble être celui de l'Angleterre et du Pays de Galles. Selon la *Mental Capacity Act 2005*, une procuration perpétuelle n'est pas valide si elle n'est pas enregistrée auprès du curateur public[539]. Le registre comprend non seulement l'information sur les parties à la procuration, mais l'instrument lui-même. L'enregistrement peut se faire au moment de la création de l'instrument ou lorsque le mandant perd sa capacité. Une fois l'enregistrement accepté, toutes les parties nommées (y compris le mandant) sont officiellement informées par le tuteur public de l'enregistrement et de son entrée en vigueur immédiate ou ultérieure lorsque le mandant deviendra incapable. Toute personne peut demander, pour un faible coût, une recherche dans le registre et peut recevoir des renseignements de base sur la nomination, dont la date de naissance du mandant; les noms des représentants ou procureurs; la date à laquelle l'instrument a été fait, enregistré, révoqué ou annulé (s'il y a lieu); le type d'instrument; et si cet instrument est assorti de conditions ou de

restrictions (mais non le fond de ces conditions ou restrictions). Pour obtenir de plus amples renseignements, il faut en faire la demande et en préciser les motifs.

La Commission de réforme du droit du Victoria a récemment recommandé un registre en ligne complet et indiqué que cette proposition a reçu un très large appui des intervenants et du public, à la fois parce qu'il permet une mise en œuvre efficace des procurations, mais également parce qu'il réduit les risques d'abus. Le registre comprendrait des instruments connexes tels que les directives préalables concernant la santé, les nominations pour la prise de décision accompagnée, les procurations et les tutelles. L'enregistrement serait obligatoire, et le tribunal civil et administratif du Victoria aurait des pouvoirs correctifs en l'absence d'enregistrement. Seuls les personnes et les organismes autorisés auraient accès au registre; les mandants et les procureurs pourraient voir l'information concernant leur propre instrument[540].

Des députés ont déposé des projets de loi privés à l'Assemblée législative de l'Ontario concernant la création d'un registre, le dernier en février 2013. Le projet de loi n^{o} 9, *Loi de 2013 sur la protection des personnes vulnérables et des personnes âgées contre les mauvais traitements (procurations)*, visait la création d'un registre public, tenu par le TCP, de toutes les procurations perpétuelles relatives aux biens et au soin de la personne. Les renseignements contenus dans ce registre seraient le nom et l'adresse du mandant et ceux de son procureur, la date à laquelle les pouvoirs du procureur ont pris effet et toutes les restrictions de ces pouvoirs, de même que les noms des personnes ou des groupes de personnes à qui le mandant, dans la procuration, autorise le TCP à divulguer les renseignements. Le projet de loi n^{o} 9 n'a pas dépassé la première lecture. Un projet de loi très semblable avait été déposé sans succès en 2011.

Les critiques du projet de loi n^{o} 9 et du projet de loi qui l'a précédé en 2011 ont surtout porté sur la protection des renseignements personnels des personnes qui donnent des procurations et l'accessibilité des procurations. Un député a déclaré :

> *[TRADUCTION]* Si, comme le propose le projet de loi, si je donne une procuration à quelqu'un, je dois appeler un bureaucrate, le Bureau du curateur public, et lui dire pour lui dire que j'ai demandé à telle personne d'être mon procureur et que je dois déposer différents documents. Non seulement cela, si le curateur public doit maintenir un registre public dans lequel tout le monde est nommé, qui a la procuration et ainsi de suite, je considère que c'est une violation de ma vie privée. Je suis très capable de prendre cette décision au moment où je donne la procuration parce que, par définition, je ne peux donner une procuration que si je suis entièrement capable. Je sais à qui je dire qui est mon procureur[541].

Un autre député a fait le commentaire suivant au sujet du projet de loi de 2011 :

> *[TRADUCTION]* Je crois que c'est très complexe; ce n'est pas aussi facile qu'on le pense. Nous allons créer plus de niveaux de bureaucratie. Nous allons faire en sorte qu'il sera plus difficile pour les

> personnes âgées d'agir seules, en toute indépendance, si nous les forçons à enregistrer la procuration. Selon tous les professionnels de ce domaine, c'est ce qu'ils m'ont dit et j'ai lu de nombreuses analyses différentes au sujet de ce projet de loi – il deviendra plus difficile pour les personnes âgées de prendre des mesures[542].

Évidemment, les questions liées à la protection de la vie privée sont complexes. La création d'un registre qui serait conforme à la fois à la *Loi sur la protection des renseignements personnels sur la santé* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* serait difficile, en particulier si le registre était obligatoire ou comprenait une copie de l'instrument lui-même.

- **QUESTION À ABORDER : un registre des procurations améliorerait-il la capacité de vérifier et de valider ces documents, de prévenir et de reconnaître les abus? Quels seraient les avantages et les inconvénients d'un registre?**
- **QUESTION À ABORDER : au cas où un registre des procurations était créé :**
  a) **serait-il volontaire ou obligatoire?**
  b) **quels renseignements devraient y figurer?**
  c) **qui devrait avoir accès à l'information du registre et dans quelles circonstances?**
  d) **qui s'en occuperait?**
  e) **qu'exigerait-on pour s'assurer du respect des lois sur la protection des renseignements personnels?**

L'exigence de plusieurs procureurs

Dans certaines provinces et certains territoires, le mandant doit nommer plusieurs procureurs. Cette obligation peut permettre une certaine surveillance des éventuels auteurs de mauvais traitements. En réalité, toutefois, de nombreuses personnes ont de la difficulté à trouver même une personne qui convienne, soit prête à assumer la fonction de procureur et capable de le faire; exiger plusieurs procureurs peut ne pas être possible. L'IRDA signale que l'arrangement serait lourd et qu'un procureur déléguerait probablement la plupart de ces pouvoirs à un autre, et pour cette raison, a refusé de faire cette recommandation[543]. L'Ontario prévoit l'option qu'une personne nomme plusieurs procureurs, mais ne l'exige pas.

L'obligation de rendre compte, avis de procureurs en fonction et surveillants

Un certain nombre de provinces et de territoires ont adopté ou recommandé des mesures qui soit encouragent soit obligent les mandants qui donnent une procuration à indiquer dans ces documents les personnes qui surveilleront le procureur ou assureront autrement une certain contrôle.

Le Manitoba, à la suite des recommandations de la Commission de réforme du droit du Manitoba, a créé l'obligation pour les procureurs de rendre compte de sa gestion des biens, sur demande formelle de toute personne nommée à titre de bénéficiaire de la reddition de

comptes par le mandant dans la procuration ou du parent le plus proche, en l'absence de nomination ou lorsque la personne nommée est décédée ou inhabile sur le plan mental (à certaines exceptions près). La personne qui reçoit les comptes n'a pas d'obligation ni de responsabilité à l'égard de ceux-ci[544]. La Saskatchewan a mis en œuvre un système semblable; ce dernier n'est pas obligatoire pour les procureurs qui ne sont pas rémunérés pour leurs activités et les comptes doivent être fournis sur demande[545]. Les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut ont également pris des dispositions sur la reddition des comptes à des personnes nommées dans la procuration[546].

Dans son rapport, l'institut de réforme du droit de l'Alberta (IRDA) a combiné une recommandation visant la précision des personnes qui doivent recevoir les rapports à la recommandation exigeant que les procureurs donnent avis à certaines personnes ou organismes lorsqu'ils assument leurs responsabilités. Le rapport de l'IRDA, *Enduring Powers of Attorney : Safeguards Against Abuse*, recommande que les procureurs donnent avis, avant ou dans les 30 jours de l'exercice d'une procuration perpétuelle, de leur intention d'assumer leurs fonctions de procureur aux personnes désignées dans la procuration et à certains membres précisés de la famille. Ces personnes auraient par la suite le droit de demander, dans un laps de temps raisonnable et à leurs propres frais, de pouvoir inspecter les listes et les dossiers que la loi oblige le procureur à tenir. Cette disposition vise à créer un mécanisme de contrôle permanent du procureur. Les intéressés qui s'inquiètent du mandant n'ont plus à présenter une demande au tribunal pour examiner la gestion de ses affaires par le procureur[547]. L'IRDA voyait en cette recommandation une solution de rechange plus commode à l'attribution d'une responsabilité à un représentant public, par exemple le curateur public, d'examiner annuellement les comptes d'un procureur ou d'exiger qu'il les dépose au tribunal[548]. Le rapport de 2008 des organismes de réforme du droit de l'Ouest canadien, *Enduring Powers of Attorney : Areas for Reform*, renferme une recommandation très semblable[549].

La Commission du droit de la Nouvelle-Zélande, en rejetant une recommandation selon laquelle les proches parents devaient être informés à la fois de la constitution d'une procuration et du moment où elle entrait en vigueur, a soutenu que les mandants ne sont parfois pas en contact avec leurs proches parents et qu'ils peuvent ne pas souhaiter que ceux-ci soient informés de leurs affaires[550]. Autrement dit, lorsque les mandants n'ont pas précisé dans la procuration qu'une personne devait recevoir un avis (et les comptes), on peut craindre que le droit à la vie privée du mandant soit enfreint. La Commission de réforme du droit du Queensland s'est dite préoccupée par les répercussions sur la protection des renseignements personnels des dispositions concernant des avis. Elle a également dit qu'il y avait une restriction à l'autonomie du mandant qui pouvait volontairement inclure cette exigence dans sa procuration, s'il le souhaitait[551].

La *Representation Agreements Act* de la Colombie-Britannique crée un système beaucoup plus exhaustif de contrôle officieux en instituant des « surveillants ». La loi exige que tout *[TRADUCTION]* « adulte qui conclut un accord de représentation […] doit nommer comme surveillant dans cet accord une personne qui [. . .] a au moins 19 ans et [est] prête à exercer les fonctions et les pouvoirs d'un surveillant et capable de le faire[552] ». Un surveillant peut démissionner, mais s'il le fait (ou devient incapable de s'acquitter de ses fonctions), le pouvoir de représentation est suspendu jusqu'à ce qu'un nouveau surveillant soit nommé ou que le tribunal détermine qu'un surveillant n'est pas nécessaire[553]. Les fonctions et les pouvoirs d'un surveillant sont importants et comprennent l'obligation *[TRADUCTION]* « de faire les efforts raisonnables pour déterminer si un représentant » agit honnêtement et de bonne foi, dans les limites de l'accord de représentation[554]. Le surveillant a le pouvoir de rendre visite au mandant de l'accord à tout moment et ne peut être empêché de le faire par quiconque a la garde ou le contrôle du mandant[555]. Le surveillant peut exiger que le représentant produise des comptes et des registres s'il soupçonne que ce dernier n'agit pas de manière responsable, mais s'il le fait, il doit en avertir le mandant et tous les représentants nommés dans l'accord[556]. Si, après l'examen des dits dossiers, le surveillant croit toujours que le représentant ne s'acquitte pas de ses responsabilités, il doit en informer le tuteur et curateur public[557].

La Commission de réforme du droit du Victoria a exprimé une mise en garde sur l'obligation relative aux surveillants. Elle a signalé que le droit actuel n'empêche pas les mandants de nommer des surveillants, mais qu'il convient peut-être mieux de laisser aux personnes le soin de déterminer le rôle, s'il y a lieu, que doit jouer un surveillant[558].

Par ailleurs, la Commission de réforme du droit du Queensland est d'avis qu'il vaut mieux encourager les personnes à prévoir des dispositions relatives aux surveillants dans leur procuration plutôt que préconiser un examen public des comptes, par exemple un examen périodique des activités du procureur par le tuteur public ou le tribunal civil et administratif, ou un système de vérification aléatoire :

> *[TRADUCTION]* La Commission considère plutôt qu'il vaut mieux encourager les gens à donner des procurations perpétuelles et à se prémunir eux-mêmes dans cette procuration. Ils pourraient prévoir une disposition en ce sens dans les formulaires approuvés de procuration perpétuelle que le mandant nomme une ou plusieurs personnes à qui le procureur doit, régulièrement, fournir un rapport sommaire des dossiers et des comptes de toutes les opérations qu'il a faites en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés au nom de l'adulte. Idéalement, le mandant nommerait une personne en qui il a confiance et qui est indépendante du procureur. On ne pense pas que cette façon de faire ajouterait beaucoup au fardeau du procureur, étant donné qu'il doit déjà tenir ces dossiers. La personne qui reçoit les comptes ne devrait avoir ni obligation ni responsabilité de prendre des mesures à leur égard. On espère toutefois qu'une personne nommée qui soupçonne ou observe une mauvaise gestion financière prendra les mesures pertinentes pour corriger la situation, en

soumettant, par exemple, au tribunal une requête de révocation du procureur ou du tuteur de l'adulte[559].

- **QUESTION À ABORDER : des exigences ou des options obligatoires doivent-elles être ajoutées à la création des dispositions sur les procurations, par exemple l'obligation de rendre compte, la nomination de surveillants ou des avis de procureurs en fonction pour améliorer la surveillance et la responsabilité des procureurs?**

C. La procédure des nominations publiques

En Ontario, il existe des procédures de nominations publiques lorsqu'un mandataire spécial est nécessaire et que la personne n'a pas la capacité juridique de la nommer personnellement dans une procuration. On présume, dans les nominations personnelles, que la personne, parce qu'elle connaît bien sa situation, la nature et la situation des membres de sa famille ou de ses amis, veut et peut sélectionner soigneusement le mandataire spécial qui convient le mieux. Une procédure de nominations publiques doit prévoir un examen externe à la fois de la nécessité de la nomination et de la personne choisie pour exercer cette fonction. Même si la LPDNA prévoit la nomination du TCP en vertu d'une procuration, en pratique, c'est extrêmement rare et dans la plupart des cas, le TCP sera nommé par un processus de nominations publiques.

La section qui suit porte sur les nominations publiques en vertu de la LPDNA. Il faut noter que la LCSS prévoit également un processus de nominations publiques. Selon cette loi, la Commission du consentement et de la capacité (CCC) a le pouvoir de nommer un représentant qui prendra des décisions pour une personne juridiquement incapable en ce qui concerne son traitement, l'admission à un établissement de soins ou à un service d'aide personnelle, si l'incapable pour qui la décision doit être prise ou une personne qui souhaite la représenter présente une requête en ce sens (ou de révoquer sa nomination)[560].

1. La nomination d'un tuteur

En Ontario, les tuteurs peuvent être nommés de trois manières : tutelle légale relative aux biens, tutelle nommée par le tribunal et tutelle nommée par le tribunal temporaire à la suite d'une enquête du TCP. Chacune est exposée brièvement ci-dessous.

<u>La tutelle légale</u>

La tutelle légale est une procédure administrative rapide et assez peu coûteuse pour obtenir une tutelle. Elle a été incluse dans la LPDNA conformément aux recommandations du *Rapport Fram*, qui la présente comme une procédure qui vise à *[TRADUCTION]* « permettre aux familles d'éviter les requêtes inutiles au tribunal dans les situations où il n'y a pas de doute sur l'incapacité de la personne et que cette dernière ne s'oppose pas à un [tuteur][561] ». Il est important de souligner que la tutelle légale s'applique seulement à la gestion des biens, pas au soin de la personne.

La tutelle légale est automatiquement déclenchée lorsqu'il y a une constatation d'incapacité, soit à la suite d'un examen de la capacité en vertu de la Partie III de la *Loi sur la santé mentale* (LSM), soit à la suite d'une évaluation de la capacité en vertu de l'article 16 de la LPDNA. On trouve une description détaillée de ces procédures d'évaluation de la capacité au chapitre I de la partie Deux du présent *document de travail*. En résumé, une évaluation de la capacité se fait dans la collectivité, selon une procédure de demande et de consentement effectuée par un appréciateur spécialisé et désigné, payé à même des fonds privés. Un examen de la capacité en vertu de la LSM est obligatoire à l'admission dans un établissement psychiatrique et il assorti de garanties procédurales sous forme de conseils sur les droits du patient fournir par un avocat nommé par l'aide juridique, en cas d'appel à la CCC.

Initialement, le tuteur légal aux biens est le TCP. Toutefois, comme il est dit au chapitre II de la partie Trois, des personnes désignées peuvent présenter une demande au TPC pour remplacer ce dernier et devenir tuteur aux biens. Lorsque le demandeur convient et qu'il a soumis un plan de gestion pertinent, le TCP peut nommer cette personne. Une demande de remplacement implique des frais : en 2013, ces frais s'élevaient à 382 $, plus les taxes applicables.

Si le TCP refuse de délivrer un certificat attestant la nomination d'un tuteur légal aux biens pour le remplacer, il doit en donner les motifs par écrit à l'auteur de la demande. Si ce dernier conteste le refus en en donnant avis écrit au TCP, ce dernier demande au tribunal, par voie de requête, de trancher la question[562].

La tutelle nommée par le tribunal

La procédure de requête et les garanties procédurales. Toute personne peut déposer une requête à la Cour supérieure de justice pour la nomination d'un tuteur aux biens ou au soin de la personne[563]. Il est important de signaler que les tutelles au soin de la personne peuvent *seulement* être obtenues par une ordonnance du tribunal et non par une procédure légale. De plus, la tutelle relative au soin de la personne peut être absolue ou partielle, et la tutelle absolue peut être ordonnée seulement si le tribunal constate que cette personne est incapable à l'égard de toutes les fonctions dans ce domaine, y compris les soins de santé, son alimentation, son hygiène, sa sécurité, son hébergement et son habillement[564].

Une requête en nomination d'un tuteur doit être accompagnée des documents suivants :

1. le consentement du tuteur proposé;
2. un plan de tutelle (si la requête vise une tutelle au soin de la personne) ou de gestion des biens (si la requête concerne une tutelle aux biens);
3. une déclaration signée par le requérant qui indique que la personne prétendue incapable a été informée de la nature de la requête et de son droit de s'y opposer, et précise la manière dont elle a été informée; ou s'il n'était pas possible de donner à la

personne prétendue incapable les renseignements susmentionnés, qui indique les raisons de cette impossibilité[565].

La LDPNA contient des mesures additionnelles qui garantissent les droits d'un adulte à l'application régulière de la loi dans ces requêtes. La loi exige que l'avis de la requête soit signifié avec les documents afférents à l'adulte prétendu incapable, certains membres de la famille et le TCP notamment[566]. La LPDNA exige également qu'au moins une déclaration d'opinion d'un appréciateur de la capacité selon lequel un adulte est incapable et, par voie de conséquence, que les mêmes mesures d'application régulière de la loi qui s'appliquent aux évaluations de la capacité pour les nominations de tutelle légale s'appliquent également aux requêtes de règlement sommaire. Ces mesures comprennent qu'un appréciateur de la capacité doit expliquer à l'adulte la raison d'être et l'effet de l'évaluation et l'adulte a le droit de refuser cette évaluation[567].

De plus, le TCP est un intimé de la loi[568] dans toutes les requêtes visant la nomination d'un tuteur par le tribunal. Il examine ces requêtes et envoie une lettre en réponse aux questions soulevées dans la requête à l'avocat du requérant, de même qu'au registraire de la Cour supérieure de justice. Dans la plupart des cas, les questions sont éclaircies et résolues avant la tenue d'une audience, mais dans de rares cas, le TCP peut comparaître à l'audience pour soumettre des preuves ou des arguments oraux, ou les deux, en réponse aux questions[569].

La procédure de règlement sommaire. La LPDNA prévoit une procédure de règlement sommaire pour les requêtes de tutelle et de révocation de ces dernières. Ces requêtes peuvent être étudiées en fonction des documents fournis, sans audience ni comparution, lorsque toutes les parties conviennent d'agir de la sorte. Dans ces requêtes de règlement sommaire, le juge peut accorder le redressement demandé, demander aux parties de fournir d'autres preuves ou de faire des représentations, ou ordonner que la question fasse l'objet d'une audience[570].

On ne connaît beaucoup les résultats des règlements sommaires en pratique. La CDO a entendu dire par un avocat que dans certains cas, les requêtes de règlement sommaire ont donné des résultats efficaces et rapides dans une procédure simplifiée. Ces procédures réduisent au minimum la possibilité d'une comparution devant le tribunal, ce qui les rend encore plus économiques. Elles ont donné des résultats particulièrement probants chez les personnes atteintes d'une déficience développementale, lorsque le lien entre l'adulte et les membres de sa famille sont « simples » et que la requête n'est pas contestée[571]. Toutefois, les requêtes de règlement sommaire ne sont pas souvent utilisées. La CDO a entendu l'explication suivante sur le faible recours aux règlements sommaires en Ontario : la nomination d'un tuteur sans audience a suscité des préoccupations sur l'application régulière de la loi, compte tenu de la gravité des droits en cause[572]. Le Barreau du Haut-Canada déclare qu'il *[TRADUCTION]* « est à noter que ce ne sont pas toutes les provinces ou territoires ou les membres de la magistrature

qui permettent ce type de règlement des questions de tutelle, indiquant que la gravité du redressement demandé nécessite une audience[573] ».

De plus, même si les dispositions sommaires sont moins coûteuses qu'une requête habituelle d'audience, les coûts demeurent un problème : les coûts des requêtes de règlement sommaire peuvent varier d'environ 7 500 $ à 10 000 $ dans les centres urbains. Les documents des appréciateurs de la capacité représentent une part importante de ces coûts, peut-être de 3 000 $ à 4 000 $ dans les situations les plus complexes[574]. De plus, si un juge n'est pas convaincu qu'une nomination proposée est appropriée, compte tenu des preuves accompagnant la requête, il ou elle peut ordonner la présentation d'autres renseignements ou une audience[575].

La ligne de conduite la moins contraignante. Selon la LPDNA, un tuteur ne peut être nommé par le tribunal que dans les cas suivants :

- la personne est incapable de gérer ses biens ou de veiller aux soins de sa personne et pour cette raison, il faut qu'une personne autorisée à le faire prenne des décisions en son nom[576];
- le tribunal est convaincu de l'existence d'une ligne de conduite qui permettra de satisfaire à la nécessité de prendre des décisions qui n'exige pas que le tribunal constate que la personne est incapable de gérer ses biens et est moins contraignante que la nomination d'un tuteur en ce qui a trait aux droits qu'a la personne de prendre des décisions[577].

L'expression « ligne de conduite » n'est pas définie dans la loi et ces dispositions ont été peu utilisées concrètement. Les procurations sont reconnues comme des solutions de rechange importantes à la tutelle[578], tout comme l'importance des soutiens officieux. Fait à remarquer, dans l'affaire *Koch (Re)*, le tribunal a déterminé que M. Koch était capable de gérer ses biens et il a fait le commentaire suivant : *[TRADUCTION]* « il y a capacité mentale si la personne est capable de prendre des décisions avec l'aide d'autres personnes et si l'appelant [avait] accès à divers services et soutiens qui lui [permettaient] de fonctionner dans son milieu[579] ».

Le libellé de la loi montre que la tutelle doit être une solution de dernier recours : même si la personne n'a pas la capacité légale, un tuteur ne sera nommé que si des décisions doivent être prises et qu'il n'y a pas de ligne de conduite moins contraignante. Stephen Fram a commenté ces dispositions devant le Comité permanent qui a tenu des audiences sur ce qu'il est advenu de la LPDNA, car,

> *[TRADUCTION]* Les divers gouvernements ont toujours eu l'intention à l'égard de la tutelle, parce qu'elle retire tous les droits à la personne, d'en faire une solution de dernier recours lorsqu'on ne peut pas utiliser les procurations relatives au soin de la personne, lorsqu'un « contrat d'Ulysse[580] »

> n'est pas possible et que d'autres formes de la *Loi sur le consentement au traitement* ne sont pas possibles non plus. La dernière chose que nous voulions dans le monde est trop de tutelles dans la province. Autrement dit : 'La tutelle est le dernier recours. Si l'on ne peut obtenir de décisions d'une autre manière, laissons le tribunal nommer un tuteur, mais autrement cherchons un moyen moins contraignant'[581].

Bach et Kerzner soutiennent que les dispositions sur la ligne de conduite la moins contraignante et le recours à d'autres mesures visaient à l'origine précisément à *[TRADUCTION]* « répondre aux besoins d'un groupe très précis – les personnes ayant des déficiences intellectuelles et cognitives importantes qui étaient peu susceptibles d'atteindre le seuil établi pour la nomination d'un procureur au soin de la personne » et qui souhaitent prendre des décisions sans une constatation d'incapacité, dans le contexte des liens de confiance qu'ils entretiennent[582].

La tutelle temporaire à la suite d'une enquête sur des conséquences préjudiciables graves

Le TCP a entre autres responsabilités de mener une enquête lorsqu'il y a allégation qu'une personne est incapable de gérer ses biens ou de se procurer les objets de première nécessité et selon laquelle des conséquences préjudiciables graves se produisent ou peuvent se produire en conséquence[583]. Si, par suite de son enquête, le TCP a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est incapable et qu'il faut promptement un tuteur temporaire pour éviter des conséquences préjudiciables graves, il doit présenter au tribunal une requête de tutelle temporaire[584]. Le tribunal peut nommer le TCP tuteur pendant une période qui ne peut pas dépasser 90 jours et peut suspendre les pouvoirs d'un procureur constitué en vertu d'une procuration pendant la période de la tutelle temporaire. L'ordonnance doit préciser les pouvoirs et toutes les conditions liées à la tutelle temporaire. À la fin de la période de tutelle temporaire, le TCP peut permettre la fin de la tutelle, demander au tribunal une prolongation ou demander une ordonnance de tutelle perpétuelle.

Il est à noter que la requête doit être signifiée à la personne prétendument incapable, à moins que le tribunal n'accorde une dispense de l'avis en raison de la nature et de l'urgence de l'affaire. Si une ordonnance est prise et un avis n'est pas signifié, l'ordonnance doit être signifiée aussi rapidement que possible.

2. La fin de la tutelle

Les méthodes visant à sortir de la tutelle dépendront du type de tutelle en vigueur. Il existe diverses solutions qui permettent de modifier l'identité d'un tuteur (p. ex., si le tuteur légal décède); dans le présent document, on s'intéresse surtout à la procédure qui permet à une personne de retrouver le droit de prendre ses propres décisions, de manière indépendante.

La révision par la CCC. Lorsqu'une tutelle légale est mise en place à la suite d'une évaluation effectuée par un appréciateur de la capacité désigné ou en vertu de la Partie Trois de la LSM, la

personne peut demander à la CCC la révision de l'évaluation, dans les six mois qui suivent cette dernière. Si la CCC détermine que la personne est capable de gérer ses biens et que cette décision ne fait ni l'objet d'un appel ni le maintien en appel, la tutelle prend fin[585].

La réévaluation de la capacité. Dans les cas de tutelle légale, une nouvelle évaluation de la capacité montrant que la personne est capable mettra automatiquement fin à une tutelle. Dans le cas des tutelles légales établies par une procédure communautaire, la tutelle légale aux biens prendra automatiquement fin lorsqu'un avis sera signifié au tuteur par l'appréciateur désigné de la capacité qui exprimera l'opinion que la personne a la capacité de gérer ses biens[586]. Il est important de noter ici que les tuteurs légaux ont le devoir de faciliter une réévaluation tous les six mois, au moins, à la demande de la personne sous tutelle[587].

Dans le cas des personnes qui sont sous une tutelle légale en vertu de la LSM, la tutelle prendra fin lorsque le tuteur recevra avis que le médecin traitant annule le certificat d'incapacité, que le patient obtient son congé de l'établissement où il se trouvait sans avis de prorogation de l'incapacité ou qu'après un avis de prorogation, le médecin traitant considère que la personne est capable de gérer ses biens[588].

La requête au tribunal. Les tutelles, qu'elles soient légales[589] ou nommées par le tribunal[590], peuvent également prendre fin ou être suspendues par requête au tribunal. Comme les requêtes pour nommer des tuteurs, celles visant la mainlevée de la tutelle peuvent être réglées par voie sommaire.

3. Sujets de préoccupation et critiques de la procédure des nominations publiques

On reconnaît généralement que la tutelle est une mesure qui, même si elle peut parfois être nécessaire, n'en restreint pas moins considérablement les droits fondamentaux des personnes à qui elles sont imposées. Comme l'ont dit Michael Bach et Lana Kerzner :

> *[TRADUCTION]* Déterminer qu'une personne est incapable ou inhabile à gérer ses affaires à certains ou tous les égards lui enlève le pouvoir sur sa propre vie et confie ce pouvoir à quelqu'un autre. Même si ces mesures sont prises pour la protéger, ce retrait de son identité individuelle légale est de plus en plus considéré, du point de vue des droits des personnes handicapées, comme une violation qui cause des dommages sociaux et juridiques aux intéressés. On craint que ces personnes ne soient plus considérées comme des personnes de plein droit lorsque leur capacité juridique d'agir est restreinte, et que leur situation morale et juridique soit plus susceptible d'être diminuée aux yeux de ceux et celles avec lesquels ils entretiennent des liens personnels, les fournisseurs de soins, les membres de la collectivité, les services de santé et les services sociaux, de même que les établissements publics. Cette réduction contribue au risque des stéréotypes, de l'objectivation, des attitudes négatives et d'autres formes d'exclusion que les personnes handicapées vivent de manière disproportionnée, ce qui accroît le sentiment d'impuissance et de vulnérabilité aux mauvais traitements, à la négligence et à l'exploitation[591].

Pour cette raison, les lois modernes en matière de tutelle, y compris celles de l'Ontario, visent à imposer des tutelles seulement lorsqu'elles sont indispensables, que les autres lignes de conduite, officielles ou non, ne sont pas possibles et seulement pendant la période où elle s'impose. Comme on l'a dit précédemment, la LPDNA précise que la tutelle nommée par le tribunal ne conviendra que lorsqu'il n'existera pas d'autre ligne de conduite moins contraignante.

Il reste cependant des préoccupations qu'en pratique, la tutelle demeure surutilisée. Kohn *et coll.*, dans un texte sur la tutelle aux États-Unis, signalent que même si la réforme de la tutelle a insisté sur une utilisation de dernier recours seulement, la recherche a montré que les tutelles peuvent être imposées sans examen suffisant et qu'elles sont couramment utilisées dans une « planification à visée permanente[592] » au lieu d'être une procédure extraordinaire. Surtees, dans son examen des données probantes empiriques sur la réforme de la tutelle en Saskatchewan, note que malgré des principes positifs inclus dans les réformes de 2001 dans cette province, y compris la présomption de capacité et une préférence législative pour la ligne de conduite la moins contraignante, la grande majorité des ordonnances de tutelle demeure des ordonnances générales virtuelles. Surtees donne à penser qu'un manque de connaissance de la loi de la part des tribunaux et du Barreau peut expliquer en partie ce problème; par ailleurs, les requêtes de tutelle peuvent être trop longtemps retardées, de sorte qu'elles ne sont soumises qu'au moment où des ordonnances générales sont en fait la ligne de conduite la moins contraignante[593].

Aucune recherche n'a portée précisément sur l'Ontario pour déterminer si les principes sous-jacents de la loi concernant la tutelle sont appliqués dans les faits. Ces préoccupations ont toutefois été portées à l'avant-scène en Ontario, notamment dans les consultations préliminaires de la CDO.

Pour situer le contexte, il semble qu'il y ait 1 838 dossiers ouverts de tutelle relative au soin de la personne en Ontario au cours de l'exercice 2013–2014, d'après des renseignements provenant du registre des tuteurs que le TCP tient à jour. Toutefois, il faut noter qu'à moins que le TCP ne soit informé de la fin de la tutelle, par exemple en raison du décès ou de l'incapacité du tuteur de gérer les soins à la personne, le dossier demeure actif, de sorte que ce chiffre peut être supérieur au nombre réel des tutelles dans la province. Il faut prendre garde également d'interpréter les chiffres en fonction des tutelles aux biens indiqués ci-dessous. Les tutelles en vertu de l'article 15 sont des tutelles légales exercées par le TCP et découlant de certificats aux termes de la LSM, tandis que les tutelles en vertu de l'article 16 sont des tutelles légales exercées par le TCP à la suite d'évaluations de la capacité. Selon l'article 19, le TCP peut reprendre une fonction de tuteur légal lorsque le tuteur de remplacement meurt, démissionne ou devient incapable de gérer des biens.

Tableau 1 : Dénombrement des dossiers de tutelle aux biens actifs par type de compétence, à la fin de l'exercice 2013-2014[594]

État	TCP nommé par le tribunal	TCP Art. 15 de la LPDNA	TCP Art. 16 de la LPDNA	TCP Art. 19 de la LPDNA	TUTEUR PRIVÉ nommé par le tribunal	TUTEUR légal PRIVÉ
Dossiers actifs – Total	318	4881	5567	31	3657	2379

Le chapitre I de la partie Trois du présent *document de travail* a examiné les diverses solutions en matière de prise de décision qui pourraient être également remplacer la tutelle, tandis que le chapitre II de la même partie a porté sur la multiplication des options, soit des personnes ou des groupes qui pourraient apporter leur aide à la prise de décision. La présente section est axée sur le rôle des procédures en vigueur de veiller à ce que la tutelle ne soit imposée qu'en cas de nécessité. En particulier, on a dit qu'il n'y avait pas assez de vérifications des procédures de tutelle qui garantissent que ces dernières ne servent qu'en dernier recours; que des obstacles à l'accessibilité dans les procédures font en sorte que les personnes qui veulent faire annuler une tutelle (ou en faire établir une, au besoin) éprouvent des difficultés à le faire; que les processus ne sont pas assez souples pour s'adapter aux changements de situation ou aux niveaux de capacité; et que certaines des procédures ne sont pas assez transparentes et ne sont pas soumises à la reddition des comptes.

La tutelle en tant que dernier recours. Comme il a été dit précédemment, dans une requête pour une tutelle nommée par le tribunal, ce dernier doit examiner s'il existe une ligne de conduite la moins contraignante possible. Si aucune disposition ne s'applique à la tutelle légale, la procédure mène directement à ce qu'on pourrait qualifier de forme de tutelle la plus envahissante, à savoir la tutelle exercée par l'État, par l'entremise du TCP.

Bach et Kerzner, dans un document inédit, ont de plus soutenu que les dispositions portant sur la « ligne de conduite la moins contraignante » des tuteurs nommés par le tribunal s'appliquent peu dans la pratique. Les auteurs soulignent :

> *[TRADUCTION]* Les conseillers utilisent rarement ces arguments ou fournissent peu de preuves pertinentes pour étayer l'existence d'autres lignes de conduite. Ce ne serait pas dans l'intérêt du requérant de soulever ces arguments, car ils peuvent être en opposition avec leur résultat souhaité, ce qui est d'obtenir une tutelle d'une personne prétendument incapable. De nombreux répondants qui sont prétendument incapables et qui ne profiteraient pas d'une autre solution sont sous-représentés et souvent ne se présentent pas aux audiences, de sorte qu'ils n'ont pas la possibilité d'invoquer ces arguments et de fournir des éléments probants de circonstances de leur vie actuelle qui leur permettraient de prendre avec efficacité des décisions en l'absence de tutelle, grâce à des solutions de rechange telles que l'offre de soutiens[595].

L'accessibilité. On s'est également préoccupé de l'accessibilité des procédures de tutelle. Ces préoccupations valent d'ailleurs tout autant pour les procédures applicables au début et à la fin d'une tutelle. Elles ont trait aux coûts et au caractère réactif d'un grand nombre des dispositions sur la contestation des tutelles.

Comme on l'a dit ci-dessus, les coûts pour entrer ou sortir d'une tutelle légale sont plus modestes que les coûts pour une tutelle nommée par un tribunal. Lorsqu'une tutelle est demandée en vertu de la LSM, les coûts pour un membre de la famille qui souhaite agir à titre de tuteur légal sont limités au droit de la demande de remplacement. Dans le cas des tutelles légales communautaires, le coût principal, en plus du droit de la demande de remplacement, est celui de l'évaluation de la capacité. Le coût de cette évaluation peut varier considérablement selon l'appréciateur et la complexité du cas, et peut aller de plusieurs centaines à plusieurs milliers de dollars. Le Bureau d'évaluation de la capacité a quelques fonds pour couvrir les coûts des évaluations des personnes à faible revenu. De plus, le coût d'une évaluation de la capacité est généralement la composante principale du coût de l'annulation de la tutelle légale. Le processus judiciaire est évidemment plus coûteux, y compris et non seulement le coût de l'évaluation de la capacité, mais également les frais juridiques qui peuvent être très considérables, en particulier pour les personnes aux moyens modestes.

La CDO a entendu que certains tiers peuvent ne pas considérer la tutelle comme une option viable pour certaines personnes juridiquement incapables, en raison des obstacles de coûts et de procédures, même lorsqu'il s'agit, sur le plan juridique, de la mesure à prendre et peuvent, dans les meilleures intentions, chercher à « contourner » la législation, par exemple en permettant à des familles d'exercer les pouvoirs au-delà de ceux qui sont prévus dans la procuration existante. Les familles peuvent chercher à obtenir les pouvoirs de tutelle au-delà de ceux dont ils ont besoin pour le moment parce qu'elles ne souhaitent pas devoir s'engager, en temps et en argent, dans une nouvelle requête à la cour si la situation change[1]. Par ailleurs, les familles peuvent également chercher à éviter les coûts et les difficultés liés aux procédures officielles par d'autres moyens, en partageant les numéros d'identification personnelle (NIP) ou en créant des comptes conjoints, ce qui leur permet d'exercer des pouvoirs considérables, sans mécanisme de contrôle ou capacité d'imposer une responsabilité juridique en cas d'abus.

L'ARCH Disability Law Centre, dans son document sur la protection des droits des personnes sous tutelle, expose les obstacles auxquels les personnes handicapées peuvent faire face si elles essaient d'affirmer leur capacité et de mettre fin à la tutelle. Les mesures à prendre pour obtenir une ordonnance du tribunal peuvent être au-delà de leurs moyens, en particulier si le tuteur gère l'accès aux fonds. L'absence du devoir d'un tuteur nommé par le tribunal de faciliter les réévaluations soulevait tout particulièrement des préoccupations :

> *[TRADUCTION]* Rien dans la LPDNA n'exige qu'une personne sous la tutelle d'un tuteur nommé par le tribunal puisse obtenir une nouvelle évaluation pour établir qu'elle a retrouvé sa capacité. Même si « l'incapable » demande une évaluation, il n'y a pas d'obligations explicites imposées au tuteur nommé par la cour de satisfaire à cette demande[596].

Ces problèmes sont exacerbés par l'absence de mécanismes efficaces qui garantissent que les personnes sous tutelle connaissent les droits et les recours dont elles disposent. L'ARCH signale un cas où une femme ayant une déficience en raison d'une lésion cérébrale acquise et qui voulait retrouver son indépendance a dit que son tuteur lui avait dit : *[TRADUCTION]* « étant donné que le tribunal lui avait accordé la tutelle, le tribunal ferait toujours comme il le demandait; et que si elle faisait des difficultés, il pourrait demander au tribunal de la mettre en prison[597] ».

La souplesse. Comme on l'a dit précédemment dans le présent chapitre, la nature souvent variable ou changeante de la capacité juridique oblige à des procédures souples pour protéger l'autonomie et la sécurité des intéressés. La LPDNA contient un certain nombre de dispositions qui visent à faciliter la réévaluation des personnes reconnues incapables, notamment l'exigence d'examens préalables en fin d'hospitalisation de la capacité des personnes trouvées incapables en vertu de la Partie Trois de la LSM et l'exigence pour les tuteurs légaux de faciliter les réévaluations sur demande, tous les six mois au moins. De plus, la nature temporaire des tutelles pour des « conséquences préjudiciables graves » garantit un certain équilibre entre la nécessité d'agir dans des cas urgents et de protéger les droits fondamentaux des personnes qui sont sous ce type de tutelle. Toutefois, on a dit qu'à part ces dispositions assez limitées, il n'y avait pas d'exigences courantes visant l'examen des conclusions d'incapacité ou de la nécessité de la tutelle et, cela étant, si on y ajoute l'inaccessibilité relative des mécanismes de contestation de la tutelle, on craint que cela ne compromette les droits des personnes handicapées sous tutelle.

4. Les options pour la réforme

Il faut signaler qu'un grand nombre des questions liées aux procédures de création ou d'annulation des nominations publiques sont étroitement liées à la procédure de règlement des conflits.

Par exemple, certains ont laissé entendre qu'un système géré par un tribunal pour créer ou annuler des nominations, pour résoudre des conflits et appliquer des droits pourrait être préférable à un système de cour de justice. Certains ont aussi proposé que la procédure des nominations publiques soit renforcée en facilitant l'accès aux conseils sur les droits ou aux défenses individuelles, ou encore en augmentant les exigences et les mécanismes liés à l'information et à l'éducation. Ces questions sont abordées dans la partie Quatre du présent *document de travail*, car elles ont trait non seulement aux procédures de nomination, mais

également à l'application générale du droit sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle en Ontario. Par conséquent, les options pour la réforme exposées ci-après sont axées soit sur la limitation de l'ampleur des pouvoirs accordés aux tuteurs, soit sur le renforcement des procédures.

La réduction de l'ampleur ou de l'étendue des pouvoirs accordés aux personnes nommées

L'élargissement de l'application des tutelles partielles. En Ontario, la prise de décision est liée au domaine d'application. La Province fait une distinction claire entre les décisions relatives aux biens et les décisions relatives au soin de la personne, et comme il a été dit précédemment, dans le cas des tuteurs nommés par le tribunal, il y a une forte préférence législative pour les tutelles partielles. Lorsqu'il s'agit de la nomination de tuteurs aux biens, la LPDNA autorise les tribunaux à imposer les conditions qu'ils jugent appropriées, mais on ne retrouve pas le même libellé législatif affirmé préconisant le recours aux tutelles partielles pour les biens. Les lois ne parlent pas non plus précisément de la possibilité de tutelles partielles pour les tuteurs légaux aux biens. Dans la réforme, une option pourrait être alors de renforcer les dispositions liées aux tutelles aux biens partielles, que ces tutelles aient été décidées par le tribunal ou le résultat de nominations légales.

Certaines provinces prévoient explicitement les tutelles partielles pour les questions liées aux biens. En Alberta, lorsque le tribunal a à juger de curatelle pour des questions de biens, il peut prévoir que l'ordonnance s'applique *[TRADUCTION]* « seulement aux biens ou aux questions financières précisées dans l'ordonnance[598] ».

La Commission de réforme du droit du Victoria a recommandé des dispositions plus rigoureuses lors de son examen des lois sur la capacité et la tutelle dans cet État australien. Elle a recommandé l'établissement d'une liste non exhaustive des types de décisions que pour les questions d'ordre personnel et financier. Elle a en particulier proposé une liste très précise des questions financières, dont le versement de sommes pour les dépenses personnelles courantes; la réception et le recouvrement de sommes payables à la personne; la poursuite du commerce ou des affaires de la personne; l'exécution de contrats conclus par elle; des placements en son nom; des opérations immobilières en son nom; le retrait ou le dépôt de sommes dans son compte d'une institution financière et de nombreuses autres tâches[599]. Pour toute ordonnance de tutelle, le tribunal civil et administratif du Victoria (VCAT) stipulerait dans l'ordonnance les pouvoirs précis que le tuteur ou administrateur doit avoir ou, dans de rares circonstances, il préciserait que le tuteur a le pouvoir d'agir pour toutes les questions de la liste[600]. Autrement dit, la loi ordonnerait nommément au VCAT de tenir compte des besoins très particuliers en matière de prise de décision de la personne en cause et indique que la pleine administration des questions relatives aux biens par le mandataire spécial devrait être l'exception et non pas la règle.

Comme un nombre considérable de tutelles aux biens en Ontario sont créées au moyen des nominations légales, si les tutelles relatives aux biens partielles sont jugées souhaitables, il peut aussi être important d'examiner si des mécanismes pourraient inciter à envisager les tutelles partielles dans ces circonstances, par exemple, en ordonnant au TCP d'en tenir compte pendant la procédure de demande de remplacement.

Il est à noter qu'en raison de la diversité des décisions qui peuvent relever de la gestion des biens, et des besoins qui changeront souvent à mesure que la personne vieillit, il se peut que les tutelles relatives aux biens partielles comportent des lacunes inattendues et problématiques dans l'ordonnance de tutelle. La nature du système judiciaire de l'État du Victoria, qui, comme il est dit ci-dessous, met l'accent sur l'examen régulier des ordonnances, rend probablement cet aspect moins urgent dans son contexte.

Les nominations limitées à des décisions précises. Dans certaines provinces ou certains territoires, la cour ou le tribunal a le pouvoir de prendre une décision nécessaire précise au nom d'une personne, au lieu de nommer un mandataire spécial ou un accompagnateur. Par exemple, un projet de loi actuelle à l'étude au Parlement irlandais prévoit que si le tribunal a rendu une constatation d'incapacité et qu'une ordonnance de codécision ne convient pas, il a le pouvoir de prendre la ou les décisions nécessaires au nom de la personne *[TRADUCTION]* « lorsqu'il est convaincu que l'affaire est urgente ou qu'il serait autrement opportun d'agir de cette manière ». Le tribunal peut également nommer un représentant à la prise de décision pour une seule décision, s'il est pertinent de le faire[601].

- **QUESTION À ABORDER : l'Ontario devrait-il envisager des réformes pour créer ou renforcer des options de formes plus limitées de tutelle, par exemple les tutelles partielles ou les nominations limitées à des décisions précises? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**

Les tutelles de durée limitée et les examens obligatoires. Un deuxième domaine dans lequel une réforme est possible a trait à la durée des tutelles ou aux examens réguliers des ordonnances de tutelle ou les deux. En particulier, l'article 12 de la CDPH exige explicitement que les mesures liées à la capacité légale « s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire ». La LPDNA autorise le tribunal à imposer des limites à la durée des tutelles relatives au soin de la personne ou aux biens, mais ne crée pas de préférence pour les tutelles de durée limitée ou n'exige pas d'examens réguliers. La loi ne fait pas explicitement mention de limites à la durée des tutelles légales. Les tutelles temporaires découlant d'enquêtes sur des « conséquences préjudiciables graves » sont précisément limitées à 90 jours (bien que le tribunal ait le pouvoir d'en prolonger la durée, de la réduire ou d'y mettre fin).

LES PROCÉDURES DE NOMINATION ET DE FIN DE MANDAT POUR LA PRISE DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

Dans l'État australien du Victoria, les ordonnances du VCAT en matière de tutelles (soin de la personne ou questions financières) sont assujetties à une réévaluation régulière. En vertu de la loi, une réévaluation doit se faire dans les 12 mois qui suivent l'ordonnance rendue par le VCAT et au moins une fois tous les trois ans après l'application d'une ordonnance, à moins que le VCAT n'en décide autrement. Après une réévaluation, le VCAT a le pouvoir de poursuivre, de révoquer, de modifier ou de remplacer l'ordonnance, selon ce qu'il juge pertinent de faire[602]. Dans la pratique, le VCAT ordonne souvent des ordonnances de la tutelle relative au soin de la personne tous les 12 mois et des ordonnances administratives (biens) tous les trois ans. Le VCAT a également le pouvoir de délivrer une ordonnance immédiatement exécutoire qui vient à échéance après une période ou un événement désigné, à moins qu'une requête en prolongation n'ait été présentée. Ces dernières sont plus courantes pour les tutelles que pour les ordonnances administratives[603].

L'Alberta a prévu des exigences un peu moins contraignantes concernant l'examen dans l'*Adult Guardianship and Trusteeship Act* : lorsque le tribunal nomme un tuteur (qui ne peut voir qu'au soin de la personne) ou un curateur (qui s'occupe des questions financières), si le rapport d'évaluation de la capacité a indiqué une possibilité d'amélioration de cette dernière, l'ordonnance *doit* comprendre une date pour la demande de réévaluation; si le rapport d'évaluation de la capacité n'indique pas d'amélioration possible, l'ordonnance *peut* comprendre une date de demande de réévaluation[604].

L'ARCH Disability Law Centre recommande que tous les arrangements de prise de décision au nom d'autrui soient limités dans le temps et que des dispositions prévoient la tenue d'un examen et un éventuel renouvellement à l'expiration de la durée de nomination[605]. De plus, l'ARCH recommande d'informer toutes les personnes visées par un arrangement de prise de décision au nom d'autrui de leur droit à la réévaluation régulière de leur capacité et de l'existence de fonds publics pour les coûts de cette évaluation, lorsque les intéressés n'en ont pas les moyens. De plus, chaque fois que le tribunal ordonne un arrangement de prise de décision au nom d'autrui, il doit exiger que le mandataire spécial propose des évaluations de la capacité à intervalles réguliers ou prenne les mesures nécessaires pour les obtenir[606].

Les ordonnances spéciales visant les personnes dont la capacité fluctue. Dans son examen exhaustif des lois sur les tutelles du Queensland, la Commission de réforme du droit du Queensland a souligné des questions soulevées par les ordonnances visant les personnes dont la capacité fluctue et s'est demandé si les ordonnances de tutelle ou les ordonnances administratives concernant ces personnes ne devraient pas d'une certaine manière être limitées, par exemple, en prévoyant que les pouvoirs peuvent être exercés seulement pendant les périodes où la personne perd sa capacité. La Commission a signalé que ces ordonnances soulèveraient des problèmes complexes : par exemple, qui aurait le fardeau de prouver la

capacité dans certaines circonstances, comment et dans quelles circonstances la capacité devrait-elle être évaluée? De plus, des tiers, en particulier les fournisseurs de services financiers, pourraient trouver que ces ordonnances ne sont pas assez claires et certaines en ce qui concerne le pouvoir juridique de toute décision précise[607]. La Commission a néanmoins conclu que la protection de l'autonomie des adultes dont la capacité fluctue avait préséance sur ces difficultés. Elle a donc recommandé que dans ces cas précis où des personnes sont parfois capables, parfois incapables, le tribunal civil et administratif ait le pouvoir de rendre une ordonnance en vertu de laquelle les pouvoirs peuvent être exercés seulement pendant les périodes d'incapacité, que le tuteur ou administrateur, dans ces circonstances, doit appliquer la présomption de capacité dans l'exercice de ses pouvoirs et que ces derniers pouvaient être exercés seulement lorsque cette présomption de capacité était réfutée[608].

- **QUESTION À ABORDER : des réformes devraient-elles être apportées au droit, aux orientations ou aux méthodes pour s'assurer d'un examen régulier de la nécessité d'un tuteur, par exemple imposer des limites à la durée des tutelles, des examens obligatoires des tutelles ordinaires ou des ordonnances spéciales visant les personnes dont la capacité fluctue? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**

Les adaptations procédurales

Des procédures simplifiées d'entrée et de sortie des tutelles. Pendant les consultations initiales de la CDO, plusieurs personnes interviewées ont évoqué la possibilité de simplifier les procédures d'entrée et de sortie des tutelles. Comme on l'a dit précédemment, l'Ontario compte déjà un certain nombre de mécanismes raisonnablement simplifiés, notamment l'entrée en vigueur d'une tutelle par une nomination légale et la procédure de demande de remplacement, et les procédures de règlement sommaire pour l'entrée et la sortie des tutelles.

> Il faut tenir compte de la gravité des droits en question lorsqu'on envisage de simplifier encore davantage les procédures d'entrée et de sortie des tutelles. La personne qui entre dans une tutelle ou qui en sort court des risques, compte tenu entre autres du fait que des principes fondamentaux de son autonomie et de sa sécurité sont en cause. Des garanties d'application régulière de la loi ne devraient pas être abandonnées à la légère.

Certaines des préoccupations concernant la simplification des procédures actuelles en Ontario ont été abordées précédemment dans le présent chapitre, particulièrement celles qui ont trait aux procédures qui fourniraient des garanties insuffisantes, de même que les coûts qui s'y rattachent.

Des préoccupations au sujet de l'application régulière de la loi dans le contexte des requêtes simplifiées au tribunal ont été soulevées ailleurs. Par exemple, le professeur Surtees a informé la CDO qu'en Saskatchewan, la plupart des ordonnances du tribunal sont faites par une requête sans audience. Même si cette procédure visait l'accessibilité, il croit qu'elle n'a pas toujours garanti les droits d'un adulte. Le professeur Surtees indique que la procédure est difficile à suivre, que les adultes visés par une requête sont peu souvent consultés pour qu'ils fassent connaître leurs désirs et qu'ils peuvent ne pas être entièrement au courant de la procédure[609].

Les demandes administratives de tutelle et de codécision en Alberta donnent un exemple d'une procédure judiciaire simplifiée, assortie d'un contrôle et du soutien d'un organisme public. En Alberta, une trousse d'instructions a été mise à la disposition du public, ainsi que des formulaires faciles à comprendre[610]. Les demandeurs envoient les documents de la demande administrative à des agents d'évaluation spécialisés au bureau du défenseur public qui s'assurent que les documents sont correctement remplis et qui s'acquittent d'autres fonctions, dont informer les tiers intéressés de la demande, préparer leur rapport et envoyer les documents au tribunal. Les agents d'évaluation rencontrent généralement l'adulte visé par la demande pour le consulter et connaître ses souhaits. La CDO a entendu qu'en Alberta, les demandes administratives sont généralement considérées comme une réussite en raison du nombre de personnes qui les utilisent et du recours moins fréquent aux services d'un avocat[611].

- **QUESTION À ABORDER : quelles réformes du droit, des orientations ou des méthodes assureraient un meilleur équilibre entre l'accessibilité et l'ouverture des procédures de tutelle, tout en veillant à assurer les garanties procédurales nécessaires lorsqu'une décision aussi lourde de conséquences doit être prise? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**

Une formule élargie pour les autres « lignes de conduite » et le principe de la « ligne de conduite la moins contraignante » pour faciliter les options autres que la tutelle. Comme on l'a dit précédemment, les tuteurs nommés par le tribunal ne sont autorisés que si ce dernier n'est pas convaincu de l'existence d'une « ligne de conduite » qui permettra de satisfaire à la nécessité de prendre des décisions et qui n'exige pas que le tribunal constate que la personne est incapable de prendre soin d'elle-même et qui est « moins contraignante que la nomination d'un tuteur[612] ». Surtout, il n'y a pas de disposition semblable pour les tutelles légales, étant donné que la procédure est très différente.

Le régime albertain en matière de capacité et de prise de décision comprend des autorisations pour la prise de décision accompagnée, de même que des nominations publiques de codécideurs, comme il a été expliqué au chapitre I de la partie Trois. L'Alberta n'a pas de dispositions qui correspondent aux nominations de tuteurs légaux en Ontario : toutes les

nominations de tuteurs et de curateurs se font au tribunal, même si la procédure des « demandes administratives » se distingue beaucoup de la procédure ontarienne de nomination par les tribunaux. Lorsqu'ils envisagent des nominations de tuteurs ou de curateurs, les tribunaux doivent, comme la Cour supérieure de justice de l'Ontario, être d'abord convaincus non seulement que la personne est incapable de prendre les décisions nécessaires et que la nomination est dans son intérêt supérieur, mais également qu'il existe des « lignes de conduite moins contraignantes que la nomination » qui protégeraient suffisamment les intérêts financiers de l'adulte dans le cas des curatelles, ou qu'elles ont été envisagées ou mises en œuvre et qu'elles n'ont pas ou n'auraient vraisemblablement pas suffi pour répondre aux besoins dans le cas d'une requête de tutelle[613]. En examinant les « intérêts supérieurs » de la personne, le tribunal doit tenir compte de l'existence de toute directive personnelle ou de toute ordonnance de prise de décision accompagnée prise par l'adulte ou de toute ordonnance de codécision en vigueur. On trouve également un autre mécanisme pour réduire les tutelles ou les curatelles inutiles dans les exigences de l'évaluation de la capacité. Celles-ci sont explicitement réalisées en deux étapes. Avant toute évaluation, l'appréciateur doit :

- s'assurer que l'adulte a été informé des motifs de la demande d'évaluation et qu'il a reçu une description des événements qui ont donné lieu à la demande;
- s'assurer qu'une évaluation médicale a été faite au cours des trois derniers mois et que cette évaluation n'a pas indiqué un état médical réversible qui serait susceptible d'influencer la capacité;
- s'efforcer raisonnablement de rencontrer l'adulte en personne pour l'informer de ses droits et du sens de la procédure, et voir si elle a besoin d'accommodements pour que l'évaluation se déroule efficacement[614].

De plus, un appréciateur de la capacité peut mener une évaluation, seulement s'il est convaincu qu'elle est justifiée dans les circonstances[615].

Bach et Kerzner, dans un document inédit commandé par la CDO, plaident en faveur d'une vaste refonte de la notion d'une autre ligne de conduite et du principe de la ligne de conduite la moins contraignante, si l'on devait s'orienter vers la prise de décision accompagnée. Plusieurs aspects de cette proposition ont été exposés au chapitre II de la partie Trois et ailleurs dans le *document de travail*. Surtout, soulignent-ils, *[TRADUCTION]* « ce qu'il faut réellement pour reconnaître pleinement les autres lignes de conduite et les soutiens, ce n'est pas simplement une disposition, mais une procédure reconnue par voie législative qui expose les preuves à fournir et l'orientation à suivre lorsque d'autres lignes de conduite doivent être envisagées et qui vise à maximiser l'accès à ces autres lignes de conduite et soutiens[616] ».

Bach et Kerzner recommandent une définition légale de la « ligne de conduite » qui comprend une reconnaissance de l'éventail des soutiens, dont les documents de planification de la prise

de décision accompagnée et un formulaire juridique de cet arrangement, de même qu'une procédure légale modifiée de la tutelle nommée par le tribunal qui comprend « des évaluateurs de la ligne de conduite » et des évaluations. Ces évaluateurs de la ligne de conduite seraient distincts des appréciateurs actuellement désignés pour l'évaluation de la capacité. Leur tâche consisterait à évaluer les lignes de conduite possibles autres que la constatation de l'incapacité et la nomination de mandataires spéciaux. Ces évaluateurs seraient régis par leur propre ensemble de lignes directrices et de procédures d'attestation. Leurs évaluations devraient accompagner toute requête de tutelle soit légale soit nommée par le tribunal pour fournir des preuves se fonder pour vérifier l'exigence de la « ligne de conduite la moins contraignante[617] ».

- **QUESTION À ABORDER : y a-t-il des réformes du droit, des orientations ou des méthodes qui pourraient mieux garantir que les tuteurs soient nommés seulement en dernier recours, en l'absence d'autre solution moins contraignante? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**

1. **Les procédures de nomination de mandataires spéciaux en vertu de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé soulèvent-elles des préoccupations auxquelles il faut répondre dans le cadre de la réforme de ce domaine du droit?**
2. **Quelles seraient les réformes les plus efficaces à apporter aux lois, aux orientations ou aux méthodes pour donner aux mandants créant des procurations relatives aux biens des moyens plus efficaces de déclencher leur entrée en vigueur au moment opportun?**
3. **Y a-t-il des réformes à apporter aux exigences ou aux options concernant la constitution d'une procuration qui amélioreraient la compréhension des mandants ou des procureurs, ou des deux, des risques, des avantages et des responsabilités liés à ces documents puissants? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**
4. **Un registre des procurations améliorerait-il la capacité de vérifier et de valider ces documents, de prévenir et de reconnaître les abus? Quels seraient les avantages et les inconvénients d'un registre?**
5. **Si un registre des procurations était créé :**
    a) **serait-il volontaire ou obligatoire?**
    b) **quels renseignements devraient y figurer?**
    c) **qui devrait avoir accès à l'information du registre et dans quelles circonstances?**
    d) **qui s'occuperait du registre?**
    e) **qu'exigerait-on pour s'assurer du respect des lois sur la protection des renseignements personnels?**
6. **Des exigences ou des options obligatoires doivent-elles être ajoutées à la création des dispositions sur les procurations, par exemple l'obligation de rendre compte, la nomination de surveillants ou des avis de procureurs en fonction pour améliorer la surveillance et la responsabilité des procureurs?**
7. **L'Ontario devrait-il envisager des réformes pour créer ou renforcer des options de formes plus limitées de tutelle, par exemple les tutelles partielles ou les nominations limitées à des décisions précises? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**
8. **L'Ontario devrait-elle envisager des réformes de la procédure relative aux tutelles pour s'assurer d'un examen régulier de la nécessité du tuteur, par exemple des tutelles de durée limitée ou des examens réguliers obligatoires? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**
9. **Quelles réformes du droit, des orientations ou des méthodes assureraient un meilleur équilibre entre l'accessibilité et l'ouverture des procédures de tutelle, tout en veillant à assurer les garanties procédurales nécessaires lorsqu'une décision aussi lourde de conséquences doit être prise? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**
10. **Y a-t-il des réformes du droit, des orientations ou des méthodes qui pourraient mieux garantir que les tuteurs soient nommés seulement en dernier recours, en l'absence d'autre solution moins contraignante? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?**

PARTIE QUATRE

ACCÈS AU DROIT

Des différents systèmes et processus prévus dans la Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui *et la* Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé *pour veiller à ce que les deux lois soient mises en œuvre selon l'intention du législateur et pour permettre aux personnes touchées d'accéder à des moyens de faire respecter leurs droits et à des mécanismes de règlement des différends. Le chapitre I porte en particulier sur l'utilisation abusive et impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui, sujet de préoccupation jugé pressant au cours des consultations préliminaires. Il met en évidence les préoccupations suscitées par de mauvaises interprétations très répandues du droit et par le manque de mécanismes efficaces de surveillance et de contrôle, et présente une série de réformes possibles tant de la tutelle que des procurations. Le chapitre II examine le règlement des différends par la Commission du consentement et de la capacité et la Cour supérieure de justice et considère les questions liées à l'accès au droit, les difficultés rencontrées en cas de sérieux conflits familiaux et le niveau de protection procédurale à prévoir lorsque de tels droits fondamentaux sont en jeu. Le chapitre III passe en revue les mécanismes de soutien permettant d'accéder à ces lois, y compris les conseils en matière de droits et le soutien de leur défense. Le chapitre IV traite des moyens de faire connaître la loi à tous ceux qui en ont besoin - personnes directement intéressées, ceux qui les aident à décider, responsables de l'application de la loi, prestataires de services.*

I. LE PROBLÈME DE L'UTILISATION ABUSIVE OU IMPROPRE DES POUVOIRS DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

A. Introduction

1. Les principes des cadres *et le problème de l'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui*

Les enjeux liés à l'abus et à l'exploitation forment un thème persistant dans les lois régissant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle et dans les débats qui les entourent. Ces lois sont nées, du moins pour une part, du désir de prévenir l'exploitation des personnes exposées à un risque par suite de l'affaiblissement de leurs capacités cognitives. On peut en fait considérer que la nature même des déficiences qui provoquent une perte ou une diminution de l'« aptitude à comprendre et à évaluer » et, partant, entraînent la nomination d'un mandataire spécial augmente le risque que des individus sans scrupules exploitent ces personnes sans être découverts et sans que leurs victimes soient conscientes de l'existence de recours ou capables de s'en prévaloir. Comme l'a mentionné Community Living Manitoba dans une recherche sur l'exploitation des femmes ayant des déficiences intellectuelles :

> *[TRADUCTION]* Les restrictions cognitives chez les femmes ayant une déficience intellectuelle grave peuvent leur enlever toute conscience des risques qu'elles courent. Autrement dit, elles sont incapables de déceler, dans le comportement des autres, les indices pouvant leur révéler l'existence d'une menace, d'une tentative d'exploitation ou d'un danger potentiel. De plus, elles peuvent même, après coup, ne pas être en mesure de comprendre qu'elles ont été maltraitées[618].

De même, comme la déficience est souvent associée à la marginalisation, les personnes ayant des déficiences touchant leur capacité juridique peuvent se retrouver en situation de vulnérabilité économique ou sociale, ce qui augmente le risque qu'elles soient victimes d'abus. Comme on peut le voir dans *Vulnerable Adults and Capability Issues in BC: Provincial Strategy Document* (projet Vanguard) :

> *[TRADUCTION]* Plus grand est le niveau de vulnérabilité ou d'incapacité sociale, plus l'adulte en cause dépend d'autrui. Et plus grande est sa dépendance, plus il court le risque d'être victime d'abus ou de mauvais traitements[619].

Toutefois, comme les lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle confèrent à certains des pouvoirs sur d'autres, elles créent elles-mêmes des occasions d'abus. Comme le note le rapport du projet Vanguard :

LE PROBLÈME DE L'UTILISATION ABUSIVE OU IMPROPRE DES POUVOIRS DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

> *[TRADUCTION]* La confiance et le pouvoir occasionnent toujours des possibilités d'abus. Curieusement, les instruments conçus pour protéger une personne contre certaines formes d'abus créent eux-mêmes des occasions de lui infliger de mauvais traitements[620].

Compte tenu des restrictions assez considérables sur l'autonomie qu'impose la prise de décision au nom d'autrui et des déséquilibres de pouvoirs qu'elle occasionne entre la personne représentée et son mandataire, il est essentiel que tout régime de capacité juridique, de prise de décision et de tutelle comprenne des mécanismes sérieux pour prévenir les abus et y remédier s'ils se produisent. L'imposition d'un régime de prise de décision au nom d'autrui et, en particulier, d'un régime de tutelle sans garanties suffisantes pourrait soulever d'importants problèmes touchant les droits fondamentaux de la personne. L'article 12 de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (CDPH) traite précisément des préoccupations que suscitent les abus possibles dont peuvent être victimes les personnes assujetties aux lois sur la capacité juridique et la prise de décision au nom d'autrui. On trouve en effet ce qui suit au paragraphe 4 de l'article 12 :

> Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêts et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.

Le *Cadre du droit touchant les personnes âgées* de la CDO a adopté le principe reconnaissant l'importance de la sécurité, qui établit « le droit d'être protégé contre la violence ou l'exploitation physique, psychologique, sexuelle ou financière » ainsi que le droit au soutien de base, par exemple en matière de services de santé et de services juridiques et sociaux. Le *Cadre du droit touchant les personnes handicapées* comprend le principe de l'avancement du droit à la sécurité, qui met en évidence « le droit des personnes handicapées de vivre dans un milieu où elles n'ont pas à craindre d'être victimes de mauvais traitements ou d'exploitation et où elles peuvent recevoir le soutien dont elles ont besoin pour prendre des décisions qui peuvent influer sur leur sécurité ». Les discussions et les consultations publiques qui ont abouti aux deux *cadres* ont révélé l'existence d'une certaine opposition entre les principes de sûreté et de sécurité, d'une part, et l'avancement de l'autonomie et de l'indépendance, de l'autre : on souhaitait éviter que les premiers ne soient invoqués comme prétextes pour réduire l'autonomie et l'indépendance des personnes âgées et des personnes handicapées, afin que ces

personnes puissent, comme tout le monde, choisir d'accepter un certain degré de risque dans leur vie sans ingérence indue des autres.

Comme nous l'avons déjà noté, les abus, la négligence et l'exploitation dont peuvent être victimes les personnes âgées et les personnes handicapées sont, du moins pour une part, attribuables à la marginalisation et à la dévalorisation des membres de ces groupes. Les attitudes négatives, la honte, l'isolement social, la précarité économique qui réduit les possibilités de choix, tous ces facteurs peuvent intensifier le risque d'abus. Ainsi, le problème de l'exploitation liée à l'application des lois sur la capacité juridique et la tutelle se rattache étroitement au fait plus vaste que la société n'a pas réussi à promouvoir suffisamment les principes de dignité, de respect, de participation et d'inclusion. Ce contexte indique également que, même s'il est vrai qu'une bonne loi est importante pour prévenir, déceler et combattre les abus et l'exploitation, la loi toute seule ne peut constituer qu'un élément de la solution.

2. Situer le problème de l'abus dans les lois sur la capacité juridique, la prise de décisions et la tutelle

Le présent chapitre traite essentiellement de l'utilisation abusive et impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui, des garanties pouvant protéger contre une telle utilisation et des modifications qu'il serait possible d'apporter à cet égard à la législation sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. Le problème de l'exploitation des personnes vulnérables est lié à de nombreuses questions plus vastes de droit et de politique, dont la prestation de services sociaux adéquats, les mécanismes de surveillance et de contrôle des services publics et le système de justice pénale. L'examen de ces autres domaines du droit déborde le cadre tant de ce chapitre que de l'ensemble du projet.

Il ne faudrait pas perdre de vue que la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA) et la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement* (qui a précédé la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*) avaient à l'origine était élaborées parallèlement à la *Loi de 1992 sur l'intervention*, comme nous l'avons mentionné au chapitre I de la partie Un. Cette dernière loi établissait un important régime à financement public pour soutenir les personnes assujetties à la législation sur la capacité juridique et la tutelle et défendre leurs droits. Certains croient que l'abrogation de la *Loi de 1992 sur l'intervention* a « déséquilibré » la législation, donnant lieu à quelques-uns des problèmes de mise en œuvre et d'abus que nous connaissons. Le soutien et la défense des droits des personnes qui n'ont pas ou pourraient ne pas avoir la capacité juridique de prendre des décisions dans un domaine particulier sont des questions primordiales sur lesquelles insistent fortement les deux *cadres* de la CDO et que nous abordons au chapitre suivant du présent document de travail.

LE PROBLÈME DE L'UTILISATION ABUSIVE OU IMPROPRE DES POUVOIRS DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

Les problèmes d'exploitation attribuables à l'utilisation abusive ou impropre de la loi se rattachent à tous les aspects de la législation sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle et, partant, à de nombreux autres éléments du présent document de travail. Les préoccupations suscitées par les possibilités d'abus ont amené certains à préconiser l'adoption de nouvelles formes de décision, comme la prise de décision accompagnée (chapitre II, partie Trois), les mêmes préoccupations étant également invoquées dans beaucoup des objections élevées contre ces propositions. Elles jouent en outre un rôle assez important dans la détermination des personnes pouvant assumer des pouvoirs de décision (chapitre II, partie Trois). Comme les processus de nomination constituent le principal moyen d'écarter d'éventuels exploiteurs et de s'assurer que les mandataires spéciaux comprennent leurs responsabilités, les considérations liées à l'exploitation influent sensiblement sur la conception des processus de nomination (chapitre III, partie Trois). Des mécanismes efficaces pour faire respecter les droits et régler les différends, que nous examinons dans les chapitres suivants de la partie Quatre, sont essentiels pour déceler les abus et y remédier. Bref, le problème de l'exploitation doit être pris en compte dans la détermination de chaque aspect, ou presque, de la réforme du droit dans ce domaine.

Pour examiner les possibilités de réforme qui s'offrent, nous ne répéterons pas ici les arguments présentés dans les autres chapitres. Nous nous concentrerons plutôt sur les effets de ces questions primordiales sur les problèmes particuliers que pose l'exploitation, en insistant particulièrement sur les mécanismes administratifs permettant de les affronter. Les possibilités de réforme doivent être considérées à la lumière de toute la gamme des questions et options présentées dans ce document. Par exemple, une présélection très rigoureuse avant les nominations pourrait être compensée par des processus moins exigeants de production de rapports ou de surveillance, ou l'inverse. De même, un mécanisme efficace d'examen des plaintes pourrait réduire les pressions qui s'exercent sur les systèmes actuels de règlement des différends.

B. Comprendre le problème : exploitation grâce à la loi et utilisation impropre des pouvoirs législatifs

1. Abus, exploitation après nomination et utilisation impropre des pouvoirs législatifs

Les abus commis grâce aux pouvoirs de décision au nom d'autrui forment un élément d'un ensemble plus vaste d'enjeux liés à l'exploitation des aînés et des personnes handicapées. Ce sont là des enjeux importants aux multiples dimensions que nous ne saurions examiner adéquatement dans le cadre de ce document. Toutefois, les préoccupations suscitées par les abus commis grâce aux pouvoirs de décision au nom d'autrui doivent être comprises dans ce contexte plus étendu.

Les définitions d'« abus » et d'« exploitation d'une personne âgée » varient. L'Initiative nationale pour le soin des personnes âgées (NICE), qui reçoit du financement de Développement des ressources humaines Canada, s'efforce d'élaborer une définition consensuelle de l'exploitation d'une personne âgée, qui puisse servir dans une étude nationale de prévalence. L'exploitation peut être physique, sexuelle, psychologique ou financière et comprendre un élément de négligence[621]. Elle peut être le fait d'établissements ou de particuliers : comme le signale le projet Vanguard, elle peut être due à « quiconque est en situation d'intimité ou d'autorité vis-à-vis de l'adulte vulnérable ». Elle implique en général de trahir en quelque sorte la relation de confiance et de dépendance[622].

Comme ce projet est axé sur le régime ontarien de capacité juridique, de prise de décision et de tutelle, nous nous intéressons, dans le présent chapitre, non à l'exploitation des aînés ou des personnes handicapées en général, mais plus particulièrement à l'utilisation des pouvoirs de décision au nom d'autrui – par exemple, les procurations et la tutelle – comme moyen pour exploiter une personne ou faciliter son exploitation. Ainsi, un procureur aux biens peut directement se servir de sa procuration pour faire des opérations financières qui l'enrichiront et appauvriront la personne représentée, et un procureur aux soins de la personne peut utiliser sa procuration pour en isoler l'auteur afin de pouvoir l'exploiter à l'insu de tout le monde.

L'exploitation fondée sur une procuration ou une tutelle n'est pas nécessairement la même chose que l'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision. Une personne bien intentionnée peut ne pas connaître ou ne pas comprendre le rôle et les obligations que lui impose sa nomination. Par exemple, elle pourrait utiliser la tutelle à des fins autres que celles qui étaient prévues à l'origine, omettre de s'acquitter d'importantes obligations, comme celle de consulter la personne représentée ou de tenir des comptes, ou encore agir d'une manière impropre en prenant des décisions paternalistes ou axées sur l'intérêt de la personne alors que la législation prescrit une démarche différente. Cette utilisation impropre, que beaucoup croient très courante, est problématique parce que ses résultats peuvent être très préjudiciables à la personne représentée et clairement contraires à l'intention du législateur. L'ARCH Disability Law Centre a cerné un certain nombre de formes courantes d'utilisation impropre des pouvoirs de tutelle, par exemple :

- omettre de s'acquitter d'obligations légales;
- exercer des pouvoirs allant au-delà des dispositions de la LPDNA;
- omettre de tenir compte des vœux de la personne représentée ou prendre des décisions contraires à ces vœux;
- avoir des contacts trop peu fréquents avec la personne représentée ou lui communiquer des renseignements insuffisants ou inexacts;

- omettre d'aider la personne représentée à retrouver sa capacité juridique grâce à des évaluations de la capacité ou à l'annulation d'une tutelle inutile ou impropre[623].

Il y a également lieu de se poser des questions de ce genre lorsque des pouvoirs de décision au nom d'autrui sont exercés au moyen d'une procuration. Nous examinerons dans le cadre de ce projet tant l'exploitation de personnes grâce à ces pouvoirs que leur utilisation impropre.

Ce genre de malentendu ainsi que l'utilisation impropre qui en découle vont au-delà de l'exploitation ou de l'abus. C'est un problème qui touche non seulement les mandataires spéciaux, mais aussi tout un éventail d'organismes et d'établissements qui utilisent la législation sur la capacité juridique et la tutelle dans l'exercice de leurs fonctions. C'est le cas par exemple des établissements de soins, des institutions financières et des prestataires de services publics. Les mécanismes destinés à prévenir cette utilisation impropre et à y remédier peuvent avoir des aspects communs avec ceux qui sont destinés à combattre l'exploitation délibérée, mais ils peuvent aussi présenter des différences qu'il y a lieu d'examiner lors de l'évaluation des différentes options de réforme.

2. Prévalence des abus

Compte tenu de l'utilisation relativement répandue de la prise de décision au nom d'autrui, et particulièrement des procurations, compte tenu aussi du degré de préoccupation exprimé au sujet de l'utilisation abusive et impropre de ces pouvoirs aussi bien durant les consultations préliminaires de la CDO que dans les rapports sur la réforme du droit d'autres administrations canadiennes, il est surprenant de constater qu'il n'y a que peu de documentation sur le sujet.

Comme nous l'avons signalé au chapitre précédent, le nombre de personnes en tutelle est relativement petit, et leur situation ne semble pas avoir beaucoup retenu l'attention des chercheurs. Le nombre de personnes qui ont donné une procuration est beaucoup plus important, mais il est difficile de trouver des renseignements à leur sujet. Cela découle en partie de la nature des procurations. Elles sont généralement établies en privé, souvent au moyen de « trousses » vendues un peu partout ou de formulaires obtenus auprès du ministère ontarien de la Procureure générale. Il n'existe aucun dépôt central de procurations, de sorte qu'il est impossible de connaître le nombre des procurations perpétuelles ou subordonnées à une condition suspensive établie et, à plus forte raison, le nombre de procurations en vigueur à un moment donné. Bien qu'il ne manque pas de données anecdotiques sur l'utilisation abusive de procurations, et particulièrement de procurations relatives aux biens, il semble relativement rare que des particuliers aient intenté des poursuites judiciaires à cet égard, pour des raisons que nous abordons plus bas. Même si nous connaissions le nombre absolu de cas d'utilisation abusive de procurations qui surviennent en Ontario chaque année, nous n'aurions aucun « dénominateur » qui nous permette de déterminer la fréquence relative de tels abus par

rapport au nombre de procurations en vigueur. Par conséquent, il est difficile de dire avec un degré quelconque certitude à quel point le problème de l'utilisation abusive des procurations est répandu. Il est cependant clair que ceux qui travaillent régulièrement avec des aînés et des personnes handicapées s'en inquiètent sérieusement.

D'une façon générale, les études canadiennes sur l'exploitation des aînés et des personnes handicapées sont rares. Une enquête nationale plutôt exceptionnelle réalisée en 1989 indique que 4 p. 100 des quelque 2 000 répondants âgés de 65 ans et plus ont déclaré avoir connu une forme ou une autre d'exploitation. Environ 2,5 p. 100 des membres de l'échantillon ont dit avoir été victimes d'exploitation financière, qui était la forme la plus courante. Parmi ces derniers, un pourcentage disproportionné de participants ont déclaré être en mauvaise santé et n'avoir personne à qui ils pouvaient faire confiance ou se confier. Après l'exploitation financière, l'abus le plus courant était l'agression verbale chronique, suivie des sévices physiques et de la négligence. Il y a lieu de noter que l'échantillon se composait uniquement de personnes âgées vivant dans des logements privés et non dans des établissements[624]. Une étude réalisée en Colombie-Britannique, qui était strictement axée sur l'exploitation financière, a révélé un taux d'exploitation beaucoup plus élevé, 8 p. 100 des adultes interrogés ayant déclaré en avoir été victimes. D'après cette étude, les deux formes les plus courantes d'exploitation financière étaient la coercition concertée, le harcèlement et la présentation déformée des faits, suivis de l'utilisation abusive d'une procuration[625]. Certaines populations sont plus vulnérables que d'autres à l'exploitation : une étude manitobaine sur l'exploitation financière d'adultes incapables faisant l'objet d'une ordonnance de surveillance du Tuteur et curateur public a révélé un taux d'exploitation soupçonnée de 21,5 p. 100 parmi les sujets de plus de 60 ans[626]. Le plus souvent, l'exploiteur soupçonné était un enfant adulte du sujet. Les études ont révélé que la déficience cognitive constitue une variable prédictive particulièrement puissante en matière d'exploitation des aînés[627].

Les jeunes handicapés courent en général un risque plus élevé de violence et de victimisation. Ce risque est plus important dans le cas de ceux qui vivent en établissement ou qui ont de graves déficiences ou des « troubles mentaux ». Les personnes handicapées sont particulièrement susceptibles d'être victimes d'une personne qu'ils connaissent : membre de la famille, ami, voisin ou prestataire de services[628]. Les auteurs d'une étude de Community Living Manitoba sur les mauvais traitements infligés aux femmes ayant des déficiences intellectuelles disent qu'on leur a fait part de préoccupations relatives à tout un éventail d'abus, notamment sexuels, physiques, émotionnels et financiers, et ont cerné un certain nombre d'importants facteurs qui aggravaient les risques d'abus ou faisaient obstacle aux efforts déployés pour y remédier. Par exemple, les femmes victimes peuvent craindre qu'une plainte de leur part n'entraîne une perte d'indépendance et de contrôle[629]. Elles peuvent aussi ne pas être assez sûres d'elles-mêmes pour se plaindre ou n'avoir jamais appris à reconnaître et à combattre les

abus. De plus, les autorités peuvent ne pas se rendre compte de l'impact d'actes de victimisation qui peuvent leur paraître mineurs :

> *[TRADUCTION]* Par exemple, une femme ayant une déficience intellectuelle qui dépend de l'aide sociale est très susceptible d'être pauvre, surtout si elle ne vit pas chez ses parents ou chez un frère ou une sœur… Le vol de 20 $ appartenant à cette femme pourrait ne pas sembler « sérieux » aux yeux de la loi, de ceux qui l'interprètent ou de la population, mais pourrait enlever à cette femme les moyens de s'acheter à manger pendant plusieurs jours. Les femmes qui se trouvent dans une telle situation pourraient bien considérer un tel vol comme une très importante perte et même comme un événement traumatique, surtout s'il se répète plus d'une fois ou deux dans une longue période[630].

3. Dynamique familiale, prise de décision au nom d'autrui et abus

L'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui doit être comprise dans le contexte où elle se produit, contexte qui se situe le plus souvent dans le cadre d'étroites relations personnelles. Comme nous l'avons mentionné au chapitre II de la partie Trois, « Qui peut jouer le rôle de mandataire? », même s'il arrive que le Tuteur et curateur public (TCP) ou une société de fiducie joue le rôle de mandataire spécial, la plupart du temps, ce sont des membres de la famille et de proches amis qui le font. Ce fait peut avoir des effets sensibles sur la dynamique de l'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision.

Nos relations personnelles avec nos proches sont importantes aussi bien pour répondre à nos besoins pratiques que pour assurer notre bien-être émotionnel. Les gens peuvent hésiter à argumenter avec des membres de leur famille, de crainte de nuire à leurs relations avec eux. Les membres de la famille sont souvent très désireux de penser du bien les uns des autres et peuvent donc refuser de croire qu'un proche les exploite ou agit au détriment de leur bien-être. Les jeunes adultes peuvent avoir l'habitude de s'en remettre à leurs parents et à des membres plus âgés de la famille. Les parents peuvent être extrêmement réticents s'ils doivent prendre des mesures pouvant nuire à leurs enfants adultes, même s'ils l'ont bien mérité[1]. Dans son étude sur le comportement des adultes handicapés dans leur milieu familial, Laschewicz dit ceci des jeunes adultes ayant des déficiences intellectuelles :

> Les membres de la famille peuvent leur attribuer un « âge chronologique » très jeune : « [p]eu importe s'ils ont 18 ans. Il est extrêmement choquant pour la famille d'admettre qu'ils sont légalement adultes et peuvent décider par eux-mêmes. » En fait, de nombreux adultes handicapés ont passé toute leur vie chez leurs parents, qui leur ont toujours prodigué des soins, créant des habitudes bien ancrées aussi bien chez les soignants que chez les soignés[1].

Bien sûr, les antécédents de dysfonctionnement familial se manifesteront dans le contexte de la prise de décision au nom d'autrui comme dans tout autre contexte.

Une personne déclarée incapable peut avoir besoin d'un soutien allant au-delà de la prise de décisions personnelles ou financières. Elle peut par exemple dépendre de membres de sa famille ou d'autres prestataires de soins informels pour l'aider à accomplir diverses tâches comprenant l'interaction avec des prestataires de services, les courses, les travaux ménagers ou les activités de la vie quotidienne. Cette aide peut être essentielle pour lui permettre de rester dans un milieu communautaire. Cela est particulièrement vrai là où l'aide formelle est coûteuse ou difficile à obtenir. Ainsi, lors de la réalisation des projets de *cadres*, la CDO a examiné d'une façon assez détaillée les obstacles et les difficultés qui s'opposent à l'accès des adultes âgés et des personnes handicapées aux soins à domicile et aux services auxiliaires[631]. Par suite du manque de soins communautaires formels, les personnes qui ont besoin de soins à domicile et de services auxiliaires peuvent dépendre essentiellement de l'aide de leur famille ou d'amis pour être en mesure de maintenir leur autonomie dans la collectivité. Le fait qu'elles soient alors tributaires de l'aide informelle donnée par la famille ou les amis crée un déséquilibre de pouvoir qui les rend vulnérables à l'exploitation fondée sur la tutelle ou les procurations.

Comme nous l'avons signalé au chapitre I de la partie Un, les adultes âgés et les personnes ayant des déficiences développementales et des problèmes de santé mentale qui sont déclarés incapables connaissent des situations et des risques d'exploitation quelque peu différents. Par exemple, l'argent suscite toujours de la convoitise : au cours des consultations préliminaires, les prestataires de services sociaux ont souligné qu'il n'était pas inhabituel de constater que des personnes vulnérables à bas revenu sont exploitées par des parents ou des « amis » désireux de s'approprier des sommes relativement petites, comme les prestations du POSPH ou la pension de vieillesse. Toutefois, les adultes âgés déclarés incapables sont plus susceptibles que des jeunes handicapés d'avoir accès à des biens et des revenus assez importants, comme une pension ou une maison (surtout si on tient compte de l'association qui existe entre la déficience et la faiblesse du revenu), de sorte que la tentation de les exploiter financièrement peut être assez forte. Ce serait l'une des raisons pour lesquelles il n'existe que peu de documentation sur l'exploitation financière des jeunes handicapés. Autre exemple, comme conséquence naturelle de leur parcours de vie et de l'évolution démographique, les adultes âgés sont particulièrement exposés à se retrouver dans un cercle très réduit de parents et d'amis désireux ou capables d'agir en qualité de mandataire ou en mesure de déceler l'exploitation et d'y remédier. Les jeunes ayant des déficiences développementales sont plus susceptibles que les autres de ne pas avoir eu l'occasion de développer leur aptitude à décider, de ne pas avoir bénéficié de l'aide nécessaire pour le faire ou de ne pas avoir acquis l'expérience qu'il faut pour savoir à qui ils peuvent ou ne peuvent pas faire confiance.

Les pouvoirs de décision au nom d'autrui peuvent servir à faciliter n'importe quel genre d'abus (exploitation physique, psychologique, sexuelle ou financière et négligence) et à permettre de

contrôler la personne incapable en limitant son accès à l'argent et aux autres ressources financières, à la famille et aux amis ainsi qu'à l'ensemble de la collectivité. Les pouvoirs de décision relatifs aux biens peuvent procurer un moyen direct d'exploitation financière puisque le titulaire d'une procuration relative aux biens peut user de ses pouvoirs étendus pour virer des sommes à son propre nom, vendre des biens, réaliser des valeurs mobilières ou autrement spolier le signataire de la procuration.

Le type de prise de décision au nom d'autrui influe sur la nature et la dynamique de l'exploitation. Par exemple, l'accès à des flux de revenus et à des biens suscite directement la convoitise de certains genres d'exploiteurs. Des prestataires de services sociaux ont dit que le moyen le plus facile de se débarrasser de la plupart des exploiteurs consiste à leur enlever l'accès à l'argent : quand l'argent disparaît, l'exploiteur se volatilise. Toutefois, il faut se souvenir qu'en dépit de la séparation des domaines de prise de décision, le pouvoir relatif au soin de la personne donne la possibilité d'exercer un certain contrôle sur les biens, et inversement. Par exemple, l'ARCH Disability Law Centre signale, dans une étude de cas, qu'une tutrice légale aux biens a usé de son pouvoir de contrôle des finances de l'homme qu'elle représentait pour limiter l'indépendance dont il jouissait dans sa vie personnelle, par exemple en refusant de lui accorder des fonds pour louer un appartement avec des amis ou se livrer à des activités sociales et en contrôlant son accès à des appareils fonctionnels et à du matériel de communication[632].

Les risques d'exploitation varient en fonction non seulement du genre de décision, mais aussi du contexte dans lequel la décision est prise. Dans certains cas, d'autres parties sont présentes ou sont au courant de l'opération, de sorte qu'elles pourraient déceler l'abus et agir en conséquence. Dans d'autres cas, la décision est prise dans un contexte d'isolement qui facilite l'exploitation. Par exemple, si des décisions sont prises en matière de soins, des professionnels de la santé connaîtront l'intéressé (le patient) ainsi que le mandataire ou l'accompagnateur et seront au courant de la décision prise. Par contre, la décision de virer un montant d'un compte à un autre pourrait se faire à l'insu de tous, surtout dans la situation actuelle où tant d'opérations financières sont faites en ligne. Le contrôle exercé sur les activités quotidiennes au moyen d'une procuration relative au soin de la personne peut permettre au mandataire d'isoler le mandant et de l'exploiter sans que personne ne s'en doute. Par conséquent, les mesures destinées à déceler l'exploitation et à y remédier peuvent varier d'une situation à l'autre.

4. Prestataires de services et abus commis par les mandataires et d'autres

Des tiers prestataires de services peuvent jouer un rôle important dans la détection des abus commis grâce aux pouvoirs de décision au nom d'autrui. La responsabilité de déceler les abus et d'agir en conséquence varie avec le genre de prestataires. Dans certains cas, ils ont clairement l'obligation légale d'exercer une surveillance et de déclarer les anomalies tandis que dans d'autres, leur rôle peut dépendre des orientations de l'établissement ou de leur éthique personnelle. De toute façon, les abus peuvent occasionner des difficultés complexes aux prestataires de services.

Il est souvent difficile pour des tiers de déceler les abus. Dans un rapport traitant de l'exploitation financière et de personnes atteintes de démence, des professionnels ont dit qu'il était « difficile de faire une nette distinction entre les soins, le partage des ressources et l'abus ». De plus, l'impression que les finances constituent un sujet personnel et privé et qu'il est délicat d'en parler ou de reconnaître les abus commis faisait obstacle à la détection des anomalies[633]. La collecte de preuves des abus peut être très difficile : par exemple, lorsque des personnes atteintes de démence sont en cause, il est bien possible qu'elles pensent être victimes d'un vol quand elles ne le sont pas, de sorte que des allégations d'exploitation financière doivent être sérieusement corroborées[634].

Dans certains cas, les prestataires de services peuvent s'inquiéter des obligations que leur impose la législation sur la protection de la vie privée. Comme nous le mentionnons au chapitre III de la partie Trois, cette législation comprend de multiples lois fédérales et provinciales. À titre d'entreprises sous réglementation fédérale, les établissements bancaires sont assujettis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*[635] (LPRPDE), dont l'objet est de fixer « des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances[636] ». La règle générale à observer est que l'intéressé doit être informé de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui le concernent et y consentir[637]; toutefois, une organisation peut, à son insu et sans son consentement, communiquer des renseignements à un organisme d'enquête, une institution publique ou une subdivision d'une telle institution si elle « a des motifs raisonnables de croire que le renseignement est afférent à la violation d'un accord ou à une contravention au droit fédéral, provincial ou étranger qui a été commise ou est en train ou sur le point de l'être[638] ».

Certains se sont inquiétés du fait que cette exception est trop restrictive. Par exemple, la communication de renseignements n'est permise que si elle est « exigée par la loi ». Comme

l'Ontario n'impose pas la déclaration des cas d'abus sauf dans les circonstances limitées notées ci-dessus, cela semble indiquer que les banques n'ont pas à communiquer de tels renseignements de leur propre initiative. La LPDNA établit clairement cependant que les banques et les autres institutions financières sont obligées de communiquer les renseignements pertinents si le TCP le leur demande dans le cadre d'une enquête[639]. De plus, des efforts ont été déployés en vue d'une modification du paragraphe 7(3) de la LPRPDE qui élargirait les critères permettant de communiquer des renseignements sans consentement, afin d'apaiser les préoccupations suscitées par l'exploitation financière[640].

Les prestataires de services peuvent se retrouver dans une situation difficile s'ils essaient de prévenir des abus ou tentent d'y remédier. Ainsi, il arrive assez souvent qu'un procureur aux biens essaie de faire une opération clairement incorrecte, comme de transférer à son propre compte des biens appartenant à la personne qu'il représente, afin d'éviter les frais d'homologation. Si la banque bloque l'opération, le procureur peut la poursuivre en justice parce que les frais supplémentaires de liquidation de la succession ont réduit l'héritage[641]. Dans certains cas, le mandataire spécial peut, si l'institution financière tente de bloquer une telle opération incorrecte, réagir en transférant le compte à une autre institution financière qui, n'étant pas au courant de la situation, pourrait accepter la opération[642].

Les institutions financières ont réagi de différentes façons aux préoccupations suscitées par le risque d'exploitation financière des personnes susceptibles d'être juridiquement incapables : par exemple, elles ont produit du matériel de formation à l'intention de leurs employés de première ligne pour les aider à déceler les cas possibles d'abus et à les transmettre à des cadres ou à des autorités extérieures; elles ont participé à des activités de sensibilisation destinées à informer le public des risques et des responsabilités[643]; elles ont établi des listes d'indices et de scénarios courants et ont simplifié les processus internes permettant de transmettre de tels cas à un échelon supérieur.

Les prestataires de services, et particulièrement de services sociaux, peuvent trouver ce domaine complexe et difficile à cause tant des aspects juridiques que des questions éthiques et pratiques qui se posent. Au cours des consultations préliminaires de la CDO, plusieurs prestataires de services ont dit qu'ils auraient voulu disposer de ressources et d'appuis plus importants lorsqu'ils sont aux prises avec des problèmes de ce genre.

5. Mécanismes généraux de lutte contre les abus

Il importe de noter qu'il existe de nombreux mécanismes, en dehors de la législation ontarienne sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, dont le but est de prévenir, de déceler et de combattre l'exploitation des adultes. La plupart de ces mécanismes ne concernent pas particulièrement les personnes déclarées incapables, mais s'appliquent à ce groupe comme aux

autres. Les mécanismes prévus à cette fin dans la LPDNA doivent être interprétés dans ce contexte plus vaste.

Il faut également se rendre compte que les mécanismes de lutte contre les abus ne se distinguent pas très nettement les uns des autres, les chevauchements et les intersections étant fréquents. Par exemple, une enquête du TCP sur des allégations relatives à des « conséquences préjudiciables graves » – décrites plus loin dans le présent chapitre – peut entraîner le renvoi d'un dossier au système de justice pénale, mais l'inverse peut aussi se produire. Les gens qui prennent contact avec le TCP pour lui faire part d'inquiétudes au sujet du traitement d'une personne susceptible d'être légalement incapable peuvent ne pas comprendre la nature du mandat du TCP et croire qu'ils déclenchent ainsi un processus semblable à une enquête de police. De même, des personnes qui se plaignent en recourant à la ligne ACTION du ministère ontarien de la Santé peuvent ne pas comprendre la portée et les limites de ce service.

Le *Code criminel*

Le système de justice pénale est probablement le moyen le plus important de lutte contre les abus. Les dispositions du *Code criminel* couvrent la plupart des questions pouvant nous intéresser : vol, voies de fait, agression sexuelle, séquestration, omission de fournir à une personne à charge les choses nécessaires à l'existence, fraude, détournement de fonds par une personne en situation de confiance et vol par une personne détenant une procuration[644]. Conformément aux dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine, la preuve que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur l'âge ou la déficience constitue une circonstance aggravante, de même que le fait d'abuser de la confiance de la victime ou de faire preuve d'abus d'autorité à son égard[645].

Toutefois, beaucoup ont noté que, tout important qu'il soit dans la lutte contre les abus, le système de justice pénale a de sérieuses limites et ne suffit donc pas à lui seul pour résoudre le problème[646]. Par exemple, la dynamique des relations familiales qui se manifeste dans certaines formes d'exploitation des personnes âgées, s'ajoutant à la honte et à la crainte des représailles, peut empêcher les victimes de parler de leur situation ou les amener à ne pas vouloir exposer des proches à des sanctions pénales[647]. De plus, les délais de la justice sont tels que les victimes peuvent être décédées ou légalement incapables lorsque leur cas arrive devant les tribunaux[648].

Les personnes handicapées peuvent avoir à surmonter différents obstacles pour accéder au système de justice pénale, en dépit des mesures prises ces dernières années pour faciliter cet accès[649]. Malgré le risque accru de victimisation, l'Enquête de 2006 sur la participation et les limitations d'activités de Statistique Canada a révélé que seuls 24 p. 100 des services canadiens d'aide aux victimes étaient en mesure de desservir des personnes handicapées[650]. Comme RAFH Canada l'a signalé à la CDO :

> *[TRADUCTION]* il importe de noter que les femmes ayant une déficience (physique, mentale, sensorielle, maladie chronique) sont beaucoup plus souvent victimes d'abus de tous genres que les femmes non handicapées et, dans une moindre mesure, les hommes handicapés. C'est un fait à retenir, car il est souvent très difficile pour les femmes handicapées de se soustraire à la situation dans laquelle elles se trouvent et, à plus forte raison, de porter plainte contre leur agresseur. Il arrive fréquemment que les refuges et les maisons de transition pour femmes ne soient pas équipés pour accueillir des femmes handicapées. Il semble donc encore plus difficile pour elles d'accéder à une aide juridique quelconque, surtout si elles n'ont pas d'abord réussi à trouver un lieu d'asile sûr[651].

De même, les institutions publiques pourraient ne pas être équipées pour assurer respect et protection aux personnes handicapées qu'elles servent. Ainsi, les personnes handicapées sont moins satisfaites que les autres de la réaction de la police à leurs plaintes et ont une impression moins favorable du système de justice pénale[652].

La Stratégie ontarienne de prévention des mauvais traitements à l'égard des personnes âgées

L'Ontario a une stratégie non législative complète de lutte contre les mauvais traitements infligés aux aînés. Élaborée par le Secrétariat aux affaires des personnes âgées de l'Ontario et mise en œuvre de concert avec le ministère de la Procureure générale, le Secrétariat ontarien des services aux victimes et le Réseau ontarien pour la prévention des mauvais traitements envers les personnes âgées, la stratégie est axée sur trois grandes priorités :

- coordination des services communautaires,
- formation du personnel de première ligne,
- sensibilisation de la population.

Les éléments de la stratégie comprennent une ligne d'aide aux victimes avec numéro gratuit accessible partout en Ontario et un réseau de consultants régionaux pour la prévention des mauvais traitements à l'égard des personnes âgées. Les consultants sont censés promouvoir et appuyer les efforts destinés à prévenir et à combattre les abus et orienter les intéressés qui en ont besoin vers les services communautaires et les parties intéressées de la justice[653].

Dispositions relatives à des domaines particuliers du droit

Dans de nombreux cas, les lois et les programmes destinés à des personnes exposées à des risques particuliers contiennent des mécanismes pour prévenir, déceler et combattre les abus. La liste ci-dessous n'est pas exhaustive; elle présente simplement quelques exemples.

La *Loi de 2007 sur les foyers de soins de longue durée* et ses règlements d'application comprennent de nombreuses dispositions sur les mauvais traitements et la négligence. Comme beaucoup des pensionnaires des foyers de soins de longue durée sont des adultes âgés ayant des déficiences pouvant affecter les facultés cognitives, comme la démence ou les suites d'un

accident vasculaire cérébral, la protection prévue constitue un élément très important de l'environnement législatif lié aux abus. La Loi impose aux foyers d'informer le ministère s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner que l'un des incidents suivants s'est produit :

1. administration d'un traitement ou de soins de façon inappropriée ou incompétente, ce qui a causé un préjudice ou un risque de préjudice au résident;
2. mauvais traitement d'un résident de la part de qui que ce soit ou la négligence envers un résident de la part du titulaire de permis ou du personnel, ce qui a causé un préjudice ou un risque de préjudice au résident;
3. acte illégal ayant causé un préjudice ou un risque de préjudice à un résident;
4. mauvaise utilisation ou détournement de l'argent d'un résident;
5. mauvaise utilisation ou détournement de fonds octroyés à un titulaire de permis aux termes de la présente loi ou de la *Loi de 2006 sur l'intégration du système de santé local*[654].

L'omission d'informer le ministère de tels incidents constitue une infraction[655]. Les pensionnaires des foyers de soins de longue durée peuvent présenter au ministère un rapport concernant de mauvais traitements, mais ils ne sont pas tenus de le faire. Les travailleurs sociaux, les médecins et les membres d'autres professions réglementées de la santé qui déclarent de mauvais traitements sont protégés contre les plaintes touchant la communication de renseignements confidentiels ou privilégiés pourvu qu'ils n'aient pas agi avec l'intention de nuire ou sans motifs raisonnables[656]. La Loi prévoit en outre des inspections pour donner suite aux rapports reçus ainsi que des mesures pour protéger les dénonciateurs contre d'éventuelles représailles[657].

Les dispositions ci-dessus de la *Loi de 2007 sur les foyers de soins de longue durée* sont les seules en Ontario qui imposent la déclaration des mauvais traitements infligés à des adultes, contrairement à d'autres administrations canadiennes qui ont des exigences de déclaration obligatoire plus étendues et plus rigoureuses. Toutefois, d'autres mesures législatives ontariennes comprennent des mécanismes pouvant servir à déceler ou à combattre les abus. Les membres des professions réglementées de la santé ainsi que certains types d'établissements doivent déclarer les abus sexuels commis sur un patient par un professionnel de la santé [658]. De plus, en vertu de la *Loi de 2008 sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle*, le *Règlement sur les mesures d'assurance de la qualité* impose aux organismes de service différentes exigences auxquelles ils doivent se conformer. Dans de nombreux cas, il s'agit de mesures positives visant à promouvoir l'inclusion sociale, le choix individuel et les droits, qui peuvent aussi avoir pour effet de prévenir les abus. Le Règlement comprend également des exigences particulières

imposant aux organismes d'élaborer des lignes directrices et des procédures, et de les revoir régulièrement, afin de :

- documenter et signaler tout cas allégué, soupçonné ou observé de mauvais traitements envers des personnes ayant une déficience intellectuelle;
- soutenir la personne ayant fait l'objet des mauvais traitements allégués, soupçonnés ou observés;
- prendre les mesures nécessaires à l'égard des employés ou des volontaires responsables du mauvais traitement allégué de personnes ayant une déficience intellectuelle.

Si les mauvais traitements allégués, soupçonnés ou observés peuvent constituer une infraction criminelle, les organismes de service en cause doivent immédiatement signaler le cas à la police[659]. De plus, ils sont tenus d'organiser des séances obligatoires de formation et de sensibilisation sur les questions liées aux mauvais traitements et sur leurs propres lignes directrices à l'intention des employés, des bénévoles, des membres du conseil d'administration et des pensionnaires.

Exigences ou initiatives sectorielles

Des industries de services ou des secteurs particuliers ayant des contacts fréquents avec des personnes susceptibles d'être victimes d'abus peuvent avoir élaboré des protocoles, des lignes directrices ou des mécanismes internes ou sectoriels destinés à combattre les abus. Par exemple, dans le secteur des services financiers, beaucoup de banques ont mis au point des programmes internes de formation pour aider leurs employés à déceler les cas possibles d'abus et à agir en conséquence. Ces initiatives peuvent comprendre des cours destinés à aider le personnel à découvrir les cas d'utilisation impropre de procurations et à prendre les mesures nécessaires, par exemple en bloquant les virements suivants, en annulant des cartes client, en plaçant une mise en garde sur le compte en cause et, en dernier ressort, en avertissant les membres de la famille, la police ou le bureau du tuteur public.

- **QUESTION À ABORDER : Y a-t-il des moyens de veiller à ce que les lois, les orientations et les méthodes destinées à combattre les abus commis par l'intermédiaire de la législation sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle soient mieux coordonnées avec les dispositions générales de lutte contre l'exploitation des personnes généralement visées par ce domaine du droit?**

C. Contexte juridique actuel

1. Nomination du mandataire spécial

Nous avons examiné en détail le processus de nomination personnelle et publique d'un mandataire spécial au chapitre III de la partie Trois. Ce processus est important dans le contexte

de l'utilisation abusive et impropre des pouvoirs de décision parce qu'il donne l'occasion, d'une part, d'écarter d'éventuels exploiteurs et, de l'autre, d'informer et de sensibiliser aussi bien les mandataires spéciaux que ceux qu'ils représentent.

Les personnes qui ont la capacité légale de le faire peuvent nommer elles-mêmes un mandataire spécial et lui donner une procuration relative soit aux biens soit au soin de la personne. Dans le cas des nominations personnelles par voie de procuration, c'est l'intéressé lui-même qui examine les mandataires possibles pour déterminer s'ils sont en mesure de s'acquitter des fonctions attendues d'eux et s'ils sont disposés et aptes à le faire. Comme nous l'avons mentionné au chapitre III de la partie Trois, les dispositions législatives touchant les procurations visent à mettre celles-ci à la portée de tout le monde. De ce fait, il y a en Ontario relativement peu de difficultés pratiques ou d'obstacles de procédure à leur établissement par rapport aux autres administrations. Cela crée évidemment le risque que ceux qui donnent des procurations ne comprennent pas toutes les conséquences possibles de leur décision, s'exposant ainsi à devenir victimes d'abus, de négligence ou d'exploitation de la part de leur mandataire. En pratique, les gens choisissent un mandataire pour des raisons liées bien plus à la dynamique familiale qu'à la compétence. Et, comme les nominations sont faites à titre privé, les procurations sont peu susceptibles de faire l'objet d'un examen, malgré l'étendue des pouvoirs qu'elles peuvent conférer, de sorte qu'une utilisation abusive ou impropre peut être difficile à déceler. Au chapitre III de la partie Trois, nous avons examiné un certain nombre de modifications possibles des conditions d'établissement des procurations, qui peuvent avoir des effets sur les risques d'utilisation abusive ou impropre.

Les nominations publiques (tuteurs) sont proposées à ceux qui n'ont pas la capacité légale de nommer leur propre mandataire spécial. Bien qu'il faille quand même consulter les personnes devant être mises sous tutelle sur leurs préférences lors du choix d'un mandataire, la décision finale appartient au tribunal (en cas de tutelle d'origine judiciaire) ou au TCP (en cas de présentation d'une demande de remplacement dans le cadre d'une tutelle légale). Par conséquent, c'est un organisme public qui examine les tuteurs possibles.

Dans les deux cas, le mandataire spécial choisi est un membre de la famille ou un ami proche : en effet, dans le cas d'une procuration, ce sont les personnes que l'intéressé est susceptible de choisir et, dans le cas d'une tutelle, ce sont les personnes les plus susceptibles d'accepter la nomination et celles à qui la loi accorde la préférence dans certaines circonstances. Ces personnes sont aussi celles qui connaissent le mieux l'intéressé et qui sont censées bien comprendre ses valeurs et ses vœux, avoir son bien-être à cœur et avoir le dévouement et l'engagement nécessaires pour s'acquitter des responsabilités, parfois assez lourdes, que comporte ce rôle. Comme nous l'avons noté ci-dessus, ce sont en outre les personnes avec qui

l'intéressé qui est incapable ou qui se prépare en vue d'une telle éventualité est susceptible d'avoir en permanence des rapports complexes d'interdépendance.

2. Attributions du mandataire spécial

Bien que les processus et les moyens de contrôle puissent varier selon qu'il s'agit d'une nomination personnelle ou d'une nomination publique, les attributions des tuteurs et des procureurs sont très proches. Il y a cependant quelques différences entre les rôles des mandataires spéciaux aux biens et au soin de la personne.

Mandataire spécial aux biens

Le mandataire spécial aux biens est un fiduciaire qui s'acquitte de ses obligations avec diligence, honnêteté et intégrité et qui agit de bonne foi, dans l'intérêt de l'incapable[660]. Dans la détermination de cet intérêt, il doit tenir compte des conséquences de ses décisions sur le confort et le bien-être de l'incapable[661]. Le mandataire spécial aux biens peut être rémunéré[662]. S'il ne l'est pas, il doit agir avec le même degré de prudence, de diligence et de compétence que s'il dirigeait ses propres affaires; s'il est rémunéré, il doit manifester le degré de prudence, de diligence et de compétence dont doit faire preuve une personne qui exerce la profession de gestionnaire des biens d'autrui[663]. S'il manque à ses obligations, il est responsable des pertes subies, à moins qu'un tribunal ne le dégage de l'ensemble ou d'une partie de sa responsabilité parce qu'il estime qu'il a agi de façon honnête, raisonnable et diligente[664].

Dans sa gestion des biens, le mandataire spécial engage les dépenses raisonnablement nécessaires pour :

- les aliments, l'éducation et les soins de l'incapable;
- les aliments, l'éducation et les soins des personnes à la charge de l'incapable;
- satisfaire aux autres obligations légales de l'incapable.

Si les biens sont limités, les dépenses doivent être faites selon un ordre de priorité. Par exemple, les dépenses des personnes à charge ne peuvent être faites que s'il reste suffisamment de biens pour payer les aliments, l'éducation et les soins de l'intéressé. De plus, le mandataire spécial doit tenir compte de la valeur des biens, du niveau de vie habituel de l'intéressé et des personnes à sa charge ainsi que de la nature de ses autres obligations légales. Le mandataire spécial ne peut faire des dons de bienfaisance ou encore offrir des cadeaux ou accorder des prêts aux parents et amis de l'intéressé que dans des circonstances particulières[665].

Le mandataire spécial doit tenir des comptes relativement à toutes les opérations concernant les biens conformément aux exigences détaillées exposées dans le Règlement[666]. Il a en outre un certain nombre d'importantes obligations procédurales, par exemple :

- expliquer à l'intéressé en quoi consistent ses pouvoirs et ses obligations;
- l'encourager à participer autant que possible aux décisions concernant ses biens;
- favoriser des contacts personnels réguliers entre l'intéressé et les parents et amis qui le soutiennent;
- consulter de temps à autre les parents et amis qui ont des contacts réguliers avec l'intéressé et le soutiennent ainsi que les personnes qui le soignent[667].

Le tuteur légal aux biens doit, si l'intéressé le demande, organiser une évaluation de sa capacité par un évaluateur à des intervalles aussi courts que six mois[668].

Mandataire spécial au soin de la personne

La LPDNA donne des indications sur la prise de décision en matière de soin de la personne. Si les décisions ne sont pas assujetties à la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, le mandataire spécial doit respecter comme suit les vœux exprimés par l'intéressé lorsqu'il était légalement capable :

- si l'intéressé avait, lorsqu'il était capable, exprimé un vœu ou donné une instruction ayant un rapport avec une décision à prendre, le mandataire spécial prend la décision conformément au vœu ou à l'instruction;
- le mandataire spécial fait preuve d'une diligence raisonnable lorsqu'il détermine si le vœu ou l'instruction existent vraiment;
- le mandataire spécial respecte les vœux et instructions les plus récents.

En l'absence de vœux ou d'instructions antérieures, le mandataire spécial agit dans l'intérêt de l'intéressé en tenant compte :

- des valeurs et des croyances qu'il avait lorsqu'il était capable et en fonction desquelles il aurait agi, de l'avis du mandataire spécial, s'il l'était encore;
- de ses désirs actuels s'ils peuvent être établis.

Le mandataire spécial doit également déterminer si la décision à prendre est susceptible d'améliorer la qualité de vie de l'intéressé ou de réduire l'ampleur ou le rythme de la détérioration de cette qualité et si les avantages de la décision l'emportent sur les effets néfastes d'une autre décision possible[669]. En général, le mandataire spécial doit choisir les mesures les moins contraignantes et les moins perturbatrices qui soient possibles et appropriées dans les circonstances. Il ne doit pas recourir au confinement, à des appareils de contrôle ou à des entraves à moins qu'ils ne soient indispensables pour empêcher que

l'intéressé ou d'autres ne subissent un préjudice physique grave ou qu'ils ne permettent à l'intéressé de jouir d'une plus grande liberté ou d'autres avantages[670].

Les obligations procédurales du mandataire spécial au soin de la personne sont très semblables à celles du mandataire spécial aux biens et comprennent ce qui suit :

- expliquer à l'intéressé en quoi consistent ses pouvoirs et ses obligations[671];
- l'encourager à participer autant que possible aux décisions prises en son nom[672];
- Favoriser des contacts personnels réguliers entre l'intéressé et les parents et amis qui le soutiennent[673];
- favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance de l'intéressé[674];
- consulter de temps à autre les parents et amis qui ont des contacts réguliers avec l'intéressé et le soutiennent ainsi que les personnes qui le soignent[675].

Le mandataire spécial garde, conformément aux règlements, des dossiers des décisions qu'il prend au nom de l'intéressé[676]. Il doit, si celui-ci le demande, organiser une évaluation de sa capacité par un évaluateur à des intervalles aussi courts que six mois[677].

3. Mécanismes existants de lutte contre l'utilisation abusive et impropre

La législation ontarienne comprend déjà un nombre considérable de mesures pouvant aider à prévenir, déceler et combattre les abus découlant des pouvoirs de décision au nom d'autrui. Certains mécanismes s'appliquent à tous les mandataires spéciaux. D'autres concernent plus particulièrement les procureurs ou les tuteurs, reflétant la nature différente des processus de nomination.

<u>Mécanismes s'appliquant à tous les mandataires spéciaux</u>

Obligation de tenir des dossiers. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, tous les mandataires spéciaux ont l'obligation de tenir des comptes relativement aux opérations faites au nom de la personne qu'ils représentent.

Obligations procédurales. La LPDNA comprend plusieurs dispositions destinées à renforcer la transparence et la responsabilité des mandataires spéciaux, y compris l'obligation d'expliquer leur rôle à la personne qu'ils représentent, de favoriser ses contacts avec les parents et amis qui la soutiennent et de les consulter dans l'exercice de leurs fonctions.

Norme de diligence. Les mandataires spéciaux aux biens doivent se conformer à une norme fiduciaire tandis que les mandataires spéciaux au soin de la personne sont tenus d'agir avec diligence et bonne foi.

Obligations claires en matière de prise de décision. Les exigences claires liées aux principes et aux considérations à prendre en compte dans l'exercice de leurs fonctions permettent de déterminer assez facilement si les mandataires spéciaux agissent dans l'intérêt de la personne qu'ils représentent ou dans leur propre intérêt.

Pouvoirs d'enquête du TCP. D'après les articles 27 et 62 de la LPDNA, le TCP a le devoir et le pouvoir d'enquêter « sur toute allégation selon laquelle une personne est incapable » de gérer ses biens ou de prendre soin d'elle-même, si « des conséquences préjudiciables graves se produisent ou peuvent se produire en conséquence ». Si l'enquête révèle qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est incapable et que des conséquences graves – selon la définition de la loi – en découlent ou peuvent en découler, le TCP doit demander au tribunal de rendre une ordonnance le nommant tuteur pour une période d'au plus 90 jours et précisant ses pouvoirs et les conditions s'appliquant à la tutelle. La LPDNA confère au TCP des pouvoirs discrétionnaires assez importants quant à la conduite de l'enquête ainsi que des pouvoirs d'entrée et d'accès à des dossiers aux fins de l'enquête[678].

Mécanismes s'appliquant aux procureurs

Exigences de passation. Comme nous l'expliquons en détail au chapitre VII, la LPDNA prescrit certaines conditions à respecter lors de l'établissement d'une procuration afin de s'assurer que les intervenants en comprennent les conséquences et n'agissent pas sous la contrainte. Les conditions comprennent notamment la présence de témoins indépendants lors de l'établissement de la procuration et, dans le cas d'une procuration perpétuelle relative aux biens, l'existence d'une déclaration d'intention.

Reddition des comptes et autres pouvoirs du tribunal. La Cour supérieure de justice peut donner des directives sur toute question relative à l'exercice d'une procuration, sur demande du procureur, d'une personne à charge, du procureur ou du tuteur de l'autre catégorie, du TCP ou de toute autre personne autorisée par la cour[679]. Celle-ci peut donner les directives qu'elle juge être dans l'intérêt de la personne représentée et des personnes à sa charge et qu'elle estime compatibles avec la LPDNA.

De plus, la Cour peut, sur requête, ordonner la reddition de la totalité ou d'une partie des comptes d'un procureur. La requête peut provenir du procureur, de la personne représentée, d'une personne à sa charge, du procureur ou du tuteur au soin de la personne, du TCP, de l'avocat des enfants, d'un créancier agissant en vertu d'un jugement ou de toute autre personne autorisée par la cour. Celle-ci a de vastes pouvoirs quant à la reddition des comptes : elle peut notamment ordonner au TCP de présenter une requête en tutelle, suspendre la procuration ou nommer le TCP comme tuteur en attendant les résultats de l'enquête, ordonner une évaluation de la capacité de la personne représentée ou mettre fin à la procuration[680].

Mécanismes s'appliquant aux tuteurs

Rôle du TCP dans l'examen des requêtes. Comme nous l'avons expliqué au chapitre III de la partie Trois, le TCP doit examiner les requêtes présentées pour le remplacer à titre de tuteur légal. De même, le TCP est un intimé en vertu de la loi dans toutes les requêtes visant la nomination d'un tuteur par le tribunal[681]. Il examine les requêtes et présente par écrit ses observations sur les points qui y sont soulevés à l'avocat du requérant ainsi qu'au greffier de la Cour supérieure de justice. Dans la plupart des cas, les questions soulevées sont réglées avant la tenue d'une audience. Dans de rares cas, le TCP comparaît pour soumettre des preuves ou des arguments oraux, ou les deux, en réponse à ces questions[682].

Reddition des comptes. Comme les procureurs, les tuteurs ont l'obligation de tenir des comptes. Le tuteur, le procureur, la personne représentée, une personne à sa charge, le TCP, l'avocat des enfants, un créancier agissant en vertu d'un jugement ou toute autre personne autorisée par la cour peut présenter une requête pour la reddition des comptes. De même, le TCP a le pouvoir général, en vertu de la LPDNA, de demander une copie des dossiers tenus par le tuteur aux biens ou le tuteur à la personne[683].

Registre des tuteurs. Le TCP doit tenir un registre à jour des tuteurs tant aux biens qu'à la personne. Le registre comprend le nom et l'adresse de la personne représentée et de son tuteur ou ses tuteurs. Pour chacun de ceux-ci, le registre doit indiquer la façon dont le tuteur a acquis ses pouvoirs, les restrictions dont ils sont assortis, la date à laquelle les pouvoirs du tuteur ont pris effet, ont pris fin ou ont changé et, dans le cas des tuteurs à la personne, si les pouvoirs sont pleins ou partiels, et, s'ils sont partiels, les domaines dans lesquels le tuteur a le pouvoir de prendre des décisions[684].

Plans de gestion. Comme nous l'avons expliqué au chapitre III de la partie Trois, il faut, avant d'être accepté comme tuteur aux biens ou tuteur à la personne, présenter un plan de gestion ou de tutelle. Ces plans peuvent être modifiés avec l'approbation du TCP ou, si nécessaire, sur présentation d'une requête à la Cour.

D. Préoccupations et options pour la réforme

1. Problèmes perçus des mécanismes existants

Au cours des consultations préliminaires, de nombreux intervenants se sont inquiétés du manque d'efficacité des mécanismes de lutte contre l'utilisation abusive et impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui. Tout en estimant qu'en général, les principales fonctions et responsabilités des mandataires spéciaux sont adéquates, nos interlocuteurs étaient pour la plupart d'avis que la mise en œuvre des mécanismes en cause n'était pas efficace[685]. Les préoccupations exprimées étaient centrées sur trois domaines.

1. **Manque de connaissance de la loi.** Tuteurs et procureurs connaissent souvent mal les attributions que leur confère la LPDNA et peuvent, par conséquent, ne pas respecter les limites de leurs pouvoirs et ne pas s'acquitter sérieusement de leurs obligations procédurales. De plus, comme nous l'avons expliqué au chapitre III de la partie Trois, il arrive souvent que les personnes qui donnent une procuration ne comprennent pas vraiment la portée des pouvoirs qu'elle confère et les risques d'abus auxquels elles s'exposent. Cela peut entraîner le choix de procureurs qui n'ont pas les qualités voulues ou empêcher l'inscription de garanties assez efficaces dans la procuration.

2. **Manque de mécanismes efficaces de contrôle.** Les mécanismes existants de contrôle des activités des tuteurs et des procureurs sont limités. De plus, la plupart sont essentiellement « passifs » plutôt que proactifs. Par exemple, même si l'obligation de tenir des comptes est importante, les procureurs peuvent ne jamais avoir à montrer ces comptes à quiconque. Il pourrait donc être difficile de déceler des abus. Selon l'ARCH Disability Law Centre :

   > *[TRADUCTION]* Les mécanismes disponibles… [sont] tous passifs en ce sens qu'il faut une intervention de la personne « incapable » pour qu'il y ait un contrôle ou un examen des activités du tuteur. Avec un accès limité à des conseils sur leurs droits et à des avis juridiques, de nombreux « incapables » n'ont pas la possibilité ou n'ont qu'une possibilité réduite de déclencher ces mécanismes[686].

   Il y a lieu de noter qu'en vertu de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, un professionnel de la santé peut présenter une requête à la Commission du consentement et de la capacité pour lui signaler qu'un mandataire spécial ne s'est pas conformé à la loi dans ses décisions concernant le traitement, l'admission à un établissement de soins de longue durée ou des services d'aide personnelle[687], mais la personne dont les droits sont directement touchés par ces décisions n'a aucun moyen de présenter une telle requête ou d'essayer de faire valoir ses droits.

3. **Manque de mécanismes efficaces de recours.** Lorsqu'une utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision est décelée, certains craignent que les moyens d'y réagir ne soient insuffisants, lents et inaccessibles ou n'offrent qu'une réparation inadéquate. Compte tenu de l'importance des droits en jeu lorsqu'une personne est soumise aux décisions d'autrui, il est essentiel de disposer de mécanismes forts et accessibles pour tenir les mandataires spéciaux responsables de leurs actes. Par exemple, une réaction lente pourrait être totalement inutile : comme beaucoup l'ont noté dans le contexte de l'exploitation financière, « une fois l'argent parti, il est parti » et il ne reste plus à la personne représentée que des difficultés financières à long terme et des options limitées.

2. Autres mécanismes possibles pour prévenir, déceler et combattre les abus

Les préoccupations suscitées par l'utilisation abusive ou impropre des nominations ne se limitent pas à l'Ontario. Nous présentons dans la section qui suit un certain nombre de dispositions mises en œuvre, envisagées ou recommandées par d'autres pays ou administrations pour prévenir, déceler et combattre l'exploitation dans le contexte de la législation relative à la nomination de mandataires spéciaux.

Comme nous l'avons noté plus haut, les questions liées au règlement des différends comptent parmi les importantes lacunes signalées. Nous examinons les possibilités de réforme dans ce domaine au chapitre II de la partie Quatre et les questions connexes touchant la défense des droits et le soutien de l'accès au droit, au chapitre III de la même partie. Nous abordons le manque de compréhension des attributions des mandataires spéciaux, tant par eux-mêmes que par ceux qu'ils représentent, ainsi que certaines options susceptibles de renforcer l'accès à l'information à la section D.2 du chapitre III pour les procureurs et au chapitre III, partie Quatre, pour les tuteurs. Nous traitons de même question d'une manière plus globale au chapitre IV de la même partie.

Il y a lieu de noter que beaucoup de pays et d'administrations font une nette distinction entre les nominations relatives aux biens et les nominations relatives au soin de la personne, reconnaissant ainsi que les risques d'abus sont sensiblement différents dans le cas des biens. Il convient de garder cette distinction à l'esprit lors de l'examen des différentes possibilités exposées plus loin.

Les mesures possibles de réforme du droit que nous abordons dans la présente section se répartissent entre quatre catégories : mesures visant à améliorer la compréhension des attributions des mandataires spéciaux, mesures destinées à établir des mécanismes pour contrôler l'exercice de ces pouvoirs et déceler les abus, mesures pour établir ou renforcer les mécanismes de plainte et d'enquête et mesures ayant pour but de prévenir ou de limiter les pertes de fonds attribuables à une utilisation impropre des nominations. Ces quatre catégories devraient être envisagées en relation les unes avec les autres : par exemple, les mécanismes de contrôle et de surveillance doivent être soigneusement coordonnés avec les mécanismes de plainte et d'enquête; en même temps, de bons programmes d'éducation et de sensibilisation peuvent réduire le besoin d'importants mécanismes de contrôle et de surveillance.

<u>Améliorer la compréhension des attributions des mandataires spéciaux</u>

Information et formation des mandataires spéciaux. Même si la nomination d'un tuteur s'inscrit clairement dans le cadre d'un processus plus rigoureux que la nomination d'un procureur, il n'en reste pas moins que les tuteurs peuvent ne pas bien comprendre leurs fonctions et leurs pouvoirs. Comme nous l'avons noté au chapitre II de la partie Trois, le rôle

d'un mandataire spécial est très éprouvant, mais ceux qui l'assument en Ontario ne peuvent compter que sur un soutien officiel très limité pour les aider à s'en acquitter.

L'État australien du Victoria propose actuellement des séances de formation facultatives aux tuteurs aux biens et à la personne nouvellement nommés. Dans son examen de la législation relative à la tutelle, la Commission de réforme du droit du Victoria (VLRC) a appuyé l'adoption de modifications qui permettraient au Tribunal civil et administratif du Victoria (VCAT) d'ordonner à ceux qui souhaitent être nommés tuteurs aux biens ou à la personne de suivre une formation comme condition de nomination : « La Commission croit qu'une formation améliorée serait très utile à tous les mandataires spéciaux qui sont, en grande majorité, des gens bien intentionnés ayant accepté d'être nommés à des fonctions très difficiles et peu connues[688] ».

Dans son étude sur la protection des droits des personnes handicapées placées sous tutelle, l'ARCH Disability Law Centre appuie l'adoption de programmes obligatoires d'information et d'éducation pour les tuteurs et propose que la formation porte sur les obligations prévues dans la LPDNA, la portée et les limites des pouvoirs de décision du mandataire spécial, les droits des personnes placées sous tutelle et la façon dont les mandataires spéciaux doivent s'acquitter de leurs fonctions dans le respect de la dignité, de l'autonomie, de la participation, de l'inclusion sociale et du droit général à l'égalité de la personne qu'ils sont chargés de protéger[689].

Engagements signés des mandataires spéciaux. La Commission de réforme du droit du Victoria a également recommandé que les tuteurs aux biens et à la personne soient tenus, au moment de leur nomination, de signer un document dans lequel ils prennent l'engagement de s'acquitter de leurs responsabilités. Bien que la Commission n'ait pas recommandé de sanctions particulières en cas de manquement à un tel engagement, elle a dit que « le document pourrait être utilisé dans toute procédure engagée par la suite parce qu'un mandataire spécial a manqué à un devoir particulier[690] » et permettrait de s'assurer que les tuteurs sont conscients de l'importance des responsabilités qu'ils assument et de la nature des obligations que la loi leur impose.

- **QUESTION À ABORDER : y a-t-il des initiatives particulières d'information, d'éducation ou de formation à intégrer dans les lois, les orientations ou les méthodes pour s'assurer que les mandataires spéciaux et ceux qu'ils représentent comprennent mieux leurs droits et leurs attributions? Si oui, comment peut-on les mettre en œuvre?**

Contrôle et surveillance

Comme nous l'avons expliqué plus haut, l'Ontario a quelques mécanismes de surveillance ou de contrôle des mandataires spéciaux, notamment l'obligation pour les tuteurs d'établir des plans de gestion et pour les mandataires spéciaux de tenir des comptes ainsi que les dispositions

relatives à la reddition des comptes. Toutefois, la plupart des mécanismes ontariens de lutte contre l'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui nécessitent une intervention active de la personne représentée pour déclencher la surveillance ou le contrôle. L'ARCH Disability Law Centre note à ce sujet :

> *[TRADUCTION]* Les mécanismes disponibles… [sont] tous passifs en ce sens qu'il faut une intervention de la personne « incapable » pour qu'il y ait un contrôle ou un examen des activités du tuteur. Avec un accès limité à des conseils sur leurs droits et à des avis juridiques, de nombreux « incapables » n'ont pas la possibilité ou n'ont qu'une possibilité réduite de déclencher ces mécanismes[691].

Certaines administrations confèrent à leurs organismes publics des pouvoirs et des responsabilités beaucoup plus rigoureux en matière de contrôle des mandataires spéciaux. Nous en donnons quelques exemples ci-dessous.

Production de rapports. Certaines administrations imposent aux tuteurs de prendre eux-mêmes l'initiative de présenter des rapports réguliers, surtout s'ils ont des responsabilités financières. Dans l'État du Victoria, par exemple, les tuteurs aux biens doivent produire des états financiers tous les ans et à d'autres moments si on le leur demande[692]. Cette exigence ne s'applique cependant ni aux procureurs ni aux tuteurs à la personne. La Commission de réforme du droit du Victoria a rejeté des propositions visant à étendre l'exigence à ces groupes, estimant qu'il serait sans doute plus avantageux de consacrer les fonds que nécessiterait l'examen des rapports à l'amélioration de la formation et du soutien des tuteurs à la personne[693].

Programmes de « visiteurs ». Certaines administrations ont inscrit dans leur législation sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle des pouvoirs actifs de surveillance des tuteurs et, dans certains cas, des procureurs. Ainsi, le *Mental Capacity Act, 2005* (MCA) de l'Angleterre et du Pays de Galles impose au Tuteur public non seulement de tenir un registre des procureurs et des tuteurs aux biens et à la personne, mais aussi de surveiller les tuteurs et de recevoir des rapports réguliers d'eux et des procureurs.

De plus, le MCA définit le rôle des « visiteurs de la Cour de protection ». Ces visiteurs, dont certains ayant le titre de « visiteur spécial » ont des connaissances spécialisées en matière de déficiences liées à la capacité, peuvent recevoir de la Cour de protection l'ordre de rendre visite aux tuteurs, aux procureurs ou aux personnes qu'ils représentent et de produire des rapports sur différentes questions à l'intention du Tuteur public[694]. Le Code de pratique (*Code of Practice*) du MCA décrit ainsi le rôle des visiteurs :

> *[TRADUCTION]* Le rôle du visiteur de la Cour de protection consiste à donner des avis et des conseils impartiaux à la cour et au Tuteur public. Ses avis et conseils portent sur la façon dont toute personne investie d'un pouvoir en vertu de la Loi s'acquitte ou devrait s'acquitter de ses fonctions et responsabilités. Il y a deux catégories de visiteurs : les visiteurs généraux et les visiteurs spéciaux. Les visiteurs spéciaux sont des médecins agréés ayant une expertise pertinente. La Cour ou le Tuteur

> public peut charger un visiteur de la catégorie qui convient le mieux de rendre visite à une personne susceptible d'être incapable pour l'interroger. Les visiteurs sont également autorisés à interroger des tuteurs ou des procureurs et d'examiner tout document pertinent relatif à des soins de santé ou à des services sociaux. Tuteurs et procureurs doivent coopérer avec les visiteurs et leur fournir tous les renseignements pertinents. S'ils ne coopèrent pas, la Cour peut annuler leur nomination si elle estime qu'ils n'ont pas agi au mieux des intérêts de la personne qu'ils représentent[695].

En sus de leurs fonctions d'enquête sur des abus possibles, les visiteurs peuvent évaluer l'état général de bien-être de la personne représentée et donner des conseils et du soutien aux procureurs et aux tuteurs.

L'avant-projet de loi irlandais adopte une démarche très semblable, avec des systèmes complets de registres, des exigences de production de rapports, l'attribution d'un rôle de surveillance au Tuteur public et la création d'une catégorie générale et d'une catégorie spécialisée de « visiteurs ». Le régime se distingue par le fait que ces fonctions s'étendent aussi aux arrangements de décision « assistée » et de « codécision »[696].

Le système des « visiteurs communautaires » de l'État australien du Queensland est axé sur les personnes qui vivent dans des établissements collectifs tels que les foyers de soins de longue durée et les établissements psychiatriques. Le système comprend des fonctions de surveillance et de traitement de plaintes. Dans le cadre de leurs fonctions de surveillance, les visiteurs vont régulièrement dans les établissements psychiatriques et d'autres lieux (sauf les domiciles privés) où des personnes aux capacités réduites résident ou reçoivent des soins[697] afin d'examiner les aspects suivants et de présenter des rapports à leur sujet :

- Qualité des services d'évaluation, de traitement et de soutien de l'établissement.
- Qualité des services d'hébergement, de santé et de bien-être de l'établissement.
- Mesure dans laquelle les pensionnaires de l'établissement reçoivent des services qui limitent le moins possible l'exercice de leurs droits.
- Qualité de l'information donnée aux pensionnaires au sujet à leurs droits.
- Accessibilité et efficacité des procédures prévues par l'établissement pour permettre aux pensionnaires de se plaindre des services reçus[698].

La section ci-dessous concernant les mécanismes de traitement des plaintes contient une description des fonctions relatives aux plaintes du programme des visiteurs communautaires.

Bureau de surveillance et de défense des droits. L'ARCH Disability Law Centre a recommandé qu'on envisage de créer un organisme indépendant, compétent et impartial qui serait chargé de surveiller et de contrôler les mandataires spéciaux, de régler les cas où ils exercent leurs pouvoirs d'une manière abusive ou impropre et de s'occuper des plaintes des personnes déclarées légalement incapables. Ce Bureau recevrait et examinerait les rapports des mandataires spéciaux et serait autorisé à enquêter sur les cas qui suscitent des préoccupations

et, si nécessaire, à obliger les mandataires à prendre des mesures pour se conformer aux règles. Il serait également chargé de donner des conseils sur les droits et pourrait aussi recevoir les plaintes et les régler d'une manière informelle[699].

Surveillance par le Tuteur public. Dans le Queensland, le programme des visiteurs communautaires est appuyé par un éventail de pouvoirs de surveillance que le Tuteur des adultes de l'État exerce à l'égard des procureurs et des tuteurs aux biens et à la personne : pouvoir de conseiller, pouvoir d'assujettir, sur avis écrit, à la surveillance du Tuteur des adultes pendant une période raisonnable si celui-ci croit, pour des motifs raisonnables, que cela est nécessaire dans l'intérêt de la personne représentée, notamment si le procureur ou le tuteur a involontairement enfreint la loi ou manqué à ses obligations, et pouvoir d'imposer à un procureur ou un tuteur aux biens de soumettre un plan de gestion pour approbation[700].

De tels programmes de surveillance active ne manquent pas de détracteurs. Ainsi, la Commission de réforme du droit du Victoria a rejeté les propositions visant à soumettre les mandataires spéciaux à un régime de vérifications et d'enquêtes au hasard en s'appuyant sur les motifs suivants :

> *[TRADUCTION]* La Commission ne croit pas que le fait de soumettre les mandataires spéciaux à des enquêtes et des vérifications au hasard constituerait un moyen utile ou économique d'encourager les gens à s'acquitter efficacement de ces fonctions difficiles. La confiance nécessaire pour qu'une nomination donne des résultats positifs pourrait être compromise si les mandataires spéciaux ont l'impression qu'on les soupçonne d'exercer leurs pouvoirs d'une manière impropre. La Commission croit qu'il est préférable d'encourager la nomination de bons mandataires spéciaux et de leur dispenser une formation et un soutien de qualité pour les aider à s'acquitter de leurs fonctions[701].

- **QUESTION À ABORDER : y a-t-il des mécanismes à ajouter aux lois, aux orientations et aux méthodes pour améliorer la surveillance et le contrôle des mandataires, comme des obligations élargies de production de rapports ou de reddition de comptes, des programmes de « visites » aux personnes représentées ou d'autres types de pouvoirs de surveillance? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?**

<u>Pouvoir de recevoir et d'examiner les plaintes</u>

Comme nous l'avons noté plus haut, le Tuteur et curateur public de l'Ontario a l'obligation d'enquêter s'il est allégué qu'une personne est incapable de gérer ses biens et que des conséquences préjudiciables graves en découlent ou peuvent en découler. Si l'enquête révèle qu'il y a des motifs raisonnables de croire à l'existence de conséquences préjudiciables graves et que la nomination d'un tuteur temporaire est nécessaire, le Tuteur et curateur public doit demander à la cour de le nommer tuteur temporaire aux biens.

Le TCP est investi de pouvoirs très étendus lui permettant d'enquêter sur les allégations qui s'inscrivent dans son mandat. Par exemple, il a le droit, dans le cadre de son enquête, d'accéder

« à tout dossier concernant la personne prétendue incapable [qu'il] a des motifs raisonnables de croire pertinent », y compris les dossiers médicaux, les renseignements relatifs à une caisse de retraite, les comptes bancaires et autres documents financiers, c'est-à-dire à des renseignements que la plupart d'entre nous jugeraient éminemment personnels. Le TCP a le droit, à des fins d'enquête, d'entrer sans mandat dans un établissement ou une résidence à accès contrôlé. S'il en est empêché, il peut obtenir un mandat et le faire exécuter avec l'aide de la police[702].

Il importe de noter cependant que le mandat du TCP est limité aux situations dans lesquelles des « conséquences préjudiciables graves » se produisent ou risquent de se produire. Le critère auquel il faut satisfaire pour déterminer l'existence de « conséquences préjudiciables graves » est rigoureux : dans les cas liés au soin de la personne, il s'agit d'« une maladie ou une lésion graves, ou une atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne[703] » et, dans les cas liés aux biens, de « la perte d'une partie importante des biens d'une personne ou le défaut, pour une personne, de se procurer les objets de première nécessité ou d'en procurer aux personnes à sa charge[704] ». Bref, les pouvoirs d'enquête du TCP ne s'étendent pas à des violations moins graves, mais plus fréquentes, des droits légaux par les mandataires spéciaux.

De plus, le rôle du TCP à cet égard peut impliquer une sérieuse intervention de l'État dans la vie des citoyens. Le processus d'enquête du TCP est « spécialement conçu pour affronter les situations où on ne peut éviter un préjudice à une personne incapable qu'en présentant promptement au tribunal une demande d'ordonnance en vue de la nomination du Tuteur et curateur public comme tuteur temporaire de la personne ». Dans la décision *Ziskos v. Miksche*, la Cour supérieure de justice avait déclaré :

> *[TRADUCTION]* Le TCP n'a pas le mandat de dispenser des services d'enquête gratuits à des particuliers en les appuyant quand ils ont un différend avec d'autres particuliers au sujet de la gestion des biens d'une personne incapable. Le TCP doit consacrer ses ressources d'enquête à la défense des intérêts des personnes incapables qui sont exposées à des risques et n'ont aucun autre recours pour obtenir de l'aide[705].

Dans d'autres cas, le TCP peut décider lui-même de la façon de procéder dans les limites générales de son mandat et du cadre législatif qui le régit. Il peut, par exemple, décider de ne pas intervenir, d'intervenir de façon informelle, de renvoyer l'affaire aux services sociaux ou à la police, de recommander une évaluation volontaire de la capacité ou de présenter une requête à la cour pour demander des instructions[706]. En 2013-2014, le TCP a reçu 10 574 appels à son centre d'examen préliminaire des enquêtes (ce chiffre pourrait comprendre de multiples appels d'une même personne). L'examen a abouti à l'ouverture de 239 enquêtes. Les personnes qui appellent sont souvent renvoyées à d'autres services, y compris des avocats du secteur privé, le Bureau d'évaluation de la capacité, le Centre d'accès aux soins communautaires, des médecins, la police ou d'autres bureaux de l'administration publique.

LE PROBLÈME DE L'UTILISATION ABUSIVE OU IMPROPRE DES POUVOIRS DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

Les 214 enquêtes terminées en 2013-2014 ont donné les résultats suivants :

- 78 ont été renvoyées à d'autres sources d'aide, dont les familles, les organismes communautaires et la police.
- 63 ont abouti à la conclusion qu'une requête au tribunal n'était pas justifiée à cause de l'insuffisance des preuves d'incapacité ou de préjudice grave.
- 61 ont entraîné la nomination du TCP comme tuteur aux biens après un examen de la capacité en vertu de la Loi sur la santé mentale, une évaluation de la capacité en vertu de la LPDNA ou d'un rétablissement de la tutelle légale en vertu de l'article 19 de la LPDNA.
- Dans 8 cas, des requêtes ont été présentées à la cour en vue de la nomination permanente ou temporaire de tuteurs aux biens ou au soin de la personne.
- 3 dossiers ont été fermés par suite du décès de la personne prétendue incapable au cours de l'enquête.
- Dans un cas, les allégations ont été jugées frivoles et sans fondement juridique[707].

Au cours des consultations préliminaires, les intervenants ont formulé des commentaires positifs au sujet des pouvoirs d'enquête du TCP, mais ont exprimé des préoccupations relativement à son mandat « de dernier recours » dans ce domaine. Par exemple, l'Advocacy Centre for the Elderly (ACE) a dit ceci dans un document de recherche sur l'accès à la justice des personnes vivant dans des établissements collectifs :

> *[TRADUCTION]* L'ACE a pu constater cependant que le Tuteur et curateur public interprète très étroitement ses fonctions, affirmant qu'il s'agit d'un « service de dernier recours », et n'use pas assez souvent de ses pouvoirs pour intervenir et enquêter. Inquiets du bien-être d'une personne âgée, des parents, des amis et des médecins frustrés appellent souvent l'ACE après s'être fait dire par le Tuteur et curateur public qu'il n'ouvrira pas une enquête[708].

Cette question est étroitement liée à celle des mécanismes de règlement des différends, que nous examinons en détail au chapitre suivant. Bien qu'il y ait des mécanismes permettant de s'élever contre la façon dont le mandataire spécial s'acquitte de ses responsabilités légales, ces mécanismes exigent souvent de s'adresser à la justice, recours que beaucoup jugent inaccessible à cause des frais et des formalités qu'il implique, sans compter que l'initiative doit être prise par les personnes représentées. Par conséquent, ces personnes n'ont en pratique que peu de moyens de contester les activités (ou l'inactivité) de leur mandataire spécial. Dans son étude sur la protection des droits des personnes handicapées soumises à une tutelle, l'ARCH Disability Law Centre, ayant passé en revue une série d'études de cas sur des personnes ayant souffert d'un exercice abusif ou impropre des pouvoirs de décision prévus dans la législation actuelle, conclut :

> *[TRADUCTION]* Ce qui ressort, ce sont les importantes lacunes et faiblesses des mécanismes actuels de surveillance et de responsabilisation des tuteurs en Ontario. Dans bien des cas, la LPDNA prévoit en

> principe des mécanismes de surveillance et de réparation, mais ils sont quasiment inefficaces parce qu'ils sont inaccessibles pour de nombreuses personnes « incapables »[709].

Plaintes : plusieurs administrations ont un mécanisme d'une forme ou d'une autre permettant aux particuliers représentés par un mandataire spécial de déposer une plainte. En vertu du MCA, le Tuteur public de l'Angleterre et du Pays de Galles est habilité à recevoir des « instances » (y compris des plaintes) concernant la façon dont les tuteurs et les procureurs exercent leurs pouvoirs[710]. Le Tuteur public est investi de pouvoirs d'enquête, bien qu'il puisse enquêter conjointement avec d'autres organismes comme les services sociaux, les Services nationaux de santé, la police et autres. Il peut également renvoyer des plaintes aux organismes compétents, même s'il continue à assumer la responsabilité de tenir la Cour de protection au courant de l'information dont elle a besoin pour prendre toutes mesures nécessaires concernant les tuteurs et les procureurs[711].

Dans le système des « visiteurs communautaires » du Queensland, dont nous avons parlé plus haut, les visiteurs sont chargés d'enquêter sur les plaintes, d'essayer de les régler et, s'ils n'y parviennent pas, de les renvoyer promptement à l'organisme compétent d'enquête ou de règlement, ou aux deux[712]. Ils ont des pouvoirs étendus leur permettant de « faire toutes choses nécessaires ou appropriées pour s'acquitter de leurs fonctions », notamment d'accéder sans préavis aux établissements « visitables », d'exiger la production de renseignements ou de documents et de s'entretenir sans témoins avec les personnes représentées[713]. De plus, le Tuteur des adultes du Queensland (dont les fonctions sont semblables à celles du TCP ontarien) est habilité à enquêter sur toute plainte ou allégation selon laquelle un adulte aux capacités affaiblies est ou a été victime de négligence, d'exploitation, de mauvais traitements ou d'une utilisation abusive ou impropre de pouvoirs de décision au nom d'autrui[714]. Dans le cadre de ce mandat, le Tuteur des adultes est autorisé à exiger des procureurs ou tuteurs aux biens la production de comptes détaillés et l'accès à « toute l'information nécessaire pour enquêter sur une plainte ou une allégation ou pour procéder à une vérification[715] ». Au terme d'une enquête ou d'une vérification, le Tuteur des adultes produit un rapport et le communique à la personne qui a demandé l'enquête ou la vérification ainsi qu'à chaque procureur et tuteur aux biens ou à la personne et à toute autre partie intéressée[716].

Comme nous l'avons déjà noté, l'ARCH Disability Law Centre a recommandé de créer un Bureau de surveillance et de défense des droits chargé d'un certain nombre de fonctions, dont la réception et le règlement des plaintes des particuliers contre les activités de leur mandataire spécial. Le bureau aurait le mandat de régler les plaintes de façon informelle si possible et de mener des enquêtes. S'il ne parvient pas à régler une plainte de cette manière, le bureau conseillerait l'auteur sur les différentes possibilités officielles de règlement des différends[717].

LE PROBLÈME DE L'UTILISATION ABUSIVE OU IMPROPRE DES POUVOIRS DE DÉCISION AU NOM D'AUTRUI

- **QUESTION À ABORDER : y a-t-il de nouveaux mécanismes d'examen des plaintes, ou des améliorations à apporter aux pouvoirs d'enquête du Tuteur et curateur public, pour répondre d'une manière efficace et appropriée aux préoccupations suscitées par l'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?**

Limiter ou prévenir la perte de fonds due à l'exploitation

L'inconvénient le plus souvent mentionné des mécanismes de lutte contre l'exploitation financière découlant d'une nomination personnelle, c'est qu'au moment où l'exploitation est découverte et le mécanisme déclenché, il ne reste souvent plus d'argent à sauver et aucun recours utile n'est vraiment possible. Même si on peut empêcher le responsable de commettre d'autres actes répréhensibles et le punir si des poursuites criminelles sont intentées, ces mesures n'apportent pas beaucoup de réconfort à la personne spoliée, qui est obligée de réduire son train de vie sinon de vivre dans la misère. Un certain nombre de mécanismes sont recommandés ou sont déjà en place dans d'autres administrations pour remédier à ce problème, du moins en partie. Comme dans le cas d'autres recours contre les abus, il importe de juger l'accessibilité de ces instruments juridiques en fonction de la réduction possible des abus qu'ils peuvent assurer.

Restrictions sur les opérations litigieuses et les cadeaux. Les personnes qui ont établi des rapports fiduciaires, par exemple en agissant en vertu d'une procuration ou en exerçant des pouvoirs de tutelle, ont l'obligation d'éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts[718]. Comme la portée de toute obligation fiduciaire dépend de la nature précise et de l'étendue des rapports, certaines administrations ont pris la peine de la codifier et de définir les responsabilités des mandataires spéciaux en matière de conflits d'intérêts.

En Australie, le Queensland a inscrit dans sa législation des restrictions précises sur les opérations litigieuses effectuées par des personnes agissant en vertu d'une procuration. Son *Powers of Attorney Act 1998* impose aux procureurs aux biens d'éviter ces opérations, à moins que la personne représentée ne les ait autorisées ou n'ait autorisé les opérations de ce type ou encore, d'une façon plus générale, les opérations litigieuses. La définition d'« opération litigieuse » (*conflict transaction*) établit clairement qu'il n'y a pas nécessairement conflit si le procureur s'occupe d'un bien qu'il détient conjointement avec la personne représentée, s'il acquiert un intérêt conjoint dans un bien ou encore obtient un prêt ou donne une garantie ou une indemnité en rapport avec ce genre d'intérêt conjoint[719]. Le Tribunal civil et administratif du Queensland qui s'occupe de ces questions est investi du pouvoir d'autoriser certaines opérations litigieuses[720], de même que la Cour suprême[721].

Dans leur rapport de 2008, les Western Canada Law Reform Agencies (WCLRA) notent qu'il est peu réaliste d'exiger des procureurs de ne tirer aucun avantage personnel de l'exercice de leur procuration :

> *[TRADUCTION]* Par exemple, il serait impossible de satisfaire à une telle obligation si les frais du ménage sont partagés parce que le procureur et la personne représentée sont mariés ou parce que le procureur vit avec la personne représentée à titre de soignant. En fait, à l'occasion, il pourrait être inévitable que le procureur profite lui-même, comme avantage accessoire, des mesures qu'il prend pour assurer un mode de vie salutaire à la personne représentée[722].

Les WCLRA ajoutent qu'il serait sans doute extrêmement difficile de définir l'obligation d'éviter les conflits et que cela nécessiterait vraisemblablement des dispositions législatives d'une haute complexité.

Toutefois, dans son examen approfondi de 2010 de la législation sur la tutelle, la Commission de réforme du droit du Queensland a souligné que le manquement à l'obligation d'éviter les opérations litigieuses pourrait aussi constituer un symptôme d'attitudes inacceptables du genre « l'argent des vieux est une affaire de famille ». En effet, les enfants d'une personne âgée peuvent rejeter l'idée que les biens lui appartiennent et ne doivent être utilisés qu'à son profit, préférant les considérer comme une forme d'héritage ou comme des biens communs. Ils pourraient même aller jusqu'à supposer que la personne âgée « ne verrait pas d'inconvénient » à ce que les biens profitent à d'autres personnes, même si cela lui était préjudiciable[723].

Dans son rapport, la Commission de réforme du droit du Queensland, ayant examiné à fond les dispositions relatives aux opérations litigieuses, a recommandé qu'elles soient maintenues et renforcées :

> *[TRADUCTION]* Compte tenu du fait que la violation des dispositions relatives aux opérations litigieuses peut avoir de graves conséquences, il est essentiel que ces dispositions soient aussi claires que possible et qu'elles traitent d'une manière appropriée des types de situations de conflit qui se produisent couramment, notamment au sein des familles, de façon à éviter que la nomination comme procureur ou tuteur aux biens ne soit considérée comme un fardeau[724].

Dans son rapport de 2012 sur la tutelle, la Commission de réforme du droit du Victoria recommande l'adoption de mesures similaires. Elle note que les réactions de la population ont mis en évidence des préoccupations au sujet du manque de compréhension des circonstances dans lesquelles il peut y avoir un conflit d'intérêts entre la personne qui donne une procuration et celle qui l'exerce[725]. Elle recommande que la loi interdise aux tuteurs de faire des opérations litigieuses et prévoie des exceptions claires et limitées, par exemple lorsqu'une opération a été autorisée d'avance par une personne représentée ayant la capacité juridique de le faire ou par le Tribunal civil et administratif du Victoria. La Commission a proposé une définition des opérations litigieuses qui comprend les opérations « pouvant donner lieu à un conflit entre :

a) les obligations envers la personne représentée d'un tuteur aux biens ou d'un procureur agissant en vertu d'une procuration perpétuelle, et b) soit (i) les intérêts du tuteur ou procureur ou ceux d'une relation, d'un collaborateur ou d'un proche ami du tuteur ou procureur, soit (ii) une autre obligation du tuteur ou procureur[726] ».

Il y a lieu de noter que la LPDNA prévoit déjà un ensemble clair d'obligations positives quant à la façon dont les procureurs aux biens doivent répartir les actifs de la personne représentée et donne des directives sur les questions liées aux cadeaux et aux prêts. Les difficultés que suscite une répartition impropre des biens par les procureurs pourraient témoigner non d'une lacune des dispositions législatives, mais d'un manque de connaissance de la loi ou d'une insuffisance des dispositions de surveillance et de contrôle d'application. Il n'est pas sûr que des dispositions explicites liées à des genres particuliers opérations, y compris l'obligation d'obtenir une approbation préalable, puissent améliorer sensiblement la situation.

Pouvoir de geler des comptes. En Saskatchewan, si une institution financière a motifs raisonnables de croire qu'un adulte vulnérable est financièrement exploité, elle peut suspendre les retraits et les paiements effectués sur un compte personnel pendant un maximum de cinq jours ouvrables. Aussitôt qu'elle a pris la mesure, l'institution financière doit en avertir le Tuteur et curateur public, qui a le pouvoir d'ordonner la suspension des retraits et des paiements sur le compte de la personne en cause pendant un maximum de 30 jours. Le Tuteur et curateur public est investi du pouvoir d'enquêter sur les allégations qui ont servi de base à la suspension des retraits et des paiements[727].

Garantie ou cautionnement. La loi ontarienne impose aux tuteurs de fournir une garantie dans certaines circonstances. Cette exigence peut être étendue aux procureurs ou aux personnes ayant fait l'objet d'une autre nomination personnelle liée aux biens comme moyen de prévenir les abus ou d'obtenir une réparation s'ils se produisent. Toutefois, avec une telle exigence, il deviendrait probablement difficile de trouver des procureurs. C'est pour cette raison que l'Alberta Law Reform Institute n'a pas voulu inscrire cette recommandation dans son examen des propositions visant à combattre l'utilisation abusive des procurations perpétuelles[728].

- **QUESTION À ABORDER : y a-t-il des mécanismes pouvant réduire les pertes subies par suite de l'exercice abusif des pouvoirs de décision au nom d'autrui, comme les restrictions sur les opérations litigieuses, le pouvoir de geler des comptes si on soupçonne des abus ou une obligation élargie de fournir un cautionnement ou une garantie? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?**

E. Questions à aborder

1. **Y a-t-il des moyens de veiller à ce que les lois, les orientations et les méthodes destinées à combattre les abus commis par l'intermédiaire de la législation sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle soient mieux coordonnées avec les dispositions générales de lutte contre l'exploitation des personnes généralement visées par ce domaine du droit?**
2. **Y a-t-il des initiatives particulières d'information, d'éducation ou de formation à intégrer dans les lois, les orientations ou les méthodes pour s'assurer que les mandataires spéciaux et ceux qu'ils représentent comprennent mieux leurs droits et leurs attributions? Si oui, comment peut-on les mettre en œuvre?**
3. **Y a-t-il des mécanismes à ajouter aux lois, aux orientations et aux méthodes pour améliorer la surveillance et le contrôle des mandataires, comme des obligations élargies de production de rapports ou de reddition de comptes, des programmes de « visites » aux personnes représentées ou d'autres types de pouvoirs de surveillance? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?**
4. **Y a-t-il de nouveaux mécanismes d'examen des plaintes, ou des améliorations à apporter aux pouvoirs d'enquête du Tuteur et curateur public, pour répondre d'une manière efficace et appropriée aux préoccupations suscitées par l'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?**
5. **Y a-t-il des mécanismes pouvant réduire les pertes subies par suite de l'exercice abusif des pouvoirs de décision au nom d'autrui, comme les restrictions sur les opérations litigieuses, le pouvoir de geler des comptes si on soupçonne des abus ou une obligation élargie de fournir un cautionnement ou une garantie? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?**
6. **Y a-t-il d'autres modifications des lois, orientations et méthodes à envisager pour prévenir, déceler et combattre l'exercice abusif ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui?**

II. RÉGLER LES DIFFÉRENDS ET EXERCER SES DROITS

A. Introduction

1. L'importance de mécanismes efficaces pour le règlement des différends et l'exercice des droits

Le règlement des différends et l'exercice des droits sont étroitement liés à la quasi-totalité des autres enjeux soulevés ici. En l'absence de mécanismes efficaces pour l'exercice des droits et des responsabilités énoncés dans les lois, et pour le règlement des différends qui surviennent entre les personnes visées par la loi, celle-ci est à peine plus qu'une déclaration d'aspirations.

Comme nous l'avons déjà constaté, de nombreux intéressés (mais certainement pas tous) sont en accord avec l'essentiel de la conception du régime législatif actuel, qui considère la capacité comme étant propre au moment et au domaine, qui insiste sur le fait de protéger les personnes capables contre toute interférence paternaliste, qui exige que les mandataires spéciaux soutiennent l'autonomie et l'inclusion des personnes pour lesquelles ils agissent, et qui prévoit avec soin des droits procéduraux. Ils sont préoccupés par le fait qu'en pratique, la loi ne remplit pas ses promesses. Une partie importante de la responsabilité de cet échec est attribuée aux lacunes et aux insuffisances des mécanismes d'exercice des droits et de règlement des différends. Pour les défenseurs d'une refonte plus considérable des prémisses fondamentales du cadre législatif ontarien, des mécanismes de règlement des différends et d'exercice des droits améliorés et accessibles forment une composante importante d'un nouveau système.

Des mécanismes d'exercice des droits sont particulièrement importants, non seulement afin de garantir que les personnes aient un accès véritable aux droits et aux protections que la loi leur accorde, mais également afin de déceler et de rectifier les problèmes systémiques que pose la loi elle-même ou sa mise en application. Quand les systèmes d'exercice des droits et de règlement des différends n'ont pas la capacité de repérer et régler les enjeux systémiques, les problèmes de rédaction législative ou de méthode peuvent ne jamais devenir suffisamment visibles pour susciter le changement, les acteurs institutionnels majeurs peuvent ne pas tenir compte des exigences de la loi avec une impunité relative, et la charge des coûts liés à la surveillance du respect du régime législatif incombera aux personnes qui n'ont pas suffisamment de ressources.

Les enjeux particuliers liés à l'exercice des droits et au règlement des différends sont un des aspects de la préoccupation plus large dans ce domaine concernant l'accès au droit, question qui fait l'objet de la présente partie. Le présent chapitre portera principalement sur les caractéristiques des lieux de prise de décision, alors que le chapitre précédent traite des options pour prévenir et détecter les abus de la part des pouvoirs de prise de décision pour autrui (une insistance particulière étant mise sur les mécanismes administratifs); le chapitre suivant examine le soutien nécessaire pour avoir accès au droit, par exemple une aide pour s'y retrouver dans des systèmes complexes et, enfin, le dernier chapitre de la présente partie porte sur la prestation de services d'information et de vulgarisation.

2. Règlement des différends et exercice des droits dans le contexte de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle

Dans le cadre d'un examen de ce qui pourrait constituer le règlement des différends et l'exercice des droits efficaces dans les lois relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle, il est nécessaire de se pencher sur le contexte particulier de ces lois et sur les caractéristiques des personnes qu'elles touchent.

Caractéristiques de ce domaine du droit

Lors de la conception de systèmes de règlement des différends et d'exercice des droits dans le domaine du droit qui nous occupe, l'aspect le plus important à garder à l'esprit est son effet sur les droits fondamentaux des personnes qui y seront assujetties, ainsi que ses répercussions profondes sur le bien-être de ces citoyens. Tous les principes dégagés dans les *cadres* de la CDO sont profondément en cause dans ces lois. Des décisions portant sur la question de savoir si une personne dispose de la capacité juridique, s'il faut ou non nommer un tuteur ou mettre fin à la tutelle, qui devrait exercer la fonction de mandataire spécial, et si celui-ci s'acquitte adéquatement de ses devoirs (par exemple en ce qui a trait à la reddition de comptes) ont des répercussions qui changent la vie des gens.

Certains ont avancé que de nombreux aspects de ce domaine du droit ne cadrent guère avec le modèle traditionnel contradictoire de règlement des différends. La Commission de réforme du droit du Victoria, dans des commentaires relatifs aux processus du tribunal administratif [VCAT] applicables aux questions liées à la capacité, à la prise de décision et à la tutelle dans cet État, fait remarquer que ces questions se distinguent de la plupart des autres enjeux dont sont saisis les tribunaux administratifs en ce qu'il n'existe aucun différend à régler entre les parties. Plutôt :

> *[TRADUCTION]* On demande au VCAT d'agir en qualité de représentant de l'État afin de décider si une personne est incapable de prendre ses propres décisions en raison d'un handicap, et si une autre personne devrait être nommée afin de prendre ces décisions pour elle. Les processus traditionnels – ou même plus modernes – de règlement des différends conviennent mal à cette tâche. La

> Commission est d'avis que cette tâche serait mieux accomplie si l'on reconnaissait la nature unique des affaires inscrites au rôle des tutelles et concevait des processus spéciaux destinés à ces causes qui soient aussi informels et accessibles que possible[729].

Il s'agit, comme on l'a souligné tout au long du présent *document de travail*, d'un domaine du droit qui doit être compris dans le contexte élargi des règles de droit et des mesures de soutien dont disposent les personnes âgées et les personnes handicapées, notamment l'interaction avec les lois en matière de santé mentale, les programmes de soutien du revenu, les lois relatives à la vie privée et à l'accès à l'information, ainsi que les lois et structures relatives aux soins de santé, aux soins de longue durée et aux services sociaux. Ce sont tous des domaines ayant une complexité juridique et structurelle considérable et qui, dans bien des cas, connaissent une pression importante en en qui a trait aux ressources.

Les lois et les systèmes relatifs à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle sont compliqués, ce qui est peut-être inévitable, vu qu'ils concernent des concepts qui sont abstraits, mais qui ont des incidences pratiques profondes, des compromis difficiles entre accessibilité, efficacité et mesures de protection procédurales, ainsi que des systèmes de santé et de services sociaux complexes. En raison de cette complexité, il est difficile de se frayer un chemin dans le droit, et il en découle des difficultés supplémentaires pour la conception de mécanismes valables de règlement des différends et d'exercice des droits.

Des préoccupations concernant la mise en œuvre des droits et le règlement des différends dans ce domaine sont exacerbées par les faiblesses perçues ailleurs dans les lois. Par exemple, en l'absence de mécanismes de contrôle ou de surveillance actifs pour les personnes agissant en vertu d'une procuration ou en qualité de tuteur, les dispositions relatives à la reddition de comptes ou à la demande de directives du tribunal prennent une plus grande importance. Pour ceux et celles qui seraient en faveur d'une réduction de l'utilisation des tutelles, les lacunes dans les protections procédurales et les mécanismes de réévaluation à l'égard des évaluations de la capacité soulèvent d'autres inquiétudes à propos de la capacité du système actuel de respecter les droits fondamentaux à l'autonomie. Les préoccupations généralisées concernant le manque de sensibilisation envers la loi et de compréhension de celle-ci s'appliquent également ici : souvent, les personnes et les mandataires spéciaux ne connaissent pas non seulement leurs droits et responsabilités en vertu de la loi, mais également les recours qui existent pour soulever et régler les problèmes. Le règlement des différents et la mise en œuvre des droits sont mieux compris comme un aspect du cadre législatif interdépendant.

De même, toute discussion à propos de l'accès au droit concernant la capacité et la tutelle doit se situer dans le contexte plus large de l'accès au droit en Ontario de façon générale. On a beaucoup entendu, ces dernières années, les préoccupations et les appels à la réforme de la justice civile et de l'aide juridique de l'Ontario, et il y a eu plusieurs actions destinées à améliorer certaines de ces préoccupations.

Par exemple, un des aspects importants de l'accès au droit est l'accès à des conseils juridiques et à une représentation, que ce soit par des avocats ou des parajuristes. Les dispositions particulières relatives à la représentation en vertu des lois sur la capacité juridique et la tutelle sont examinées dans le prochain chapitre et comprennent la prestation des services d'un avocat financé par Aide juridique pour certaines demandes devant la CCC et des avocats nommés en vertu de l'article 3 pour les personnes dont la capacité est une question en litige en vertu de la LPDNA. En règle générale toutefois, le coût élevé des services juridiques a souvent été identifié comme un obstacle considérable pour les personnes à faible et à moyen revenu[730], et le coût des services juridiques a été une préoccupation soulevée à répétition au cours des consultations publiques de la CDO relatives aux projets-*cadres.* Certaines personnes à très faible revenu peuvent avoir accès à des services juridiques par l'entremise d'Aide juridique Ontario; les critères en ce qui a trait au revenu sont toutefois très restrictifs, comme l'est la gamme des questions en litige traitées. En 2006, l'Ontario est devenu le premier ressort en Amérique du Nord à régir la délivrance de permis aux parajuristes, lesquels peuvent représenter des particuliers et fournir des services juridiques liés à des audiences devant des tribunaux administratifs, à la Cour des petites créances, à des infractions au Code de la sécurité routière et à des affaires criminelles mineures[731]. Le Barreau du Haut-Canada gère un système de référence qui offre une consultation gratuite de 30 minutes avec un avocat ou un parajuriste[732]. Pro Bono Law Ontario contribue à la prestation de services juridiques *pro bono* à des personnes à faible revenu pour des questions juridiques civiles (mais pas en matière familiale) qui ne sont pas couvertes par l'aide juridique[733]. De même, *JusticeNet* est un service sans but lucratif qui aide les gens ayant besoin de conseils juridiques, et dont les revenus sont trop élevés pour qu'ils soient admissibles à l'aide juridique et trop faibles pour qu'ils puissent payer des honoraires juridiques réguliers[734]. Malgré ces diverses actions visant l'amélioration de l'accès à des services juridiques gratuits ou à faible coût, le coût des services juridiques demeure un grave problème.

Types courants de différends

La présente section fournit un très bref aperçu des types de différends et d'enjeux liés à l'exercice des droits qui surviennent communément dans ce domaine du droit. Des questions particulières ont été examinées dans les chapitres appropriés, particulièrement celles concernant les mécanismes d'évaluation de la capacité, l'utilisation des procurations et le

recours à la tutelle ainsi que la nomination de mandataires spéciaux. La présente section ne vise pas à répéter ce qui a déjà été dit, mais simplement à insister sur certains aspects propres aux préoccupations concernant le règlement des différends et l'exercice des droits.

Contestation des conclusions relatives à la capacité. La vie d'une personne sera transformée après une conclusion d'absence de capacité juridique. Une constatation d'incapacité en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA) peut entraîner le retrait à long terme du pouvoir décisionnel de la personne, que ce soit par l'entrée en vigueur d'une procuration ou par la nomination d'un tuteur. Si les constatations d'incapacité en vertu de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* (LCSS) concernent uniquement des décisions précises et n'entraînent pas la nomination à long terme d'un mandataire spécial, les décisions relatives à l'admission à l'égard de traitements ou de soins de longue durée ont par contre des répercussions profondes et à long terme sur la vie d'une personne. Compte tenu de l'importance fondamentale que nous accordons à l'autonomie, à l'autodétermination et à la capacité de la personne de participer à la société, la détermination qu'une personne n'a pas la capacité juridique, avec tout ce que cela implique, en est une qui ne doit pas être prise à la légère.

Reconnaissant ces faits, tant le rapport intitulé *Enquête sur la capacité mentale* (« *Rapport Weisstub* »)[735] que le *Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale*[736] (« *Rapport Fram* ») ont insisté sur l'importance d'avoir des protections procédurales adéquates qui soient applicables aux évaluations de la capacité, afin de garantir que les mandataires spéciaux soient uniquement nommés pour les personnes qui en ont réellement besoin. Le *Rapport Weisstub* recommandait, de pair avec plusieurs protections procédurales importantes, qu'un conseil d'examen (plutôt que les tribunaux) procède à un examen d'expert des évaluations par un processus d'audience[737], et que les personnes aient accès à des conseils relatifs à leurs droits ou à un intervenant en faveur des patients, ou aux deux[738]. Le *Rapport Fram* insistait sur l'importance des mesures de protection des droits des personnes qui ne pourraient pas, sans aide, avoir l'aptitude nécessaire pour contester les instances qui les privent de droits fondamentaux[739].

Identification du mandataire spécial approprié. Dans certains cas, à la suite d'une évaluation d'incapacité, il se produit de la confusion ou un différend survient à propos de l'identification du mandataire spécial approprié. Il peut par exemple exister un différend quant à la validité d'une procuration ou, dans certains cas, des procurations concurrentes, ou encore de la confusion relativement à l'application de la liste par priorité de rang des mandataires spéciaux selon la LCSS. Les membres de la famille peuvent ne pas s'entendre sur le choix de la personne qui devrait être nommée tuteur. Des différends de ce genre peuvent donner lieu à des allégations d'exploitation, d'abus ou de négligence.

Dans certaines situations, les différends découlent de divisions profondes et amères entre des membres de la famille ou entraînent de telles divisions. Les avocats en droit des fiducies et des successions font parfois l'analogie entre ces différends et les conflits en droit de la famille, puisque des membres de la famille peuvent être en concurrence pour la « garde » d'un frère ou d'une sœur ou d'un parent âgé, et des griefs et dysfonctions familiales de longue date font surface. Ces situations peuvent se détériorer et entraîner de longs litiges, financés notamment à partir du revenu et des biens de la personne à laquelle ils devraient en principe profiter. Des membres du Barreau ont souligné que la loi n'était pas conçue pour traiter ces types de différends :

> *[TRADUCTION]* Au moment de l'adoption de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* et de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, le législateur n'a pas anticipé le degré auquel ces lois seraient appliquées dans le contexte de familles « fortement conflictuelles ». Un nombre important de requêtes devant les tribunaux visent maintenant la prise de décision au nom d'autrui à l'égard d'adultes incapables et voient des membres de la famille s'affronter les uns contre les autres. La loi n'a jamais été conçue afin de traiter des conflits de ce degré et de ce type, et la procédure actuelle n'est pas propice à des règlements appropriés ou en temps opportun[740].

Par exemple, dans la très longue affaire *Abrams v. Abrams,* où une bataille familiale pugnace à propos de la procuration d'une mère a entraîné un litige étalé sur plusieurs années et de nombreuses ordonnances judiciaires, le juge DM Brown a fait les observations suivantes :

> *[TRADUCTION]* À partir de mon examen de l'historique de la présente instance, et après avoir lu les inscriptions faites antérieurement par mes collègues, j'ai conclu que le requérant semble plus intéressé à prendre part à une guerre d'usure par voie de motion qu'à passer à la décision définitive sur le fond. Parallèlement, le dossier indique clairement que la conduite de [l'intimée] a considérablement contribué au retard dans l'inscription de la présente affaire pour instruction[741].
>
> …
>
> [C]hacun d'eux, de sa propre façon, a causé chicanes et retards, me portant à croire que l'intérêt véritable de [la mère] a été repoussé en arrière-plan, et que d'autres problèmes entre les membres de cette famille en confrontation ont été mis en évidence[742].
>
> …
>
> Les instances en vertu de la LPDNA ne sont pas conçues pour permettre à des membres d'une famille en conflit de porter devant un tribunal public leur hostilité mutuelle. Les affaires de tutelle n'ont qu'une seule cible – l'évaluation de la capacité et de l'intérêt véritable de la personne dont l'état est en question. Le présent tribunal, en qualité de maître de sa propre procédure et organe responsable de la protection des intérêts des personnes vulnérables que l'Assemblée législative a identifiées dans la LPDNA, ne devrait pas tolérer et ne tolérera pas que des factions familiales tentent de faire dévier des instances en vertu de cette loi dans des arènes où elles peuvent se lancer des dards les unes aux autres et se quereller à propos de questions secondaires non pertinentes[743].

Le Toronto Star a récemment exposé une longue et amère bataille pour la tutelle d'un homme d'âge moyen ayant une déficience intellectuelle entre sa sœur et la personne qui était responsable de ses soins depuis longtemps, dans laquelle ont été dépensés des dizaines de milliers de dollars en frais de justice, et qui mettait en jeu des allégations d'enlèvement et d'activités criminelles, une procuration relative au soin de la personne contestée ainsi qu'une indemnité dans le cadre du recours collectif de la Huronie. Le différend a finalement été réglé à la veille d'une audition relative à la requête en tutelle présentée par la sœur, l'entente comprenant une disposition exigeant la tenue d'une médiation, payée par les deux parties, avant l'introduction de toute autre action, et l'une des parties a mentionné que le juge *[TRADUCTION]* « ne serait pas content de revoir l'une ou l'autre des deux femmes devant lui en cour »[744].

Contestations des décisions des mandataires spéciaux. La LCSS et la LPDNA énoncent des principes et normes applicables à la prise de décisions par des mandataires. Ces principes ne mènent pas nécessairement à une seule issue possible. De même, il peut exister des préoccupations relativement à savoir si les principes législatifs ont effectivement été respectés. La personne assujettie à la tutelle ou à une procuration peut souhaiter contester une décision qu'a prise un mandataire spécial, tout comme le peuvent des tiers tels que des membres de la famille qui ne sont pas des mandataires spéciaux, ou des fournisseurs de soins. Par exemple, des professionnels de la santé peuvent contester la question de savoir si un membre de la famille agissant en qualité de mandataire spécial a pris une décision juridiquement appropriée en rapport au consentement à un traitement. Par ailleurs, lorsqu'il existe plusieurs mandataires spéciaux (habituellement, lorsque plusieurs membres de la famille ont été nommés mandataires aux termes d'une procuration), il peut y avoir un conflit entre les mandataires spéciaux sur le plan d'action approprié dans une situation donnée.

Non-respect des exigences législatives. Comme on l'a déjà vu, une préoccupation majeure que soulève le cadre législatif actuel dans le domaine qui nous intéresse est l'écart entre la réalité et les objectifs, en ce que la loi sur papier ne se traduit pas vraiment en loi sur le terrain. De nombreuses raisons expliquent cet écart, notamment l'ignorance ou la mauvaise compréhension de la loi, des défis pratiques et des limites en matière de ressources. Un élément important est le caractère inadéquat des mécanismes d'exercice des droits. Lorsque les gens trouvent difficile de soulever des inquiétudes ou de demander des mesures de réparation relativement à des actions inappropriées ou abusives de la part de mandataires spéciaux, de prestataires de services ou d'institutions responsables de la mise en œuvre, ce sont non seulement des questions personnelles, mais également des questions systémiques qui sont soulevées.

Préoccupations relatives aux abus ou à la négligence envers les personnes qui n'ont pas la capacité juridique. Des préoccupations relatives aux abus ou à la négligence envers les personnes qui n'ont pas la capacité juridique et les recours qui existent afin de répondre à celles-ci ont été examinées en détail au chapitre précédent. Ces questions peuvent se manifester de plusieurs manières, par exemple par des différends à propos du mandataire spécial approprié, par des contestations d'une décision particulière d'un mandataire spécial ou par des allégations de non-respect des exigences légales. Quoi qu'il en soit, de telles préoccupations soulèvent certaines des questions les plus complexes et les plus graves de ce domaine du droit.

Caractéristiques des personnes touchées par ce domaine du droit

Les préoccupations concernant l'exercice des droits et le règlement des différends en vertu de la LPDNA devraient être comprises à la lumière des circonstances qui touchent de façon disproportionnée les personnes handicapées et les personnes âgées qui tentent d'avoir accès au droit, comme l'ont dégagé les projets-*cadres*. Ceci comprend notamment les facteurs suivants[745] :

Niveaux d'éducation et de littératie moyens bien inférieurs. Pour des motifs historiques, les personnes âgées, et plus particulièrement les femmes âgées, ont actuellement des niveaux de littératie et d'éducation relativement moins élevés que ceux des jeunes. Les personnes handicapées continuent de faire face à des obstacles en matière d'éducation, et ont donc tendance à posséder des niveaux d'éducation et de littératie inférieurs à ceux des personnes sans handicap.

Revenu fixe ou faible revenu. Pour différentes raisons, les personnes âgées et les personnes handicapées ont tendance à être exclues de la population active ou à y être marginalisées. Certaines personnes âgées, particulièrement les femmes âgées seules, vivent avec des revenus très faibles, mais même celles qui ont une meilleure sécurité financière vivent souvent avec des revenus fixes qui limitent leur capacité de payer pour des services juridiques. Les niveaux de revenu des personnes handicapées, qu'elles aient ou non un emploi, sont nettement plus faibles que ceux des personnes sans handicap.

Limites relatives à la santé ou à l'activité. Les personnes âgées et les personnes handicapées ont tendance à connaître de façon disproportionnée des limites relatives à la santé ou à l'activité qui peuvent avoir une incidence sur leur capacité physique ou psychologique de porter plainte et de demander un redressement. Bien que des progrès soient réalisés, des obstacles liés à l'accessibilité demeurent et peuvent entraver la capacité des personnes âgées et des personnes handicapées d'avoir accès aux services du système de justice.

Habitations collectives. Les personnes qui résident dans des habitations collectives, comme des foyers de soins de longue durée ou des établissements psychiatriques font face à des obstacles

particuliers en matière d'accès à de l'information et à des ressources et elles vivront particulièrement des défis lorsqu'elles portent des plaintes reliées à leurs milieux de vie ou aux professionnels qui leur fournissent des services.

Déséquilibres des rapports de force. Les personnes handicapées et les personnes âgées peuvent se trouver dépendantes du soutien continu des prestataires de services institutionnels ou d'aidants informels. Ces déséquilibres de rapports de force peuvent rendre très difficile pour elles de soulever des préoccupations relativement à des abus, de l'exploitation ou de la négligence.

En outre, des personnes ayant un handicap qui affecte leur mémoire ou leur compréhension de l'information feront face à des défis particuliers en ce qui a trait à l'accès au droit. Ces types de handicap peuvent rendre plus difficile pour des personnes de s'informer sur leurs droits et sur les mécanismes de mise en œuvre de ces droits qui existent pour elles, de se frayer un chemin dans des systèmes complexes, particulièrement sans soutien efficace. De même, les personnes ayant ce genre de handicap peuvent être considérées des témoins non crédibles et en conséquence avoir de la difficulté à voir leurs préoccupations prises au sérieux. Par exemple, des préoccupations relatives à des abus financiers de la part d'un membre de la famille peuvent être rejetées comme étant simplement le résultat de confusion ou d'un malentendu de la part du plaignant.

De plus bien sûr, lorsque l'âge ou le handicap croise d'autres aspects de la diversité, comme le sexe, l'orientation sexuelle, la langue, la culture, etc., d'autres obstacles à l'accès au droit peuvent exister. Les personnes de collectivités de langue minoritaire, par exemple, peuvent avoir de la difficulté à trouver des renseignements à propos de leurs droits ou des possibilités qui s'offrent à elle, ou à communiquer leurs préoccupations.

De telles caractéristiques ont des incidences considérables sur la manière dont les personnes âgées et les personnes handicapées ont accès au droit. Elles peuvent faire face à des obstacles lorsqu'elles accèdent à des renseignements à propos de leurs droits, qu'elles utilisent par elles-mêmes des systèmes complexes, qu'elles vont de l'avant avec des options auxquelles sont rattachés des coûts importants, ou qu'elles veulent obtenir des mesures de redressement à l'encontre de personnes dont elles dépendent pour un soutien vital. Des systèmes qui ne tiennent pas compte de ces obstacles peuvent en pratique être inaccessibles pour ces groupes.

3. Objectifs concernant l'efficacité du règlement des différends et de l'exercice des droits

Selon l'Arch Disability Law Centre, des systèmes efficaces de règlement des différends dans le domaine de la capacité juridique et de la prise de décision doivent répondre à certaines exigences, notamment les suivantes :

- respecter les principes d'accessibilité, y compris la prestation de soutien afin d'aider les personnes ayant des difficultés liées à la capacité à avoir accès aux mécanismes de règlement des différends et à les utiliser;
- respecter le principe de dignité et de valeur inhérentes, qui exige des mécanismes efficaces permettant de soulever des préoccupations à propos d'abus ou de mauvais traitements;
- être efficaces, en ce qu'ils sont rapides, qu'il est facile de s'y retrouver et qu'ils sont fournis gratuitement aux personnes à faible revenu;
- prévoir qu'un organisme indépendant et impartial qui connaît la loi et le contexte de la capacité juridique et de la prise de décision s'occupe de leur mise en application[746].

Les *cadres* recommandent que, afin de garantir que les mécanismes de plainte et de mise en œuvre respectent les principes, les concepteurs tiennent compte des éléments suivants :

- la loi prévoit des mécanismes de plaintes et d'exécution qui permettent de déceler, de traiter et de résoudre de manière claire et véritable les cas de violation individuelle ou systémique de la loi, y compris pour les personnes plus défavorisées ou vulnérables;
- les mécanismes de plaintes et d'exécution sont conçus de manière à tenir compte du déséquilibre des rapports de force et à empêcher les représailles potentielles contre les personnes qui soulèvent des problèmes;
- les mécanismes de plaintes et d'exécution sont accessibles, notamment en ce qui concerne le *Code des droits de la personne* et la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, en prévoyant des mesures d'adaptation appropriées, en levant les obstacles liés au faible revenu et en reconnaissant le croisement des identités;
- il est facile de s'y retrouver dans les mécanismes de plaintes et d'exécution, en raison de leur simplicité et de leur transparence ou parce que de l'assistance est offerte à cette fin;
- les personnes touchées reçoivent de l'information valable et accessible à propos de leurs droits et de la façon de les mettre en œuvre;
- des mesures de soutien sont offertes aux personnes pour leur permettre de comprendre leurs droits et de les faire valoir[747].

Compte tenu des contextes particuliers de ce domaine du droit, les mécanismes de règlement des différends et d'exercice des droits doivent être adaptés à la gravité des questions, de même qu'à la nature des relations dans le cadre desquelles ces questions peuvent se poser.

a) **QUESTION À ABORDER : quels objectifs devraient être prioritaires dans les réformes envisagées des mécanismes ontariens de règlement des différends et d'exercice des droits dans ce domaine du droit?**

4. Recours en dehors de la LPDNA et de la LCSS

Outre divers recours expressément prévus en vertu de la LPDNA et de la LCSS, on trouve certains moyens qui permettent aux personnes visées par les lois en matière de capacité juridique, de prise de décision et de tutelle d'obtenir de l'aide ou une mesure de réparation. Le plus important de ceux-ci est la procédure de plainte des ordres professionnels réglementés, puisqu'il s'agit de la méthode de surveillance et de recours obligatoire relativement aux évaluations officielles de la capacité. Les gens peuvent également recourir aux services de type ombudsman et à la procédure de plainte interne des institutions. Il n'entre pas dans le cadre du présent projet de recommander des modifications aux processus internes des ordres professionnels ou des institutions prestataires de services en général; cependant, il est important de comprendre les forces et les faiblesses de ces chemins dans le cadre du contexte du règlement des différends et de l'exercice des droits dans ce domaine.

Orientations et procédures institutionnelles internes

Bon nombre d'institutions ont créé des mécanismes internes afin de traiter des préoccupations ou des plaintes. Le chapitre I de la partie Quatre explique la manière dont la *Loi sur l'inclusion sociale* et la *Loi de 2007 sur les foyers de soins de longue durée* prévoient des normes applicables aux processus internes de traitement des abus. Comme l'explique en détail le *Rapport final* de la CDO sur le *Cadre du droit touchant les personnes âgées*, les organismes qui fournissent des soins à domicile et d'autres services en vertu de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires* sont tenus de mettre sur pied des processus pour recevoir et examiner les plaintes concernant l'admissibilité aux services ainsi que le degré et la qualité de services[748]. La plupart des hôpitaux possèdent une procédure de plaintes interne, et bon nombre ont créé des bureaux de défense des droits des patients dont les fonctions sont d'aider les patients ou les résidents.

Des procédures comme celles susmentionnées peuvent proposer des moyens accessibles, à peu de frais et non contradictoires de soulever et de régler des questions. Toutefois, il s'agit en général de processus non indépendants, de sorte que les personnes qui soulèvent les questions peuvent craindre une partialité ou des représailles. Selon le degré de formalité de la procédure institutionnelle, il peut également exister des préoccupations relativement à la transparence et à la reddition de comptes.

Mécanismes de plaintes sectoriels

Certains secteurs possèdent des mécanismes de plaintes qui peuvent être utilisés afin de traiter de préoccupations concernant la capacité juridique et la prise de décision. Par exemple, l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement (OSBI) propose un service indépendant de règlement des différends liés aux services bancaires et d'investissement

participants qui est gratuit pour les consommateurs. L'OSBI, qui vise à constituer une solution de rechange au système de justice, recevra les plaintes dans les cas où les mécanismes internes de règlement des différends auront échoué. L'OSBI acceptera les plaintes dans les 180 jours suivant la réponse définitive d'un processus interne, ou après que l'entreprise aura eu au minimum 90 jours pour répondre par ses processus internes. Le service est confidentiel et la démarche est informelle. L'OSBI ne peut pas rendre d'ordonnance exécutoire, mais ses recommandations pour le règlement des différends sont généralement respectées. Si l'une ou l'autre partie décide de ne pas accepter une recommandation, le plaignant pourra encore intenter une action en justice[749]. Dans cette fonction, l'OSBI traite de différends liés à la capacité, à la prise de décision au nom d'autrui et aux abus – par exemple des situations où une banque bloque une opération effectuée par un mandataire spécial en raison d'une crainte d'abus et où un différend s'ensuit.

Plaintes aux ordres professionnels

Comme nous l'avons vu au chapitre II de la partie Deux, les personnes qui procèdent aux évaluations officielles de la capacité juridique, que ce soit par des examens en vertu de la *Loi sur la santé mentale*, des évaluations en vertu de la LPDNA ou des appréciations en vertu de la LCSS, doivent être membres de professions précisées. Elles sont donc assujetties au contrôle réglementaire de leurs ordres professionnels. Les plaintes relatives au non-respect des exigences déontologiques ou légales applicables aux évaluations de la capacité peuvent être faites à l'ordre professionnel régissant l'évaluateur. La *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, ainsi que le *Code des professions de la santé* qui y est annexé, prévoient des délais pour le traitement des plaintes de même que des droits substantiels et procéduraux pour les plaignants. En pratique, il semble que cela se produise rarement.

L'Advocacy Centre for the Elderly (ACE) a formulé les observations suivantes relativement aux plaintes contre des professionnels de la santé réglementés :

> *[TRADUCTION]* Selon l'expérience de ACE, le processus de plainte est long et, si les services d'avocats sont retenus, coûteux. Certains de nos clients ont choisi de ne pas porter plainte parce qu'il faudra trop de temps pour régler un problème qui doit être traité immédiatement[750].

ACE a soulevé d'autres préoccupations sur le fait que les ordres professionnels peuvent ne pas encourager le respect ou l'application des lois existantes, citant une affaire dans laquelle un ordre professionnel a maintenu la pratique d'un médecin de prendre des décisions relatives à un traitement et de demander à une infirmière d'informer les familles du traitement uniquement après les faits, ce qui était, selon les prétentions d'ACE, un mépris flagrant des exigences en matière de consentement en vertu de la LCSS[751].

B. La Commission du consentement et de la capacité

1. Introduction

La Commission du consentement et de la capacité (CCC) est constituée en vertu de la LCSS en qualité de tribunal administratif indépendant et spécialisé[752], et a compétence sur les questions que soulèvent la LCSS, la LPRPS et la LSM et sur les décisions relatives à la capacité en vertu de la LPDNA. Sa mission est « [l]a tenue en temps opportun d'audiences à la fois justes, efficaces et respectueuses qui font la juste part entre les questions juridiques et les questions médicales, tout en protégeant les droits de la personne et en veillant à la sécurité de la collectivité »[753], un mandat qui insiste sur la nature multidimensionnelle de son rôle et sur l'équilibre délicat qu'elle doit maintenir entre des principes et des objectifs stratégiques divergents.

Plus particulièrement, la CCC peut entendre les requêtes suivantes :

- en vue de réviser une constatation d'incapacité, faite par un professionnel de la santé à l'égard d'un traitement[754], par un appréciateur relativement à l'admission dans un établissement de soins ou au consentement à des services d'aide personnelle fournie dans un foyer de soins de longue durée[755], ou par un évaluateur de la capacité relativement aux biens[756];
- en vue de nommer un représentant pour la prise de décision en ce qui a trait aux décisions à prendre en vertu de la LCSS[757];
- en vue d'autoriser un mandataire spécial à ne pas respecter les désirs exprimés antérieurement par la personne incapable alors qu'elle était capable[758];
- en vue de déterminer si le mandataire spécial agit en conformité avec les exigences de la LCSS en ce qui a trait à la manière dont les décisions doivent être prises[759];
- en vue d'obtenir des directives lorsque la bonne façon d'appliquer la LCSS relativement à la décision requise n'est pas claire[760];
- en vue de la révision de certaines décisions précises qui ont des répercussions considérables sur les droits de la personne, comme l'admission à un établissement aux fins de traitement et l'admission à l'unité de sécurité d'un établissement de soins[761].

En pratique, la vaste majorité des requêtes que la CCC entend sont des révisions soit de décisions selon lesquelles une personne est incapable relativement à des traitements soit de constatations que la personne devrait être admise, ou rester admise, à un établissement psychiatrique sur une base involontaire[762].

Les différends dont est saisie la CCC sont quelque peu inhabituels en ce que les deux parties à la requête vont vraisemblablement s'entendre sur l'objectif ultime, soit *[TRADUCTION]* « de voir le patient sortir de l'hôpital et aller de l'avant avec sa vie »[763]. Les médecins ne sont pas à proprement parler en faveur de l'intervention, mais ils visent plutôt à rétablir ou améliorer la santé du patient, de sorte que leurs objectifs ne sont pas clairement opposés à ceux de l'avocat du patient qui visent à protéger les intérêts liés à l'autonomie et à la liberté de leur client.

Toutefois, il est certainement possible que le médecin et le patient puissent avoir une compréhension assez différente de la manière de parvenir à un bon résultat, et ils peuvent favoriser un équilibre très différent entre la sécurité et l'autonomie.

Les membres de la CCC peuvent entendre des requêtes seuls ou en comités de trois ou cinq membres. La loi donne priorité aux règlements rapides : les audiences doivent commencer dans les sept jours suivant la réception de la requête, et les décisions doivent être rendues dans la journée qui suit la fin de l'audience. Les décisions de la CCC sont susceptibles d'appel devant la Cour supérieure de justice sur des questions de droit et de fait[764].

L'efficacité de la CCC est soutenue par la prestation de conseils en matière de droits qu'exige la LSM ainsi que par la prestation généralisée par Aide juridique Ontario (AJO) de services gratuits d'avocats aux personnes qui comparaissent devant la CCC.

Unique au Canada, la CCC est un modèle de règlement des différends qui semble avoir un appui solide de la part des intéressés. Dans l'arrêt *Cuthbertson c. Rasouli*, la Cour suprême du Canada a formulé des commentaires sur les forces de la CCC comme lieu pour le règlement des différends liés au traitement et au consentement, mentionnant qu'elle a « fait ses preuves », et soulignant son expertise à faire l'équilibre entre les objectifs de la LCSS ainsi que sa capacité à assurer « la cohérence et la certitude quant à l'application de la Loi »[765]. Au cours des consultations préliminaires menées par la CDO, les intéressés de la CDO ont insisté sur la valeur du mécanisme de règlement des différends indépendant, spécialisé, souple, relativement non contradictoire et rapide que fournit la CCC.

2. Préoccupations et critiques

Les préoccupations reliées à la CCC équivalent à un désir d'ajustements plutôt qu'à une réforme complète. Sans surprise compte tenu de son mandat et des expériences et perspectives souvent très différentes des parties habituelles à une requête, les préoccupations du patient et du médecin relativement au fonctionnement de la CCC varient considérablement.

Préoccupations des intimés

Miner le bien-être à long terme des patients : dans la plupart des requêtes, la partie intimée sera le médecin dont les décisions sont contestées par un patient. Du point de vue de certains intimés, l'orientation ferme de la CCC envers les droits procéduraux l'écarte de l'objectif central de prendre soin et de protéger de personnes qui ne peuvent le faire elles-mêmes. Dans cette optique, une préoccupation excessive avec les droits et le processus pendant la phase d'audience peut éviter des violations mineures immédiates, mais peut finalement mener à des violations plus graves et soutenues des droits plus tard[766]. C'est-à-dire que des interventions nécessaires peuvent ne pas avoir lieu, entraînant des conséquences négatives à long terme pour le patient. Le psychiatre Richard O'Reilly soutient que, par exemple, dans une situation où

le requérant obtient son congé de l'hôpital à la suite d'une décision de la CCC d'annuler son statut de cure obligatoire (et donc son admission obligatoire à un établissement psychiatrique) au fondement d'un vice procédural, le requérant retrouve sa liberté à ce moment, mais le risque envers sa liberté demeure : si le requérant cause un préjudice à quelqu'un en raison de sa maladie, une condamnation subséquente ou un verdict de non-responsabilité criminelle portera lui aussi atteinte à cet intérêt à la liberté[767].

Incidences en matière de ressources pour des systèmes surchargés : les intimés soulèvent également des préoccupations selon lesquelles l'insistance de la CCC relativement à la procédure épuise les ressources d'un système déjà surchargé, menant à des *[TRADUCTION]* « coûts importants, tant sur le plan des ressources humaines que pécuniaires »[768]. Bien que les intimés soient plus susceptibles de se représenter eux-mêmes à l'audience, lorsqu'ils retiennent les services d'un avocat, le paiement de ces frais se fait au détriment des fonds limités consacrés aux soins cliniques[769]. De même, le temps que les professionnels de la santé consacrent aux instances de la CCC est du temps enlevé aux activités centrées sur les patients.

Effets anti-thérapeutiques : on retrouve aussi certaines critiques voulant que les audiences de la CCC mènent à des « résultats anti-thérapeutiques ». Comme nous l'avons vu, certains soutiennent que le temps nécessaire pour les instances de la CCC a une incidence sur le temps disponible pour les activités cliniques et qu'il retarde des traitements nécessaires[770]. En outre, les processus d'audiences peuvent eux-mêmes créer des tensions chez les parties[771]. Il faudrait toutefois remarquer que les effets anti-thérapeutiques des instances judiciaires sont contestés : en fait, certaines personnes soutiennent que l'accès à une procédure équitable pour les patients peut dans les faits soutenir des résultats thérapeutiques en augmentant la reddition de compte de l'équipe de traitement[772], en accroissant l'observation de la décision finale de la part des patients[773] et en aidant les requérants à comprendre ce qui leur arrive et pourquoi[774].

Appels et « entreposage » : une préoccupation largement soulevée qui incarne bon nombre des thèmes susmentionnés, a trait aux processus d'appel des décisions de la CCC. Si des avocats de l'aide juridique sont communément fournis pour les requêtes devant la CCC, ils le sont beaucoup moins pour les appels devant la Cour supérieure de justice. À la suite d'une décision négative pour un requérant devant la CCC, l'avocat peut l'aider à déposer l'avis d'appel; cependant, sans avocat pour mener l'appel à bien, le litige peut traîner en longueur. Il s'agit d'une préoccupation particulière pour les décisions relatives au traitement de personnes qui sont admises en cure obligatoire à un établissement psychiatrique. Pendant que la question est en suspens, ce qui peut dans certains cas durer quelques mois, la personne n'est ni en liberté, ni en train d'être traitée : l'établissement psychiatrique ne fait que « retenir » la personne en attendant le règlement, une situation insatisfaisante de tous les points de vue.

b) **QUESTION À ABORDER : des réformes pratiques du droit, des orientations ou des méthodes favoriseraient-elles le règlement plus rapide des appels des décisions de la Commission de la capacité et du consentement?**

Préoccupations des requérants

Attention insuffisante aux protections procédurales. Contrairement aux arguments soulevés par les intimés, les requérants et leurs défenseurs perçoivent souvent la CCC comme ne prêtant *pas suffisamment attention* à l'application régulière de la loi et aux droits fondamentaux. Lora Patton a fait part de préoccupations concernant le manque de respect courant envers les exigences procédurales et l'absence de mesure de redressement en cas de violations[775]. Un sondage auprès des intéressés fait par le président actuel de la CCC, le juge Ormston, a révélé que les avocats des requérants avaient l'impression que les membres de la CCC ne comprenaient souvent pas la loi habilitante ou la fonction des avocats pour faire valoir et protéger les droits des requérants[776].

Partialité en faveur de l'expertise médicale. En lien avec ce qui précède, on retrouve une préoccupation selon laquelle, en pratique, la CCC fait preuve d'une déférence excessive en faveur de l'expertise médicale, de sorte que les droits sous-jacents à la loi ne sont dans les faits pas suffisamment respectés. Le professeur Aaron Dhir fait part de préoccupations sur le fait que les décideurs, les cliniciens et même les avocats des patients peuvent tomber dans le piège et faire un amalgame entre la présence d'une déficience mentale et une incapacité juridique, de sorte que l'audience du tribunal administratif relative à la capacité peut devenir *[TRADUCTION]* « une simple mesure cérémoniale, dénuée de signification réelle »; il presse donc les avocats des patients d'acquérir de l'expertise dans le domaine pharmacologique et du diagnostic psychiatrique, de façon d'être en mesure de contester ces hypothèses et de donner de l'information aux membres du tribunal administratif[777].

Sentiment d'impuissance. Les requérants peuvent ressentir de l'impuissance en face du processus de la CCC et son acceptation implicite de la conception médicalisée qui considère les questions comme des problèmes devant être définis et réglés par des « experts », conception qui prive les requérants de leur capacité de définir leur propre expérience[778]. Une préoccupation connexe est l'absence de rôle à jouer pour les consommateurs en qualité de membres de la CCC[779]. Les résultats d'une étude portant sur l'expérience des consommateurs ethnoraciaux a démontré que les requérants trouvaient que la Commission était inaccessible et qu'elle n'arrivait pas à reconnaître leurs expériences (culturelles) distinctes[780]. Le rapport du juge Ormston signalait également l'opinion que les membres de la Commission « ne tenaient pas compte des besoins des patients »[781].

3. Les options pour la réforme

Les suggestions pour une réforme des processus de la CCC se concentrent souvent sur les moyens pour améliorer leur aptitude à répondre au contexte particulier des décisions de celle-ci. Ceci correspond au commentaire de la Commission de réforme du droit du Victoria, reproduit plus haut dans le présent chapitre, selon lequel ces questions ont une nature qui leur est propre, qu'elles ne conviennent pas nécessairement aux conceptions traditionnelles contradictoires et que les organes décisionnels devraient avoir la latitude d'adopter des conceptions souples et novatrices du règlement des différends. Nous examinons ci-dessous deux de ces possibles conceptions.

Meilleur accès à la médiation. Au cours des dernières années, de nombreux tribunaux administratifs ont inclus dans leur processus une médiation préalable à l'audience, dans un effort de gestion du volume de dossiers et afin de promouvoir des règlements adaptés à la situation. La médiation peut évidemment prendre bien des formes différentes.

Un recours accru à la médiation de la part de la CCC pourrait reconnaître à la fois une plus grande autonomie des requérants et la nature continue des relations entre les parties dans la plupart des requêtes. Cependant, le processus de médiation peut soulever des préoccupations parce que le patient se trouve intrinsèquement dans une position vulnérable : il existe un déséquilibre des rapports de force manifeste entre les parties, particulièrement en raison de la situation d'autorité dans laquelle le médecin se trouve face au patient. En conséquence, il y a un risque que la médiation puisse faire basculer le processus vers une intervention excessive. Une grande part de l'utilité de la médiation dans un tel contexte serait donc fonction des degrés élevés de connaissances spécialisées et d'habiletés des médiateurs. De plus, comme il s'agit d'une question de droits fondamentaux, il est clairement possible de soutenir qu'une telle question ne peut pas faire l'objet d'une médiation : les droits ne sont pas négociables. Il convient de souligner que le Canadian Centre for Elder Law (CCEL) signale que, lors des consultations qu'il a menées avec des spécialistes et des intéressés, il a remarqué un rejet universel la question de la médiation en ce qui a trait à la capacité[782].

Par ailleurs, l'une des caractéristiques marquantes du processus de la CCC est son insistance sur le règlement efficace et en temps opportun des différends, un attribut important dans un contexte où les décisions peuvent être urgentes et des libertés fondamentales en jeu. Les délais actuels prévus par la loi limitent les possibilités d'avoir une médiation préalable à l'audience.

c) **QUESTION À ABORDER : existe-t-il des moyens efficaces et pratiques d'inclure des modes de règlement extrajudiciaire des différends dans les procédures de la Commission de la capacité et du consentement qui permettraient de promouvoir les règlements adaptés et le respect de la nature particulière des droits et des différends en cause?**

Arbitrage actif. L'arbitrage actif a été décrit comme *[TRADUCTION]* « un juste milieu entre les modèles contradictoires et inquisitoires de la procédure judiciaire, et un modèle qui est axé sur le contexte politique plutôt que le modèle judiciaire de l'arbitre neutre ou le modèle de l'enquête menée par un juge »[783]. Il met généralement en jeu une démarche plus pratique et flexible de la part du décideur, par opposition au modèle contradictoire classique. Le tribunal des droits de la personne, qui a connu une réforme, fournit un bon exemple de l'utilisation de l'arbitrage actif dans un contexte fondé sur les droits[784]. Le contrôle plus important sur l'instance qui est accordé au décideur dans une telle démarche peut aider à rester centré sur les questions en litige, à aplanir le terrain entre des adversaires inégaux et à encourager le processus de recherche de la vérité plutôt qu'un choix entre des positions en conflit[785]. Certains sont préoccupés par le fait que l'arbitrage actif, s'il est mal appliqué, peut miner les principes de justice naturelle ou entraîner des craintes de partialité; pour que l'usage de l'arbitrage actif soit fructueux, il est nécessaire que les décideurs soient compétents, spécialisés et en mesure de discerner lorsqu'une telle démarche est appropriée.

d) **QUESTION À ABORDER : existe-t-il des moyens efficaces et pratiques de modifier la procédure d'audience de la Commission de la capacité et du consentement, par exemple l'inclusion de l'arbitrage actif, qui permettraient de promouvoir les règlements adaptés et le respect de la nature particulière des droits et des différends en cause?**

C. La Cour supérieure de justice

1. Compétence

La Cour supérieure de justice a compétence sur plusieurs questions liées à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle.

Comme nous l'avons déjà vu, la Cour entend les appels des décisions rendues par la CCC. Le chapitre III de la partie Trois a expliqué le rôle de la Cour dans la nomination des tuteurs ainsi que la modification et la fin des tutelles, y compris par le processus direct de nomination judiciaire d'un tuteur (à la suite d'une audience ou d'une procédure de décision sommaire) et par l'audition de requêtes liées au refus du TCP de délivrer un certificat de remplacement de tutelle légale. Comme nous l'avons mentionné plus haut, les décisions relatives à la personne qui devrait agir ou non en qualité de tuteur à la personne jugée incapable peuvent être la scène de différends familiaux hautement conflictuels.

La Cour joue par ailleurs un rôle important de surveillance des activités des mandataires spéciaux et de résolution des questions d'interprétation. Plus précisément, la Cour peut entendre des requêtes relatives à la reddition de la totalité ou d'une partie des comptes d'un

tuteur ou d'un procureur aux biens. La Cour dispose également de larges pouvoirs de « donner des directives sur *toute question* soulevée relativement à la tutelle ou à la procuration » [nous soulignons] relatives aux biens ou au soin de la personne[786].

Il est intéressant de remarquer que la Cour a de vastes pouvoirs de réparation lorsqu'elle est saisie de requêtes en vue d'obtenir des directives ou de requêtes relatives à la reddition de comptes. Sur requête en vue d'obtenir des directives, le tribunal peut « donner les directives qu'il juge être dans l'intérêt de l'incapable et des personnes à sa charge et être compatibles avec la présente loi »[787]. Lors de la reddition des comptes d'un procureur, le tribunal peut ordonner au TCP de présenter une requête en tutelle ou nommer temporairement le TCP en attendant le règlement de la requête, suspendre la procuration en attendant le règlement de la requête, ordonner une évaluation du mandant de la procuration ou ordonner que la procuration prenne fin. De même, dans le cadre de la requête en reddition des comptes d'un tuteur, le tribunal peut suspendre la tutelle en attendant le règlement de la requête, nommer temporairement le TCP ou une autre personne à titre de tuteur en attendant le règlement de la requête, rajuster la rémunération du tuteur ou mettre fin à la tutelle[788].

2. Préoccupations et critiques

Au cours des entrevues préliminaires de la CDO, plusieurs préoccupations ont été soulevées concernant les mécanismes actuels de règlement des différends en vertu de la LPDNA.

Familles en conflit. Comme nous l'avons vu plus tôt, les instances relatives aux procurations ou aux tutelles deviennent parfois des lieux de disputes familiales acrimonieuses (ou ont leurs sources dans celles-ci), qui ont moins à voir avec l'application de la loi ou le bien-être de la personne qui est censée se trouver au centre de celle-ci qu'avec des divisions familiales de longue date. Ces types d'affaires soulèvent des difficultés semblables à celles que l'on retrouve au cœur de certains différends en droit de la famille. Une salle d'audience n'est peut-être pas le meilleur endroit pour s'occuper de dynamiques familiales compliquées. Ce qui exacerbe le problème est que ce genre de litige peut être financé, non pas par les parties en conflit, mais à partir des biens de la personne « incapable », ce qui peut avoir comme résultat de miner des relations qui ont une importance considérable pour cette personne ou de mettre fin à ces relations.

Caractère accusatoire. En lien avec le point précédent, lorsque les personnes qui sont incapables ou qui font face à une allégation d'incapacité souhaitent soulever des préoccupations liées à la nécessité d'une tutelle ou à une mauvaise utilisation des fonds, par exemple, la nature accusatoire du processus peut en faire une option peu attirante, parce que l'instance peut viser des membres de la famille ou d'autres personnes avec lesquelles elles ont une relation personnelle, ou desquelles elles dépendent pour des soins ou du soutien.

> *[TRADUCTION]* Il existe des obstacles clairs au fait d'intenter une instance afin de résoudre des conflits avec un tuteur légal, comme le coût et la complexité reliés au processus judiciaire. Lorsque le tuteur est également un membre de la famille, d'autres préoccupations s'ajoutent comme les répercussions qu'aura le litige sur les relations familiales. Ceci est particulièrement inquiétant lorsque la personne « incapable » peut dépendre du soutien du membre de la famille qui est tuteur…. [U]n litige ou la fin de la tutelle peut être une mesure extrême et inappropriée pour traiter de problèmes qui peuvent être réglés par des mécanismes pouvant permettre à la tutelle de demeurer intacte[789].

Coût. Le coût des conseils juridiques et de la représentation relatif à une requête devant le tribunal peut être hors de la portée de nombreuses familles. Comme l'a malheureusement souligné une des personnes consultées : *[TRADUCTION]* « Chaque porte mène au bureau d'un avocat ». En pratique, aucune mesure de réparation n'est disponible, puisque les ressources des personnes ne leur permettent pas d'y avoir accès. Cette inaccessibilité pratique des mesures de réparation a été l'un des thèmes dominants des discussions sur l'abus et l'usage impropre en ce qui a trait aux procurations et aux tutelles. Comme l'a fait remarquer l'Arch Disability Law Centre, cette question est exacerbée du fait que le mandataire spécial a un accès plus facile aux fonds de la personne que cette personne elle-même. ARCH a fourni un exemple de sa propre expérience auprès de tels clients :

> *[TRADUCTION]* [L]a LPDNA permet aux tuteurs d'utiliser les fonds de la personne « incapable » dans le but de payer un avocat afin de contester les tentatives de cette personne incapable de faire valoir son autonomie. Il s'agit exactement de ce qui s'est produit dans l'affaire de Hazel : son tuteur a utilisé les fonds de Hazel pour payer son propre avocat, tout en lui refusant l'accès à ses fonds à elle, fonds dont elle avait besoin afin de se défendre. L'accès du tuteur aux fonds de Hazel était automatique, alors que la capacité de celle-ci de recouvrer les coûts s'il « dépensait trop » serait fondée sur le fait qu'elle soit en mesure de convaincre un tribunal d'ordonner des dépens contre le tuteur. Ce dernier processus imposerait d'autres coûts à Hazel. Même si elle avait gain de cause et obtenait une ordonnance du tribunal, il n'y a aucune garantie que son tuteur aurait les ressources pour respecter l'ordonnance[790].

Complexité. Les processus prévus pour demander une mesure de réparation en vertu de la LPDNA sont juridiquement complexes et intimidants pour les personnes, particulièrement en raison de l'absence de mécanismes officiels pour donner des renseignements ou proposer du soutien. On ne retrouve pas dans la LPDNA de dispositions similaires à celles de conseils en matière de droits ou de renseignements relatifs aux droits prévus par la LCSS. Alors que les tuteurs ou les personnes agissant aux termes d'une procuration sont responsables de fournir des renseignements à propos de leur rôle et de leurs responsabilités à la personne, il n'existe aucun mécanisme pour s'assurer qu'ils le fassent, et lorsque des préoccupations sont soulevées quant à la conduite du mandataire spécial, ce mandataire est peu susceptible d'être une source d'information fiable. L'Arch Disability Law Centre résume son examen des mécanismes ontariens d'exercice des droits pour les personnes handicapées assujetties à une tutelle de la manière suivante :

> *[TRADUCTION]* Dans bien des cas, la LPDNA contient techniquement des mécanismes de surveillance et de recours, mais ces mécanismes sont en pratique inefficaces parce qu'ils sont inaccessibles pour de nombreuses personnes « incapables ». Par exemple, la LPDNA prévoit plusieurs procédures judiciaires qui permettent aux tuteurs d'obtenir des directives ou aux personnes « incapables » de contester la nomination d'un tuteur ou la poursuite d'une tutelle. Ces procédures sont inaccessibles en raison des coûts nécessaires pour entreprendre une instance et retenir les services d'un avocat et du fait qu'elles demandent beaucoup de temps, sont complexes sur le plan juridique et se fondent sur l'initiative de la personne « incapable ». Aucun soutien n'est disponible afin d'aider les personnes « incapables » à avoir accès aux procédures judiciaires[791].

On a souligné à la CDO que la source de bon nombre des problèmes susmentionnés peut remonter à l'abrogation de la *Loi de 1992 sur l'intervention* et des dispositions complémentaires de la LPDNA, qui auraient fourni aux personnes des conseils en matière de droits à plusieurs étapes clés, notamment les nominations de tuteur légal, les requêtes en tutelle d'origine judiciaire, les ordonnances d'évaluation de la capacité ainsi que les nominations du TPC à titre de tuteur temporaire à la suite d'une enquête sur des « conséquences préjudiciables graves ». La prestation de services d'intervention à ces étapes aurait garanti des mesures de soutien en ce qui a trait à l'information et à l'utilisation, à ces étapes où des droits importants étaient en jeu. Les questions liées à l'intervention et à des mesures de soutien semblables sont abordées plus en détail dans le chapitre qui suit, mais il faut les avoir à l'esprit dans le cadre du contexte de la réforme du droit dans ce domaine.

3. Les options pour la réforme

À partir de ce qui précède, il semble que la réforme des processus de règlement des différends en vertu de la LPDNA doit se concentrer sur l'accroissement de l'accessibilité, en son sens large, de même que sur la capacité de faire face efficacement à la nature de la dynamique familiale en jeu dans ce domaine du droit et d'adopter une approche générale des questions en cause. Un examen des autres administrations révèle deux principales façons d'aborder une telle réforme : l'ajout de services et de mesures de soutien à des processus judiciaires existants, ou le déplacement de certaines ou de la totalité des questions vers un système de tribunal administratif. Pour chacune, il existe de multiples conceptions possibles. Le chapitre qui suit explore l'intervention et d'autres types de soutien pour les personnes qui tentent d'avoir accès au droit, alors que le chapitre IV de la présente partie examine les questions liées à l'accès à l'information : toute recommandation relative à la réforme des processus de règlement des différends et d'exercice des droits doit être envisagée à la lumière de ces chapitres.

<u>Création de mesures de soutien ou de services supplémentaires pour les processus judiciaires</u>

L'Ontario a créé plusieurs tribunaux spécialisés qui sont en mesure de fournir des services spécialisés, ciblés et généraux, afin de mieux s'adapter à leur contexte particulier. Les cours unifiées de la famille et le tribunal spécialisé dans les problèmes de santé mentale sont deux exemples réputés de ce genre de façon d'aborder la justice. Le tribunal spécialisé dans les

problèmes de santé mentale a été créé en 1998, afin de répondre aux pressions exercées sur la Cour de justice de l'Ontario par le nombre croissant d'accusés ayant des troubles mentaux au palais de justice de l'ancien hôtel de ville de Toronto. Ce tribunal fournit des services de déjudiciarisation, s'adapte aux besoins des accusés ayant un problème de santé mentale, traite rapidement des questions « d'aptitude à subir un procès » et s'efforce de « ralentir les portes tournantes ». Il fournit des services spécialisés et généraux : les procureurs sont des employés permanents qui se consacrent aux affaires devant ce tribunal, neuf travailleurs en santé mentale sont rattachés au tribunal, un psychiatre du Centre de toxicomanie et de santé mentale est présent quotidiennement pour effectuer des évaluations immédiates, et les greffiers ont une connaissance spécialisée du système[792].

La Cour de protection (CdP) du Royaume-Uni fournit un exemple d'un tribunal spécialisé de ce type dans le contexte du droit relatif à la capacité juridique et à la prise de décision. Il s'agit d'un tribunal qui a le mandat exprès de traiter de ce domaine du droit et qui possède une gamme plus large d'outils à sa disposition pour le traitement de ces questions. La CdP possède une vaste compétence qui comprend les éléments suivants :

- décisions en matière de capacité juridique;
- prononcé de jugements déclaratoires, de décisions ou d'ordonnances sur des questions financières ou de bien-être touchant des personnes jugées incapables;
- nomination ou retrait de représentants pour prendre des décisions sur une base continue au nom de personnes jugées incapables;
- détermination de la validité des procurations;
- examen des objections à l'enregistrement d'une procuration[793].

Le volume des requêtes dont est saisie la CdP est très large. En 2010, elle a reçu plus de 18 000 requêtes reliées à des affaires relatives aux biens ou aux finances, la vaste majorité d'entre elles concernant des requêtes en vue de la nomination d'un représentant[794].

Les processus et pouvoirs de la CdP sont spécialisés sous plusieurs aspects :

- **Règles de procédure adaptées**. La CdP a le pouvoir de prendre ses propres Règles en ce qui a trait à la manière et à la forme des instances, des avis, de la preuve, de l'exécution des ordonnances et d'autres questions[795].
- **Codes de pratique**. Afin de guider les personnes qui agissent en lien avec la loi intitulée *Mental Capacity Act*, des « codes de pratique » complets, rédigés en langage clair et faisant autorité doivent être élaborés et révisés selon ce qui est exigé[796].
- **Assistance aux requérants**. Le processus de requête est assez complexe, comprenant notamment une série d'échéances et d'exigences en matière d'avis. Par exemple, la « trousse de requête » pour une requête relative à des questions financières et

questions touchant aux biens qui n'exige pas d'avoir la permission de la CdP pour procéder comprend dix documents différents, dont des formules et des directives. Le personnel de la CdP fournira des renseignements généraux à propos des processus de la CdP, de même que des conseils de base relativement à la requête et aux formules.

- **Le système du « visiteur ».** La CdP a le pouvoir de demander un rapport de la part d'un « visiteur ». La CdP peut ordonner à ces visiteurs, dont certains sont appelés *[TRADUCTION]* « visiteurs spéciaux » et ont une expertise relative aux handicaps touchant à la capacité, de rendre visite aux représentants, aux mandataires ou aux procureurs ou aux personnes pour lesquelles ceux-ci agissent et de rédiger des rapports à son intention ou à celle du Tuteur public sur les questions qu'elle précise[797].
- **Demandes de rapports.** La CdP peut également demander un rapport au Tuteur public, à une autorité locale ou à un organisme de services de santé national. Le rapport peut être fait par écrit ou oralement, selon les directives[798].
- **Nomination d'un avocat public.** La CdP peut nommer une *[TRADUCTION]* « personne convenable » ou le solliciteur officiel (sur consentement) afin d'agir au nom de la personne visée par l'instance, de la représenter ou d'agir pour son compte[799].

Il faudrait prendre note que le système relatif à la capacité juridique et à la prise de décision dans lequel fonctionne la CdP est différent à de nombreux égards importants de celui de l'Ontario, notamment en ce qui a trait à l'existence d'un système d'enregistrement public global pour les représentants et les procureurs, à la mise sur pied des « intervenants en matière de capacité mentale » pour les personnes particulièrement vulnérables (examiné au chapitre III de la partie Quatre) et à un Tuteur public à qui incombe la vaste responsabilité de surveiller les mandataires spéciaux, y compris la tenue de registres, la réception de rapports, les programmes de visiteurs et un mécanisme de plainte. La large compétence et le grand volume de travail de la CdP lui permet de fonctionner en qualité de tribunal spécialisé et donc de développer une expertise et des services spécialisés.

L'Arch Disability Law Centre, dans son examen du système ontarien actuel de protection des droits des personnes ayant un handicap assujetties à une tutelle, préconise d'aborder la réforme de cette manière et recommande que les systèmes actuels de règlement des différends en vertu de la LPDNA soient renforcés par ce qui suit :

- un système complet et obligatoire de conseils indépendants en matière de droits pour les personnes visées par le droit sur la tutelle, peut-être un système de « visiteur » comme celui mentionné au chapitre II de la partie Quatre;
- la prestation d'un soutien sous forme d'intervention pour les personnes qui souhaitent contester une conclusion d'incapacité en vertu de la LPDNA;

- des mesures visant à limiter l'imposition de tutelle et qui exigent que celle-ci soit examinée régulièrement, par des évaluations périodiques de la capacité et des arrangements relatifs à la prise de décision à durée limitée;
- des programmes de formation et d'éducation obligatoires à l'intention des tuteurs;
- des exigences relatives à la reddition de comptes obligatoire pour les tuteurs;
- la constitution d'un Bureau de la surveillance et de l'intervention qui aurait notamment comme fonction de recevoir les plaintes et de les résoudre de façon informelle dans la mesure du possible[800].

Les recommandations particulières d'ARCH sont examinées plus en détail sous les points pertinents dans le présent *document de travail.*

e) **QUESTION À ABORDER : existe-t-il d'autres pouvoirs que pourrait avoir le tribunal, ou des services ou des mesures de soutien spécialisés pour les personnes qui tentent d'avoir accès à leurs droits ou de régler des différends en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* qui amélioreraient l'accessibilité ou l'efficacité des processus actuels de règlement des différends dans ce domaine? Si oui, quelles réformes seraient les plus indiquées et quelle serait la meilleure façon de les mettre en œuvre?**

Systèmes des tribunaux administratifs

Dans son rapport préalable aux réformes qui ont mené à la loi intitulée *Mental Capacity Act 2005* (MCA), la Commission du droit de l'Angleterre et du Pays de Galles s'est penchée sur la création d'un tribunal administratif pour traiter de l'exercice des droits et du règlement des différends dans ce domaine du droit, mais elle a finalement recommandé un tribunal judiciaire spécialisé en raison de la gravité et de la complexité des questions litigieuses qui formeraient la majorité de la charge de travail de la tribune judiciaire responsable.

Certains commentateurs canadiens ont cependant mentionné que les questions relatives à la capacité juridique et à la tutelle qui relèvent en ce moment de la compétence de la Cour supérieure de justice pourraient être efficacement traitées par un tribunal administratif, signalant la réussite de la CCC à s'acquitter de son mandat. Par exemple, dans le document de recherche qu'on lui a demandé de préparer sur la prise de décision pour autrui, le Canadian Centre for Elder Law a fait les observations suivantes :

> *[TRADUCTION]* Les tribunaux administratifs sont considérés plus accessibles, moins intimidants et plus spécialisés dans leurs délibérations touchant les questions telles que la prise de décision, des approches moins intrusives et les liens avec la collectivité. *La Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario semble bien placée pour surveiller les défis de la prise de décision au nom d'autrui, avec un appel devant la Cour supérieure*[801]. [en italiques dans le texte original]

Dans le même ordre d'idées, Michael Bach et Lana Kerzner, dans leurs travaux portant sur la prise de décision au nom d'autrui, ont recommandé que le règlement des différends et l'exercice des droits relèvent d'un tribunal administratif qui se concentre exclusivement sur la prise de décision[802].

Au cours des années 1980, dans le cadre de la vague de la réforme des tutelles, plusieurs États australiens ont innové en recourant à des tribunaux administratifs pour traiter des affaires liées à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle. Le modèle de tribunaux administratifs est maintenant fermement implanté dans ces États. Un examen approfondi de l'utilisation de tribunaux administratifs dans ce contexte, fait par Carney et Tait, a conclu qu'ils avaient connu des succès notables selon plusieurs points de repère. À l'aide d'une combinaison d'examens de dossiers, d'études de cas, d'observations d'audiences et d'entrevues approfondies faits dans plusieurs États, les auteurs sont parvenus aux conclusions suivantes :

- les tribunaux judiciaires semblent plus susceptibles que les tribunaux administratifs de faire preuve de déférence envers les conseils professionnels, et moins susceptibles d'utiliser les audiences afin de soupeser la preuve ou d'obtenir de nouveaux renseignements, et peut-être en conséquence de nommer des mandataires spéciaux investis de pouvoirs étendus[803];
- les tribunaux administratifs semblaient plus susceptibles de se concentrer sur les méthodes institutionnelles et d'agir de manière proactive et systémique, de même qu'à tenter de déjudiciariser les causes[804];
- les tribunaux administratifs semblaient plus susceptibles de tenter d'inclure la personne au nom de qui la requête était faite en qualité de participant au processus[805].

Carney et Tait ont conclu ce qui suit :

> *[TRADUCTION]* Les tribunaux administratifs ont tendance à porter davantage attention à la réalité sociale et au fonctionnement social, et sont moins susceptibles de nommer des mandataires. Ceci peut avoir un lien avec la forme du tribunal administratif ou au style plus inquisitoire de l'audience. Toutefois, cela reflète aussi une interprétation différente, une vision différente de ce que la compétence vise. Ils ont besoin de renseignements sociaux afin de déceler des crises socio-juridiques. Ils peuvent être hésitants à nommer des mandataires, mais ils sont plus interventionnistes que les tribunaux judiciaires relativement aux questions systémiques. Les tribunaux administratifs accordent également une plus grande attention à l'inclusion dans l'alliance de la personne pour le compte de laquelle la requête est présentée[806].

Le « super-tribunal » créé par l'État australien du Victoria, le tribunal civil et administratif du Victoria (VCAT) est un exemple d'un tribunal administratif de ce genre. Sa compétence est large et comprend des questions liées à la capacité juridique et à la tutelle de même qu'aux droits de la personne, aux questions touchant les consommateurs, aux locations résidentielles et de commerce de détail, aux questions de la liberté d'information et à bon nombre d'autres

questions. Son objectif est d'être *[TRADUCTION]* « une organisation innovatrice, flexible et responsable qui est accessible et propose un service de règlement des différends équitable et efficace »[807].

Le VCAT se compose du président, qui est un juge de la Cour suprême de l'État du Victoria, des vice-présidents qui doivent être des juges de la Cour de comté, des sous-présidents (qui sont nommés à temps plein), des membres principaux et des membres ordinaires (qui peuvent être nommés à temps plein, à temps partiel ou à titre occasionnel). Tous doivent être habilités à exercer le droit[808]. Le VCAT comporte trois divisions ou « rôles » : civil, administratif et droits de la personne, cette dernière étant le lieu où sont prises les décisions en matière de capacité et de tutelle. Le VCAT a des emplacements sur tout le territoire et, dans les affaires de tutelle, elle peut tenir des audiences dans des chambres d'hôpital ou des foyers afin d'éviter qu'il soit nécessaire de transporter des personnes malades ou fragiles aux centres d'audience.

Le VCAT est un tribunal administratif très occupé, qui a traité plus de 90 000 requêtes en 2012-2013. Le rôle des tutelles (*Guardianship List*) est l'un des plus occupés, avec près de 11 000 requêtes introduites pendant cette période[809]. Le VCAT entend des requêtes visant la nomination ou la réévaluation des tuteurs au soin de la personne ou des administrateurs pour des questions financières; en vue de révoquer, modifier ou suspendre une procuration relative aux biens; en vue de révoquer ou suspendre une procuration relative au traitement médical; ou en vue d'obtenir le consentement à des procédures spéciales telles que l'interruption d'une grossesse. Parce que la loi rend obligatoires des réévaluations de la nomination des tuteurs et des administrateurs, les requêtes à cette fin occupent une part importante du travail du VCAT dans ce domaine (environ les deux tiers)[810].

La Commission de réforme du droit du Victoria donne les explications suivantes :

> *[TRADUCTION]* Puisque le VCAT est un tribunal administratif plutôt que judiciaire, ses membres n'ont pas le même mandat que les juges et magistrats, et ses procédures sont conçues de façon à être moins formelles que celles des tribunaux judiciaires. Par exemple, le VCAT n'est pas lié par les règles de preuve. La Loi sur le VCAT exige que les audiences soient menées avec « aussi peu de formalités et de contraintes techniques » et « aussi rapidement » que le permettent le droit et l'examen adéquat de l'affaire. Le VCAT doit cependant respecter les règles de justice naturelle, ce qui veut dire que les parties doivent avoir droit à une audience équitable et que leur cause doit être tranchée par un décideur impartial[811].

La Commission note par ailleurs que le VCAT emploie un modèle « inquisitoire »[812]. Il est intéressant de remarquer qu'actuellement aucune des parties dans les affaires relevant du rôle des tutelles, y compris la personne pour laquelle la nomination d'un représentant est proposé, n'a le droit d'être représentée par un avocat pendant l'audience; il faut plutôt le consentement du VCAT ou l'accord de toutes les parties avant qu'un défenseur professionnel puisse

représenter une personne lors d'une audience[813]. Pour comprendre cette restriction, il faut tenir compte des activités du « défenseur des personnes handicapées » du Victoria, qui fournit des services personnels et systémiques d'intervention gratuits relativement aux questions de capacité juridique et de tutelle, comme l'explique le chapitre suivant. La Commission de réforme du droit du Victoria a recommandé que la loi soit modifiée afin de fournir à toutes les parties le droit à une représentation juridique ou à une représentation par un autre défenseur professionnel sur permission du VCAT.

Les affaires sont traitées rapidement : la loi exige que le VCAT inscrive au rôle pour audition les affaires de tutelle et d'administration dans les 30 jours suivant la réception de la requête, et le temps médian de règlement pour les requêtes en 2012-2013 était de quatre semaines. Les processus devant le VCAT comprennent de la médiation et des conférences obligatoires. Dans son rapport annuel, le VCAT énonce qu'il renvoie :

> *[TRADUCTION]* les affaires à la médiation ou à une conférence obligatoire à une étape précoce, ce qui obtient un succès considérable en ce qui a trait à la satisfaction des parties et réduit la durée des audiences. Bien que les membres qui président doivent rendre les ordonnances définitives, dans les cas appropriés, le RED propose aux familles la meilleure occasion de résoudre leurs problèmes de façon amiable. Dans un nombre important de causes, après la tenue de RED, les parties ont retiré leur requête sans que le VCAT doive rendre des ordonnances de nomination d'administrateurs ou de tuteurs ou des ordonnances relatives à des procurations durables[814].

Les centres d'audience du VCAT fournissent une gamme de services aux requérants, notamment un avocat de service qui répond aux questions et propose de l'aide aux requérants non représentés et un service de réseautage judiciaire bénévole qui fournit des renseignements et dirige les personnes vers les services disponibles.

Certaines fonctions du VCAT vont également au-delà du règlement des différends. Il reçoit les comptes annuels des administrateurs privés, et propose des séances de vulgarisation sur tout le territoire à l'intention des tuteurs et des administrateurs nouvellement nommés[815]. La fonction et le fonctionnement du Bureau du défenseur des personnes handicapées de l'État du Victoria est décrit à la partie Cinq : il suffit de dire ici que le fonctionnement du VCAT se comprend mieux dans le contexte de l'existence d'un organisme séparé et indépendant qui accomplit une intervention tant sur le plan individuel que systémique en faveur des personnes touchées par les lois en matière de tutelle. Plus particulièrement, lorsque le VCAT reçoit une requête, il peut renvoyer l'affaire à un agent de service du défenseur des personnes handicapées, lequel peut communiquer avec le requérant ou la personne à qui l'on propose de nommer un représentant afin de lui expliquer le processus et de poser des questions, peut préparer un rapport sur le point de vue de cette personne, ou peut mener une enquête officielle[816]. La Commission de réforme du droit du Victoria a souligné l'importance d'un processus préalable à l'audience qui

soit exhaustif dans des cas semblables et elle a recommandé un rôle élargi pour le VCAT dans ce domaine, de façon à ce qu'il puisse entreprendre efficacement :

- un examen approfondi de la requête afin de veiller à ce qu'elle soit étayée par la documentation dont le tribunal a besoin pour trancher la question;
- une analyse de la requête afin de déterminer s'il faut aller directement à l'audience ou si elle peut être renvoyée à un autre processus;
- une coordination avec les parties, particulièrement le requérant et la personne à qui l'on propose de nommer un représentant, afin de veiller à ce qu'ils soient adéquatement préparés en vue de l'audience ou de tout autre processus qui est recommandé[817].

Certains aspects du VCAT, comme le rôle limité actuellement dévolu aux avocats, seraient difficiles à implanter dans le contexte ontarien; le VCAT fournit néanmoins un exemple d'un tribunal administratif souple et spécialisé qui met l'accent sur l'accessibilité et l'efficacité. Les attributions du défenseur des personnes handicapées viennent appuyer cette démarche.

f) QUESTION À ABORDER : relativement au règlement des différends et à l'exercice des droits en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, des leçons peuvent-elles être tirées des systèmes des tribunaux administratifs dans d'autres administrations?

D. Questions à aborder

1. **Quels objectifs devraient être prioritaires dans les réformes envisagées des mécanismes ontariens de règlement des différends et d'exercice des droits dans ce domaine du droit?**
2. **Des réformes pratiques du droit, des orientations ou des méthodes favoriseraient-elles le règlement plus rapide des appels des décisions de la Commission de la capacité et du consentement?**
3. **Existe-t-il des moyens efficaces et pratiques d'inclure des modes de règlement extrajudiciaire des différends dans les procédures de la Commission de la capacité et du consentement qui permettraient de promouvoir les règlements adaptés et le respect de la nature particulière des droits et des différends en cause?**
4. **Existe-t-il des moyens efficaces et pratiques de modifier la procédure d'audience de la Commission de la capacité et du consentement, par exemple l'inclusion de l'arbitrage actif, qui permettraient de promouvoir les règlements adaptés et le respect de la nature particulière des droits et des différends en cause?**
5. **Existe-t-il d'autres pouvoirs que pourrait avoir le tribunal, ou des services ou des mesures de soutien spécialisés pour les personnes qui tentent d'avoir accès à leurs droits ou de régler des différends en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* qui amélioreraient l'accessibilité ou l'efficacité des processus actuels de règlement des différends dans ce domaine? Si oui, quelles réformes seraient les plus indiquées et quelle serait la meilleure façon de les mettre en œuvre?**
6. **Relativement au règlement des différends et à la mise en œuvre des droits en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, des leçons peuvent-elles être tirées des systèmes des tribunaux administratifs dans d'autres administrations?**

III. MESURES DE SOUTIEN POUR ACCÉDER AU DROIT : L'UTILISER, RÉSOUDRE DES PROBLÈMES, S'EXPRIMER

A. Introduction

Comme la CDO l'a souligné dans les *cadres*, les personnes handicapées et les personnes âgées, de même que celles qui les représentent, travaillent avec elles ou interviennent pour elles, ont souvent observé les défis auxquels elles font face lorsqu'elles obtiennent des services ou font valoir leurs droits, même en rapport avec la loi ou des services qui sont censés être en leur faveur. Ces défis découlent de diverses sources, notamment les suivantes :

- des attitudes négatives ou stéréotypées de la part des prestataires de services ou ancrées dans les systèmes de services;
- des difficultés inhérentes à se frayer un chemin dans une bureaucratie large et complexe, particulièrement pour les personnes qui sont d'une manière ou d'une autre vulnérables ou marginalisées;
- des déséquilibres de rapports de force entre les personnes qui fournissent les services et celles qui les obtiennent, encore ici particulièrement à l'égard des personnes vulnérables;
- des défis provenant du croisement d'autres types de diversité, comme la langue, la culture, la racialisation, le sexe ou bien d'autres, avec leur handicap ou leur vieillesse;
- les impératifs inévitables au sein de grandes institutions, comme des contraintes en matière de ressources et des objectifs institutionnels contradictoires.

Tous ces obstacles et tous ces défis doivent être compris dans le contexte plus large que peuvent connaître les personnes âgées et les personnes handicapées, en ce qu'elles sont plus susceptibles d'avoir un faible revenu, de vivre de l'isolement social et d'avoir peu d'occasions de participation, et en ce qu'elle peuvent être réduites au silence ou faire face à une stigmatisation de façon persistante.

En conformité avec ce portrait plus global, pendant les consultations préliminaires de la CDO, des participants ont soulevé plusieurs préoccupations connexes à propos du fonctionnement des lois ontariennes en matière de capacité, de prise de décision et de tutelle : la vulnérabilité des personnes qui se retrouvent dans le système face aux violations des droits que la loi leur accorde, parfois avec des conséquences profondes; les défis qu'ont les personnes à utiliser efficacement un système très complexe; et les lacunes perçues dans les mécanismes de règlement des différends, l'exécution et les recours. Ils ont souligné plusieurs causes sous-jacentes à ces problèmes, notamment le manque d'accès réel à de l'information pour les personnes visées par les lois, les déséquilibres importants de rapports de force entre les grands prestataires de services institutionnels et des personnes qui sont souvent marginalisées ou

démunies ainsi qu'un manque de mécanismes efficaces pour la reddition de comptes des institutions qui prennent part à la mise en œuvre de la loi. Ces préoccupations ont déjà été soulignées ici.

Comme on l'a déjà mis en évidence, les préoccupations touchant l'accès au droit sont encore plus urgentes dans ce domaine, en raison de l'effet profond des lois relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle sur de nombreux aspects de la vie des personnes touchées.

L'une des principales priorités de réforme qui s'est dégagée des consultations préliminaires de la CDO a donc été la prestation de mesures de soutien afin de permettre aux personnes d'avoir un accès plus efficace aux droits que la loi leur accorde. On a particulièrement insisté sur l'élaboration de systèmes, d'orientations ou de méthodes qui assureraient ce qui suit :

- les personnes dont les droits risquent d'être touchés par ces lois ont un accès véritable à des informations sur le droit, ses répercussions potentielles sur elles et sur les options qui s'offrent à elles afin de faire valoir leurs droits;
- tant les personnes directement touchées que celles qui les soutiennent reçoivent de l'assistance pour utiliser les systèmes souvent complexes d'évaluation de la capacité, de création ou de fin d'une tutelle, ou encore de contestation des décisions relatives aux activités ou des activités des mandataires spéciaux;
- les personnes dont les déficiences touchent leur aptitude à déterminer ou à articuler leurs besoins obtiennent des mesures de soutien et d'adaptation afin de les aider à cet égard;
- lorsque des personnes doivent faire face à des structures juridiques à plusieurs niveaux, exigeantes sur le plan procédural ou de longue durée en vue de régler des différends ou de mettre en œuvre leurs droits, elles obtiennent l'aide nécessaire afin de veiller à ce qu'elles puissent véritablement défendre leurs droits.

Ces questions font l'objet du présent chapitre.

Le présent chapitre se concentre sur les mesures de soutien officielles. Il est important de reconnaître que les familles et les amis fournissent des mesures de soutien informelles très complètes et essentielles. Comme le fait remarquer le *Rapport O'Sullivan* :

> Ce genre d'intervention [informelle] peut avoir bien des avantages. Étant donné que l'intervenant est susceptible de connaître à fond l'adulte vulnérable, y compris ses antécédents personnels et ses besoins spéciaux, il est particulièrement bien placé pour le comprendre et intercéder en sa faveur. En plus, les rapports continus entre ces personnes stabilisent la relation. Il serait difficile d'intervenir

> avec plus de dévouement que la personne dont la ferveur est renforcée par l'amour et la confiance qui existent normalement entre les membres d'une famille et les amis[818].

Cependant, les défis qui ont été relevés relativement à l'accès au droit dans ce domaine mettent en lumière les limites inhérentes au fait de confier autant de responsabilités en ce qui a trait au soutien aux amis et à la famille. On a souligné qu'il pouvait exister des tensions entre la fonction d'intervenant informel et les fonctions en dehors de l'intervention qu'exercent les amis et les membres de la famille, notamment celui d'aidant informel[819]. De plus, comme nous l'avons vu au chapitre II de la partie Trois, les responsabilités qui incombent déjà à la famille et aux amis sont énormes et très éprouvantes dans le contexte de la limitation des ressources existantes. Bien des amis et des membres de la famille qui se sont démenés pour défendre les personnes qui leur sont chères et les soutenir profiteraient énormément de l'obtention d'aide pour s'acquitter de cette fonction.

Des questions touchant aux mesures de soutien sont clairement reliées de près à celles examinées dans les chapitres sur l'évaluation de la capacité, les processus de nomination, le règlement des différends ainsi que l'information et la vulgarisation. Il est certain que, plus les systèmes d'exercice des droits, de nomination et d'évaluation sont simples et transparents, plus il y a de chance que les personnes touchées soient en mesure d'avoir accès aux systèmes sans mesures de soutien étendues. Des systèmes plus complets de contrôle et de surveillance proactifs des mandataires spéciaux ou une réévaluation régulière de la capacité réduiront l'obligation pour les personnes d'utilisation par elles-mêmes le système de règlement des différends et celui de l'exercice des droits. Il faut appréhender le système dans son ensemble. Le système ontarien actuel en est un d'une complexité très considérable : il comprend beaucoup de mesures de protection procédurales et de mécanismes de contestation des décisions, mais il propose peu de mécanismes proactifs ou de surveillance, et les niveaux de soutien et d'intervention disponibles pour les personnes varient énormément dans le système.

g) QUESTION À ABORDER : quels types de mesures de soutien sont les plus importants afin d'aider les personnes visées par ce domaine du droit à comprendre et à faire valoir leurs droits? Le soutien devrait-il se concentrer sur la fourniture rapide de renseignements accessibles et appropriés, sur l'aide pour s'y retrouver dans des systèmes complexes, sur le fait de soutenir les personnes touchées pour qu'elles expriment leurs valeurs et leurs souhaits, sur le soutien à défendre leurs droits, ou sur d'autres besoins?

B. Un peu d'histoire : intervention, réforme du droit et régime législatif actuel

Comme nous l'avons déjà mentionné dans le présent *document de travail*, c'est lors de l'élaboration du cadre législatif actuel qu'est ressorti le besoin de mesures de soutien afin d'assurer un accès efficace au droit. Ce sont au départ la *Loi de 1992 sur l'intervention* ainsi que

les dispositions corrélatives de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA) et la loi qui a précédé la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* (LCSS) qui se sont penchées sur ce besoin. Un examen de l'histoire législative illustre à la fois les défis de la législation actuelle et les difficultés de la conception et de la mise en œuvre de mesures de soutien efficaces dans ce domaine.

1. Le Rapport Fram *et l'*Examen O'Sullivan

À la fin 1986, le procureur général de l'Ontario a annoncé un *Examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables*, en réponse à des préoccupations relatives à « un besoin non satisfait de services d'intervention non juridiques pour les adultes vulnérables qui vivent dans des établissements ou les collectivités ». L'intervention a été définie de différentes manières, mais dans sa plus simple expression, il s'agit d'un mécanisme visant à assurer le respect des droits; à favoriser la participation, l'autonomisation et la responsabilité ainsi qu'à faciliter la résolution créative et pratique de problèmes que causent les lois ou les systèmes s'appliquant à des groupes vulnérables et marginalisés, notamment aux personnes âgées et aux personnes handicapées. Ainsi, elle est reliée à des notions plus larges d'accès à la justice, et un examen des éléments de l'intervention peut apporter une contribution importante à la réforme des lois, des orientations et des méthodes applicables à ces groupes.

Le gouvernement avait demandé à l'abbé Sean O'Sullivan de faire un rapport, dans les six mois, sur la ou les meilleures méthodes de prestation de services d'intervention, et notamment d'examiner les manières dont les mesures d'intervention pourraient être coordonnées avec les systèmes existants de gestion des dossiers et les autres systèmes de prestation de services, de même qu'avec les services d'intervention juridiques et volontaires communautaires alors en place[820].

Fait intéressant, la question de l'intervention avait d'abord été soumise au Comité Fram, qui examinait les réformes des lois sur la prise de décision au nom d'autrui, prouvant ainsi l'importance du lien entre ce domaine du droit et l'intervention. Lorsqu'après plusieurs mois de travail ce Comité a eu de la difficulté à parvenir à un consensus et qu'il est devenu manifeste que cela retardait le progrès sur le mandat original, l'examen indépendant a été mis sur pied. Quoi qu'il en soit, le Comité Fram a accompli un travail préliminaire important en dégageant les principes et objectifs de l'intervention, de même qu'en déterminant les étapes clés où l'intervention était nécessaire. Le Comité Fram a déterminé que la fonction des intervenants consistait à expliquer la signification de la mesure juridique qui était prise et les options juridiques disponibles pour la personne et, quand cela était indiqué, à mettre la personne en lien avec des ressources juridiques. Le Comité a recommandé que des intervenants soient fournis aux personnes visées à plusieurs étapes au cours des processus entourant l'évaluation de la capacité et la prise de décision au nom d'autrui, soit les suivantes :

1) la nomination d'origine judiciaire de tuteurs ou de curateurs;
2) la fin de la tutelle ou de la curatelle;
3) une ordonnance d'évaluation et de mise en œuvre;
4) avant une évaluation de la capacité en vue d'une curatelle légale ou de procurations au soin de la personne;
5) le refus de décisions au nom d'autrui à propos d'un traitement;
6) la visite annuelle à toutes les personnes visées par une tutelle ou une procuration au soin de la personne[821].

Le Comité Fram recommandait que, compte tenu de l'importance de l'intervention pour la mise en œuvre efficace de la LPDNA, cette loi n'entre pas en vigueur tant que la *Loi de 1992 sur l'intervention* ne serait pas mise en application.

L'*Examen O'Sullivan* se concentrait sur l'intervention sociale plutôt que juridique, et sur les intervenants officiels plutôt qu'informels. Il a dégagé quatre principes fondamentaux de l'intervention[822] :

1) **elle doit être axée sur le client :** les actions de l'intervenant doivent être guidées par les instructions du client, et l'intervenant doit servir le client sur une base volontaire et consensuelle. L'intervenant ne devrait pas remplacer les instructions du client par la conception de « l'intérêt véritable »;
2) **elle devrait être indépendante :** afin d'éviter tout conflit d'intérêts perçu ou réel, les intervenants devraient être indépendants sur le plan administratif et financier des systèmes de prestation de services sociaux dans lesquels ils doivent intervenir;
3) **elle devrait être accessible :** les clients doivent être en mesure d'avoir accès à l'intervention tant dans les institutions que dans la collectivité, et les intervenants doivent être en mesure de communiquer librement avec les clients, sans interférence d'autres personnes. L'accessibilité comprend également des mesures de protection de la confidentialité des clients ainsi que la possibilité pour les intervenants d'avoir accès (avec le consentement du client) aux dossiers et aux personnes nécessaires;
4) **elle ne devrait être ni contradictoire, ni passive :** le concept d'intervention a parfois fait l'objet de réticences parce qu'on considérait qu'il adoptait une démarche trop contradictoire, et qu'il constituait une menace aux relations interpersonnelles et professionnelles traditionnelles. Une intervention appropriée ne devrait pas avoir pour effet de polariser les relations, ni ne devrait-elle être exagérément passive et complaisante, évitant les questions délicates, difficiles ou impopulaires. Il faudrait la voir comme une manière de parvenir à la collaboration, gardant les démarches plus contradictoires comme dernier recours.

L'*Examen* a établi plusieurs objectifs pour un régime d'intervention en Ontario. Le régime devrait proposer des garanties contre la tutelle inutile, être indépendant, encourager la faculté d'intervenir pour soi-même (liberté de choisir) quand cela est possible, renforcer le rôle de la famille et des amis, vulgariser, mettre fin aux stéréotypes et déstigmatiser, faire preuve de souplesse, de réactivité, favoriser la collaboration avec les prestataires et les ministères, être accessible, savoir se réformer (s'efforcer d'améliorer les programmes), faire preuve d'autorité, et enfin rendre des comptes[823].

L'*Examen* a étudié plusieurs modèles de système d'intervention, notamment un « ombudsman de l'intervention » indépendant et financé par l'État; un programme d'intervention civique bénévole; l'élaboration de mécanismes visant à donner de la formation et des pouvoirs aux personnes agissant déjà en tant qu'intervenant et à assurer leur coordination; et une Commission des mesures d'intervention, qui élaborerait des normes et des procédures, de même que des bureaux régionaux qui seraient dirigés par des conseils formés par la collectivité et dont le personnel comprendrait des coordonnateurs de l'intervention. L'*Examen* a finalement recommandé que cette dernière méthode, soit une « Commission des mesures d'intervention », soit retenue.

2. *La* Loi de 1992 sur l'intervention *et les dispositions relatives à l'intervention dans la* Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui *et la* Loi de 1992 sur le consentement au traitement

Comme nous l'avons vu à la partie Un, l'Assemblée législative de l'Ontario a adopté en 1992 une série de lois qui apportaient des changements radicaux au droit relatif à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle. Cette législation était le point culminant d'un processus long et intensif de réforme du droit qui comprenait l'*Examen O'Sullivan*, le *Rapport Fram* et l'*Enquête Weisstub* sur la capacité mentale. La question de l'intervention se trouvait au cœur des trois principales lois, la *Loi de 1992 sur l'intervention*, la LPDNA, et la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement.*

La *Loi de 1992 sur l'intervention*

Bien que la *Loi de 1992 sur l'intervention* ait été liée de près à la réforme des lois en matière de capacité et de tutelle, son objet était beaucoup plus large. Elle visait en effet à avoir une incidence sur la vie de nombreuses personnes qui n'entraient pas dans la portée du droit relatif à la capacité juridique et à la tutelle. Les objets de la *Loi de 1992 sur l'intervention* étaient les suivants :

> a) contribuer à accroître le pouvoir des personnes vulnérables et promouvoir le respect de leurs droits, de leurs libertés, de leur autonomie et de leur dignité;
>
> b) fournir des services d'intervention :

(i) pour aider les personnes vulnérables individuellement à exprimer leurs désirs et à leur donner suite, à s'informer de leurs droits et à les exercer, à parler en leur propre nom, à s'entraider et à former des organisations qui fassent valoir leurs intérêts,

(ii) pour aider individuellement les personnes vulnérables qui sont incapables de donner des instructions à un intervenant, s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il y a un risque de préjudice grave pour leur santé ou leur sécurité,

(iii) pour aider les personnes vulnérables à obtenir des changements systémiques sur les plans gouvernemental, juridique, social, économique et institutionnel;

c) faire en sorte que les stratégies de développement communautaire soient appliquées dans la prestation de services d'intervention;

d) tenir compte de la religion, de la culture et des traditions des personnes vulnérables;

e) faire en sorte que les collectivités autochtones puissent fournir leurs propres services d'intervention lorsque cela est possible;

f) reconnaître, encourager et accroître l'appui des particuliers, des familles et des collectivités visant la sécurité et le bien-être des personnes vulnérables[824].

La Loi s'appliquait aux « personnes vulnérables » de 16 ans et plus, expression qui s'entendait d'une personne qui « en raison d'une déficience, d'une maladie ou d'un trouble physiques ou mentaux modérés ou graves, qu'ils soient temporaires ou permanents, réels ou perçus : a) ou bien est incapable d'exprimer ses désirs ou d'y donner suite, ou de s'informer de ses droits ou de les exercer; b) ou bien a de la difficulté à exprimer ses désirs ou à leur donner suite, ou à s'informer de ses droits ou à les exercer »[825]. Elle s'appliquait également aux fins de la prestation de conseils en matière de droits et des autres services d'intervention qu'exigeaient la *Loi sur la santé mentale*, la LPDNA et la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*[826].

La Loi constituait la Commission d'intervention dont les fonctions étaient larges et comprenaient notamment les suivantes : promouvoir le respect des personnes vulnérables ainsi que le respect de leurs droits; fournir des services d'intervention sur le plan individuel et systémique, fournir des conseils en matière de droits et d'autres services d'intervention exigés en vertu des lois sur la capacité et la tutelle, fournir de la formation pour les intervenants, faire en sorte que les stratégies de développement communautaire soient appliquées dans la prestation des services d'intervention, encourager et accroître l'appui individuel, familial ou communautaire envers la sécurité et le bien-être des personnes vulnérables, établir les qualités minimales et les normes applicables aux intervenants et mettre en œuvre des programmes d'information et de vulgarisation[827].

Les intervenants n'étaient pas des mandataires spéciaux, ni n'avaient-ils l'autorité de prendre des décisions à la place d'une personne vulnérable ou en son nom[828]. Il leur était interdit de

faire quoi que ce soit qui soit incompatible avec les instructions que la personne avait données ou les désirs qu'elle avait exprimés alors qu'elle était capable de donner des instructions à l'intervenant. Une personne était considérée capable de donner des instructions à l'intervenant si elle était en mesure d'indiquer qu'elle désirait recevoir des services d'intervention ainsi que la raison pour laquelle elle désirait en recevoir et qu'elle était en mesure d'exprimer, de quelque manière que ce soit, ses instructions ou ses désirs. Cependant, l'intervenant pouvait également agir lorsque la personne vulnérable était incapable de donner des instructions, s'il y avait un risque de préjudice grave pour la santé ou la sécurité de la personne vulnérable; avant d'agir ainsi, l'intervenant devait prendre toutes les mesures raisonnables qui étaient nécessaires pour déterminer si la personne vulnérable était vraiment incapable de lui donner des instructions[829].

Si la personne vulnérable était incapable ou y avait consenti, l'intervenant pouvait obtenir les instructions d'un mandataire spécial, notamment un tuteur ou une personne agissant aux termes d'une procuration[830].

La *Loi* conférait aux intervenants des droits d'entrée et d'accès aux dossiers, et ces intervenants étaient liés par des devoirs de confidentialité et assujettis à des exigences précises relativement à la divulgation dans des situations limitées.

Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui et *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*

Les recommandations du Comité Fram relativement à l'intervention et à la prise de décision au nom d'autrui ont été examinées brièvement ci-dessus. La loi, dans sa version au moment de son adoption en 1992, s'en tenait de près à ces recommandations. En vertu de la LPDNA et de la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*, les intervenants se voyaient accorder un rôle à des points de transition clés dans les vies des personnes touchées par la loi, lorsque des droits importants étaient en jeu. À ces points, les responsabilités suivantes incombaient de façon générale aux intervenants :

- aviser la personne de la décision prise ou de la détermination faite à son égard;
- expliquer la signification de la décision ou de la détermination d'une matière qui tienne compte des besoins spéciaux de cette personne;
- expliquer les droits qu'avait la personne dans cette situation, comme un droit d'interjeter appel de la décision ou de la détermination;
- dans certains cas, l'intervenant était tenu de vérifier les désirs de la personne (par ex. si elle souhaitait contester la décision ou la détermination) et de transmettre ces désirs à l'organisme approprié (par ex. le TCP).

Aucune action relative à ces décisions ou déterminations ne pouvait être prise tant que l'intervenant ne s'était pas acquitté de ces devoirs, ou qu'il ait fait des efforts à cette fin et en ait été empêché.

L'intervention envisagée était donc d'un type relativement restreint (quoique important) : l'intervenant ne devait pas parler au nom de la personne, afin d'entreprendre des négociations ou de présenter des observations pour elle. Le cœur du rôle de l'intervenant était de s'assurer que la personne était consciente de sa situation, qu'elle comprenant ses droits et qu'elle disposait des renseignements nécessaires afin d'exercer ces droits. Ainsi, la fonction de l'intervenant en vertu des lois susmentionnées était très similaire à celle des conseillers en matière de droits que l'on trouve aujourd'hui.

Les situations dans lesquelles les intervenants (appelés « conseillers en matière de droits » dans le contexte de la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*, bien qu'ils aient eu l'obligation d'être des intervenants autorisés en vertu de la *Loi de 1992 sur l'intervention*) devaient agir comprenaient les suivantes :

- la nomination d'un tuteur légal aux biens à la suite d'un examen effectué en vertu de la *Loi sur la santé mentale*;
- la nomination du TCP à titre de tuteur temporaire à la suite d'une enquête sur des conséquences préjudiciables;
- les requêtes en vue de faire valider ou enregistrer des procurations au soin de la personne;
- les requêtes en mise sous tutelle d'origine judiciaire;
- les ordonnances judiciaires d'évaluation de la capacité, notamment les ordonnances visant l'appréhension de la personne pour la contraindre à l'évaluation;
- les constatations d'incapacité relativement à un traitement dans un établissement psychiatrique;
- les constatations d'incapacité relativement à des actes autorisés dans un établissement non psychiatrique;
- les requêtes à la CCC pour l'obtention de directives concernant les désirs exprimés précédemment par une personne;
- les requêtes à la CCC en vue d'obtenir la permission de ne pas respecter les désirs exprimés précédemment par une personne.

3. L'abrogation de la Loi de 1992 sur l'intervention *et les modifications aux lois relatives à la capacité et à la tutelle*

La *Loi de 1992 sur l'intervention* a été abrogée en 1996, tout de suite après une élection qui a entraîné un changement de gouvernement et avant son déploiement à grande échelle. (Malgré

son adoption en 1992, la loi n'a été proclamée qu'au printemps 1995, quelques mois avant l'élection). L'abrogation de la *Loi de 1992 sur l'intervention* s'est accompagnée de modifications à la LPDNA et à la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement* (qui a finalement été remplacée par la LCSS). Toutes les mentions des « intervenants » ont été retirées de la LPDNA et la fonction des conseillers en matière de droits en vertu de la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement* a été remplacée par une disposition beaucoup plus limitée prévoyant des renseignements relatifs aux droits dans des circonstances limitées.

On a soutenu que l'échec flagrant de cette initiative découlait d'une tentative d'en faire « trop, trop tard ». La Loi était la cible de larges critiques qui se concentraient non seulement sur les coûts qui y étaient associés, mais également sur la perception d'intrusion au sein des familles et dans les droits privés et sur ce qui a été vu comme un risque de miner les groupes professionnels et communautaires qui œuvraient dans ce domaine. Certains commentateurs ont dit que la loi reposait sur la compréhension que les intérêts des personnes vulnérables n'étaient pas nécessairement identiques à ceux de leur famille et des prestataires de services et, qu'en conséquence, elles avaient besoin d'une voix indépendante; le gouvernement n'a toutefois pas *[TRADUCTION]* « reconnu (au départ à tout le moins) que ses actions avaient pour effet de transformer les familles, les professionnels, les prestataires de logement – en fait toutes les « autres personnes » dans la vie d'une personne vulnérable – en adversaires potentiels »[831]. En conséquence, même si le concept d'intervention recevait un vaste soutien, il a été difficile de rallier un large appui de la part des intéressées relativement à cette loi, et le processus de mise en œuvre a été tellement retardé qu'il restait peu de chance de développer le soutien public à la suite de celle-ci.

h) QUESTION À ABORDER : que peut-on apprendre de l'histoire de la *Loi de 1992 sur l'intervention* afin de guider les réformes relativement à la prestation de mesures de soutien aux personnes visées par ce domaine du droit?

C. Mesures de soutien existantes relativement à l'accès aux lois de l'Ontario concernant la capacité, la prise de décision et la tutelle

La présente section examine les mécanismes officiels et professionnels qui soutiennent l'accès au droit pour les personnes directement touchées qui se retrouvent au cœur, ou gravitent autour, des lois ontariennes sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. Il faudrait prendre note qu'il ne s'agit pas d'une description exhaustive de toutes les mesures de soutien dont disposent actuellement les personnes visées par ces lois. Comme nous l'avons déjà mentionné, les membres de la famille et les amis agissent souvent en tant qu'intervenants informels. Les personnes peuvent recevoir du soutien de la part d'organismes d'intervention ou de consommateurs offrant des services bénévoles ou non. Certaines personnes sont en mesure d'avoir accès à des prestataires de services juridiques privés pour agir pour elles. Ce sont toutes

des sources de soutien importantes pour les personnes qui ont recours aux lois ontariennes sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle, et elles le resteront dans un avenir prévisible. La présente section traite plutôt des mécanismes de soutien officiels qui visent expressément ce domaine du droit.

1. Les conseillers en matière de droits et le Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques

Conseillers en matière de droits

La *Loi sur la santé mentale* crée une catégorie de conseillers en matière de droits désignés qui fournissent des conseils relatifs aux droits aux personnes dans certaines circonstances précises. Ces conseillers se trouvent dans les établissements psychiatriques désignés en vertu de la LSM, et ils sont également désignés relativement à la prise ou au renouvellement d'ordonnances de traitement en milieu communautaire en dehors d'un établissement psychiatrique[832]. La vaste majorité des conseillers en matière de droits en Ontario sont fournis par le Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques (BIPEP), qui fournit des conseillers en matière de droits aux dix établissements de soins psychiatriques spécialisés ou tertiaires et à 71 des 74 hôpitaux communautaires ou généraux ayant des unités psychiatriques (hôpitaux visés à l'annexe 1)[833]. Par ailleurs, les conseils en matière de droits sont donnés aux personnes (et à leur mandataire spécial le cas échéant) pour lesquelles on envisage la prise ou le renouvellement d'une ordonnance de traitement en milieu communautaire. Par ailleurs, le BIPEP forme tous les autres conseillers en matière de droits[834]. En 2011, le BIPEP a signalé avoir fourni des conseils en matière de droits à 350 patients dans des établissements de soins tertiaires qui avaient été reconnus incapables de gérer leurs biens et à 322 dont l'incapacité de gérer leurs biens avait été maintenue, les deux totalisant 9,1 p. cent des visites relatives à des conseils en matière de droits aux établissements de soins tertiaires[835]. Il a fourni des conseils en matière de droits à 646 patients d'établissements psychiatriques d'hôpitaux communautaires qui avaient été reconnus incapables de gérer leurs biens et à 353 dont l'incapacité avait été maintenue, ce qui compte pour 4,2 p. cent de ces visites[836].

Le BIPEP écrit ceci :

> *[TRADUCTION]* Le conseil en matière de droits garantit que les patients ayant des problèmes de santé mentale et dont le statut juridique a été modifié à titre de patient en cure obligatoire ou patient incapable reçoivent la même protection en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* que tout autre citoyen, notamment le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; le droit de ne pas être détenu ou emprisonné de façon arbitraire; et le droit, lorsqu'ils sont détenus, d'être informés des motifs de leur détention, de retenir les services d'un avocat sans délai et de contester les motifs de leur détention[837].

Il est notamment obligatoire de donner des conseils en matière de droits dans la situation où une personne est jugée incapable de gérer ses biens en vertu de la partie III de la LSM[838]. Comme nous l'avons vu plus en détail au chapitre II de la partie Trois, lorsqu'un médecin délivre un certificat d'incapacité ou un certificat de prorogation en vertu de la LSM, il doit en aviser promptement le patient et le conseiller en matière de droits. Ce conseiller doit alors rencontrer le patient, à moins que celui-ci refuse de le faire, et lui expliquer l'importance du certificat et le droit de faire examiner la question de son incapacité de gérer ses biens par la Commission du consentement et de la capacité (CCC). Si le patient le demande, le conseiller en matière des droits doit aider le patient à présenter sa requête à la CCC et à obtenir des services juridiques. L'obligation de fournir une explication sur une question est remplie en autant que le conseiller « l'explique de son mieux en tenant compte des besoins particuliers de la personne, même si celle-ci ne comprend pas l'explication »[839].

Le rôle des conseillers en matière de droits ne comprend donc pas de fonction de représentation ou de négociation pour la personne. Ceci est en partie dû au fait que les personnes ayant accès aux conseils en matière de droits auront dans la plupart des cas accès à un intervenant juridique, que ce soit par l'entremise de financement d'Aide juridique Ontario ou de la part d'un avocat du privé : il entre dans la fonction du conseiller en matière de droits de mettre les personnes en lien avec des services juridiques si elles le désirent.

Les conseillers en matière de droits ne doivent pas être eux-mêmes des prestataires de services : ils ne peuvent pas être des personnes qui participent directement aux soins cliniques à la personne qui reçoit les conseils, ni une personne qui fournit un traitement ou qui fournit des soins et exerce une surveillance aux termes d'une ordonnance de traitement en milieu communautaire (OTMC)[840]. Les conseillers en matière de droits doivent :

- être bien renseignés sur le droit de présenter une requête à la CCC que prévoient la LSM, la LCSS et la *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé*;
- être bien renseignés sur le fonctionnement de la CCC et sur la façon de se mettre en rapport avec elle et de lui présenter des requêtes;
- être bien renseignés sur la façon d'obtenir des services juridiques;
- posséder les aptitudes à la communication nécessaires pour remplir efficacement les fonctions de conseiller en matière de droits;
- avoir suivi avec succès un cours de formation approuvé qui est destiné aux conseillers en matière de droits et avoir été reconnus comme ayant suivi ce cours[841].

Bien qu'il existait au départ des préoccupations sur la possibilité que le système de conseillers en matière de droits soit exagérément contradictoire ou qu'il entre en conflit avec la capacité des professionnels de la santé de s'acquitter de leurs responsabilité, les conseillers en matière

de droits sont maintenant un élément bien établi et respecté du système relatif à la capacité et à la tutelle de l'Ontario.

Les critiques du système de conseils en matière de droits portent en général sur deux questions principales. La première est la fonction limitée qu'ont ses conseillers en matière de droits, qui se limite à certaines décisions prises en vertu de la LSM. Les exigences relatives aux renseignements en matière de droits en vertu de la LPDNA et de la LCSS font souvent l'objet de critiques voulant qu'ils ne soient pas assez efficaces. En vertu de la LCSS, plutôt que des conseils en matière de droits soient donnés à la suite d'une constatation d'incapacité juridique, c'est le professionnel qui évalue la capacité qui donne des renseignements relatifs aux droits. ACE a fait les commentaires suivants :

> *[TRADUCTION]* Les renseignements relatifs aux droits n'exigent pas que des documents particuliers soient remplis. Malheureusement, de nombreux praticiens de la santé ne respectent pas cette exigence minimale pour fournir des renseignements sur les droits aux personnes, ce qui signifie que celles-ci ne sont pas au courant des droits que la loi leur accorde et des procédures nécessaires pour exercer ces droits.
>
> ****
>
> Il existe également des problèmes avec les orientations relatives aux renseignements sur les droits des différents ordres professionnels ... Si l'on exigeait des professionnels de la santé qu'ils suivent les orientations de leurs ordres professionnels, ils pourraient faire l'objet d'instances disciplinaires lorsqu'ils ne fournissent pas de renseignements sur les droits. Les orientations des ordres professionnels ne veillaient toutefois pas nécessairement à ce que le patient obtienne les renseignements à des fins d'application régulière de la loi. En outre, certains se demandent si les ordres professionnels font respecter cette exigence relative aux renseignements sur les droits et prennent des mesures disciplinaires à l'égard des praticiens qui ne l'observent pas[842].

En outre, en vertu de la LPDNA, c'est au tuteur ou au procureur constitué en vertu d'une procuration qu'incombe la tâche d'expliquer les attributions du mandataire spécial à la personne visée par la prise de décision au nom d'autrui : non seulement cela risque de soulever des problèmes de conflits d'intérêts, mais puisque de nombreux, sinon la plupart, des procureurs et tuteurs n'ont qu'une connaissance imparfaite du droit, il s'agit d'un moyen de donner de l'information qui risque d'être peu efficace[843]. Il a été souligné que, dans au moins certaines des situations où des « renseignements sur les droits » sont actuellement offerts, il serait utile de fournir quelque chose de similaire à des conseils en matière de droits.

L'Arch Disability Law Centre appuie l'élargissement des services de conseils en matière de droits à toutes les personnes qui sont jugées incapables, peut-être par l'entremise d'un système de « visiteur » dans le cadre duquel des professionnels ou des bénévoles formés rendraient visite à toutes les personnes qui n'ont pas la capacité juridique, leur fourniraient des conseils en

matière de droits et répondraient à toute question qu'elles pourraient avoir à propos de l'arrangement concernant la prise de décision[844]. ARCH fait les observations suivantes :

> *[TRADUCTION]* Fournir des conseils en matière de droits aux personnes « incapables » est une manière pratique de promouvoir l'autonomie et l'indépendance, ainsi que la participation pleine et efficace. Le premier principe exige que les personnes ayant un handicap aient accès aux renseignements nécessaires afin de comprendre leurs droits et de les exercer. La prestation de conseils en matière de droits contribuera à garantir que les personnes « incapables » soient conscientes qu'elles peuvent participer aux décisions qui les concernent ou qu'elles peuvent contester les décisions des personnes qui prennent des décisions pour elles. Le fait d'avoir des connaissances sur les droits et les mécanismes pour les faire valoir procurerait un certain degré d'autonomisation aux personnes « incapables ». La prestation de conseils en matière de droits à chaque personne qui est assujettie à une certaine forme de prise de décision est une étape fondamentale vers la protection et la promotion des droits des personnes « incapables »[845].

D'autres critiques portaient sur des problèmes de mise en œuvre, surtout des défis que pose le fait de s'assurer que la fonction des conseillers en matière de droits est pleinement respectée, de sorte que ceux-ci soient en mesure de s'acquitter efficacement de leur mandat. Selon certains, des mécanismes plus efficaces sont nécessaires afin de garantir que les professionnels de la santé comprennent, respectent et appuient les exigences législatives relatives aux conseils en matière de droits.

Le Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques

Comme nous l'avons vu plus haut, le BIPEP joue un rôle essentiel dans la prestation de services d'intervention soutenus, indépendants et cohérents grâce à sa fonction de conseils en matière de droits. Surtout, cette fonction axée sur la personne se conjugue à un rôle systémique. Le mandat du BIPEP énonce les fonctions suivantes :

- faire progresser les droits légaux et civils des patients grâce au travail social individualisé et à l'intervention systémique;
- informer le patient, les membres de la famille, le personnel hospitalier et la collectivité sur les droits légaux et civils des patients;
- aider les patients des établissements psychiatriques à résoudre les plaintes qu'ils ont déposées, le cas échéant, par voie de négociation et selon leurs directives, et leur faciliter la tâche à cette fin (autonomie sociale);
- enquêter sur les incidents présumés et évaluer les réactions relatives à ces cas aux niveaux des institutions et du système;
- au besoin, recommander aux patients des ressources en matière de défense des droits dans la collectivité comme des organismes communautaires, des avocats ou des médecins pouvant leur donner une seconde opinion.

Le BIPEP propose de la documentation en langage clair relativement aux droits des patients et mène des activités de vulgarisation. Il a pris part à une large gamme d'initiatives de réforme du droit liées à son mandat, et il a été actif auprès des médias afin d'accroître la sensibilisation du public sur les questions des droits des patients. Il a également partagé son expertise avec d'autres institutions dans plusieurs territoires. Le BIPEP a eu une incidence considérable par son programme d'intervention systémique, notamment par des campagnes visant à accroître l'allocation pour besoins personnels, à veiller à l'accès aux droits de vote, à constituer des conseils des patients dans les hôpitaux psychiatriques provinciaux et à traiter de la question de la divulgation par la police de contacts non criminels liés à la santé mentale dans le cadre des vérifications de casiers judiciaires[846].

2. Avocat selon l'article 3

En vertu de la LPDNA (et donc aux fins de la capacité de gérer les biens ou de prendre des décisions relatives au soin de la personne), si la capacité d'une personne qui n'est pas représentée par un avocat est une question en litige dans une instance introduite en vertu de la présente loi, le tribunal peut faire prendre des dispositions pour faire représenter la personne par un avocat, et la personne est réputée capable de retenir les services d'un avocat et de le mandater.

Dans certains cas de ce genre, la personne peut être admissible à l'aide juridique et un certificat peut être délivré à cette fin. Si ce n'est pas le cas, la personne est responsable de ses propres frais de justice. La personne ou son tuteur aux biens ou son procureur constitué en vertu d'une procuration relative aux biens peut demander l'examen des honoraires juridiques demandés par l'avocat nommé aux termes de cet article.

« L'avocat selon l'article 3 » joue un rôle vital en vue d'assurer que les droits des personnes dont le manque de capacité juridique est allégué soient reconnus et défendus. Cependant, des avocats agissant à ce titre ont souligné à la CDO que, dans un nombre non négligeable de causes, la personne agissant alors à titre de tuteur ou exerçant une procuration pour la personne visée, a des intérêts contraires à ceux de cette personne, et que ces mandataires spéciaux ont une possibilité et un incitatif considérables à tenter de faire dérailler la représentation efficace par un avocat selon l'article 3. S'ils ont la garde physique de la personne, ils peuvent essayer de bloquer ou de limiter l'accès à l'avocat, ou ils peuvent tenter de surveiller les conversations entre l'avocat et le client, ou de les écouter clandestinement. Ils peuvent utiliser le contrôle qu'ils exercent sur les finances de la personne afin de bloquer ou de retarder déraisonnablement le paiement des honoraires juridiques. Ces difficultés peuvent miner la capacité de l'avocat selon l'article 3 de s'acquitter efficacement de son rôle et peut décourager les avocats d'accepter des clients en vertu de cet article. Il a été mentionné que des

réformes étaient nécessaires afin de réduire les possibilités que les mandataires spéciaux contrecarrent l'intention des dispositions de l'article 3.

3. Aide juridique

La *Loi de 1998 sur les services d'aide juridique* prévoit des services dans le domaine du droit de la santé mentale[847]. AJO fournit notamment des certificats aux clients qui se trouvent dans le système civil de santé mentale et qui exercent des droits à un examen devant la CCC en vertu de la LSM et de la LCSS. Les exigences d'admissibilité à un certificat d'aide juridique pour une audience devant la CCC sont assez souples en comparaison à d'autres domaines. Au cours de l'exercice 2010-2011, AJO a dépensé 2,8 millions de dollars pour des certificats relatifs à des requêtes à la CCC, ce qui comprenait la délivrance de 2 836 certificats et la tenue de 2 566 audiences. Pour mettre ces nombres en contexte, au cours de cet exercice, un total de 5 216 requêtes a été déposé devant la CCC.

L'article 81 de la LCSS énonce que si une personne qui est une partie à une instance devant la CCC peut être incapable et n'a pas de représentant en justice, la CCC peut ordonner à AJO de prendre des dispositions en vue de la représentation de la personne. Il faudrait prendre note que ceci n'oblige en rien AJO à délivrer un certificat relativement à cette représentation en justice si la personne n'est pas par ailleurs admissible. La personne sera alors responsable du paiement des frais de justice qui en découlent.

AJO possède des normes relatives aux listes qui régissent les avocats représentant des clients devant la CCC. En vertu de ces normes, les avocats inscrits sur la liste de la CCC devront répondre aux exigences suivantes :

- suivre une formation obligatoire sur la représentation devant la CCC;
- assister en tant qu'observateur à au moins une audience de la CCC avant de représenter un client d'AJO devant la CCC;
- conserver un niveau minimum d'expérience (en règle générale, trois mandats tous les deux ans);
- respecter les « Attentes d'AJO à l'égard des avocats inscrits sur la liste de la CCC », lesquelles comprennent entre autres des exigences liées aux communications avec les clients, aux mesures d'adaptation aux besoins des clients, à la préparation adéquate en vue des audiences et à la capacité de s'adapter aux situations.

Environ 100 avocats et avocates fournissent activement des services d'aide juridique en droit de la santé mentale (y compris relativement aux audiences devant la Commission ontarienne d'examen et devant la CCC).

AJO ne finance généralement pas les appels des décisions de la CCC devant la Cour supérieure. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, le manque d'accès à une représentation pour les personnes qui interjettent appel des décisions de la CCC et les retards que cela entraîne pour les règlements définitifs de questions urgentes constituaient un point de préoccupation considérable pour plusieurs des intéressés pendant les consultations préliminaires de la CDO.

AJO élabore actuellement une stratégie globale en matière de santé mentale, dont plusieurs aspects peuvent avoir une incidence importante sur les personnes qui sont visées par les lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle. L'objectif de la stratégie est d'augmenter et d'améliorer les services qu'AJO propose actuellement tout en consacrant de nouveaux programmes et de nouvelles ressources aux clients ayant des problèmes de santé mentale ou de toxicomanie. AJO a publié un document de consultation sur la stratégie et elle devrait publier officiellement la stratégie pour commentaires plus tard en 2014[848].

4. Cliniques juridiques spécialisées

Les cliniques juridiques spécialisées fournissent des services d'intervention tant systémique qu'auprès des personnes à propos d'une large gamme de questions auxquelles font face les groupes marginalisés de l'Ontario. Deux de ces cliniques, l'Arch Disability Law Centre (ARCH) et l'Advocacy Centre for the Elderly (ACE), ont consacré une part importante de leurs ressources aux questions liées à la capacité mentale, à la prise de décision et à la tutelle. Il faut toutefois prendre note que les deux cliniques disposent de ressources limitées et d'un personnel peu nombreux et qu'elles ne peuvent pas fournir de services de représentation directe aux personnes qui pourraient en avoir besoin, mais ne disposent pas des moyens de se les payer.

ACE, qui existe depuis 1984, propose des services juridiques aux personnes âgées à faible revenu de partout en Ontario. Ces services comprennent des conseils et une représentation individuels ou de groupe, de la vulgarisation juridique, du développement communautaire ainsi que des activités liées à la réforme du droit. Puisque les lois relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle peuvent avoir un effet disproportionné sur les Ontariens âgés, ACE y a accordé une importante centrale. ACE fournit des conseils et des renseignements sur des questions reliées à la capacité, au consentement aux soins de santé et à la planification préalable des soins et il prend part à des litiges stratégiques, y compris récemment à une intervention conjointe avec ARCH dans l'affaire *Cuthbertson c. Rasouli,* une décision de la Cour suprême du Canada portant sur le consentement au retrait d'un traitement[849]. ACE a contribué grandement à vulgarisation les questions liées à la capacité et à la prise de décision au nom d'autrui, de même qu'à l'élaboration de nombreuses publications sur le sujet, y compris des webinaires, des documents en langage clair et un outil destiné aux professionnels produit en collaboration avec l'Initiative nationale pour le soin des personnes âgées (INSPA). ACE joue

également un rôle dans les efforts de réforme du droit dans le domaine et prépare notamment des observations.

ARCH fournit une gamme semblable de services aux personnes handicapées. Ce centre possède une expérience considérable dans le travail avec les personnes ayant des problèmes liés à la capacité juridique ou pour lesquelles on tient erronément pour acquis qu'elles ont des problèmes de capacité en raison de leur handicap ou de leur médication. ARCH a déterminé que la capacité juridique constituait un domaine prioritaire de travail. ARCH a rédigé des documents d'orientation sur des questions liées à la capacité, par exemple sur le traitement de la question de la capacité devant les tribunaux administratifs, a offert des ateliers sur le droit relatif à la capacité à des personnes handicapées et à des travailleurs qui soutiennent les personnes ayant des déficiences intellectuelles. Sur le plan individuel, ARCH fournit des conseils aux personnes handicapées qui sont assujetties à une tutelle ou à d'autres formes de prise de décision au nom d'autrui, assiste les clients dans leurs négociations avec le TCP ou d'autres mandataires spéciaux, aide les clients à obtenir des évaluations de la capacité et à s'y préparer et assiste les clients dans les démarches visant à mettre fin à une tutelle. ARCH a participé à plusieurs causes importantes reliés au droit de la capacité et du consentement, y compris récemment l'affaire *Zheng* v. *Zheng*, une cause importante portant sur les ordonnances d'évaluation de la capacité dans le contexte des requêtes en vue de mettre fin à la tutelle[850].

5. Commentaires généraux

Comme le démontre ce qui précède, le système ontarien relatif à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle n'est pas dépourvu de mécanismes d'intervention et de soutien. Il existe un certain nombre de personnes et d'organismes qui visent à fournir des mesures de soutien tant officielles qu'informelles afin de donner du pouvoir aux personnes et de protéger les droits et qui sont vus à juste titre comme des éléments vitaux des lois sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle de l'Ontario.

Il est toutefois exact de dire que le système actuel n'est pas fondamentalement différent de ce qui était décrit, et jugé inadéquat, dans le *rapport du Comité Fram* et dans l'*Examen O'Sullivan*. Bon nombre des personnes qui sont vulnérables en raison d'un handicap, de l'isolement, d'un déséquilibre des rapports de force ou d'autres facteurs utilisent un système de justice et de prestation de services complexe sans avoir accès à du soutien officiel pour ce faire. Les services et les mesures de soutien qui existent sont fragmentés et ont une portée limitée.

Comme on l'a mentionné ici, deux des principales préoccupations dégagées au cours des consultations préliminaires étaient d'une part les difficultés que vivent les personnes lorsqu'elles utilisent les systèmes et les défis auxquels font face les prestataires de services qui les aident à le faire et, d'autre part, les préoccupations voulant que le système n'ait pas de

mécanismes efficaces pour garantir que les droits qu'énonce la législation soient respectés. Ces préoccupations peuvent être considérées directement reliées au manque d'accès à des renseignements, à des conseils et à une aide à l'utilisation qui soient indépendants, bien informés et destinés aux personnes directement touchées par la loi et à celles qui les soutiennent.

La *Loi de 1992 sur l'intervention* et les mesures connexes dans la LPDNA et la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement* ont échoué parce qu'on a estimé que leur coût était élevé, parce qu'on s'est inquiété de ce qu'elles étaient trop contradictoires et que l'on espérait que les personnes assurant le soutien informel, comme les membres de la famille et les amis, allaient s'acquitter de cette fonction. Que la *Loi de 1992 sur l'intervention* ait pu ou non être un mécanisme viable pour répondre aux besoins identifiés, son abrogation n'a pas supprimé le besoin d'avoir certains mécanismes pour exercer cette fonction, peu importe le nom qu'on pourrait leur donner.

Un examen de ce qui se fait dans d'autres administrations et dans d'autres domaines du droit en Ontario à l'égard des populations vulnérables a révélé que plusieurs systèmes comprennent des mécanismes, constitués de différentes manières, destinés à remplir cette fonction. Les sections qui suivent montrent certains modèles possibles. Il ne s'agit pas d'un examen exhaustif; il vise simplement à souligner certaines possibilités existantes. S'il est peu vraisemblable qu'un de ces modèles puisse être simplement transféré tel quel dans le système ontarien en matière de capacité juridique et de tutelle afin de remplir efficacement les besoins, ils peuvent néanmoins aider à dégager les éléments de certaines options susceptibles d'être envisagées dans la conception d'un mécanisme approprié à l'Ontario.

i) **QUESTION À ABORDER : existe-t-il des manières de renforcer les mesures de soutien existantes pour l'accès aux droits en vertu des lois relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle, notamment des conseils en matière de droits, des avocats selon l'article 3 et des services d'aide juridique à l'intention des personnes qui se retrouvent visées par ces lois? Y aurait-il moyen d'étendre ces mesures de soutien afin de toucher un plus vaste éventail de besoins?**

D. Modèles pour la prestation de mesures de soutien à l'accès au droit

Des mesures de soutien à l'accès au droit peuvent être fournies de différentes façons. Ci-dessous se trouvent des exemples de mesures de soutien fournis par des institutions publiques indépendantes et spécialisées, par des services intégrés dans des institutions qui entrent en contact avec les personnes susceptibles d'avoir besoin d'aide, et par du financement à des organismes communautaires. Ces exemples ne sont pas mentionnés à titre de propositions particulières dans le cadre des réformes des lois et des systèmes ontariens, mais plutôt en tant

qu'exemple à prendre en considération pour de possibles manières d'aborder les mesures de soutien dans le contexte ontarien.

1. Institutions d'intervention publiques spécialisées

La prestation de mesures de soutien par l'entremise d'un organisme d'intervention indépendant et financé par l'État vise à créer une organisation spécialisée, centralisée et experte, en mesure d'acquérir une compréhension profonde des questions en jeu et de la population qu'elle dessert, et de faire des liens entre les questions individuelles et systémiques. Deux exemples sont donnés ci-dessous. Le Victoria a dans son système pour la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle un « défenseur des personnes handicapées » spécialisé qui fournit un éventail de services et de mesures de soutien, notamment du soutien afin d'aider les personnes à avoir accès aux droits que la loi leur accorde. En Ontario, l'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes procure un point central pour l'intervention en faveur d'une population qui vit des restrictions importantes en ce qui a trait à l'expression et à l'accès au droit.

<u>État du Victoria : Bureau du défenseur des personnes handicapées</u>

Les institutions australiennes de « défenseur des personnes handicapées » fournissent un modèle d'intervention publique globale, indépendante et institutionnelle dans le contexte des lois sur la capacité et la tutelle. Plusieurs États australiens, notamment ceux du Queensland, du Victoria et de l'Australie-Méridionale, ont des « défenseurs des personnes handicapées » ou des organismes s'acquittant de fonctions semblables.

Depuis le milieu des années 1980, le Victoria a un fonctionnaire indépendant prévu par la loi appelé « *Public Advocate* », soit le défenseur des personnes handicapées, à qui incombe la vaste responsabilité de promouvoir et de protéger les droits et les intérêts des personnes handicapées. Le défenseur des personnes handicapées joue un double rôle de tuteur de dernier recours et d'« organisme de surveillance officiel » pour les droits des personnes handicapées en général. Les fonctions du défenseur des personnes handicapées sont les suivantes *[TRADUCTION]* :

a) promouvoir, faciliter et encourager la prestation, le développement et la coordination de services et d'institutions fournis par des organismes publics, communautaires et bénévoles en faveur de personnes handicapées dans le but de promouvoir le développement de l'aptitude et de la capacité de ces personnes d'agir de façon indépendante; de réduire au minimum les restrictions relatives aux droits des personnes handicapées; d'assurer l'utilisation maximale par les personnes handicapées de ces services et institutions; et d'encourager les organisations bénévoles ainsi que les membres de la famille, les tuteurs et les amis à participer à la prestation et à la gestion de ces services et institutions;
b) soutenir la création d'organisations œuvrant auprès des personnes handicapées, des membres de leur famille, des tuteurs et des amis dans le but de mettre sur pied des programmes d'intervention citoyenne et d'autres programmes d'intervention; d'entreprendre des projets de vulgarisation communautaire; et de promouvoir la responsabilité familiale et communautaire à l'égard des tutelles;

c) organiser, coordonner et promouvoir la sensibilisation et la compréhension avertie du public par la diffusion d'information relative aux dispositions de la loi intitulée *Guardianship and Administration Act* et d'autres textes législatifs relatifs les personnes handicapées;
d) enquêter, faire rapport et faire des recommandations au ministre sur tout aspect de l'application de la Loi que le ministre a renvoyé au défenseur des personnes handicapées[851].

Les fonctions du défenseur des personnes handicapées concernant les mesures de soutien individuelles comprennent l'obtention d'aide pour une personne handicapée auprès de tout ministère, établissement, « organisme d'aide sociale » ou prestataire de services, la présentation d'observations pour le compte d'une personne handicapée ou la représentation de celle-ci, ainsi que la prestation de conseils à toute personne à propos de la Loi[852].

La Commission de réforme du droit du Victoria déclare ce qui suit :

> *[TRADUCTION]* Le défenseur des personnes handicapées effectue de l'intervention tant systémique qu'individuelle. Ces expressions ont tendance à être employées dans des sens différents au sein de la collectivité. L'intervention peut toutefois se comprendre en termes larges comme étant « essentiellement le processus très ordinaire de se porter à la défense des droits des personnes qui sont traitées injustement ». Le défenseur des personnes handicapées décrit son travail d'intervention comme un service de « dernier ressort » qui « se concentre sur l'intérêt véritable de la personne handicapée qui présente des risques d'abus, d'exploitation ou de négligence[853].

L'intervention individuelle peut comprendre des appels téléphoniques, la rédaction de lettres, l'organisation de réunions, ou de l'aide pour la présentation de plaintes officielles, la médiation ou des instances judiciaires. L'intervention systémique découle du travail stratégique du défenseur des personnes handicapées, et comprend de la recherche, des mémoires et des rapports.

Au cours de l'exercice 2012-2013, le défenseur des personnes handicapées a fourni des services d'intervention à 394 personnes[854], en plus d'activités systémiques telles que des présentations relatives à des projets de loi, d'orientation, de règlement et de ligne directrice. Les dossiers d'intervention peuvent être renvoyés à partir du tribunal civil et administratif du Victoria (VCAT) (examiné au chapitre précédent), peuvent découler de demandes directes présentées au Bureau du défenseur des personnes handicapées ou peuvent venir de la propre initiative du défenseur des personnes handicapées. Ce dernier souligne également *[TRADUCTION]* « l'intention du bureau de rester centré sur l'intervention en faveur de toutes les personnes handicapées »[855]. Les services d'intervention individuelle peuvent viser des questions complexes, ou à court et à long terme. Le défenseur des personnes handicapées a récemment entrepris un projet d'intervention dans une unité sécurisée de soins prolongés, qui identifie les personnes ayant résidé dans ces unités pour de longues périodes afin de parler avec elles et avec leurs fournisseurs de soins et de clarifier les questions menant à la longue résidence dans

ces unités. Dans certains cas, une telle intervention peut mener à des changements dans le statut relatif à la résidence[856].

Lors des consultations de la Commission de réforme du droit du Victoria sur les réformes au droit de la tutelle, les fonctions d'intervention du défenseur des personnes handicapées ont reçu un fort appui, même si des suggestions ont été faites voulant qu'il serait utile de clarifier et de renforcer les dispositions législatives relatives à cette fonction. Certains ont fait part de préoccupations selon lesquelles, en raison du double rôle du défenseur des personnes handicapées en tant qu'intervenant et tuteur de dernier recours, les fonctions d'intervention étaient négligées en faveur de ses responsabilités en matière de tutelle.

Le défenseur des personnes handicapées a laissé entendre que ses fonctions d'intervention (particulièrement l'intervention individuelle) devaient reposer sur un ensemble de principes, et qu'en particulier, l'intervention devait :

- être fournie d'une manière qui fait la promotion du bien-être personnel et social de la personne;
- donner effet, dans la mesure du possible, aux désirs de la personne;
- être accomplie, si possible, en consultation avec la personne;
- être fournie de la manière la moins restrictive possible dans les circonstances pour la liberté de décision et d'action de la personne;
- aider la personne à vivre en sécurité et sans qu'elle subisse d'abus, d'exploitation ni de négligence;
- permettre à la personne de participer à la collectivité et d'y jouer un rôle dans toute la mesure du possible compte tenu des circonstances[857].

La Commission de réforme du droit du Victoria a recommandé des modifications afin de clarifier la fonction d'intervention du défenseur des personnes handicapées, y compris sa capacité à effectuer des interventions tant individuelles que systémiques et sa capacité d'intervenir dans des instances devant des tribunaux judiciaires ou administratifs dans le cadre de cette fonction, et de préciser que la fonction d'intervention devrait être guidés par un ensemble de principes en harmonie avec ceux de la législation en matière de tutelle dans son ensemble[858].

Le système de défenseur des personnes handicapées, bien qu'il ait une portée plus large que les personnes jugées incapables, est lié de près au système de capacité et de tutelle. Sa démarche est réactive (il n'est pas obligatoire de recourir à des défenseurs) et, pour la plus grande part, ponctuelle. L'échelle de ses activités d'intervention est relativement petite, mais ces activités sont intégrées dans ses activités de tuteur, d'enquêteur et de point central global pour les problèmes touchant les personnes handicapées. Il est en mesure d'entreprendre des

interventions individuelles et systémiques, et dans certains cas, les deux sont liées, comme dans le cas de l'initiative relative à l'unité sécurisée de soins prolongés susmentionnée.

Ontario : Intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes

L'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes de l'Ontario propose un exemple ontarien d'un programme officiel d'intervention qui fonctionne en dehors d'une structure institutionnelle organisée. L'intervenant provincial a une longue histoire remontant à la création de « l'Avocat des enfants » en 1978. Le bureau était situé au sein du ministère des Services sociaux et communautaires, et relevait du sous-ministre; il se concentrait sur la prestation de services d'intervention pour les enfants « difficiles à contenter » ou « incorrigibles ». Le poste a été reconnu en 1982 par la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* en tant que Bureau d'assistance à l'enfance et à la famille et, au fil du temps, il a graduellement commencé à entreprendre des interventions systémiques en plus des interventions individuelles[859].

En 2007, l'Assemblée législative a adopté la *Loi de 2007 sur l'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes* avec le soutien de tous les partis. L'intervenant est nommé a par le lieutenant-gouverneur en conseil pour un mandat de cinq ans[860], sur recommandation d'un comité composé de tous les partis. Il relève directement de l'Assemblée législative plutôt que d'un ministère. L'intervenant doit déposer un rapport annuel devant l'Assemblée législative. Il intervient en faveur des enfants en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, à l'égard d'enfants dans des écoles provinciales ou des écoles d'application et des enfants et des jeunes en ce qui concerne les questions soulevées lors de leur détention dans des cellules de détention des palais de justice (ou de leur transport à destination ou en provenance de celles-ci)[861]. L'intervenant a adopté son énoncé de mission : « Le Bureau de l'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes sert les jeunes qui sont pris en charge par l'État et ceux qui vivent en marge des soins fournis par l'État au moyen d'une intervention individuelle, systémique et stratégique. Le Bureau s'efforce, à tous ses niveaux d'activité, d'être une référence quant à la participation auprès des jeunes »[862].

L'intervenant est investi de larges pouvoirs afin de s'acquitter de ses fonctions. Il peut, entre autres, recevoir des plaintes, représenter les points de vue et les préférences des personnes auprès des agences et des prestataires de services, recourir à des méthodes informelles de règlement des différends entre les personnes et les prestataires de services, effectuer des examens (soit en réponse à des plaintes, soit de sa propre initiative), faire des rapports, fournir des conseils et faire des recommandations, fournir des renseignements sur la manière d'avoir accès à des services approuvés, et procéder à des examens systémiques. Il ne peut pas représenter des personnes devant un tribunal judiciaire ou administratif[863].

Selon l'intervenant, son travail porte sur trois fronts : intervention individuelle, intervention systémique et développement communautaire[864]. En 2011-2012, l'intervenant a reçu près de 3 500 demandes d'assistance et a entrepris un large éventail d'activités, notamment la prestation d'aide à des enfants et jeunes des Premières Nations dans la rédaction d'un contre-rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies relativement aux injustices dans le financement de la vulgarisation; la création du *Livre de ma véritable histoire* qui donne un aperçu du système de bien-être de l'enfance du point de vue des enfants et des jeunes pris en charge par ce système; le rapport et les tournées *Notre voix, Notre tour* sur les enfants qui sortaient du réseau de soins, l'élaboration d'une soumission à la Commission d'examen du système d'aide social, la création d'une base de données sur les enquêtes pour soutenir les interventions en lien avec les décès des enfants qui étaient visés par le mandat de l'Intervenant, des examens réguliers de foyers de groupe, et bien d'autres encore.

Les prestataires de services et les agences sont tenus d'informer les enfants confiés à leurs soins de l'existence et du rôle de l'Intervenant. Ils doivent également leur fournir des renseignements sur la manière de communiquer avec l'Intervenant et, lorsque l'enfant ou le jeune le souhaite, ils doivent lui fournir les moyens de le faire de façon privée et sans délai[865]. La loi prévoit en outre un accès à l'information et la protection de la confidentialité[866].

Reflet d'une démarche large et fondée sur les principes, la *Loi* précise que, pour son interprétation et son application, il faut tenir compte des principe formulés dans la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* et du fait qu'il est souhaitable que la charge de l'Intervenant donne « l'exemple en ce qui concerne la participation constructive des enfants et des jeunes dans tous les aspects de ses services d'intervention »[867].

2. Mesures de soutien institutionnelles intégrées

Outre la prestation de mesures de soutien adaptées par l'entremise d'institutions spécialisées, des mesures de soutien et d'intervention peuvent également être intégrées dans des structures institutionnelles plus larges, ayant le mandat de fournir des mesures de soutien proactives et universelles à des points déterminés où des droits sont en jeu. Il s'agit du modèle selon lequel fonctionnent les conseils en matière de droits qui existent en ce moment en Ontario. Comme nous l'avons vu dans la discussion relative aux conseillers en matière de droits, ce programme reçoit un soutien ferme de la part des intéressés, et il a été proposé que ce programme, ou un autre semblable, soit étendu à d'autres domaines ou populations. Deux exemples de programmes de soutien et d'intervention dans ce domaine du droit qui fonctionnent dans des contextes différents ou plus larges que le programme des conseillers en matière de droits sont examinés ci-dessous. Les intervenants indépendants en matière de capacité mentale (*Independent Mental Capacity Advocates*) (les IICM) du Royaume-Uni fonctionnent sous l'égide du service de santé national de ce pays afin de fournir des services d'intervention dans le

contexte du traitement et des soins à long terme de personnes dépourvues de la capacité juridique qui n'ont pas le soutien de membres de leur famille ou d'amis. Les agents d'examen (*Review Officers*) en Alberta proposent des services et du soutien aux personnes faisant l'objet de processus de nomination par le tribunal liés à la capacité juridique et à la prise de décision.

Royaume-Uni : intervenants indépendants en matière de capacité mentale

La loi intitulée *Mental Capacity Act 2005* comprend un cadre de droits légaux à l'intervention dans des circonstances déterminées. Elle crée un service d'intervenants indépendants en matière de capacité mentale (IICM), qui est responsable d'aider *[TRADUCTION]* « les personnes particulièrement vulnérables n'ayant pas la capacité de prendre des décisions importantes à propos de traitements médicaux graves et de changements dans leur logement et qui n'ont aucun membre de leur famille ou ami qu'il serait indiqué de consulter relativement à ces décisions »[868]. Un IICM *doit* entrer en jeu relativement à une personne incapable qui n'a personne pour la soutenir, chaque fois qu'un traitement médical sérieux est proposé, ou qu'un hébergement résidentiel de longue durée est envisagé[869]. Les IICM *peuvent* jouer un rôle dans les examens des dossiers et dans les cas de protection des adultes[870]. Les autorités locales ou le service de santé national (selon ce qui est pertinent) (« la partie responsable ») sont responsables de prendre les dispositions pour une intervention de l'IICM lorsqu'elle est exigée ou appropriée.

La fonction de l'IICM est de soutenir et de représenter la personne. Pour faciliter cette fonction, la loi lui accorde un droit d'accès aux dossiers de soins de santé et de soins sociaux nécessaires et elle lui permet de rencontrer la personne de façon privée. Tout renseignement ou dossier que fournit l'IICM doit être pris en compte relativement à la décision en cause. Le *Code de pratique* définit les devoirs de l'IICM et précise qu'il doit :

- être indépendant de la personne prenant la décision;
- fournir du soutien à la personne n'ayant pas la capacité juridique;
- représenter la personne dépourvue de capacité dans le cadre de discussions visant à déterminer si la décision proposée est dans *[TRADUCTION]* « l'intérêt véritable » de la personne au sens de la Loi;
- fournir des renseignements afin d'aider à déterminer ce qui est dans l'intérêt véritable de la personne;
- soulever des questions ou contester des décisions qui semblent ne pas être dans l'intérêt véritable de la personne[871].

Le *Code de pratique* pris en application de la *Mental Capacity Act 2005* insiste sur le devoir de l'IICM de s'assurer des désirs, des valeurs et des préférences de la personne :

> *[TRADUCTION]* L'IICM se doit d'essayer de déterminer quels pourraient être les désirs et sentiments de la personne, et quelles pourraient être ses croyances et valeurs sous-jacentes. L'IICM devrait tenter de communiquer tant oralement qu'autrement avec la personne qui peut être incapable, de la manière qui est appropriée. Par exemple, ce pourrait être en utilisant des images ou des photographies. Il existera toutefois des situations où la personne ne peut pas communiquer du tout (par exemple, si elle est inconsciente). L'IICM peut alors parler avec d'autres professionnels ou des aidants rémunérés qui ont pris part aux soins ou aux traitements actuels ou antérieurs. L'IICM pourrait également devoir examiner les dossiers de santé et de soins sociaux de la personne ainsi que tout écrit énonçant ses préférences que la personne peut avoir fait pendant qu'elle avait la capacité de le faire[872].

Les IICM sont tenus d'avoir une expérience particulière, d'avoir suivi la formation des IICM et d'être des personnes intègres et de bonne réputation, en mesure d'agir de façon indépendante[873]. Les « organismes responsables » devraient mettre sur pied des mécanismes de règlement des différends, de même que des procédures, de la formation et des programmes de sensibilisation afin de garantir que le personnel sache quand ils doivent informer un IICM et à ce qu'ils disposent de l'information pertinente pour ce faire; conserver les dossiers pertinents relatifs aux activités de l'IICM; consigner la manière dont le prestataire de services a tenu compte du rapport de l'IICM et des renseignements qu'il a donnés dans le cadre du processus de détermination de l'intérêt véritable de la personne; donner accès à tous les dossiers pertinents selon ce qui a été demandé et transmettre les renseignements pertinents; informer toutes les personnes pertinentes qu'un IICM a été avisé, et enfin informer l'IICM de la décision définitive et des motifs de celle-ci[874].

Comme dans le cas des conseillers en matière de droits, les activités des IICM :

- sont prévues par la loi, celle-ci imposant aux institutions pertinentes la responsabilité de faciliter leur travail;
- sont orientées vers des décisions précises ou des points tournants où les personnes sont particulièrement vulnérables;
- portent principalement sur l'intervention en faveur de la personne.

La fonction des IICM comporte quelques différences importantes par rapport à celle des conseillers en matière de droits. Le soutien cible un éventail plus large de situations, notamment celles qui, en Ontario, sont visées par des renseignements relatifs aux droits plutôt que par des conseils en matière de droits. Cependant, les mesures de soutien ne visent que les personnes les plus vulnérables, soit celles qui ne disposent d'aucun soutien informel.

Deuxièmement, la tâche des IICM ne consiste pas uniquement à fournir des renseignements et à faciliter la contestation d'une décision, mais plus largement à représenter la personne.

Cette fonction des IICM doit se comprendre dans le contexte du régime de la capacité juridique et de la tutelle de l'Angleterre et du Pays de Galles, lequel est très différent de celui de l'Ontario sur plusieurs aspects importants. Tout d'abord, la loi reconnaît explicitement le rôle que les accompagnateurs jouent pour aider une personne à prendre une décision : l'un des principes clés de la MCA est que les personnes doivent être soutenues autant que possible dans la prise d'une décision avant de parvenir à la conclusion qu'elles n'ont pas la capacité de la prendre. Le soutien peut comprendre la fourniture de renseignements dans des médias substituts, le fait de s'assurer que les contextes sont appropriés et que du temps est accordé pour les discussions, ou le fait de permettre à des membres de la famille ou à des amis de fournir de l'aide ou du soutien. Dans ce contexte, l'IICM pourrait être considéré comme jouant le rôle d'accompagnateur pour une personne qui n'a pas de soutien informel.

D'autre part, lorsqu'une personne est jugée incapable, et qu'elle n'a pas de procuration permanente ou de mandataire nommé par le tribunal, le travailleur de la santé ou le travailleur social prendra la décision dans l'intérêt véritable de la personne visée. En conséquence, la fonction de l'IICM devient un contrepoids essentiel au pouvoir des professionnels qui décideront pour le compte de leur client. L'IICM est la dernière protection pour les droits de la personne jugée incapable : son rôle de représentation de la personne et de contestation des décisions constitue une protection procédurale fondamentale.

Alberta : agents d'examen

Dans le cadre de son système de requêtes en vue d'obtenir des ordonnances de prise de décision en commun, de tutelle et portant nomination d'un fiduciaire, la nouvelle loi albertaine relative à la mise sous tutelle d'adultes, intitulée *Guardianship and Trusteeship Act*, crée une fonction d'agent d'examen rattaché au tuteur et curateur public. Lorsque le tribunal reçoit une requête en vue de la nomination d'un codécideur, d'un tuteur (à la personne) ou d'un fiduciaire (pour les questions financières) autre que le tuteur et curateur public, un agent d'examen doit fournir au tribunal un rapport écrit qui énonce ce qui suit :

- les opinions et les désirs de la personne qui fait l'objet de la requête;
- le caractère convenable de chacun des codécideurs, tuteurs ou fiduciaires, de même que toute solution de rechange proposée[875];
- dans le cas des « requêtes administratives », le respect, par l'agent d'examen, d'un certain nombre d'exigences procédurales[876];
- tout autre commentaire que l'agent d'examen estime pertinent à la requête[877].

Le tribunal doit tenir compte de ces rapports pour prendre sa décision[878], à moins que la requête ne soit urgente[879].

Les requérants qui veulent obtenir une ordonnance de prise de décision en commun, de tutelle ou portant nomination d'un fiduciaire doivent présenter à l'agent d'examen un ensemble complet de documents dans les formats exigés, qui comprend notamment des références personnelles, un consentement à une vérification du casier judiciaire et, dans le cas des nominations de tuteur et de fiduciaire, un plan détaillé[880].

L'agent d'examen est tenu :

- de rencontrer personnellement la personne qui fait l'objet de la requête;
- d'expliquer la nature et l'objet de la requête, et le fait que la personne a le droit de demander la tenue d'une audience ainsi que d'assister à cette audience et d'y présenter des observations;
- de vérifier les opinions et désirs de la personne à propos de la requête[881].

La fonction de l'agent d'examen est en quelque sorte analogue à celle d'un conseiller en matière de droits, en ce qu'il se concentre sur les questions individuelles; il a un rôle proactif (c'est-à-dire que chaque personne qui fait l'objet d'un type particulier de décision y a un accès obligatoire); et il se concentre sur la fourniture de renseignements et sur la communication des points de vue plutôt que sur la représentation ou la négociation.

Les conseillers en matière de droits intègrent le processus lorsqu'une détermination modifiant le statut de la personne a déjà été faite. Les agents d'examen jouent leur rôle au début du processus, avant qu'une décision ne soit prise. Cette façon de faire a plusieurs ramifications importantes sur leur rôle dans le système global en matière de capacité juridique, de prise de décision et de tutelle. On retrouve par ailleurs des différences importantes dans la manière dont la fonction de soutien est envisagée, notamment les suivantes :

- l'exigence de vérifier les opinions et désirs de la personne touchée et d'en faire rapport donne à l'agent d'examen un rôle important de promotion de la voix de la personne;
- l'agent d'examen a également une fonction d'évaluation des options qui est assez différente de celle du conseiller en matière de droits;
- puisqu'il relève du TCP, l'agent d'examen n'est pas une structure indépendante;
- la fonction de l'agent d'examen n'a pas l'élément systémique que le Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques fournit au système ontarien.

3. Mesures de soutien fournies par des organismes

Les mesures de soutien peuvent par ailleurs être fournies d'une manière décentralisée, par le financement d'organismes communautaires qui ont des liens avec les collectivités concernées. Cette façon de faire permet de fournir les mesures de soutien dans le cadre d'une conception plus générale des besoins de la personne touchée, par l'entremise d'organisations qui

possèdent déjà des profils et des relations solides avec les collectivités et les personnes visées. Le Programme de protection des adultes de l'Ontario est un exemple d'un tel service de soutien.

Ontario : Programme de protection des adultes

Le Programme de protection des adultes (PPA) existe en Ontario depuis 1974. Il est actuellement régi par la *Loi de 2008 sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle* (LSSFISPDI), sous l'égide du ministère des Services sociaux et communautaires (MSSC). En vertu de la LSSFISPDI, le MSSC finance les organismes parrains appropriés (habituellement des prestataires de services généraux) afin qu'ils offrent des programmes gratuits de protection des adultes aux personnes admissibles.

Le PPA vise à proposer un soutien aux adultes ayant une déficience intellectuelle qui habitent seuls (sauf quelques exceptions) afin qu'ils vivent « dans la collectivité de la façon la plus autonome, la plus sûre et la plus sécuritaire possible ». Les travailleurs du PPA œuvrent directement avec les personnes admissibles sur une base volontaire, celles-ci étant des participants actifs à toutes les étapes de la relation.

Le PPA fournit les services suivants :

1) Intervention en faveur des personnes qu'il dessert, afin de les aider à avoir accès à des soutiens communautaires généraux, à demander des services financés par l'État et à les aider par ailleurs à vivre en sécurité dans la collectivité;
2) Aide aux personnes afin de définir leurs points forts et leurs besoins et leur fournir des renseignements et des recommandations;
3) Coordination et gestion de cas des ressources communautaires, des plans de services et de la liaison avec les autres prestataires de services;
4) Offre de soutien dans d'autres domaines, comme la résolution de problèmes, le développement des aptitudes à la vie quotidienne, l'éducation générale et la conscientisation.

Les *Lignes directrices du Programme de protection des adultes* de 2012 du MSSC énoncent ce qui suit :

> Dans le rôle de défenseur, l'intervenante ou intervenant en protection des adultes travaille avec des services et organismes communautaires pour :
>
> - veiller, dans le cadre de son mandat et de ses pouvoirs, à ce que les droits de l'adulte ayant une déficience intellectuelle soient reconnus et respectés
> - informer cette personne de ses droits.

> Avant d'agir à titre de défenseur, l'intervenante ou intervenant en protection des adultes détermine la mesure dans laquelle la personne ayant une déficience intellectuelle comprend une situation potentiellement dangereuse ou complexe et peut parler en son nom propre[882].

Les travailleurs du PPA ne prennent pas de décisions pour le compte des personnes, ni n'agissent à titre de tuteur ou aux termes d'une procuration. Les *Lignes directrices* insistent : « Bien que l'intervenante ou intervenant en protection des adultes puisse aider les personnes à prendre des décisions saines et sécuritaires, en fin de compte, la décision définitive appartient à l'adulte ayant une déficience intellectuelle qui est capable de prendre les décisions en question »[883]. Dans des cas exceptionnels, l'intervenant du PPA peut agir *temporairement* à titre de fiduciaire pour le soutien du revenu du POSPH, pendant que des solutions de rechange pour ce service sont mises en place[884].

j) **QUESTION À ABORDER : que peut-on apprendre des mesures de soutien relatives à l'accès au droit dans d'autres administrations ou dans d'autres programmes ontariens?**
k) **QUESTION À ABORDER : faudrait-il proposer du soutien de manière proactive, ou à la suite de la demande de la personne? Est-ce que cela est différent à divers points du système?**
l) **QUESTION À ABORDER : qui devrait proposer des mesures de soutien à l'accès au droit dans ce domaine? Par exemple, devraient-elles être fournies par des organismes communautaires ou une institution publique spécialisée ou devrait-il s'agir de mesures de soutien institutionnelles intégrées?**

MESURES DE SOUTIEN POUR ACCÉDER AU DROIT : L'UTILISER, RÉSOUDRE DES PROBLÈMES, S'EXPRIMER

E. Questions à aborder

1. **Quels types de mesures de soutien sont les plus importants afin d'aider les personnes visées par ce domaine du droit à comprendre et à faire valoir leurs droits? Le soutien devrait-il se concentrer sur la fourniture rapide de renseignements accessibles et appropriés, sur l'aide pour s'y retrouver dans des systèmes complexes, sur le fait de soutenir les personnes touchées pour qu'elles expriment leurs valeurs et leurs souhaits, sur le soutien à défendre leurs droits, ou sur d'autres besoins?**
2. **Que peut-on apprendre de l'histoire de la *Loi de 1992 sur l'intervention* afin de guider les réformes relativement à la fourniture de mesures de soutien aux personnes visées par ce domaine du droit?**
3. **Existe-t-il des manières de renforcer les mesures de soutien existantes pour l'accès aux droits en vertu des lois relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle, notamment des conseils en matière de droits, des avocats selon l'article 3 et des services d'aide juridique à l'intention des personnes qui se retrouvent visées par ces lois? Y aurait-il moyen d'étendre ces mesures de soutien afin de toucher un plus vaste éventail de besoins?**
4. **Que peut-on apprendre des mesures de soutien relatives à l'accès au droit dans d'autres administrations ou dans d'autres programmes ontariens?**
5. **Faudrait-il proposer du soutien de manière proactive, ou à la suite de la demande de la personne? Est-ce que cela est différent à divers points du système?**
6. **Qui devrait proposer des mesures de soutien à l'accès au droit dans ce domaine? Par exemple, devraient-elles être fournies par des organismes communautaires ou une institution publique spécialisée ou devrait-il s'agir de mesures de soutien institutionnelles intégrées?**

IV. ACCÈS À L'INFORMATION ET VULGARISATION

A. Introduction

L'une des questions dominantes tout au long du présent *document de travail* est l'effet du manque profond de connaissances et de compréhension de ce domaine du droit sur sa mise en application constructive et efficace. Ceci vise chaque aspect du droit, et chaque groupe qui se trouve touché par lui. Le présent chapitre réunit des éléments de l'ensemble du *document de travail* afin d'examiner attentivement ce problème.

Quatre groupes doivent comprendre la loi afin que celle-ci puisse être mise en application de la manière prévue :

1. les personnes directement touchées (celles qui ne jouissent peut-être pas de la capacité ou qui ont été reconnues incapables, ou qui tentent de créer des autorisations, comme des procurations, afin de prendre des dispositions en vue de décider à l'avenir);
2. les personnes qui agissent pour d'autres personnes dont l'incapacité a été constatée : le chapitre II de la partie Trois l'a montré, il s'agit le plus souvent de la famille et d'amis, mais il peut aussi s'agir d'autres personnes;
3. les personnes qui fournissent les renseignements, les conseils et le soutien à ceux et à celles ayant des rapports avec le régime ontarien de la capacité juridique et de la tutelle - intervenants, organismes communautaires, prestataires de services sociaux par exemple;
4. les professionnels chargés de mettre la loi en application, comme ceux qui évaluent la capacité, obtiennent des consentements ou sont responsables de veiller au respect de la loi.

Chacun de ces groupes possède des besoins différents en matière d'information, et fait face à différentes possibilités et à différents obstacles pour avoir accès à de l'information et à de la formation.

Comme nous l'avons souligné au fil du présent *document de travail*, l'éventail des personnes réellement ou potentiellement touchées par le présent domaine du droit est très large. Par exemple, toute personne peut décider qu'il est souhaitable de créer des documents de planification comme des procurations, lorsqu'elle fait des plans pour les imprévus. Ainsi, outre la formation et les renseignements destinés à des groupes particuliers, il peut être essentiel d'avoir une stratégie plus vaste de vulgarisation. Il est certain que des efforts importants de vulgarisation ont été faits lors de l'entrée en vigueur des lois actuelles.

Il faudrait remarquer que dispenser des renseignements n'est pas une panacée pour tous les problèmes que connaît ce domaine du droit. L'information en elle-même ne crée pas l'aptitude à agir à partir de celle-ci. Des réformes liées à l'accès à l'information devraient être envisagées de concert avec d'autres réformes potentielles, comme l'amélioration du règlement des différends, des processus simplifiés ou plus souples ou des mécanismes supplémentaires de contrôle et de surveillance.

- **QUESTION À ABORDER : Comment est-ce que l'information, la vulgarisation et la formation relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle, pourraient être mieux coordonnées et rendues plus accessibles au grand public et à ceux et celles qui en ont besoin?**

B. Les personnes directement touchées par la loi

1. Accès à l'information pour les personnes âgées et les personnes handicapées

L'importance de l'accès à l'information relative au droit, et les obstacles à cet accès, était un thème récurrent dans les deux projets-*cadres*. Comme l'énonce le *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*, lorsqu'il existe une lacune en matière d'accès à l'information à propos des droits et des recours prévus par la loi, « l'autonomie des personnes handicapées peut être brimée, du fait que celles-ci sont incapables de faire des choix éclairés en ce qui concerne les lois, les politiques et les programmes qui peuvent les toucher »[885].

Pendant les consultations relatives au *Cadre du droit touchant les personnes âgées,* bon nombre de personnes âgées ont exprimé le fait qu'elles se sentaient mal informées à propos de leurs droits et des options juridiques dont elles disposent : dans des groupes témoins, de nombreux participants ont eu de la difficulté à identifier les endroits où ils pourraient aller afin de trouver des renseignements sur leurs droits et responsabilités. Ceci était particulièrement vrai pour certains groupes, comme les nouveaux arrivants âgés.

Divers obstacles à l'accès à l'information ont été mentionnés tant à l'égard des personnes âgées que des personnes handicapées. Ceux-ci comprenaient un manque de renseignements accessibles pour les personnes handicapées et le fait que l'on se fie grandement sur les renseignements accessibles en ligne, particulièrement du fait que les personnes âgées ou handicapées sont plus susceptibles, pour différentes raisons, d'avoir un accès limité à la technologie. En outre, les personnes ayant un faible revenu peuvent avoir plus de difficultés à trouver des renseignements exacts et complets qui s'appliquent à elles, et les personnes handicapées tout comme les personnes âgées risquent davantage de vivre avec un faible revenu. Par ailleurs, les besoins d'information naissent souvent lorsque les personnes vivent des crises, et elles ont dans ces moments-là plus de difficultés à s'y retrouver dans des systèmes complexes et dans les multiples dédales de la bureaucratie[886].

2. Dispenser des renseignements aux personnes touchées en vertu de la Loi

Commentaires généraux

Pour garantir que les personnes directement touchées par ce domaine du droit soient en mesure d'avoir efficacement accès à leurs droits, elles doivent obtenir des renseignements à propos :

- des dispositions pertinentes de la loi;
- des effets potentiels de la loi sur leur situation particulière;
- des possibilités dont elles disposent afin de contester une décision ou une instance;
- des ressources disponibles afin de les aider à le faire.

Pour que cette information soit utile, elle doit être :

- **accessible** dans le sens le plus large du terme, compte tenu des besoins de mesures d'adaptation en raison des handicaps, de la diversité des personnes touchées par la loi (y compris la diversité culturelle et linguistique), de la situation des personnes vivant dans des habitations collectives et dans des régions rurales ou isolées ainsi que des obstacles auxquels font face les personnes à faible revenu;
- **obtenue en temps opportun**, de sorte que les personnes la reçoivent aux points de transition clés quand elle leur est utile;
- **appropriée** en ce qui a trait au type de renseignements qui sont fournis;
- **fiable**, c'est-à-dire sans partialité ni conflit d'intérêts.

Les moyens par lesquels les personnes peuvent avoir accès à l'information varieront en fonction du point précis où elles se trouvent dans le système relatif à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle. C'est donc dire que les meilleurs mécanismes pour fournir des renseignements aux personnes qui envisagent la création d'une procuration seront différents de ceux applicables aux personnes qui font l'objet d'une requête en tutelle, ou de celles qui sont préoccupées par le fait que leurs tuteurs outrepassent les limites de leur pouvoir. Parmi les points clés auxquels des personnes peuvent avoir besoin de renseignements à propos de leurs droits et recours, citons les suivants :

- évaluation de la capacité;
- nomination ou fin de la nomination d'un mandataire spécial, que ce soit par une nomination personnelle, une nomination publique ou une nomination automatique (par ex. la liste par priorité de rang selon la LCSS);
- lorsqu'un mandataire spécial prend des décisions clés touchant des droits importants;
- en cas de préoccupations relatives à un mauvais usage ou à un usage abusif de pouvoirs prévus par la loi.

ACCÈS À L'INFORMATION ET VULGARISATION

Exigences actuelles en matière d'information

Comme nous l'avons vu plus en détail ailleurs dans le présent *document de travail*, la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA*)*, la partie III de la *Loi sur la santé mentale* (LSM) ainsi que la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* (LCSS) comprennent certaines exigences relativement aux renseignements qui doivent être fournis aux personnes touchées à des points de transition clés.

Évaluation de la capacité : le chapitre II de la partie Trois expose les exigences que prévoient les lois quand il s'agit de renseigner les personnes qui subissent une évaluation de la capacité. Comme une telle évaluation peut dans plusieurs cas avoir des effets automatiques très considérables sur le statut et les choix de la personne, il est crucial que soient fournis des renseignements sur l'effet juridique de l'évaluation, sur les droits de la personne et sur les options dont elle dispose.

- Examen de la capacité de gérer ses biens en vertu de la *Loi sur la santé mentale* (LSM) : les personnes qui subissent ces examens ont le droit d'être avisées de la délivrance d'un certificat d'incapacité et ont droit à la prestation prompte de conseils sur leurs droits par un conseiller en matière de droits spécialisé. Le conseiller en matière de droits proposera de l'information au patient à propos de l'importance du certificat et de son droit d'interjeter appel.
- Évaluation de la capacité à l'égard d'un traitement en vertu de la LCSS : une constatation d'incapacité doit être communiquée à la personne. En dehors des établissements psychiatriques, la forme et le contenu de l'avis varie selon les lignes directrices de l'ordre professionnel régissant la profession.
- Évaluation de la capacité à consentir à l'admission dans un établissement de soins de longue durée ou à des services de soins personnels en vertu de la LCSS : la LCSS n'exige pas que des renseignements soient fournis à la personne touchée; toutefois, la formule prescrite pour les évaluateurs comprend une feuille d'information qui doit être remise à la personne et une case à cocher afin d'indiquer que la personne a été informée de la constatation et de son droit d'interjeter appel.
- Évaluation de la capacité par des évaluateurs de la capacité désignés : la personne doit obtenir des renseignements relatifs au but, à l'importance et aux conséquences possibles de l'évaluation, de même qu'un avis écrit de la constatation à la suite de l'évaluation. Lorsqu'une tutelle légale en découle, le TCP doit informer la personne qu'il est devenu son tuteur et qu'il existe un droit de demander la révision de la constatation.

Le niveau d'accès à l'information à cette étape, ainsi que l'indépendance et la surveillance de l'exactitude et de l'exhaustivité de cette information varient donc considérablement.

Attributions des mandataires spéciaux. La LPDNA exige que tous les mandataires spéciaux, qu'ils soient nommés en vertu d'une procuration ou d'une tutelle, expliquent leurs pouvoirs et devoirs à la personne touchée. La loi ne prévoit pas de mécanisme officiel pour garantir que

cette étape soit menée à bien. Par ailleurs, bien que l'on puisse évidemment s'attendre à ce que le TCP comprenne parfaitement les « pouvoirs et devoirs » d'un mandataire spécial, comme nous le verrons ci-dessous, dans bien des cas, les membres de la famille ou les amis qui agissent à titre de mandataire spécial sont peu familiers avec les responsabilités que la loi leur impose : ils ne seront ni au courant de leur devoir de les expliquer ni en position de les décrire avec exactitude. De plus, il y aura bien sûr une minorité de mandataires spéciaux qui agira de façon abusive, négligente et exploitante. Dans de telles situations, qui sont précisément celles où a personne a le plus besoin de comprendre les droits et recours prévus par la loi, le mandataire spécial est très peu susceptible de les expliquer.

En plus des exigences officielles prévues par les lois, les organismes communautaires, les prestataires de services et les organismes d'intervention peuvent donner des renseignements à différentes étapes, que ce soit par des activités de vulgarisation ou en réponse à des demandes d'aide.

Il existe par exemple une abondante documentation disponible sur la nature et l'effet des procurations pour les personnes qui font des recherches sur ce sujet. Le ministère de la Procureur générale a notamment une « trousse » qui contient beaucoup de renseignements pratiques à propos des exigences applicables aux procurations, de leurs avantages et des risques qu'elles posent. Éducation juridique communautaire Ontario propose des ressources en ligne sur les procurations, tout comme l'Advocacy Centre for the Elderly (ACE), le Secrétariat aux affaires des personnes âgées de l'Ontario et l'Initiative nationale pour le soin des personnes âgées. Des renseignements semblables sont disponibles en ce qui a trait au consentement aux soins de santé, à la tutelle et à d'autres questions reliées à ce domaine du droit.

3. Améliorer l'accès à l'information pour les personnes directement touchées

Le présent *document de travail* a exposé des options visant l'amélioration de l'accès à l'information à propos du droit à différents points clés, notamment les suivantes :

- exigences plus rigoureuses pour la création d'une procuration, notamment l'utilisation de formules obligatoires ou une obligation d'obtenir des conseils juridiques (chapitre III de la partie Trois);
- recours accru aux services de « conseils en matière de droits » particulièrement dans des situations où les exigences actuelles portent uniquement sur des renseignements relatifs aux droits (chapitre III de la partie Quatre);
- mesures de soutien accrues pour se frayer un chemin dans le droit, notamment divers types d'intervenants ou des travailleurs (chapitre III de la partie Quatre).

- **QUESTION À ABORDER : quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les personnes qui entrent en contact avec le système relatif à la capacité, à la prise de décision et à la tutelle aient un accès utile aux renseignements dont elles ont besoin afin de conserver leur autonomie dans la plus grande mesure possible et de comprendre et mettre en œuvre leurs droits?**

C. Les personnes agissant à titre de mandataire spécial

Le chapitre II de la partie Trois a examiné le très haut degré de responsabilité que comporte le fait d'agir en qualité de mandataire spécial ainsi que les défis auxquels font face ces personnes, le plus souvent des membres de la famille ou des amis, qui acceptent ce rôle exigeant. Comme l'a souligné ce chapitre, ces membres de la famille et amis ont un grand besoin de soutien et de ressources afin de s'acquitter de leurs fonctions de la manière dont les lois le prévoient. De l'information et de la vulgarisation n'empêcheront certes pas des individus mal intentionnés d'abuser de leurs fonctions de mandataire spécial. Cependant, la grande majorité des mandataires spéciaux, y compris ceux qui ne respectent actuellement pas les exigences prévues par les lois, n'abusent pas intentionnellement de leurs pouvoirs. C'est plutôt qu'ils ne comprennent pas la nature de leurs responsabilités, ou qu'ils n'ont pas les aptitudes ou le soutien nécessaires pour s'acquitter adéquatement de ces responsabilités. De meilleurs renseignements et une meilleure formation destinés aux mandataires spéciaux pourraient les aider à assumer leurs responsabilités et aider à les tenir responsables lorsqu'ils ne le font pas : il est difficile de tenir des personnes responsables de l'omission de s'acquitter de tâches qu'elles ne connaissent pas.

Malgré l'importance d'avoir des mandataires spéciaux bien informés, le régime légal actuel prévoit peu de chose en ce qui a trait aux exigences officielles de les informer ou de les soutenir. Par exemple, les personnes nommées en vertu d'une procuration n'ont même pas besoin d'être informées qu'elles ont été nommées, et il n'existe pas de mécanisme pour s'assurer que les procureurs comprennent leur rôle. Bien que le processus pour devenir tuteur soit plus rigoureux que celui pour une nomination personnelle, aucune exigence ni mesure de soutien officielle n'existe afin de les aider à obtenir les renseignements et à développer les aptitudes qui sont nécessaires. Si plusieurs organisations et établissements ont volontairement élaboré des ressources d'information destinées aux mandataires spéciaux, celles-ci sont fragmentées et exigent le plus souvent que les mandataires spéciaux fassent eux-mêmes les démarches en vue de les obtenir.

Le chapitre I de la partie Quatre, qui traite d'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs du mandataire spécial, examine les séances de formation volontaires fournies aux tuteurs et administrateurs dans le Victoria, de même que la recommandation faite par la Commission de réforme du droit de cet État que le Tribunal qui s'occupe des affaires de capacité juridique et de tutelle soit investi du pouvoir d'ordonner qu'une formation soit suivie comme condition à la

nomination. L'Arch Disability Law Centre, dans son document sur la protection des droits des personnes assujetties à une tutelle, recommandait la mise sur pied de programmes de formation obligatoires qui pourraient comprendre les éléments suivants :

- des renseignements sur les obligations en vertu de la LPDNA;
- des renseignements à propos de la portée et des limites des pouvoirs d'un tuteur de prendre des décisions;
- de la formation sur la façon de s'acquitter des responsabilités du mandataire spécial d'une manière qui respecte les droits de la personne.

Comme on l'a mentionné au chapitre II de la partie Trois, il serait également utile de donner aux mandataires spéciaux des renseignements sur les ressources qui sont disponibles pour les aider avec les défis d'ordre pratique, éthique et émotif associés à leurs responsabilités.

La Commission de réforme du droit du Victoria a de plus recommandé que les tuteurs et les administrateurs soient tenus, au moment de leur nomination, de signer un engagement de respecter leurs responsabilités, ce qui serait un moyen de s'assurer qu'ils soient conscients de la gravité de l'obligation qu'ils assument et de la nature des devoirs que la loi leur impose.

- **QUESTION À ABORDER : quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les personnes nommées à titre de mandataire spécial comprennent correctement leurs attributions, et qu'elles possèdent les aptitudes nécessaires pour exercer efficacement leurs fonctions souvent difficiles?**

D. Les personnes qui fournissent des services aux personnes directement touchées

Au-delà des organismes ou des professionnels qui sont directement responsables de mettre en application la loi, qui sont examinés ci-dessous, on retrouve une grande diversité de prestataires de services, d'organismes communautaires et d'organismes d'intervention qui interagissent régulièrement avec des groupes de personnes qui sont directement touchées par la loi, comme les aidants naturels; les personnes ayant une déficience sur le plan développemental, intellectuel, cognitif ou psychosocial ou encore les personnes âgées. Ces organismes peuvent se retrouver à tenter de renseigner les personnes en contact avec ce domaine du droit ou qui sont préoccupées par des possibilités d'abus.

Des organismes de ce genre peuvent être de grande ou de petite taille, ils peuvent être publics, privés ou sans but lucratif et ils peuvent exister dans un large éventail de secteurs. Bien qu'ils aient une meilleure capacité à trouver des ressources que la plupart des particuliers, dans la majorité des cas, ils n'ont pas un accès facile à de l'expertise dans le domaine. À un certain point, l'accès à l'information et à des conseils existe sur une base informelle : bon nombre des

experts auxquels la CDO a parlé pendant les consultations préliminaires ont dit qu'ils fournissaient régulièrement de l'aide et des conseils à des collègues et à d'autres personnes sur la compréhension et l'interprétation du droit et sur la pratique appropriée dans ce domaine. Des conseils de ce genre se fondent toutefois sur des réseaux de contacts non officiels et sur la bonne volonté et le dévouement de ceux et celles qui fournissent ces conseils en plus de s'acquitter de leurs fonctions régulières.

Au cours des consultations préliminaires de la CDO, nous avons entendu plusieurs organismes, particulièrement de petits prestataires de services sociaux, nous parler des défis auxquels ils font face lorsqu'ils s'occupent de ces besoins; ils ont pressé la CDO de trouver des manières d'améliorer l'accès pour de tels organismes à l'expertise et à des conseils sur des questions complexes liées à ce domaine du droit. Une aide de ce genre pourrait prendre la forme, comme l'a suggéré quelqu'un, d'une ligne téléphonique de conseils. Au Victoria, le Bureau du défenseur des personnes handicapées a notamment pour fonctions de renseigner les professionnels qui entrent en contact avec le système relatif à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle, comme des professionnels de la santé ou des prestataires de services financiers.

- **QUESTION À ABORDER : quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les prestataires de services comprennent correctement leurs attributions en vertu de la loi, qu'ils comprennent réellement la situation et les expériences des personnes touchées par ces lois, et qu'ils possèdent les aptitudes nécessaires afin d'interpréter et d'appliquer efficacement la loi?**

E. Les personnes responsables de la mise en application de la législation

La mise en application efficace du régime ontarien relatif à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle varie en fonction de la connaissance, des aptitudes et des efforts d'un large éventail d'organismes et de professionnels. Certains d'entre eux, comme les professionnels qui évaluent la capacité en vertu de la LPDNA, de la LSM ou de la LCSS, se voient attribuer directement par les lois des responsabilités importantes. D'autres, comme les établissements de soins de santé ou de soins de longue durée, sont responsables de définir des orientations ou d'élaborer des méthodes permettant de mettre la loi en application. D'autres encore, comme les ordres professionnels pertinents, sont responsables de recevoir les plaintes liées à certains devoirs prévus par la loi.

Il est important d'insister sur le fait que les prestataires de services sont, dans une large mesure, bien intentionnés dans leurs efforts pour servir leur clientèle, et qu'ils peuvent fonctionner dans des contextes de contraintes et de difficultés considérables. Il se peut qu'il n'y ait pas de solutions simples aux défis en matière d'éthique, de pratique ou de ressources auxquels ces établissements ou professionnels peuvent faire face lorsqu'ils fournissent des

services à ceux et celles qui peuvent parfois être leurs clients les plus vulnérables. Cependant, cette vulnérabilité même et la place centrale qu'occupent les droits en cause font qu'il est essentiel de veiller à ce que ces prestataires de services possèdent les renseignements, les aptitudes et les ressources nécessaires pour s'acquitter efficacement de leurs responsabilités.

Les consultations préliminaires ont déterminé que le problème de « l'écart entre les objectifs et la réalité » en était un très considérable. Un élément fondamental de cet écart découle de l'application insuffisante ou incorrecte de la loi par ces professionnels et organismes, un problème qui trouve ses racines dans la mauvaise compréhension du droit ou un manque de sensibilisation envers celui-ci. Les prestataires de services peuvent trouver que le droit relatif à la capacité juridique et à la prise de décision est complexe et porte à confusion, ou ils peuvent ne pas avoir suffisamment de formation ou de soutien pour l'appliquer correctement.

1. Besoins en matière de vulgarisation et de renseignements

Les deux *cadres* insistent sur l'importance de la vulgarisation et de la formation pour les personnes responsables de la mise en application de la loi afin de garantir que les processus prévus par la loi respectent les principes. La vulgarisation et la formation devraient être continues, et elles devraient porter sur la substance de la loi (y compris sur l'application du *Code des droits de la personne*, la *Charte* et la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*) et comporter de la vulgarisation sur l'anti-âgisme et l'anti-capacitisme, notamment sur les stéréotypes communs et les attitudes négatives, les obstacles systémiques et les questions d'accès et d'accommodement.

<u>Obstacles comportementaux</u>

Comme les projets-*cadres* l'ont analysé en détail, les personnes âgées et les personnes handicapées ont historiquement fait l'objet d'attitudes paternalistes, et leurs capacités ont souvent été tenues pour limitées, notamment leur capacité à prendre des décisions pour elles-mêmes. Des prestataires de services bien intentionnés peuvent restreindre les droits des personnes handicapées et des personnes âgées dans le but de les protéger de préjudice ou de malaise, et cette façon de faire peut se superposer à des hypothèses relatives à la capacité des personnes âgées et de personnes ayant certains handicaps. Bach et Kerzner ont fait les commentaires suivants :

> *[TRADUCTION]* La prestation de services dans les secteurs des personnes âgées et des personnes handicapées est souvent fondée sur des modèles de charité et de protection, et sur l'hypothèse que, puisque ces personnes ont besoin de soutien et de soins, d'autres personnes devraient prendre des décisions pour elles. Souvent, les prestataires de services exigent également de recevoir le pouvoir de décision pour le compte des personnes qu'ils soutiennent, de sorte qu'ils puissent gérer plus efficacement la gamme des décisions relatives à la personne liées aux soins, aux médicaments, aux activités, etc.[887]

Dans le même ordre d'idées, l'Advocacy Centre for the Elderly (ACE) a également fait remarquer ce qui suit :

> *[TRADUCTION]* Un simple exemple d'âgisme est l'hypothèse automatique que les personnes âgées sont incapables de prendre une décision en raison de leur âge. Bien que la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* comprenne une présomption de capacité de la personne, la personne âgée porte souvent le fardeau de prouver sa capacité. Un autre exemple courant d'âgisme est l'attitude selon laquelle les personnes âgées doivent être « protégées » en limitant les activités parce que cela est dans leur « intérêt véritable »[888].

Par exemple, les foyers de soins de longue durée ont des orientations empêchant **tous** les résidents, qu'ils soient juridiquement capables ou incapables, de quitter le foyer sans personne qui les accompagne; dans d'autres cas, le foyer de longue durée peut incorrectement s'en remettre à des membres de la famille afin d'empêcher des personnes capables de sortir ou peuvent empêcher des résidents capables de s'en aller parce qu'ils craignent qu'ils puissent tomber, boire de l'alcool ou subir autrement un préjudice[889].

Des attitudes de ce genre peuvent avoir une incidence considérable sur la manière dont les prestataires de services appliquent la loi. Ceux qui adoptent une conception paternaliste ou de « l'intérêt véritable » envers les personnes âgées et les personnes handicapées peuvent, consciemment ou non, ne pas respecter les principes au cœur de la loi, comme la présomption de capacité, la compréhension de la capacité comme étant propre à la prise de décision et l'importance des droits procéduraux dans la protection de l'autonomie personnelle.

Comme nous l'avons déjà vu ici, en raison de la diversité de la population de l'Ontario, il est particulièrement important que les personnes responsables de la mise en application de la loi dans ce domaine, y compris celles qui procèdent aux évaluations de la capacité (dans des systèmes multiples) comprennent comment les formes multiples de diversité peuvent interagir avec le handicap et le vieillissement, comment elles peuvent avoir une incidence sur l'accès aux services et aux mesures de soutien et comment elles peuvent avoir un effet sur l'expression des capacités à prendre des décisions.

<u>Manque de connaissances relatives à la loi ou de compréhension de celle-ci</u>

Pendant les consultations préliminaires, la CDO a entendu des préoccupations largement répandues à propos des lacunes dans les connaissances ou la compréhension des personnes responsables de la mise en application de la loi. Par exemple, la CDO a entendu de la part de plusieurs personnes que des prestataires de services sont souvent confus à savoir ce qui constitue une autorisation adéquate d'un mandataire spécial, ou sur la portée des pouvoirs accordés par des tutelles ou des procurations. On saisit souvent mal la fonction du mandataire spécial, car on pense qu'ils ont pleins pouvoirs sur les personnes : des prestataires de services

peuvent par exemple permettre de façon inappropriée à une personne détenant une procuration relative aux biens de prendre des décisions concernant les soins personnels.

Dans certains milieux, la mauvaise compréhension de la loi peut être étendue et systémique. Un document de recherche commandé par la CDO au ACE et à Dykeman Dewhirst O'Brien LLP (le « document ACE/DDO ») fait ressortir l'importante confusion chez les fournisseurs de soins de santé à propos du statut de différents documents de « planification préalable des soins » (appelés par certains les « directives préalables ») comme les ordonnances de non-réanimation, les formulaires sur les « niveaux de soins » et les autres documents relatifs aux désirs du patient quant aux soins de santé. Les prestataires méprennent souvent ces documents comme procurant eux-mêmes un consentement valide et comme « parlant » directement aux praticiens de la santé, plutôt que comme des déclarations des désirs d'une personne capable qui peuvent guider le mandataire spécial si jamais le patient devenait juridiquement incapable. C'est-à-dire que ces documents peuvent être considérés comme des autorisations alors qu'ils n'ont pas un tel statut en droit ontarien. Ces mauvaises compréhensions peuvent se cristalliser dans des formules, des orientations et des procédures qui guident le travail quotidien des praticiens de la santé[890].

De la même manière, dans des recherches sur l'accès à la justice dans des milieux d'hébergement collectif, ACE a conclu que *[TRADUCTION]* « [l]'omission des praticiens de la santé d'obtenir un consentement éclairé à l'égard d'un traitement médical était endémique tant dans les foyers de retraite que dans ceux de soins de longue durée »[891]. Plus encore, le manque de connaissances combiné à des *[TRADUCTION]* « attitudes paternalistes et infantilisantes » omniprésentes de la part du personnel[892] peut mener à des violations systémiques des droits des résidents des foyers de soins de longue durée.

L'accès à des renseignements relatifs au droit ou à du soutien dans son application peut poser des défis aux professionnels pour plusieurs raisons. En voici quelques exemples.

- **Soutien insuffisant de la part des institutions :** dans certains cas, les professionnels qui sont responsables de l'application de la loi ou de surveiller cette application ont un accès limité à des renseignements et à des conseils en raison de contraintes institutionnelles. Par exemple, dans certains foyers de soins de longue durée, il peut y avoir uniquement un infirmier ou une infirmière autorisée pour l'établissement : il ou elle est aux prises avec les exigences assez complexes en vertu de la *Loi de 2007 sur les foyers de soins de longue durée* (LFSLD) et de la LCSS, et peut ne pas avoir de collègues qui puissent lui fournir du mentorat ou des conseils.
- **Contacts irréguliers avec le domaine :** certains professionnels peuvent travailler rarement dans le domaine, et ainsi ne pas développer de spécialisation adéquate pour

apprécier pleinement les ramifications de leur travail. Par exemple, dans les travaux de la CDO sur le *Cadre du droit touchant les personnes âgées*, la CDO a entendu à répétition des préoccupations à propos d'avocats qui tenaient de manière inappropriée pour acquis l'incapacité de la part de personnes âgées, et consultaient à tort des membres de la famille ou des amis de la personne âgée plutôt que leur client réel, ou d'avocats donnant des conseils erronés à propos de ce domaine du droit[893]. Des questions semblables ont été soulevées à l'égard des services juridiques reliés aux questions de santé mentale en dehors des grands centres urbains : parce que les dossiers sont peu nombreux, les avocats peuvent ne pas avoir l'occasion d'acquérir une compréhension approfondie de ce domaine du droit.

- **Le droit en première ligne :** de même, dans certains établissements, ce sont les travailleurs de première ligne qui feront face directement aux questions liées à la capacité juridique et à la prise de décision et à qui incombera la responsabilité de déceler des questions potentielles et d'appliquer la bonne procédure. C'est aussi en première ligne que se feront le plus sentir les pressions reliées aux ressources limitées et aux besoins concurrents ainsi que la tension entre la normalisation et la réponse adaptée aux besoins individuels. Un haut taux de roulement peut exacerber les difficultés liées aux obstacles comportementaux et au manque de compréhension de la loi : les prestataires de services peuvent trouver difficile de garder à jour la formation du personnel, et celui-ci a moins d'occasions de développer sa compétence et sa confiance pour traiter ces questions.

2. Sources actuelles d'information, de vulgarisation et de formation

Les personnes responsables de la mise en application du cadre législatif peuvent avoir accès à de l'information, à de la vulgarisation et à de la formation provenant de diverses sources. Celles-ci sont brièvement examinées ci-dessous.

Établissements d'enseignement

Nombre de prestataires de services responsables de la mise en application de la loi ou de la soutenir doivent répondre à certaines exigences en matière d'éducation avant d'entrer dans leur profession. Ceci est vrai pour les travailleurs sociaux, les professionnels de la santé et les avocats par exemple. Les établissements d'enseignement peuvent proposer de l'information relativement à ce domaine du droit, dans de la documentation de cours obligatoires ou facultatifs. Les avocats, par exemple, peuvent obtenir des renseignements à propos de questions liées à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle dans le cadre de divers cours, notamment des cours sur le droit de la santé mentale, le droit des personnes âgées, le droit de la santé, le droit relatif aux handicaps ou le droit des fiducies ou des successions. Des renseignements sur ce domaine ne sont toutefois pas obligatoires pour les

finissants des facultés de droit, et nombre d'avocats ne feront connaissance avec ce domaine que plus tard au cours de leur carrière, le cas échéant.

Organismes de réglementation des professions

Les ordres professionnels jouent un rôle important pour dispenser renseignements et formation à leurs membres dans un large éventail de sujets. Les organismes de réglementation des professions, comme les ordres professionnels de la santé, peuvent exiger des praticiens qu'ils fassent la preuve qu'ils ont des connaissances ou des habiletés précises afin d'être agréés, ils peuvent élaborer des orientations et des lignes directrices qui lient leurs membres et qui peuvent être le sujet de plaintes en cas de non-respect, et ils peuvent proposer des occasions d'éducation et de formation permanente.

Par exemple, les praticiens de la santé sont tenus de respecter les orientations de leurs propres ordres professionnels de la santé, qui ont publié dans plusieurs cas des orientations, des codes de déontologie ou des lignes directrices pertinents à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle. L'ordre des infirmiers et infirmières de l'Ontario, par exemple, a publié la *Directive professionnelle* sur le consentement[894], alors que l'Ordre des médecins et chirurgiens a un énoncé stratégique sur le consentement à un traitement médical[895] et l'Ordre des ergothérapeutes de l'Ontario, un guide sur la législation destiné à ses membres[896].

Les ordres professionnels de la santé peuvent également proposer des occasions de se former aux praticiens de la santé, dans le cadre de leur mandat visant à « [é]tablir et maintenir des normes de connaissance et de compétence, ainsi que des programmes, pour promouvoir l'évaluation, la compétence et le perfectionnement continus des membres »[897].

Établissements employeurs

Dans le cas des professionnels qui travaillent dans de grands établissements comme des hôpitaux, des foyers de soins de longue durée, des centres d'accès aux soins communautaires ou des grands organismes de services sociaux, la manière dont ils mettent la loi en application sera considérablement façonnée par leur employeur. Les établissements peuvent élaborer des orientations internes qui dictent la manière dont la loi doit être interprétée et appliquée, créer des programmes ou ressources de formation internes ou fournir un accès à des renseignements ou conseils par l'entremise de leurs sections juridique ou déontologique.

Par exemple, pour les praticiens de la santé qui travaillent dans de grands établissements, les questions liées à la capacité juridique et à la prise de décision sont souvent structurées par l'usage des formulaires et procédures institutionnels. Ceux-ci sont conçus en vue de normaliser les processus, de simplifier des questions complexes dans des formats gérables et de garantir l'observation du droit et de la politique. Malheureusement, ces formulaires et ces procédures

peuvent parfois eux-mêmes ne pas respecter la loi. Un examen d'un échantillon de documents provenant d'hôpitaux et de foyers de soins de longues durée fait par ACE et DDO a révélé que bon nombre de ces documents comportaient des mauvaises compréhensions importantes de la loi : par exemple, plusieurs documents laissaient incorrectement entendre que les mandataires spéciaux pouvaient prendre part à la planification préalable des soins pour le compte des personnes incapables, et plusieurs établissements utilisaient des documents provenant d'autres administrations sans adaptations visant à s'assurer qu'ils respectent le droit ontarien. Ceci est particulièrement inquiétant parce que des groupes témoins composés de praticiens de la santé ont indiqué que *[TRADUCTION]* « les formulaires des organismes de soins de santé mènent la pratique »[898].

Le document ACE/DDO présente de nombreux exemples du problème susmentionné dans le contexte de la prestation des soins de santé. Il examine des systèmes et des formulaires relatifs à la planification préalable des soins et au consentement, ainsi que plusieurs orientations et méthodes institutionnelles. Il conclut qu'il n'est pas rare que ces documents contiennent des erreurs en ce qui a trait au droit. Par exemple, le document mentionne que *[TRADUCTION]* « [ACE s'est] souvent retrouvé devant des documents de foyers de soins de longue durée qui prévoyaient que le résident devait consentir à *tout* traitement que proposait un praticien de la santé au foyer de soins de longue durée ... Les consentements au traitement donnés dans de telles ententes générales sont clairement illégaux et inefficaces » [nous soulignons][899]. Autre exemple, sept des treize ensembles d'orientations et de formulaires institutionnels examinés dans le cadre de ce projet de recherche énonçaient incorrectement ou semblaient incorrectement tenir pour acquis que les mandataires spéciaux pourraient exprimer les désirs, valeurs et croyances des patients incapables[900]. Le document ACE/DDO déclare ce qui suit :

> *[TRADUCTION]* Ce que ces exemples d'orientation indiquent, c'est que les organismes de soins de santé semblent avoir des compréhensions différentes du lien qui existe entre l'exigence d'obtenir un consentement éclairé au traitement et la planification préalable des soins, les directives préalables et d'autres formulaires relatifs aux niveaux de soins. Dans bien des formulaires de planification préalable des soins que nous avons examinés, il est très difficile de déterminer si le formulaire visait à consigner les désirs du patient, les nouveaux désirs créés par le mandataire spécial, un consentement éclairé à un traitement ou quelque combinaison de ceux-ci... Bien que des formulaires imparfaits et génériques ne poseraient pas de problème si les praticiens de la santé comprenaient et appliquaient correctement et de façon uniforme la loi, comme nous l'indiquons plus loin dans notre discussion sur les groupes témoins de praticiens de la santé, l'utilisation de ces formulaires semble une source de confusion[901].

<u>Formation et études exigées par les autorités publiques</u>

Le régime légal actuel exige des personnes qui effectuent les diverses formes d'évaluation officielle de la capacité qu'elles soient membres de certaines professions précisées, et qu'elles aient donc achevé un programme d'études exigé et respecté des normes d'agrément. Au-delà

de ces exigences, aucune formation particulière n'est obligatoire, sauf dans le cas des évaluateurs de la capacité qui sont désignés en vertu de la LPDNA, lesquels doivent avoir suivi la formation exigée et respecté les exigences prévues afin de conserver leur qualification. Cette formation comprend notamment un cours de qualification approuvé par la Procureur générale qui comprend de la formation relative à la LPDNA, les meilleures méthodes à suivre pour remplir les formules et rapports visés par la Loi, les normes relatives à l'exécution des évaluations de la capacité ainsi que les procédures établies pour déterminer si une personne a besoin que des décisions soient prises en son nom. Ils doivent être évalués afin de déterminer s'ils ont bien assimilé la formation qu'ils ont reçue[902]. Un évaluateur de la capacité approuvé doit également suivre des cours de formation continue tous les deux ans[903]. En plus du cours de formation continue, l'évaluateur de la capacité approuvé doit présenter au TCP des exemplaires de deux évaluations récemment remplies (les renseignements nominatifs ayant été enlevés) à tous les deux ans[904] et doit effectuer au moins cinq évaluations tous les deux ans afin de conserver sa qualification[905].

Associations professionnelles

Des associations professionnelles peuvent également fournir de la documentation ou des occasions de formation continue. Par exemple, le *Code de déontologie* de l'Association médicale canadienne comprend des dispositions relatives au respect du droit du patient d'accepter ou de refuser un traitement, à la vérification des désirs du patient et à la communication de renseignements aux patients. La section de droit des fiducies et des successions de l'Association du Barreau de l'Ontario propose régulièrement du perfectionnement professionnel sur les procurations, tout comme le fait la section du droit relatif à la santé en ce qui concerne la capacité et le consentement.

Divers

Une grande diversité d'organismes et de professionnels fournit aussi des renseignements, des ressources et de la formation destinés à soutenir la mise en application efficace et appropriée de ce domaine du droit, notamment les suivants :

Organismes publics. La Commission du consentement et de la capacité (CCC) et le Tuteur et curateur public (TCP) proposent tous deux de la documentation et des présentations destinées aux professionnels et établissements avec lesquels ils interagissent.

Organismes d'intervention et de défense des consommateurs. Des organismes qui travaillent et interviennent pour des personnes directement touchées peuvent élaborer de la formation et de la vulgarisation à l'intention des professionnels, dans le cadre d'initiatives destinées à refermer l'écart entre les objectifs et la réalité et à faire la promotion des droits des personnes qu'ils servent. Par exemple, ARCH Disability Law Centre, ACE et Elder Abuse Ontario prennent

régulièrement part à des activités de vulgarisation pour des professionnels et des établissements intéressés.

Universitaires et experts. Des universitaires et des experts peuvent utiliser leur compétence afin d'élaborer des outils de « transfert des connaissances », destinés à transformer des questions de droit et de pratique professionnelle complexes en ressources ou outils pratiques. Par exemple, les objectifs de l'Initiative nationale pour le soin des personnes âgées (INSPA) visent à refermer l'écart entre la recherche fondée sur des preuves et la pratique réelle; à améliorer la formation des praticiens actuels, les programmes de cours en gériatrie et l'intérêt des étudiants à se spécialiser dans le domaine des soins gériatriques et à effectuer des changements stratégiques positifs relativement aux soins des aînés. À cette fin, des équipes interdisciplinaires examinent la documentation fondée sur des preuves afin d'élaborer et de diffuser des outils conviviaux, interdisciplinaires et axés sur les équipes comme « Understanding the Legal Dimensions of Financial Literacy: Power of Attorney » et « Tool on Capacity and Consent ».

Commentaires généraux

Somme toute, des efforts considérables ont été déployés afin d'aider les professionnels et les établissements à comprendre le droit dans ce domaine et les obligations qu'il leur impose. Malgré ces efforts, de l'avis général, il en faut bien davantage encore. Comme l'a mentionné, le directeur général d'une organisation qui consacre beaucoup de ressources à la formation et à la vulgarisation dans ce domaine, les besoins semblent presque inépuisables : le droit est complexe, les questions sont difficiles et le personnel change régulièrement.

En outre, il n'existe pas de répertoire central de renseignements dans ce domaine du droit. Il n'y a pas de lieu évident où chercher des renseignements ou des ressources. Bien que de nombreux organismes détectent les lacunes en matière de renseignements à partir de leurs propres expériences et tentent de les combler, il n'existe pas de mécanisme central pour établir régulièrement les besoins.

De plus, bien que de nombreux organismes offrent des renseignements et de l'éducation, aucun d'entre eux n'a le mandat clair et précis de le faire. Par exemple, si les ordres professionnels de la santé doivent, en vertu de l'article 3 de l'annexe 2 de la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, « élaborer et maintenir des normes de connaissance et de compétence, ainsi que des programmes, pour promouvoir l'évaluation, la compétence et le perfectionnement continus des membres », la loi ne contient aucune exigence de faire de même en ce qui a trait au consentement et à la capacité. Le TCP fournit de l'information et de l'éducation au public dans la limite de ses ressources, mais la loi n'exige pas expressément qu'il le fasse.

les praticiens afin d'aider ceux-ci à comprendre et à appliquer la loi relative à la capacité juridique, au consentement et à la planification préalable des soins, notamment des orientations et des documents produits par des ordres professionnels, et des formulaires et des systèmes de planification préalable des soins préparés par divers organismes, comme Action Cancer Ontario, l'instrument d'évaluation des résidents (IER) et d'autres. Ces documents comportent certes des éléments précieux, mais souvent aussi des renseignements trompeurs ou incorrects, par exemple en tenant pour acquis qu'un médecin peut se laisser guider par un document de planification plutôt que de suivre les directives de la personne ou d'interpréter les désirs d'un patient, laissant entendre que les désirs doivent être exprimés par écrit, ou que les praticiens de la santé en foyer de soins de longue durée sont tenus d'obtenir des directives préalables écrites des patients. Certaines difficultés surviennent du fait que les documents sont rédigés au niveau national, et ne sont ainsi pas conformes au droit ontarien. Il est donc important que les ressources qui sont élaborées soient exactes au plan juridique dans le contexte de l'Ontario : sinon, elles peuvent dans les faits exacerber l'écart entre les objectifs et la réalité plutôt que le réduire.

- **QUESTION À ABORDER : quelles réformes du droit, des orientations ou des méthodes pourraient aider à garantir que les professionnels auxquels incombent des responsabilités centrales en vertu de la LPDNA, de la LSM et de la LCSS aient les compétences et l'expertise nécessaires afin d'exercer leurs fonctions, et que ces compétences et cette expertise demeurent à jour?**

F. Questions à aborder

1. **Quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les personnes qui entrent en contact avec le système relatif à la capacité, à la prise de décision et à la tutelle aient un accès utile aux renseignements dont elles ont besoin afin de conserver leur autonomie dans la plus grande mesure possible et de comprendre et mettre en œuvre leurs droits?**
2. **Quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les personnes nommées à titre de mandataire spécial comprennent correctement leurs attributions, et qu'elles possèdent les aptitudes nécessaires pour exercer efficacement leurs fonctions souvent difficiles?**
3. **Quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les prestataires de services comprennent correctement leurs attributions en vertu de la loi, qu'ils comprennent réellement la situation et les expériences des personnes touchées par ces lois, et qu'ils possèdent les aptitudes nécessaires afin d'interpréter et d'appliquer efficacement la loi?**
4. **Quelles réformes du droit, des orientations ou des méthodes pourraient aider à garantir que les professionnels auxquels incombent des responsabilités centrales en vertu de la LPDNA, de la LSM et de la LCSS aient les compétences et l'expertise nécessaires afin d'exercer leurs fonctions, et que ces compétences et cette expertise demeurent à jour?**
5. **Comment est-ce que l'information, l'éducation et la formation relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle, pourraient être mieux coordonnées et rendues plus accessibles au grand public et à ceux et celles qui en ont besoin?**

PARTIE CINQ

PROMOUVOIR LA MISE EN ŒUVRE EFFICACE DE LA RÉFORME DU DROIT

Au chapitre I, examen de trois éléments pertinents pour mettre efficacement en œuvre la réforme du droit dans ce domaine : créer des mécanismes de responsabilité et de transparence dans les lois, dans les orientations ou dans les méthodes pour le domaine, de sorte que l'effet de la loi puisse être réellement surveillé; veiller à ce qu'il existe des mécanismes adaptés de coordination des systèmes; prévoir des moyens pour recenser et étudier régulièrement l'effet de la loi. Au chapitre II, renseignements pour participer aux consultations publiques de la CDO pour ce projet.

I. GARANTIR L'EFFICACITÉ DU SYSTÈME : COORDINATION, SURVEILLANCE, TRANSPARENCE

A. Introduction

Nous avons recensé dans le présent *document de travail* de nombreuses préoccupations à propos d'aspects précis des lois ontariennes concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle : comment est notamment évaluée la capacité juridique de décider, comment les personnes visées font nommer des mandataires spéciaux ou des accompagnateurs, comment elles comprennent les droits et les responsabilités que leur confère la loi, comment elles expriment leurs inquiétudes et comment elles les résolvent. La décentralisation du système ontarien, dont les multiples institutions et processus reflètent une diversité de besoins, et qui est centré sur l'action individuelle pour accéder au système et à ses soutiens, constitue un thème sous-jacent dans nombre de ces questions. Revient également la difficulté de coordonner l'ensemble des nombreuses institutions et des nombreuses facettes de ce domaine du droit, et celle de veiller à ce qu'elles fonctionnent bien ensemble pour réaliser les objets ultimes du droit. On peut considérer que cette préoccupation résulte de trois lacunes majeures et interreliées du régime actuel : mécanismes de transparence et de responsabilité pour assurer l'efficacité de fonctionnement du système, systèmes ou institutions pour coordonner les diverses fonctions du système, moyens de déceler les failles ou les problèmes de mise en œuvre dans l'ensemble du système. Chaque lacune est brièvement examinée ci-dessous.

B. Transparence et responsabilité vis-à-vis du fonctionnement du système

L'absence généralisée de données relatives au fonctionnement du régime actuel est une difficulté récurrente quand l'on tente d'évaluer le degré d'efficacité des lois ontariennes dans ce domaine, et de définir et d'évaluer les options possibles de réforme du droit. Certes, plusieurs organisations font depuis des années des efforts considérables pour que la population comprenne mieux les lois, les mandataires spéciaux, les prestataires de services et les spécialistes, mais l'absence de fonction centrale de coordination rend difficile l'identification des personnes qui y travaillent ou l'évaluation de l'efficacité… Il n'existe donc aucun moyen simple de déterminer les besoins les plus pressants d'information et de vulgarisation, les ressources qui existent pour répondre à ces besoins ou ce que pourraient être les stratégies ou les outils les plus efficaces à cette fin. Bien souvent, il n'est tout simplement pas possible de recueillir des données pertinentes sur le fonctionnement des principaux aspects du système : les inquiétudes sur les abus des procurations sont un exemple évident, car il n'y a aucun moyen

de déterminer combien sont en vigueur, et encore moins la fréquence des abus. Il y a des problèmes identiques dans presque chaque domaine, depuis l'évaluation de la capacité jusqu'au règlement des différends. Le Tuteur et curateur public et la Commission du consentement et de la capacité collectent bien des statistiques à des fins de gestion des dossiers et rendent compte tous les ans, les données dont on dispose par ce moyen concernent uniquement quelques aspects du système.

En l'absence de telles données, il est difficile d'apprécier avec pertinence si les réformes des années 1990 ont atteint leurs objectifs, ou si les lacunes à cet égard résultent de problèmes touchant les hypothèses et les stratégies fondamentales qui sous-tendent les lois ou la mise en application de celles-ci. Tout comme il est important de disposer de mécanismes de contrôle et de surveillance pour s'assurer que chaque loi fonctionne comme prévu, il est important de disposer de mécanismes similaires à propos de l'efficacité de l'ensemble de la législation. Selon le *Cadre du droit touchant les personnes handicapées* :

> En général, l'inclusion de mécanismes visant à garantir la reddition de comptes, la transparence et l'efficacité est avantageuse pour l'exécution des lois. Comme de tels mécanismes de contrôle et de surveillance sont souvent absents des régimes qui touchent exclusivement ou disproportionnellement les personnes handicapées, il est difficile, voire impossible, de déterminer l'efficacité de ces régimes ou la mesure dans laquelle les personnes handicapées subissent de l'exploitation ou une violation de leurs droits. Le contrôle des lois et l'évaluation régulière de leurs effets constituent une base solide pour la refonte de celles-ci, et des mécanismes à cet égard devraient être intégrés dans les lois dès leur élaboration.

Les *cadres* comportent des questions relatives à la surveillance des lois, qui sont pertinentes pour notre propos.

1. Quels mécanismes les lois prévoient-elles pour permettre aux personnes touchées, y compris aux personnes handicapées, de faire part de leurs commentaires au sujet de son efficacité et de toute conséquence négative imprévue qu'elles peuvent avoir sur elles?
2. Comment les lois imposent-elles la collecte et la consignation systématiques de données pertinentes sur leur incidence et leur efficacité?
3. Comme les lois exigent-elles que des renseignements sur leur exécution et leur efficacité soient rendus publics?
4. Comme les lois s'assurent-elles que les responsables de leur mise en application et de leur surveillance rendent régulièrement compte de leurs activités ainsi que de l'efficacité de l'exécution des lois et de celle de l'administration des programmes ou des orientations?
5. Dans les cas où les lois accordent des pouvoirs discrétionnaires importants aux responsables de leur mise en application, quels mécanismes de responsabilisation et de contrôle supplémentaires prévoient-elles pour garantir que ces pouvoirs sont exercés de manière cohérente, juste, transparente et fondée sur des principes?

- **QUESTION À ABORDER : des réformes des lois, des orientations ou des méthodes pourraient-elles améliorer la transparence et la responsabilité dans l'ensemble du système de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle?**

- **QUESTION À ABORDER : quelles mesures peut-on prendre pour soutenir le contrôle et l'évaluation permanents des réformes dans ce domaine du droit et pour garantir que des modifications des lois, des orientations et des méthodes ont les effets escomptés?**

C. Coordination du système de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle

De nombreuses administrations intègrent à leur régime de capacité juridique, de prise de décision et de tutelle des institutions ou des mécanismes visant à coordonner ou à surveiller des fonctions jugées essentielles pour l'efficacité du fonctionnement dans son ensemble. Sont souvent incluses les fonctions de vulgarisation, de contrôle, de surveillance et de dernier recours.

En Irlande par exemple, selon le nouveau cadre législatif proposé (exposé précédemment), le bureau du tuteur public aurait dans le système une fonction de centralisation affirmée et extrêmement diversifiée, par exemple :

- surveiller les auxiliaires à la prise de décision, les codécideurs, les représentants pour la prise de décision et les procureurs des personnes visées;
- établir et maintenir un registre des accords d'aide à la prise de décision, des ordonnances relatives à la codécision, à la prise de décision et à la représentation pour la prise de décision, ainsi que des procurations durables;
- nommer des visiteurs spéciaux et des visiteurs généraux, qui rendent visite aux auxiliaires à la prise de décision, aux représentants, aux codécideurs, aux procureurs ou aux personnes aidées, et qui reçoivent des rapports de leur part;
- recevoir les sûretés que le représentant de la personne visée pour la prise de décision doit fournir sur ordonnance du tribunal;
- si le tribunal l'ordonne, détenir, contrôler et gérer tout ou partie des biens de la personne visée;
- recevoir des rapports de la part de codécideurs, de représentants pour la prise de décision ou de procureurs à l'égard des personnes visées, et les examiner;
- recevoir et examiner des observations, notamment des plaintes à propos de la façon dont des auxiliaires à la prise de décision, des codécideurs, des représentants pour la prise de décision ou des procureurs pour la personne visée exécutent leurs fonctions, puis prendre des mesures à l'égard des plaintes qui sont fondées;
- dans les cas où le tribunal ne peut trouver personne qui accepte de représenter pour la prise de décision ou qui soit apte à le faire, nommer quelqu'un à cette fin;

- établir des programmes de vulgarisation et d'information juridiques, notamment en ligne, pour toutes les personnes intéressées;
- conseiller et orienter les entités publiques dans leurs rapports avec des personnes visées[906].

Comme on l'a vu au chapitre III de la partie Quatre, dans l'État du Victoria en Australie, le Bureau du défenseur des personnes handicapées, qui est distinct de celui du tuteur public, exerce une fonction de coordination. Créé dans les années 1980 dans le cadre de vastes réformes des lois régissant la capacité et la tutelle, le Bureau est considéré, ainsi que le VCAT, comme l'une des innovations les plus réussies de ces réformes. Lors de son récent examen du régime de capacité juridique et de tutelle du Victoria, la Commission de réforme du droit du Victoria a affirmé son appui entier et vigoureux à la fonction de défenseur des personnes handicapées[907]. La Commission de réforme du droit du Victoria a recommandé non seulement qu'il conserve son mandat actuel, mais qu'il reçoive des responsabilités et des fonds supplémentaires. Le défenseur des personnes handicapées exerce la double fonction de tuteur de dernier recours et d'« observateur officiel » pour les droits des personnes handicapées en général. Ses fonctions sont les suivantes :

[TRADUCTION]

a) promouvoir, faciliter et encourager la prestation, l'élaboration et la coordination de services et d'installations fournis par des organisations étatiques, communautaires et bénévoles aux personnes handicapées, en vue de promouvoir le développement de leur aptitude et de leur capacité pour qu'elles puissent agir de façon autonome; minimiser les restrictions imposées aux droits des personnes handicapées; veiller à ce que celles-ci utilisent au maximum ces services et ces installations; encourager la participation des organisations bénévoles, des parents, des tuteurs et des amis à la prestation et à la gestion de ces services et de ces facilités;
b) soutenir l'établissement d'organisations qui s'occupent des personnes handicapées et qui sont en rapport avec leurs parents, leur tuteur et leurs amis afin d'instituer des programmes de défense publique; entreprendre des projets communautaires de vulgarisation; promouvoir la responsabilité des familles et de la collectivité en matière de tutelle;
c) élaborer, coordonner et promouvoir, en diffusant des renseignements, la sensibilisation et la compréhension éclairées de la *Guardianship and Administration Act* et des autres lois concernant les personnes handicapées ou influant sur celles-ci;
d) mener des recherches, rendre compte et présenter des recommandations au ministre sur des aspects de la Loi que celui-ci lui a renvoyés[908].

Comme on l'a vu au chapitre I de la partie Quatre, l'Arch Disability Law Centre, dans *Decisions, Decisions : Promoting and Protecting the Rights of Persons with Disabilities Who are Subject to Guardianship,* a qualifié de lacune majeure du système actuel l'absence de mécanismes actifs (par opposition à réactifs) pour garantir que les droits des personnes sous tutelle sont respectés

et que les tuteurs observent ces responsabilités imposées par la loi, et a recommandé la création d'un « bureau de surveillance et de défense des droits », distinct du TCP. Ce bureau serait *[TRADUCTION]* « un organe indépendant, compétent, impartial, ayant pour fonction de contrôler et de surveiller les décideurs, de régler les situations d'abus de pouvoir de la part des décideurs et de traiter les plaintes des personnes "incapables"[909] ».

Ce sont le tuteur et curateur public (le TCP) et le Bureau d'évaluation de la capacité (BEC) qui en Ontario assurent cette fonction centrale de coordination, si tant est qu'elle existe. Les fonctions essentielles du TCP, exposées précédemment, sont notamment les suivantes : la prise de décisions en dernier recours, la tutelle légale aux biens, la nomination de subrogés tuteurs aux biens, la conduite d'enquêtes sur les « conséquences préjudiciables graves », s'il y a lieu la demande au tribunal de la tutelle temporaire, le contrôle des demandes de nomination judiciaire du tuteur, s'il y a lieu la présentation d'observations ou la comparution, le contrôle des comptes des tuteurs aux biens présentés au tribunal pour approbation, la tenue du registre des tuteurs, l'organisation en vertu de l'article 3 de la LPDNA de la représentation par un avocat d'une personne qui est partie à une instance et a besoin d'un avocat, la création de produits d'information et la prestation de vulgarisation juridique (cette dernière fonction n'est pas prévue par la loi).

Le BEC forme des spécialistes de la santé pour qu'ils deviennent des évaluateurs en vertu de la LPDNA. Il dispense de la formation continue aux évaluateurs désignés, tient une liste des évaluateurs qualifiés, contrôle le travail des évaluateurs, renseigne la population ontarienne sur l'évaluation de la capacité et gère un plan d'aide financière pour les personnes qui ne peuvent prendre en charge les frais de l'évaluation de la capacité.

Les fonctions du TCP et celles du BEC sont indispensables au fonctionnement du système ontarien; leur ampleur est toutefois relativement modeste, par rapport aux fonctions d'institutions similaires dans d'autres administrations. Comme on l'a souligné précédemment, la conception ontarienne de ce domaine du droit a été relativement décentralisée, et axée sur les responsabilités des personnes concernées, des familles et des spécialistes pour garantir que le système fonctionne efficacement, comme prévu.

La question de la « coordination du système » est étroitement liée à celles de la transparence et de la responsabilité, brièvement exposée ci-dessus. En l'absence d'institution ou de mécanisme de coordination, il est plus difficile de concevoir des moyens de garantir qu'on puisse disposer de données publiques sur les résultats. Pour revenir à l'exemple de la procuration, il n'y a pas de collecte de données sur le nombre de procurations établies ou en vigueur, sur les mandants ou les mandataires, sur les pouvoirs qu'elles confèrent ou sur la fréquence des soucis qui se manifestent à propos de leur usage, puisqu'il n'existe pas d'entité responsable de contrôler ou de surveiller ces procurations.

- **QUESTION À ABORDER : des réformes des lois, des orientations ou des méthodes, y compris des fonctions ou des responsabilités institutionnelles, pourraient-elles améliorer la coordination et l'efficacité dans l'ensemble du système?**

D. Déceler les problèmes systémiques

Les deux questions développées ci-dessus, l'absence relative d'institutions ou de mécanismes centraux de coordination d'une part, et celle de moyens de collecte et de diffusion de données sur le fonctionnement du système d'autre part, contribuent à la difficulté d'évaluer le système en vigueur, que ce soit de façon permanente pour corriger des problèmes de mise en œuvre ou dans le cadre d'un examen plus approfondi.

Il est utile de se demander si des réformes pourraient intégrer aux lois, aux orientations ou aux méthodes des moyens ou des exigences de contrôler régulièrement leur incidence et leur efficacité. La *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* et la *Loi modifiant le Code des droits de la personne* par exemple comportent des dispositions prévoyant l'examen des réformes qu'elles promulguent après le délai prévu. L'article 57 de la *Loi modifiant le Code des droits de la personne* prévoit, trois ans après la date d'effet, l'examen de la mise en œuvre et de l'efficacité des changements découlant de l'édiction de cette loi. Cet examen doit comporter des consultations publiques et un rapport au ministre responsable[910]. Il a eu lieu en 2012[911]. La *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* comporte des exigences plus complètes quant à l'examen. Un premier examen devait avoir lieu dans les quatre ans suivant l'entrée en vigueur de cette loi, suivi d'autres examens triennaux. Le ministre nomme « une personne qui effectue un examen complet de l'efficacité de la présente loi et des règlements », menant notamment des consultations publiques. La personne nommée doit remettre un rapport qui peut comporter des recommandations visant à améliorer l'efficacité de la loi et de ses règlements[912].

- **QUESTION À ABORDER : des réformes des lois, des orientations ou des méthodes pourraient-elles améliorer la capacité de cerner et de traiter les problèmes dans l'ensemble du système?**

GARANTIR L'EFFICACITÉ DU SYSTÈME : COORDINATION, SURVEILLANCE, TRANSPARENCE

E. Questions à aborder

1. **Des réformes des lois, des orientations ou des méthodes pourraient-elles améliorer la transparence et la responsabilité dans l'ensemble du système de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle?**
2. **Quelles mesures peut-on prendre pour soutenir le contrôle et l'évaluation permanents des réformes dans ce domaine du droit et pour garantir que des modifications des lois, des orientations et des méthodes ont les effets escomptés?**
3. **Des réformes des lois, des orientations ou des méthodes, y compris des fonctions ou des responsabilités institutionnelles, pourraient-elles améliorer la coordination et l'efficacité dans l'ensemble du système?**
4. **Des réformes des lois, des orientations ou des méthodes pourraient-elles améliorer la capacité de cerner et de traiter les problèmes dans l'ensemble du système?**

ANNEXES

II. PARTICIPER AU PROCESSUS DE RÉFORME DU DROIT : LES CONSULTATIONS PUBLIQUES DE LA CDO

Le droit concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle touche directement un grand nombre d'Ontariens, nombre qui va croissant. À un moment ou à un autre, la plupart feront connaissance avec ce domaine du droit, que ce soit à titre professionnel ou du fait de leur maladie ou de leur déficience ou de celles d'un être cher. Ces lois ont une incidence profonde sur les droits et la qualité de vie élémentaire des personnes directement concernées ainsi que sur la vie des membres de leur famille et de leurs amis. Pour que la réforme du droit soit efficace, il est primordial d'écouter ce que les personnes concernées ont à dire, de comprendre comment, actuellement, le droit se concrétise réellement et comment il peut être amélioré de sorte qu'il prenne tout son sens et devienne plus accessible, plus juste, plus efficace.

Le présent *document de travail,* fort vaste, s'accompagne du *sommaire des enjeux pour les consultations*, plus simplifié, dans lequel sont résumés les grands enjeux que la CDO a définis pour ses recherches et ses consultations préliminaires et où figurent aussi des questions visant à orienter la consultation.

La CDO mènera des consultations publiques sur les questions développées dans le présent document du **mercredi 25 juin 2014** au **vendredi 17 octobre 2014**. Vous pouvez participer de plusieurs façons.

Faites-nous parvenir vos commentaires par la poste, par télécopieur ou par courriel :

Commission du droit de l'Ontario
Consultation publique : capacité juridique, prise de décision et tutelle
2032 Immeuble Ignat Kaneff, Osgoode Hall Law School, Université York
4700, rue Keele
Toronto, ON M3J 1P3
Télécopieur : 416-650-8418
Courriel : LawCommission@lco-cdo.org

Vous pouvez aussi vous servir de la formule pour les commentaires qui se trouve sur notre site www.lco-cdo.org. Les observations doivent nous parvenir pour le **17 octobre 2014.**

La CDO a mis au point deux questionnaires de consultation : l'un pour les personnes directement touchées par les lois concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle; l'autre, pour les familles, les amis et les accompagnateurs et les mandataires spéciaux. Les deux questionnaires sont accessibles en ligne à www.lco-cdo.org. Vous pouvez demander

d'autres formats par téléphone ou par courriel. Vous pouvez répondre aux questionnaires par la poste, en ligne ou par téléphone. Voici les numéros pour répondre par téléphone :

Toronto : 416- 650-8406
Numéro gratuit : 1 866-950-8406
ATME : 416-650-8082

Notre personnel sera heureux de vous rencontrer pour discuter les questions soulevées ici, par téléphone ou bien en personne. Si vous souhaitez organiser une réunion de consultation avec la CDO, n'hésitez pas à communiquer avec nous pour discuter des possibilités d'arrangement. Les réunions peuvent avoir lieu en personne, par téléconférence ou par d'autres techniques interactives. Si vous avez des questions à propos de cette consultation, veuillez nous téléphoner au 416-650-8406 ou nous écrire par courriel à lawcommission@lco-cdo.org.

Sur la base des résultats de nos consultations et de nos recherches en cours, la CDO préparera un *rapport intermédiaire* devant paraître eu printemps 2015, qui comportera un projet d'analyse et de recommandations.

ANNEXES

ANNEXE A : LES PRINCIPES DES CADRES DE LA CDO

Extraits du *Cadre du droit touchant les personnes handicapées* et du *Cadre du droit touchant les personnes âgées.* On peut consulter la version originale dans le rapport final de chacun de ces deux projets.

Extrait du *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*

Principes concernant le droit et les personnes handicapées

Dans le but de contrer les stéréotypes et les préjugés négatifs sur les personnes handicapées, de réaffirmer le statut de celles-ci en tant que membres à part entière de la société et titulaires de droits et de responsabilités, ainsi que d'inciter le gouvernement à prendre des mesures concrètes pour assurer leur bien-être, le présent cadre expose un ensemble de principes concernant le droit et les personnes handicapées.

Chacun des six principes ci-dessous converge vers le but ultime de promouvoir l'égalité réelle des personnes handicapées. Le concept d'égalité est au cœur de la *Charte* et du *Code*, et la Cour suprême a reconnu que les gouvernements, lorsqu'ils offrent des services, doivent respecter les droits à l'égalité des groupes défavorisés. Par conséquent, l'observation de ces principes doit orienter les lois et les politiques de manière à promouvoir l'égalité réelle, et leur interprétation doit reposer sur le concept d'égalité réelle.

Ces principes sont d'une importance égale et doivent être examinés les uns par rapport aux autres. Bien qu'il s'agisse de principes distincts, ils peuvent se renforcer ou entrer en conflit les uns avec les autres dans le cadre de situations concrètes.

1. **Le respect de la dignité et de la valeur des personnes handicapées :** Ce principe reconnaît la valeur inhérente, égale et inaliénable de tous, y compris celle de toutes les personnes handicapées. Tous les membres de la famille humaine sont des personnes à part entière, qui ont le droit d'être estimées, respectées et appréciées, et de faire reconnaître leurs contributions et leurs besoins.

2. **La reconnaissance de la diversité des aptitudes et des autres caractéristiques humaines :** Ce principe exige qu'on reconnaisse que l'étendue des aptitudes varie selon les domaines, les personnes et les périodes de la vie, que chaque personne handicapée a une identité, des besoins et une situation uniques et que les identités multiples et croisées des personnes handicapées peuvent contribuer à accroître ou à réduire la discrimination et les désavantages auxquels elles font face, et que l'on soit sensible à cette réalité.

3. **L'amélioration de l'autonomie et de l'indépendance :** Ce principe préconise l'établissement de conditions qui permettent aux personnes handicapées de faire des choix qui ont une incidence sur leur vie et de s'occuper d'elles-mêmes autant qu'elles le peuvent ou le souhaitent en bénéficiant des mesures de soutien adéquates requises.

4. **La promotion de l'inclusion sociale et de la participation :** Ce principe invite à bâtir une société qui favorise la participation active de toutes les personnes handicapées à la collectivité en éliminant les obstacles physiques, sociaux, comportementaux et systémiques qui les empêchent d'exercer leur citoyenneté et en facilitant leur inclusion.

5. **L'avancement du droit à la sécurité :** Ce principe évoque le droit des personnes handicapées de vivre dans un milieu où elles n'ont pas à craindre d'être victimes de mauvais traitements ou d'exploitation et où elles peuvent recevoir le soutien dont elles ont besoin pour prendre des décisions qui peuvent influer sur leur sécurité.

6. **La reconnaissance de l'appartenance à la société :** Ce principe reconnaît que les personnes handicapées sont des membres de la société qui ont des droits et des responsabilités, au même titre que les autres membres de la société.

- *Pour de plus amples renseignements sur les principes, veuillez consulter le chapitre III.C du* Cadre du droit touchant les personnes handicapées. Rapport final.

Mise en œuvre des principes

Comme les principes sont relativement abstraits et ambitieux, leur mise en œuvre peut présenter des difficultés. Par exemple, la limitation des ressources peut empêcher la mise en œuvre simultanée et intégrale de tous les principes. Dans certains cas, les principes peuvent laisser entrevoir différentes solutions à un même problème. Par conséquent, la CDO suggère d'examiner les facteurs ci-dessous pour l'application des principes.

Prise en considération des réalités des personnes handicapées : Bien qu'il soit généralement admis que les personnes handicapées représentent une proportion importante et croissante de la population du Canada et qu'elles peuvent avoir des réalités, des expériences et des besoins différents de ceux des autres membres de la société, les lois et les politiques ne tiennent pas toujours compte de leur situation particulière. Par conséquent, les lois et les politiques risquent d'avoir des conséquences négatives non désirées sur les personnes handicapées, de s'opposer les unes aux autres ou de faillir à leurs objectifs. Parfois, des stéréotypes ou des préjugés négatifs sur les personnes handicapées déterminent la mesure dans laquelle celles-ci sont prises en compte et la façon dont cela se fait. Le droit peut alors avoir un effet discriminatoire sur les personnes handicapées. Pour respecter et mettre en œuvre les principes, il faut tenir

compte des réalités des personnes handicapées lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de l'ensemble des lois, des politiques et des programmes qui peuvent avoir une incidence sur elles. Pour ce faire, il faut reconnaître que les personnes handicapées forment elles-mêmes un groupe très hétérogène, composé d'individus dont les points de vue, les réalités et les expériences varient énormément. La consultation du rapport final de la CDO qui accompagne le présent cadre, de même que des sources évoquées tout au long du cadre, peut faciliter la compréhension des réalités des personnes handicapées.

Analyse du parcours de vie : Étant donné ce qui précède, il est important d'examiner l'ensemble du parcours de vie des personnes handicapées pour l'application des principes. Les expériences que tous les individus vivent déterminent leurs ressources et leurs perspectives à chaque étape de leur existence. Les obstacles ou les possibilités qui se présentent à un moment de leur vie auront des répercussions sur le reste de leur existence. Si le parcours de vie d'une personne influence son rapport avec les lois, l'inverse est aussi vrai. Les lois ont des effets déterminants sur le parcours de vie d'une personne. L'incidence des lois doit donc être examinée pour chaque étape de la vie des personnes handicapées, de la naissance jusqu'à la mort, en tenant compte des liens entre chacune de ces étapes.

Approche centrée sur la personne : Le droit est souvent élaboré, mis en œuvre et analysé comme un ensemble de systèmes distincts et quasi autonomes. Une approche centrée sur la personne met en évidence les façons dont les personnes abordent le droit – souvent comme un enchevêtrement déroutant de systèmes fragmentaires –, et requiert que les lois soient élaborées et mises en œuvre en tenant compte de l'intégralité de l'expérience des personnes touchées par celles-ci. Pour ce faire, le droit doit envisager les personnes comme des individus à part entière ayant des besoins et des identités uniques et prendre en considération les différents modes de transition d'une étape à l'autre de la vie ou d'un système à l'autre.

Conception inclusive : Bien qu'il puisse, dans certains cas, se révéler nécessaire ou plus approprié d'élaborer des lois, des pratiques, des programmes ou des politiques destinés à répondre aux besoins des personnes handicapées, dans la plupart des cas, une conception inclusive, qui tient compte dès le départ des besoins des personnes handicapées et des autres dans l'élaboration globale d'une loi d'application générale, peut s'avérer plus efficace. L'importance accordée à la dignité, à l'autonomie, à l'inclusion, à la sécurité et à la diversité lors de l'élaboration des lois profitera autant aux personnes handicapées qu'au reste de la population. Plusieurs des mesures nécessaires afin de réaliser les principes et de rendre le droit plus juste, accessible et équitable pour les personnes handicapées auront les mêmes effets pour tous. L'élaboration de lois, de politiques et de programmes d'application générale qui tiennent compte des personnes handicapées dès le départ peut donc améliorer l'efficacité du droit dans son ensemble.

ANNEXES

Mise en œuvre efficace des lois : Même lorsque les lois reposent sur une compréhension approfondie et nuancée des réalités des personnes handicapées et visent à promouvoir des principes positifs, la façon dont elles sont mises en œuvre peut nuire à l'atteinte de leurs objectifs. Cela se produit fréquemment. Cet « écart entre la visée et la mise en œuvre du droit » comporte deux facettes : des stratégies visant l'application du droit et des mécanismes faisant en sorte que les personnes handicapées soient en mesure d'exercer et de faire valoir leurs droits. Lors de l'élaboration et de l'analyse des lois, il importe donc d'accorder autant d'attention à leur mise en œuvre qu'à leur contenu.

Réalisation progressive : La réalisation des principes représente un processus continu, qui suit l'évolution du contexte, des concepts et des ressources. Les efforts pour améliorer le droit devraient être constants et être entrepris à mesure qu'évoluent les façons de concevoir les expériences des personnes handicapées, que les ressources se libèrent ou que le contexte s'y prête. Bien entendu, même si on souhaite mettre en œuvre les principes le plus intégralement possible, on peut parfois se heurter à certaines contraintes, comme des ressources limitées, des besoins contradictoires ou des priorités stratégiques. Dans ces circonstances, il convient d'adopter une démarche de mise en œuvre progressive qui permet d'apporter des changements aux lois et aux politiques tout en respectant et en faisant évoluer les principes, de réaliser les principes dans toute la mesure du possible à ce moment, de mettre l'accent sur l'amélioration continue tout en évitant les reculs, puis de déterminer et prévoir sans cesse des mesures concrètes en vue de faire progresser encore davantage la réalisation des principes.

Protection, respect et mise en œuvre des droits : Dans le domaine du droit international en matière de droits de la personne, le cadre sur « la protection, le respect et la mise en œuvre des droits » sert à analyser et à favoriser l'exécution des obligations en matière de droits de la personne. Selon cette analyse, les États doivent aborder leurs obligations en matière de droits de la personne de trois façons :

1. L'obligation de respecter les droits – Les États parties doivent s'abstenir d'entraver la réalisation des droits.
2. L'obligation de protéger les droits – Les États parties doivent prendre des mesures immédiates pour empêcher toute violation de ces droits par des tiers et pour garantir l'accès aux recours judiciaires en cas de violation.
3. L'obligation de mettre en œuvre les droits – Les États parties doivent prendre des mesures législatives, administratives, financières, judiciaires, promotionnelles ou autres en vue d'assurer le plein exercice de ces droits.

Cette approche peut s'avérer utile pour analyser et faciliter l'application des principes concernant le droit et les personnes handicapées ou, en fait, tout autre groupe. Les

gouvernements sont tenus à tout le moins de s'abstenir de violer les principes (c'est-à-dire qu'ils doivent les respecter et les protéger), mais ils peuvent mettre ceux-ci en application graduellement, à mesure que les concepts évoluent et que les ressources deviennent disponibles.

- *Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez consulter le chapitre III.D du* Cadre du droit touchant les personnes handicapées. Rapport final.

ANNEXES

Extraits du *Cadre du droit touchant les personnes âgées*

Principes concernant le droit et les personnes âgées

Dans le but de contrer les stéréotypes et les préjugés négatifs à l'égard des personnes âgées, de réaffirmer le statut de celles-ci en tant que membres à part entière de la société et titulaires de droits et de responsabilités, et d'inciter le gouvernement à prendre des mesures concrètes pour assurer leur bien-être, le cadre expose un ensemble de principes concernant le droit et les personnes âgées.

Chacun de ces six principes converge vers le but ultime de promouvoir une égalité réelle pour les personnes âgées. Le concept d'égalité est au cœur de la *Charte des droits et libertés* et du *Code des droits de la personne de l'Ontario*. En effet, la Cour suprême du Canada a reconnu que les gouvernements pouvaient avoir l'obligation absolue de promouvoir l'égalité des groupes défavorisés. Par conséquent, l'observation de ces principes doit orienter les lois et les politiques de manière à promouvoir l'égalité réelle, et leur interprétation doit reposer sur le concept d'égalité réelle. L'égalité réelle ne se résume pas à la non-discrimination; elle englobe la dignité et la valeur, la possibilité de participer, et la nécessité de tenir compte des besoins. Elle vise une conception de la société, de ses structures et de ses organisations qui n'exclut pas les groupes marginalisés de la société dominante.

Bien qu'il s'agisse de principes distincts, ils sont d'une importance égale et se définissent les uns par rapport aux autres. Ils peuvent se renforcer ou entrer en conflit les uns avec les autres dans le cadre de situations concrètes.

1. **Respect de la dignité et de la valeur :** Ce principe reconnaît la valeur inhérente, égale et inaliénable de tous, y compris des personnes âgées. Tous les membres de la famille humaine sont des personnes complètes, uniques et irremplaçables. Par conséquent, ce principe englobe le droit d'être estimé, respecté et apprécié; de faire reconnaître tant son apport que ses besoins; et d'être traité comme une personne à part entière. Cela comprend également le droit d'être traité en toute équité et sans discrimination.

2. **Amélioration de l'autonomie et de l'indépendance :** Ce principe reconnaît le droit des personnes âgées de faire des choix pour elles-mêmes, en s'appuyant sur la présomption de capacité et sur la reconnaissance de la légitimité du choix. Il reconnaît également le droit des personnes âgées de s'occuper d'elles-mêmes dans la plus grande mesure possible. La réalisation de ce principe peut nécessiter des mesures visant à renforcer la capacité de faire

des choix et de s'occuper de soi-même, y compris la prestation de mesures de soutien appropriées.

3. **Promotion de la participation et de l'inclusion :** Ce principe reconnaît le droit de participer activement et de s'intégrer à sa collectivité ainsi que de jouer un rôle important au sein de celle-ci. L'inclusion et la participation sont possibles lorsque les lois, les politiques et les pratiques sont conçues de façon à favoriser la participation active des personnes âgées à la collectivité et à éliminer les obstacles physiques, sociaux, comportementaux et systémiques qui les empêchent de participer, tout particulièrement dans le cas des personnes âgées victimes de marginalisation et d'exclusion. Le droit des personnes âgées d'être convenablement consultées sur les enjeux qui les concernent, que ce soit de façon individuelle ou collective, est un aspect important de ce principe.

4. **Reconnaissance de l'importance de la sécurité :** Ce principe reconnaît le droit d'être protégé contre la violence ou l'exploitation physique, psychologique, sexuelle ou financière et le droit au soutien de base en matière de services de santé, juridiques et sociaux.

5. **Reconnaissance de la diversité et de l'individualité :** Ce principe reconnaît que les personnes âgées sont des individus, dont les besoins et les réalités peuvent varier en fonction d'un large éventail de facteurs, notamment du sexe, de la racialisation, du statut d'Autochtone, d'immigrant ou de citoyen, d'un problème de santé ou d'une incapacité, de l'orientation sexuelle, des croyances, de l'emplacement géographique, du lieu de résidence, ou de tout autre aspect lié à l'identité, dont les effets peuvent s'accumuler au cours de la vie. Les personnes âgées ne forment pas un groupe homogène, et le droit doit tenir compte des effets de cette diversité.

6. **Appartenance à la collectivité dans son ensemble :** Ce principe reconnaît les droits et les obligations réciproques de l'ensemble des membres de la société et des générations passées, présentes et futures, de même que le fait que les lois devraient refléter une compréhension et une obligation mutuelles tout en s'efforçant de créer une société accueillante pour les personnes de tous âges.

   - *Pour de plus amples renseignements sur les principes de la CDO concernant le droit et les personnes âgées, veuillez consulter le* chapitre *III.B du rapport final.*

Mise en œuvre des principes

Comme les principes sont relativement abstraits et ambitieux, leur mise en œuvre peut présenter des difficultés. Par exemple, la limitation des ressources peut empêcher la mise en

œuvre simultanée et intégrale de tous les principes. Dans certains cas, les principes peuvent laisser entrevoir différentes solutions à un même problème. Par conséquent, la CDO suggère d'examiner les facteurs ci-dessous pour l'application des principes.

Tenir compte des réalités des personnes âgées : Bien qu'il soit généralement admis que les personnes âgées représentent une proportion importante et croissante de la population du Canada, et qu'elles peuvent avoir des réalités, des expériences et des besoins différents de ceux des autres membres de la société, les lois ne tiennent pas toujours compte des particularités des personnes âgées. Par conséquent, les lois risquent d'avoir des conséquences négatives non désirées sur les personnes âgées. Parfois, des stéréotypes ou des préjugés négatifs sur les personnes âgées déterminent la mesure dans laquelle celles-ci sont prises en compte et la façon dont cela se fait. Le droit peut ainsi avoir un effet discriminatoire sur les personnes âgées. Pour respecter et mettre en œuvre les principes, il faut tenir compte des réalités des personnes âgées lors de l'élaboration, de la mise en œuvre et de l'examen de l'ensemble des lois, des politiques et des pratiques susceptibles d'avoir une incidence sur elles.

Bien que le vieillissement soit souvent perçu comme un processus biologique inévitable, il ne faut pas oublier qu'il s'agit en fait d'un processus multidimensionnel, façonné par les attitudes sociales à l'égard du vieillissement et des personnes âgées, les structures sociales et les institutions (y compris les lois et les politiques) qui les entourent, et la vie qu'elles ont vécue avant d'atteindre le « troisième âge ». Par conséquent, toute description du vieillissement et des personnes âgées est forcément complexe, comme c'est le cas pour chaque stade de la vie.

Analyse du parcours de vie : Il est important que l'application des principes considère les personnes âgées comme étant à un stade de leur « parcours de vie ». Les besoins et les situations des personnes âgées sont complexes, et ils reposent sur les expériences et les relations de toute une vie. Ils ont contribué à façonner la personnalité des personnes âgées et les choix qui s'offrent à elles. Les obstacles ou les possibilités qui se présentent plus tôt dans la vie d'une personne auront des répercussions sur le reste de son existence. Si son parcours de vie influence son rapport avec les lois, l'inverse est aussi vrai. Les lois ont des effets déterminants sur le parcours de vie d'une personne. On doit donc examiner l'incidence des lois sur les personnes âgées pour chaque étape de leur vie, en tenant compte des liens entre chacune de ces étapes.

Analyse comparative entre les sexes : Il est particulièrement important d'examiner la différence de l'expérience du vieillissement chez l'homme et la femme. Dans l'ensemble, les tendances démographiques indiquent une espérance de vie plus longue pour les femmes, ce qui entraîne des enjeux qui leur sont propres. Par exemple, compte tenu de leur plus longue espérance de vie et du fait qu'elles ont tendance à épouser un homme plus vieux qu'elles, les femmes sont plus susceptibles de devenir veuves et de vivre seules, ce qui a de nombreuses conséquences sur les

plans du revenu, des soins et des conditions de vie. Les femmes âgées sont également victimes de stéréotypes négatifs particuliers et sont davantage traitées avec dédain en raison de leur âge et de leur sexe.

Droit centré sur la personne : Le droit est souvent élaboré, mis en œuvre et analysé comme un ensemble de domaines distincts et quasi autonomes, comme le droit de la famille, le droit criminel et le droit immobilier. Une approche centrée sur la personne met en évidence les façons dont les individus abordent le droit, souvent comme un enchevêtrement complexe et déroutant de systèmes fragmentaires. Cette approche requiert que les lois soient élaborées et mises en œuvre selon l'intégralité de l'expérience des personnes touchées par celles-ci. Pour ce faire, le droit doit envisager les personnes comme des individus ayant des besoins et des identités diversifiés, et, ainsi, prendre en considération les différents modes de transition d'une étape à l'autre de la vie ou d'un système à l'autre.

Conception inclusive : Bien qu'il puisse, dans certains cas, se révéler nécessaire ou plus approprié d'élaborer des lois, des pratiques, des programmes ou des politiques destinés à répondre aux besoins des personnes âgées, dans la plupart des cas, une approche qui tient compte des individus à divers stades de leur parcours de vie et des aînés dans l'élaboration globale des lois peut s'avérer plus efficace. L'importance accordée à la dignité, à l'autonomie, à l'inclusion, à la sécurité, à la diversité et à la participation à la collectivité dans son ensemble lors de l'élaboration des lois profitera aux jeunes et aux moins jeunes. Plusieurs, sinon la plupart des mesures nécessaires afin d'appliquer les principes et de rendre le droit plus juste, accessible et équitable pour les personnes âgées auront les mêmes effets pour tous. Une conception inclusive des lois, des politiques et des pratiques peut améliorer l'efficacité du droit dans son ensemble.

Mise en œuvre efficace des lois : Même lorsque les lois reposent sur une compréhension approfondie et nuancée des réalités des personnes âgées, et visent à promouvoir des principes positifs, la façon dont elles sont appliquées peut nuire à l'atteinte de leurs objectifs. Ce phénomène, parfois désigné sous l'appellation « mauvais exercice du droit », n'est pas inhabituel dans le domaine du droit touchant les personnes âgées. Le rapport découlant de la réunion du groupe d'experts des Nations Unies sur les droits des personnes âgées exhorte les gouvernements à combler l'écart entre le droit et son application. Cet enjeu comporte deux facettes : des stratégies visant l'application du droit, et des mécanismes faisant en sorte que les personnes âgées soient en mesure d'exercer et de faire valoir leurs droits.

Réalisation progressive : La réalisation des principes représente un processus continu, qui suit l'évolution du contexte, des concepts et des ressources. Les efforts déployés pour améliorer le droit doivent être constants et être entrepris à mesure qu'évoluent les façons de concevoir les personnes âgées et le processus de vieillissement, que les ressources se libèrent ou que le

contexte s'y prête. Bien entendu, même si on souhaite mettre en œuvre les principes le plus intégralement possible, on peut parfois se heurter à certaines contraintes, comme des ressources limitées, des besoins contradictoires ou des priorités stratégiques. Dans ces circonstances, il est possible d'adopter une démarche progressive qui insiste sur l'amélioration continue et qui consiste à appliquer au départ le plus d'éléments possibles des principes tout en évitant les reculs, puis à déterminer et à prévoir sans cesse des mesures concrètes en vue de faire progresser encore davantage la réalisation des principes.

Application du concept de « respect, de protection et de mise en œuvre des droits » : Dans le domaine du droit international en matière de droits de la personne, le cadre sur « le respect, la protection et la mise en œuvre des droits » sert à analyser et à favoriser l'exécution des obligations en matière de droits de la personne. Selon cette analyse, les États doivent aborder leurs obligations en matière de droits de la personne de trois façons :

1. L'obligation de respecter les droits – Les États parties doivent s'abstenir d'entraver la réalisation des droits.
2. L'obligation de protéger les droits – Les États parties doivent empêcher la violation de ces droits par des tiers.
3. L'obligation de mettre en œuvre les droits – Les États parties doivent prendre des mesures législatives, administratives, budgétaires, judiciaires ou autres en vue d'assurer le plein exercice de ces droits.

Cette approche peut s'avérer utile pour analyser et faciliter l'application des principes du droit touchant les personnes âgées ou, en fait, tout autre groupe. Les gouvernements sont tenus minimalement de s'abstenir de violer les principes (c'est-à-dire qu'ils doivent les respecter et les protéger), mais ils peuvent mettre ceux-ci en application graduellement, à mesure que les concepts évoluent et que les ressources deviennent disponibles.

- *Pour de plus amples renseignements sur les principes et sur les réalités des personnes âgées, veuillez consulter le chapitre III.B.5-7 et le chapitre II, respectivement, du rapport final.*

ANNEXE B : QUESTIONS DU CONSULTATION

1. Y a-t-il d'autres questions ou d'autres thèmes qu'il faudrait aborder dans les paramètres qui ont été définis pour le projet?

2. De quels éléments, de quelles possibilités la CDO devrait-elle avoir connaissance pour garantir que les propositions de réforme du droit dans ce domaine seront pratiques et que leur mise en œuvre sera possible?

3. Quels devraient être le ou les objets premiers de ce domaine du droit?

4. Que nous apprennent les principes et les engagements de la CRDPH, de la Charte, du *Code des droits de la personne* et de la LAPHO sur les principaux éléments des réformes des lois ontariennes concernant la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle? De quelle façon peuvent-ils influer sur l'interprétation et l'application de ces lois?

5. Des réformes précises de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* ou de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* permettraient-elles une meilleure coordination avec d'autres lois, la *Loi sur la santé mentale* par exemple ou les lois concernant la protection de la vie privée, le soutien du revenu ou les soutiens sociaux?

6. En quoi l'expérience que l'on fait de ce domaine du droit diffère-t-elle selon le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, la racialisation, le statut d'immigrant, l'origine autochtone, la situation familiale, l'état matrimonial, le lieu de résidence, la situation géographique, la langue ou d'autres formes de diversité? Quelles réformes du droit dans ce domaine sont nécessaires pour s'assurer que celui-ci tienne compte des particularités des personnes âgées et des personnes handicapées concernées?

7. Au moment de concevoir une réforme réelle de ce domaine du droit, que nous enseignent les principes des *cadres*?

8. Quelles sont les conséquences les plus importantes des principes des *cadres* pour les conceptions et les normes de la capacité juridique en droit ontarien?

9. Des moyens particuliers existent-ils pour éclaircir le critère actuel « comprendre et évaluer » de détermination de la capacité juridique, afin d'en améliorer l'application? Ou d'autres moyens existent-ils, qui permettraient de guider utilement la bonne application du critère? Des moyens particuliers existent-ils pour modifier le critère

législatif de sorte qu'il reflète mieux les aspects sociaux et contextuels de la capacité juridique?

10. Conviendrait-il d'adopter un critère de détermination de la capacité juridique fondé sur « la volonté et l'intention » pour quelques-uns ou pour tous les aspects des lois ontariennes sur la prise de décision et la tutelle? Si oui, dans quels cas ce critère conviendrait-il, et comment évaluerait-on cette norme concernant la capacité?

11. Comment l'expérience d'évaluation de la capacité diffère-t-elle en fonction du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'appartenance raciale, de la langue, de la culture, du statut socioéconomique, du statut d'autochtone, de l'emplacement géographique, de différents types de handicaps et d'autres aspects de la diversité?

12. Est-ce que chacun des systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario trouve le juste milieu entre les formalités, les protections procédurales, l'accessibilité et l'efficacité?

13. Qui doit effectuer les différents types d'évaluation de la capacité requis? Quelle formation est nécessaire? Comment doit-elle être dispensée?

14. Le contrôle et la surveillance des différents types d'évaluation de la capacité en Ontario sont-ils adéquats? Si non, que pourrait-on proposer précisément pour améliorer ceux-ci à cet égard?

15. Les normes d'évaluation de la capacité des différents systèmes sont-elles claires, cohérentes et rigoureuses? Si non, que pourrait-on proposer précisément pour les améliorer?

16. L'Ontario pourrait-il tirer profit d'une harmonisation et d'une simplification plus poussées et d'une coordination accrue de ses différents systèmes d'évaluation de la capacité? Si oui, que pourrait-on proposer précisément pour ce faire?

17. Les systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario s'adaptent-ils correctement aux fluctuations de la capacité? Si oui, quelles propositions précises pourraient contribuer à les améliorer sur ce plan?

18. Y a-t-il des obstacles qui limitent l'accès aux systèmes d'évaluation de la capacité de l'Ontario? Si oui, que pourrait-on proposer précisément pour les rendre plus accessibles?

19. Quels sont les avantages et les risques de l'officialisation de la prise de décision accompagnée dans le droit ontarien?

20. Si la prise de décision accompagnée est intégrée au droit ontarien :

a. À qui devrait-elle s'appliquer?
b. Quel devrait être le critère de détermination de la capacité de conclure un tel arrangement et de celle d'y mettre fin?
c. Ce type de prise de décision devrait-il être possible pour tous les types de décision ou certains seulement?
d. Devrait-on présumer que ces arrangements sont des arrangements par défaut, par opposition aux arrangements de prise de décision au nom d'autrui? Si oui, dans quelles circonstances?
e. Les nominations et les annulations de ces arrangements devraient-elles être personnelles (comme la procuration) ou publiques (comme la nomination d'un tuteur)? Quelles devraient être les exigences des procédures de nomination et d'annulation?
f. Qui devrait pouvoir assumer la fonction d'accompagnateur?
g. Quelles devraient être les responsabilités des accompagnateurs?
h. Quel type de mécanisme de surveillance et de contrôle faudrait-il adopter pour ces arrangements pour la prise de décision?
i. Quels autres mécanismes faudrait-il intégrer pour prévenir les abus survenant du fait de ces arrangements pour la prise de décision?
j. Quelles devraient être les obligations des tiers en ce qui concerne ces arrangements? Quelles devraient être les garanties juridiques pour les tiers qui traitent avec les parties à ces arrangements?

21. Quels sont les avantages et les risques de l'officialisation de la codécision dans le droit ontarien?

22. Si la codécision est intégrée au droit ontarien :
    a. À qui devrait-elle s'appliquer?
    b. Quel devrait être le critère de détermination de la capacité de conclure un tel arrangement ou d'y mettre fin?
    c. Ce type de prise de décision devrait-il être possible pour tous les types de décision ou pour certains seulement?
    d. Devrait-on présumer que ces arrangements sont des arrangements par défaut, par opposition aux arrangements de prise de décision au nom d'autrui? Si oui, dans quelles circonstances?
    e. Les nominations et les annulations de ces arrangements devraient-elles être personnelles (comme la procuration) ou publiques (comme la nomination d'un tuteur)? Quelles devraient être les exigences des procédures de nomination et d'annulation?
    f. Qui devrait pouvoir assumer la fonction de codécideur?
    g. Quelles devraient être les responsabilités des codécideurs?
    h. Quel type de mécanisme de surveillance et de contrôle faudrait-il adopter pour ces arrangements de prise de décision?
    i. Quels autres mécanismes faudrait-il intégrer pour prévenir les abus survenant du fait de ces arrangements pour la prise de décision?

j. Quelles devraient être les obligations des tiers à l'égard de ces dispositions? Quelles protections juridiques faudrait-il adopter pour les tiers qui traitent avec les parties à ces dispositions?

23. L'Ontario devrait-il étendre la fonction que des professionnels spécialisés peuvent exercer pour qu'ils puissent représenter les personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si oui :
    a. Pour quels types de décision ces professionnels devraient-ils être autorisés à agir?
    b. Quels types de formation, de licence ou d'études devrait-on exiger de ces professionnels?
    c. Quels types de contrôle et de surveillance faudrait-il mettre en place pour ces professionnels? Qui devrait effectuer ce contrôle et cette surveillance?
    d. Quelles devraient être les responsabilités et les obligations de ces professionnels?
    e. Quelles autres mesures faudrait-il mettre en place pour empêcher la négligence, le mésusage ou les abus de la part de ces professionnels, reconnaître ces inconduites et les corriger?

24. L'Ontario devrait-il étendre la fonction que des bénévoles ou d'autres membres de la collectivité peuvent exercer pour qu'ils puissent représenter les personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si oui :
    a. Pour quels types de décisions et dans quels types de circonstances ces personnes devraient-elles être autorisées à remplir ces fonctions?
    b. Qui devrait avoir la responsabilité de recruter, de choisir et de superviser ces personnes?
    c. Quels types de formation ou de soutiens faudrait-il fournir à ces personnes?
    d. Quels types de contrôle et de surveillance faudrait-il mettre en place? Qui devrait effectuer ce contrôle et cette surveillance?
    e. Quelles devraient être les responsabilités et les obligations de ces personnes?
    f. Quelles autres mesures faudrait-il mettre en place pour empêcher la négligence, le mésusage ou les abus de la part de ces personnes, reconnaître ces inconduites et les corriger?

25. Quelles fonctions les organismes communautaires pourraient-ils exercer au nom des personnes reconnues incapables de prendre un type particulier de décision? Si les organismes communautaires devaient remplir la fonction de mandataires spéciaux, quelles leçons pourrait-on tirer des expériences des fiduciaires officieux ou du recours aux organismes communautaires dans cette fonction dans d'autres provinces ou pays?

26. Quel rôle les réseaux de soutien personnels pourraient-ils jouer dans un régime ontarien renouvelé en matière de capacité, de prise de décision et de tutelle? Comment cette fonction pourrait-elle être officialisée en droit?

27. Lorsque des membres de la famille ou des amis représentent une personne reconnue incapable de prendre un type particulier de décision, y a-t-il des services de soutien qui leur permettraient de s'acquitter plus efficacement de leur fonction?

28. Des réformes sont-elles nécessaires pour renforcer le contrôle et la surveillance de la fonction du tuteur et curateur public en tant que mandataire spécial? Si oui, quelles réformes seraient les plus pertinentes et les plus efficaces?

29. Les procédures de nomination de mandataires spéciaux en vertu de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé soulèvent-elles des préoccupations auxquelles il faut répondre dans le cadre de la réforme de ce domaine du droit?

30. Quelles seraient les réformes les plus efficaces à apporter aux lois, aux orientations ou aux méthodes pour donner aux mandants créant des procurations relatives aux biens des moyens plus efficaces de déclencher leur entrée en vigueur au moment opportun?

31. Y a-t-il des réformes à apporter aux exigences ou aux options concernant la constitution d'une procuration qui amélioreraient la compréhension des mandants ou des procureurs, ou des deux, des risques, des avantages et des responsabilités liés à ces documents puissants? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?

32. Un registre des procurations améliorerait-il la capacité de vérifier et de valider ces documents, de prévenir et de reconnaître les abus? Quels seraient les avantages et les inconvénients d'un registre?

33. Si un registre des procurations était créé :
    a. serait-il volontaire ou obligatoire?
    b. quels renseignements devraient y figurer?
    c. qui devrait avoir accès à l'information du registre et dans quelles circonstances?
    d. qui s'occuperait du registre?
    e. qu'exigerait-on pour s'assurer du respect des lois sur la protection des renseignements personnels?

34. Des exigences ou des options obligatoires doivent-elles être ajoutées à la création des dispositions sur les procurations, par exemple l'obligation de rendre compte, la nomination de surveillants ou des avis de procureurs en fonction pour améliorer la surveillance et la responsabilité des procureurs?

35. L'Ontario devrait-il envisager des réformes pour créer ou renforcer des options de formes plus limitées de tutelle, par exemple les tutelles partielles ou les nominations limitées à des décisions précises? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?

36. L'Ontario devrait-elle envisager des réformes de la procédure relative aux tutelles pour s'assurer d'un examen régulier de la nécessité du tuteur, par exemple des tutelles de durée limitée ou des examens réguliers obligatoires? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?

37. Quelles réformes du droit, des orientations ou des méthodes assureraient un meilleur équilibre entre l'accessibilité et l'ouverture des procédures de tutelle, tout en veillant à assurer les garanties procédurales nécessaires lorsqu'une décision aussi lourde de conséquences doit être prise? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?

38. Y a-t-il des réformes du droit, des orientations ou des méthodes qui pourraient mieux garantir que les tuteurs soient nommés seulement en dernier recours, en l'absence d'autre solution moins contraignante? Si oui, quelles seraient les réformes les plus commodes et les plus efficaces?

39. Y a-t-il des moyens de veiller à ce que les lois, les orientations et les méthodes destinées à combattre les abus commis par l'intermédiaire de la législation sur la capacité juridique, la prise de décision et la tutelle soient mieux coordonnées avec les dispositions générales de lutte contre l'exploitation des personnes généralement visées par ce domaine du droit?

40. Y a-t-il des initiatives particulières d'information, d'éducation ou de formation à intégrer dans les lois, les orientations ou les méthodes pour s'assurer que les mandataires spéciaux et ceux qu'ils représentent comprennent mieux leurs droits et leurs attributions? Si oui, comment peut-on les mettre en œuvre?

41. Y a-t-il des mécanismes à ajouter aux lois, aux orientations et aux méthodes pour améliorer la surveillance et le contrôle des mandataires, comme des obligations élargies de production de rapports ou de reddition de comptes, des programmes de « visites » aux personnes représentées ou d'autres types de pouvoirs de surveillance? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?

42. Y a-t-il de nouveaux mécanismes d'examen des plaintes, ou des améliorations à apporter aux pouvoirs d'enquête du Tuteur et curateur public, pour répondre d'une manière efficace et appropriée aux préoccupations suscitées par l'utilisation abusive ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?

43. Y a-t-il des mécanismes pouvant réduire les pertes subies par suite de l'exercice abusif des pouvoirs de décision au nom d'autrui, comme les restrictions sur les opérations litigieuses, le pouvoir de geler des comptes si on soupçonne des abus ou une obligation

élargie de fournir un cautionnement ou une garantie? Si oui, quels sont les mécanismes les plus avantageux et comment peut-on les mettre en œuvre?

44. Y a-t-il d'autres modifications des lois, orientations et méthodes à envisager pour prévenir, déceler et combattre l'exercice abusif ou impropre des pouvoirs de décision au nom d'autrui?

45. Quels objectifs devraient être prioritaires dans les réformes envisagées des mécanismes ontariens de règlement des différends et d'exercice des droits dans ce domaine du droit?

46. Des réformes pratiques du droit, des orientations ou des méthodes favoriseraient-elles le règlement plus rapide des appels des décisions de la Commission de la capacité et du consentement?

47. Existe-t-il des moyens efficaces et pratiques d'inclure des modes de règlement extrajudiciaire des différends dans les procédures de la Commission de la capacité et du consentement qui permettraient de promouvoir les règlements adaptés et le respect de la nature particulière des droits et des différends en cause?

48. Existe-t-il des moyens efficaces et pratiques de modifier la procédure d'audience de la Commission de la capacité et du consentement, par exemple l'inclusion de l'arbitrage actif, qui permettraient de promouvoir les règlements adaptés et le respect de la nature particulière des droits et des différends en cause?

49. Existe-t-il d'autres pouvoirs que pourrait avoir le tribunal, ou des services ou des mesures de soutien spécialisés pour les personnes qui tentent d'avoir accès à leurs droits ou de régler des différends en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* qui amélioreraient l'accessibilité ou l'efficacité des processus actuels de règlement des différends dans ce domaine? Si oui, quelles réformes seraient les plus indiquées et quelle serait la meilleure façon de les mettre en œuvre?

50. Relativement au règlement des différends et à la mise en œuvre des droits en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, des leçons peuvent-elles être tirées des systèmes des tribunaux administratifs dans d'autres administrations?

51. Quels types de mesures de soutien sont les plus importants afin d'aider les personnes visées par ce domaine du droit à comprendre et à faire valoir leurs droits? Le soutien devrait-il se concentrer sur la fourniture rapide de renseignements accessibles et appropriés, sur l'aide pour s'y retrouver dans des systèmes complexes, sur le fait de soutenir les personnes touchées pour qu'elles expriment leurs valeurs et leurs souhaits, sur le soutien à défendre leurs droits, ou sur d'autres besoins?

ANNEXES

52. Que peut-on apprendre de l'histoire de la *Loi de 1992 sur l'intervention* afin de guider les réformes relativement à la fourniture de mesures de soutien aux personnes visées par ce domaine du droit?

53. Existe-t-il des manières de renforcer les mesures de soutien existantes pour l'accès aux droits en vertu des lois relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle, notamment des conseils en matière de droits, des avocats selon l'article 3 et des services d'aide juridique à l'intention des personnes qui se retrouvent visées par ces lois? Y aurait-il moyen d'étendre ces mesures de soutien afin de toucher un plus vaste éventail de besoins?

54. Que peut-on apprendre des mesures de soutien relatives à l'accès au droit dans d'autres administrations ou dans d'autres programmes ontariens?

55. Faudrait-il proposer du soutien de manière proactive, ou à la suite de la demande de la personne? Est-ce que cela est différent à divers points du système?

56. Qui devrait proposer des mesures de soutien à l'accès au droit dans ce domaine? Par exemple, devraient-elles être fournies par des organismes communautaires ou une institution publique spécialisée ou devrait-il s'agir de mesures de soutien institutionnelles intégrées?

57. Quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les personnes qui entrent en contact avec le système relatif à la capacité, à la prise de décision et à la tutelle aient un accès utile aux renseignements dont elles ont besoin afin de conserver leur autonomie dans la plus grande mesure possible et de comprendre et mettre en œuvre leurs droits?

58. Quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les personnes nommées à titre de mandataire spécial comprennent correctement leurs attributions, et qu'elles possèdent les aptitudes nécessaires pour exercer efficacement leurs fonctions souvent difficiles?

59. Quelles sont les priorités en matière de réforme du droit, des orientations ou des méthodes pour garantir que les prestataires de services comprennent correctement leurs attributions en vertu de la loi, qu'ils comprennent réellement la situation et les expériences des personnes touchées par ces lois, et qu'ils possèdent les aptitudes nécessaires afin d'interpréter et d'appliquer efficacement la loi?

60. Quelles réformes du droit, des orientations ou des méthodes pourraient aider à garantir que les professionnels auxquels incombent des responsabilités centrales en vertu de la LPDNA, de la LSM et de la LCSS aient les compétences et l'expertise nécessaires afin d'exercer leurs fonctions, et que ces compétences et cette expertise demeurent à jour?

61. Comment est-ce que l'information, l'éducation et la formation relatives à la capacité juridique, à la prise de décision et à la tutelle, pourraient être mieux coordonnées et rendues plus accessibles au grand public et à ceux et celles qui en ont besoin?

62. Des réformes des lois, des orientations ou des méthodes pourraient-elles améliorer la transparence et la responsabilité dans l'ensemble du système de la capacité juridique, de la prise de décision et de la tutelle?

63. Quelles mesures peut-on prendre pour soutenir le contrôle et l'évaluation permanents des réformes dans ce domaine du droit et pour garantir que des modifications des lois, des orientations et des méthodes ont les effets escomptés?

64. Des réformes des lois, des orientations ou des méthodes, y compris des fonctions ou des responsabilités institutionnelles, pourraient-elles améliorer la coordination et l'efficacité dans l'ensemble du système?

65. Des réformes des lois, des orientations ou des méthodes pourraient-elles améliorer la capacité de cerner et de traiter les problèmes dans l'ensemble du système?

NOTES

[1] Commission du droit de l'Ontario, *Cadre du droit touchant les personnes âgées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques,* Toronto, avril 2012. En ligne à http://www.lco-cdo.org/fr/older-adults-final-report. [CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques*]

[2] Commission du droit de l'Ontario, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes handicapées par les lois, les politiques et les pratiques*, Toronto, septembre 2012. En ligne à http://www.lco-cdo.org/fr/disabilities-final-report . [CDO, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes handicapées par les lois, les politiques et les pratiques]*

[3] *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui,* L.O. 1992, chap. 30. [LPDNA]

[4] *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé,* L.O. 1996, chap. 2, annexe A. [LCSS]

[5] *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé,* L.O. 2004, chap. 3, Annexe A.

[6] *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, chap. M.7. [LSM]

[7] La notion de réalisation progressive souligne que la concrétisation des principes est un processus continu, à mesure de l'évolution des circonstances, des conceptions et des ressources. Il faut travailler à améliorer le droit, de sorte que les modifications du droit et des orientations respectent et favorisent les principes. Le plus possible, la concrétisation de ceux-ci a lieu dès à présent, en visant la promotion permanente. Les *cadres* approfondissent cette notion de réalisation progressive : CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques*, précité à la note 1, p. 7. CDO, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes handicapées par les lois, les politiques et les pratiques,* précité à la note 2, p. 96.

[8] Queensland Law Reform Commission, *Assisted and Substituted Decisions: Decision-Making by and for People with a Decision-Making Disability,* Brisbane, juin 1996, p. 1. En ligne à http://www.qlrc.qld.gov.au/reports/r49v1Ch1_6.pdf.

[9] Pour une présentation exhaustive des lois ontariennes avant les réformes des années 1990, voir David N. Weisstub, *Enquête sur la capacité mentale : rapport final*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1990, annexes II – V. [Enquête Weisstub]

[10] Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale, *Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale*, Toronto, 1987, vii. [Rapport Fram]

[11]Rapport Fram, précité à la note 10, p. 39-47.

[12] Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 55.

[13] Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 19.

[14] Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 2e session de la 33e législature, no 81 (16 décembre 1986), 4255-4256 (Hon. Ian Scott). Voir aussi Examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables, mandat, janvier 1987 dans Sean O'Sullivan, *Vous n'êtes pas seul : examen des mesures d'intervention en Ontario : rapport du Groupe d'examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables*, Toronto, Ministère de la Procureure générale de l'Ontario, 1987, p. 162. *[Vous n'êtes pas seul]*

[15] *Vous n'êtes pas seul*, précité à la note 14, p. 121-122.

[16] Canadian Centre for Elder Law Studies, *A Comparative Analysis of Adult Guardianship Laws in BC, New Zealand and Ontario* (Vancouver: British Columbia Law Institute, 2006), 43. En ligne à http://www.bcli.org/bclrg/publications.

[17] *Loi de 1992 sur l'intervention*, L.O. 1992, chap. 26.

[18] Ernie S. Lightman, Uri Aviram, *Too Much, Too Late: the Advocacy Act in Ontario*, 2000, 22:1 « Law & Policy » 25, p. 40.

[19] *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2515 RTNU 3, A/RES/61/106 (entrée en vigueur le 3 mai 2008, ratifiée par le Canada le 11 mars 2010). [CRDPH]

[20] CRDPH, précitée à la note 19, art. 4.

[21] Lana Kerzner, « Paving the way to Full Realization of the CRPD's Rights to Legal Capacity and Supported Decision-Making: A Canadian Perspective » (communication préparée pour le symposium *In From the Margins: New Foundations for Personhood and Legal Capacity in the 21st Century,* University of British Columbia, avril 2011), p. 19. [Kerzner]

[22] Kerzner, précité à la note 21, p. 21.

[23] Recueil des traités des Nations Unies, État des traités, *Convention relative aux droits des personnes handicapées*. En ligne à https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=fr&clang=_fr .

[24] *Godbout* c. *Longueuil (Ville),* [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66. Voir aussi *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto,* [1995] 1 R.C.S. 315.

[25] *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 58-60.

[26] *Fleming* v. *Reid* (1990), 73 O.R. (2d) 169 (Cour de district), inf. (1991), 4 O.R. (3d) 74, 82 D.L.R. (4th) 298 (C.A.), par. 60.

[27] La Cour suprême du Canada a affirmé dans son arrêt *R.* c. *Kapp* que « [l]es paragraphes 15(1) et 15(2) ont pour effet combiné de promouvoir l'idée d'égalité réelle qui sous-tend l'ensemble de l'art. 15. » : [2008] 2 R.C.S. 483, 2008 CSC 41, par. 16.

[28] *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, chap. H.19, par. 47(2).

[29] *Code des droits de la personne*, précité à la note 28, préambule.

[30] Explication de la nature, du contenu et des limites de l'obligation d'accommodement à Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, Toronto, 2000. En ligne à http://www.ohrc.on.ca.

[31] Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a recommandé par exemple de créer une obligation juridique explicite contraignant les autorités et les grandes institutions (dont les services de santé et les prestataires de services financiers) à « mettre en place des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées désireuses de recourir à leurs services. La notion d'aménagement raisonnable implique de fournir des informations dans un langage clair et d'accepter qu'un auxiliaire communique la volonté de la personne concernée » : Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *À qui appartient-il de décider ? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales* Strasbourg, 2012, p. 5. Mona Paré a elle aussi fait valoir cet argument dans « Of Minors and the Mentally Ill: Re-Positioning Perspectives on Consent to Health Care » (2011) 29:1 *Windsor Y.B. Access Just.* 107, p. 121.

[32] Commission ontarienne des droits de la personne, *Parce qu'on importe! Rapport de la consultation sur les droits de la personne, les troubles mentaux et les dépendances*, Toronto, 2012, p. 92. En ligne à http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/minds%20that%20matter_report%20on%20the%20consultation%20on%20human%20rights%20mental%20health%20and%20addictions.pdf .

[33] *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, L.O. 2005, chap. 11. En ligne à http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/french/elaws_statutes_05a11_f.htm .

[34] LCSS, précitée à la note 4, art. 1.

[35] LCSS, précitée à la note 4, art. 10, 25.

[36] LCSS, précitée à la note 4, art. 10, 11, 15.

[37] LCSS, précitée à la note 4, art.20.

[38] LCSS, précitée à la note 4, art. 21.

[39] LCSS, précitée à la note 4, parties III, IV.

[40] LCSS, précitée à la note 4, art. 40, 57.

[41] LCSS, précitée à la note 4, art. 70.

[42] LCSS, précitée à la note 4, art.75.

[43] LPDNA, précitée à la note 3, art. 7.

[44] LPDNA, précitée à la note 3, art. 46, 49.

[45] LPDNA, précitée à la note 3, art. 47.

[46] LPDNA, précitée à la note 3. Règl. de l'Ont. 460/05.

[47] LPDNA, précitée à la note 3, art. 16, 17.

[48] LPDNA, précitée à la note 3, art. 22, 55.
[49] LPDNA, précitée à la note 3, art. 32, 38, 66, 67.
[50] LSM, précitée à la note 6, art. 54. Il y a exception dans les cas où le ou la malade est déjà sous tutelle ou a donné procuration relative aux biens en vertu de la LPDNA.
[51] LSM, précitée à la note 6, art. 59, 60.
[52] LSM, précitée à la note 6, art. 20, en particulier le par. 20(1.1).
[53] LCSS, précitée à la note 4, art. 4; LPDNA, précitée à la note 3, art. 2.
[54] LPDNA, précitée à la note 3, art. 3; LCSS, précitée à la note 4, art. 81.
[55] British Columbia Law Institute, *Report on Common-Law Tests of Capacity,* Vancouver, septembre 2013.
[56] LPRPS, précitée à la note 5, art. 4.
[57] *Loi sur la protection des renseignements et les documents électroniques,* L.C. 2000, ch. 5. [LPRDÉ]
[58] Groupe de travail sur les soins et la sécurité dans les foyers de soins de longue durée*, Rapport,* mai 2012, p. 18. En ligne à http://www.longtermcaretaskforce.ca/covers/LTCFT-Report-French-2012-06-24.pdf .
[59] *Loi de 2007 sur les foyers de soins de longue durée*, L.O. 2007, chap. 8.
[60] *Loi de 2008 sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle,* L.O. 2008, chap. 14. [LSSFISPDI]
[61] LSSFISPDI, précitée à la note 60, art. 3.
[62] LSSFISPDI, précitée à la note 60, art. 4.
[63] LSSFISPDI, précitée à la note 60, art. 11.
[64] Statistique Canada, Division de la statistique sociale et autochtone, *L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : Rapport analytique,* Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2007, p. 34. [Rapport analytique de l'EPLA 2006]
[65] Rapport analytique de l'EPLA 2006, précité à la note 64, Statistique Canada, Division de la statistique de la santé, *L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : Rapport analytique,* Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2007, p. 30.
[66] Kerri Joffe (ARCH Disability Law Centre), *Enforcing the Rights of People with Disabilities in Ontario's Developmental Services System*, Toronto, Commission du droit de l'Ontario, juin 2010, p. 13.
[67] Conseil national consultatif sur le troisième âge, *Aînés en marge. Vieillir avec une déficience intellectuelle,* Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2004), p. 8. En ligne à http://publications.gc.ca/collections/Collection/H88-5-2-2004F.pdf .
[68] Statistique Canada, Division de la statistique sociale et autochtone, *L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : Tableaux (partie V),* Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2008*,* p. 12, 19. En ligne à http://www.statcan.gc.ca/pub/89-628-x/89-628-x2008011-fra.pdf. , 12, 19. [Tableaux de l'EPLA]
[69] Statistique Canada, Division de la statistique sociale et autochtone, *L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : l'expérience de travail des personnes avec incapacité au Canada,* Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2008, p. 13. En ligne à http://www.statcan.gc.ca/pub/89-628-x/89-628-x2008007-fra.pdf .
[70] Conseil national consultatif sur le troisième âge, précité à la note 67, p. 11.
[71] Conseil national consultatif sur le troisième âge, précité à la note 67, p. 9.
[72] Edward F. Ansello, Peggy O'Neill, « Abuse, Neglect, and Exploitation: Considerations in Aging with Lifelong Disabilities » 22, *Journal of Elder Abuse and Neglect* (2010), p. 105, 110.
[73] Selon Statistique Canada, en 2003, 37 p. 100 des personnes de plus de 65 ans estimaient que leur santé était très bonne ou excellente, par rapport à 63 p. 100 du groupe des 25 à 54 ans : voir Martin Turcotte, Grant Schellenberg, *Un portrait des aînés au Canada,* Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2007, p. 43-51. En ligne à http://www.statcan.gc.ca/pub/89-519-x/89-519-x2006001-fra.pdf . [Turcotte, Schellenberg]
[74] Société Alzheimer Canada, *Raz-de-marée : Impact de la maladie d'Alzheimer et des affections connexes au Canada*, Toronto, 2010, p. 18. En ligne à http://www.alzheimer.ca/~/media/Files/national/Advocacy/ASC_Rising_Tide_Full_Report_f.pdf
[75] Société Alzheimer Canada, précité à la note 74, p. 17.
[76] CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées: Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques*, précité à la note 1, p. 73.

[77] CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées: Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques,* précité à la note 1, p. 77-78.

[78] Le taux de faible revenu est relativement bas chez les personnes âgées. Les femmes âgées qui vivent seulement sont toutefois particulièrement susceptibles d'avoir des faibles revenus, car en raison des rôles distincts attribués traditionnellement à chaque sexe, de nombreuses femmes étaient à la charge de leur conjoint et de son revenu, de sorte qu'en cas de décès de celui-ci ou de divorce, leur revenu pouvait baisser : voir Chantal Collin, Hilary Jensen, *Profil statistique de la pauvreté au Canada*, Ottawa, bibliothèque du Parlement, septembre 2009, graphique 6, en ligne à http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0917-f.htm ; Turcotte, Schellenberg, précité à la note 73, p. 95. Voir aussi André Bernard, Chris Li, *Le décès d'un conjoint : les conséquences sur les revenus des femmes et des hommes âgés,* Ottawa, Ministre de l'Industrie, juillet 2006; Chris Li, *Devenir veuve : conséquences sur le revenu des femmes âgées,* Ottawa, Statistique Canada, juillet 2004.

[79] Peu de recherches ont été menées sur l'incidence des mauvais traitements infligés aux personnes âgées au Canada. Selon une étude de 1992, environ 4 p. 100 de celles-ci déclarent avoir subi divers types de mauvais traitements, l'exploitation financière étant la plus fréquente : Elizabeth Podnieks, « National Survey on Abuse of the Elderly in Canada », *Journal of Elder Abuse and Neglect* 4:1-2 (1993), p. 58. Selon l'Enquête sociale générale de 1999, le taux de prévalence de l'exploitation des personnes âgées était de 7 p. 100, la plus courante étant la violence psychologique, puis l'exploitation financière, 1 p. 100. Voir un aperçu des recherches dans Christine A. Walsh, Yongjie Yon, « Developing an Empirical Profile for Elder Abuse Research in Canada », *Journal of Elder Abuse and Neglect* 24:2 (2012), p. 104, 108.

[80] Turcotte, Schellenberg, précité à la note 73, p. 138.

[81] Selon une enquête récente, presque 80 p. 100 des Canadiens qui y ont répondu croient que l'on a une meilleure qualité de vie si l'on vieillit chez soi et mentionnent un meilleur confort, l'indépendance, le fait de pouvoir être plus proche de la famille. Selon les réponses, plus on est âgé, plus on exprime nettement que l'on souhaite continuer d'habiter chez soi. Acrobat Research, *National Survey on Aging in Place,* Living Assistance Services, décembre 2009. En ligne à http://www.laservices.ca .

[82] Turcotte, Schellenberg, précité à la note 73, p. 138.

[83] Voir un examen complet des obstacles auxquels peuvent être confrontées les personnes âgées vivant en établissement pour avoir accès au droit dans Advocacy Centre for the Elderly*, Research Paper for the Law Commission of Ontario: Congregate Living and the Law as It Affects Older Adults*, Commission du droit de l'Ontario, août 2009.

[84] Voir un examen de quelques-unes de ces questions dans Susan Stobert, Kelly Cranswick, *Prendre soin des personnes âgées : qui fait quoi et pour qui?,* Ottawa, Statistique Canada, 2004, p. 2; Judith A. Frederick, Janet E. Fast, *Le profil des personnes qui prodiguent des soins aux aînés*, Ottawa, Statistique Canada, 1999, p. 26; Kelly Cranswick, Derrick Thomas, *Les soins aux aînés et la complexité des réseaux sociaux*, Ottawa, Statistique Canada, 2005, p. 10.

[85] Mireille Vézina, Martin Turcotte, *Aider un parent qui habite loin de chez soi : les répercussions,* Ottawa, Statistique Canada, 2010, p. 3-13.

[86] CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques*, précité à la note 1, p. 41-42.

[87] *Parce qu'on importe!*, précité à la note 32, p. 23.

[88] Selon Statistique Canada, le revenu médian des personnes de plus de 15 ans atteintes de déficience « affective » (troubles affectifs, psychiatriques, psychologiques notamment) était en 2006 de 14 544 $ par rapport à 27 496 $ pour les personnes n'ayant pas de déficience, Tableaux de l'EPLA 2006*,* précité à la note 68, p. 8, 19.

[89] Le récent rapport de consultation de la Commission ontarienne des droits de la personne, *Parce qu'on importe!*, précité à la note 32, présente un aperçu des obstacles auxquels se heurtent les personnes handicapées mentales dans des domaines très divers.

[90] Institut canadien d'information sur la santé, *Rapport de 2012 du Registre ontarien des traumatismes : Hospitalisations pour blessures graves en Ontario (données de 2010-2011),* octobre 2012, 1.6—TC selon l'échelle de Glasgow. En ligne à https://secure.cihi.ca/estore/productFamily.htm?locale=fr&pf=PFC1926&lang=en&media=0.

[91] Institut canadien d'information sur la santé, *Le Fardeau des Maladies, Troubles et traumatismes neurologiques au Canada*, 2007, p. 66. En ligne à https://secure.cihi.ca/estore/productFamily.htm?locale=fr&pf=PFC830&lang=en&media=0

[92] Ontario Brain Injury Association, *The OBIA Impact Report 2012: A statistical Snapshot of Acquired Brain Injury and its Effects on Survivors and Caregivers* (2012), p. 26-27, 32-33. En ligne à http://obia.ca/wp-content/uploads/2013/01/ImpactReportOnline-Dec2012.pdf .

[93] Selon une étude récente, 57 p. 100 des soignants décident de le faire, et 40 p. 100 déclarent qu'il n'y avait personne d'autre pour le faire : Linda Duxbury, Christopher Higgins, Bonnie Schroeder, *Balancing Paid Work and Caregiving Responsibilities: A Closer Look at Family Caregivers in Canada,* janvier 2009, p. 9. En ligne à http://www.cprn.org/doc.cfm?doc=1997&l=en .

[94] Selon une étude, 73 p. 100 des soignants de personnes atteintes de démence (interrogés aux fins de l'étude) déclarent qu'ils trouvent des aspects positifs à prodiguer des soins, et 6.9 p. 100 trouvent plusieurs aspects positifs. Parmi les aspects positifs les plus fréquemment cités, l'accompagnement des personnes (22,5 p. 100), l'épanouissement, l'enrichissement (21,8 p. 100), le plaisir (12,8 p. 100), l'amour pour la personne soignée (5,5 p. 100) : Carole A. Cohen, Angela Colantonio, Lee Vernich, « Positive Aspects of Caregiving: Rounding out the caregiver experience » (2002) 17:2 *Int J Geriatr Psychiatry*, p. 184 et 186.

[95] Organisation mondiale de la santé, Alzheimer's Disease International, *Dementia: A Public Health Priority*, 2012, p. 73. En ligne à http://www.alz.co.uk/WHO-dementia-report**.**

[96] Voir par exemple The Change Foundation, *Because this is the Rainy Day: A Discussion paper on Home Care and Informal Caregiving for Seniors with Chronic Heart Conditions*, février 2011, p. 3.

[97] Bonnie Laschewicz et autres, *Understanding and Addressing Voices of Adults with Disabilities within Their Family Caregiving Contexts: Implications for Capacity, Decision-Making and Guardianship*, Toronto, Commission du droit de l'Ontario, janvier 2014. Voir par exemple la description d'interactions familiales de facilitation, p. 20–22. [Laschewicz et autres]

[98] Laschewicz et autres, précité à la note 97, p. 22.

[99] Laschewicz et autres, précité à la note 97, p. 7.

[100] Laschewicz et autres, précité à la note 97, p. 23-26. L'identité des personnes réelles a été modifiée dans les études de cas.

[101] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32(1.2).

[102] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32(5).

[103] Le nombre de personnes de plus de 65 ans a augmenté de 14 p. 100 entre 2006 et 2011. Les Canadiens de plus de 65 ans étaient presque 5 000 000 en 2011, soit presque 15 p. 100 de la population : Statistique Canada, *La population canadienne en 2011 : âge et sexe,* Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2012, p. 3. Le groupe d'âge dont la croissance est la plus rapide est celui des personnes de 60 à 64 ans, ce qui indique que le vieillissement de la population va s'accélérer au Canada dans les années à venir. Le taux de croissance est également très important pour les personnes de plus de 85 ans : p. 5.

[104] En 2008, environ 1,5 p. 100 de la population canadienne était atteinte de démence. On estime que ce taux passera à environ 2,8 p. 100 d'ici 2038. L'incidence de la démence croît avec l'âge : en 2008, 7 p. 100 des personnes de plus de 60 ans et 49 p. 100 des personnes de plus de 90 ans étaient atteintes d'une forme de démence. Voir Société Alzheimer Canada, précité à la note 74, p. 17-18.

[105] Selon Statistique Canada, en 2006, environ 15,5 p. 100 de la population ontarienne a déclaré une limitation d'activité. Le taux d'incapacité augmente dans tous les groupes d'âge : Rapport analytique de l'EPLA 2006, précité à la note 64, p. 16.

[106] Ce changement est détaillé dans Commission du droit de l'Ontario, *Document de consultation préliminaire : Méthodes de définition de l'incapacité*, Toronto, juin 2009.

[107] Par exemple, la Commission de réforme du droit du Queensland et celle du Victoria ont formulé dans leurs rapports un ensemble de principes et d'objets sur lesquels devrait reposer la réforme de leurs lois sur la capacité

et la tutelle : Queensland Law Reform Commission, *A Review of Queensland's Guardianship Laws: Report Volume 1,* Brisbane, 2010, Ch. 4 [Queensland Law Reform Commission, volume 1]; Victorian Law Reform Commission, *Guardianship: Final Report,* Melbourne, Australie, 2012*,* ch. 6, p. 88 et suivantes. [VLRC]

[108] Par exemple, la Commission de réforme du droit du Queensland et celle du Victoria ont récemment terminé des examens approfondis de leur régime respectif de capacité et de tutelle. L'Irlande a récemment proposé de nouvelles mesures législatives sur la capacité et la tutelle qui si elles sont adoptées constitueront un changement majeur par rapport aux lois antérieures. Au Canada, l'Alberta et le Yukon ont récemment révisé leur législation dans ce domaine. Des organismes de réforme du droit en Colombie-Britannique, en Alberta et en Nouvelle-Écosse ont récemment révisé des facettes du droit, particulièrement la procuration.

[109] Voir par exemple Rannveig Traustadóttir, « Disability Studies, the Social Model and Legal Developments » dans Oddný Mjöll Arnardóttir, Gerard Quinn, éd., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009 3; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, précité à la note 31, p. 2; Michael Bach, Lana Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Toronto, Commission du droit de l'Ontario, octobre 2010 [Bach, Kerzner, *A New Paradigm*]; Kerzner, précité à la note 21; Penelope Weller, « Developing Law and Ethics: The Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2010) 35:1 *Alt. L. J.* 8; Penelope Weller, « The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the social model of health: new perspectives » (2011) *Special Ed. J. Mental Health L.* 74; et de nombreux autres auteurs.

[110] L'Association du Barreau de l'Ontario a souligné que *[TRADUCTION]* « lors de l'adoption de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* et de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, on n'avait pas anticipé dans quelle mesure elles seraient appliquées dans le contexte des familles très conflictuelles. Un grand nombre de demandes auprès du tribunal concerne à présent la prise de décision au nom d'adultes incapables, et dresse les membres des familles les uns contre les autres. Les deux lois n'ont jamais eu pour objet de régler des différends de cette nature et de ce type, et les procédures en vigueur ne se prêtent pas à des règlements rapides ou adaptés », Association du Barreau de l'Ontario, *Submission on the Law Commission of Ontario on The Law as it Affects Older Adults — Consultation Paper: Shaping the Project,* juillet 2008, p. 18. [Mémoire de l'ABO].

[111] Voir Ministère de la Procureure générale de l'Ontario, *Procurations,* Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2012. En ligne à http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/family/pgt/poa.pdf [MPG, *Procurations*]. Selon l'Association du Barreau de l'Ontario, *[TRADUCTION]* « la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* […] vise à protéger les personnes vulnérables. Elle ne prévoit cependant pas de procédure de surveillance pour la nomination des mandataires spéciaux ni pour l'établissement des procurations, et rend l'examen des nominations et des actes abusifs du mandataire spécial inaccessible, complexe, lent et coûteux. Il en résulte que la procuration peut être employée à mauvais escient, et justice différée pour empêcher des abus de ces pouvoirs est presque certainement un déni de justice. », ABO, précité à la note 110, p. 16.

[112] Bureau d'évaluation de la capacité, Ministère de la Procureure générale de l'Ontario, *Lignes directrices en matière d'évaluations de la Capacité*, Toronto, 2005, II.1. [MPG, Lignes directrices]

[113] Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 27; Tina Minkowitz, « Abolishing Mental Health Laws to Comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities » dans Bernadette McSherry, Penelope Weller, éd., *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 159-160.

[114] Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 27.

[115] Lawrence A. Frolik, « Commentary: Statutory Definitions of Incapacity: The Need for a Medical Basis », dans Marshall B. Kapp et autres, éd., *Older Adults' Decision-Making and the Law*, New York, Springer Publishing Company Inc., 1996, p. 41.

[116] Margaret Isabel Hall, « Mental Capacity in the (Civil) Law: Capacity, Autonomy, and Vulnerability » (2012) 58:1 *McGill L. J.* 61, p. 65.

[117] Charles P. Sabatino, Erica Wood, « The Conceptualization of Capacity of Older Persons in Western Law » dans Israel Doron, Ann Snoden, éd., *Beyond Elder Law: New Directions in Law and Aging,* Heidelberg, Springer, 2012, p. 36.

[118] D'Arcy Hiltz, Anita Szigeti, *A Guide to Consent and Capacity Law in Ontario,* édition 2013*,* Lexis Nexis, Markham (Ontario), 2012, p. 1. [Hiltz, Szigeti]

[119] Discussion de cette distinction à International Disability Alliance, *Legal Opinion on Article 12 of the CRPD,* juin 2008. En ligne à http://www.internationaldisabilityalliance.org/ .
[120] Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Legal Capacity: Background Paper*, New York et Genève, 2005, p. 13.
[121] D'où la disposition de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDAW) exigeant des États parties qu'ils « reconnaissent à la femme, en matière civile, une capacité juridique identique à celle de l'homme et les mêmes possibilités pour exercer cette capacité » : *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, R.T. Can. 1982 n° 31 (entered into force 3 septembre 1981), art 15.
[122] Voir par exemple Bach, Kerzner, A New Paradigm, précité à la note 109, p. 15-18.
[123] Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 31.
[124] Voir par exemple la discussion fouillée de la Commission de réforme du droit du Queensland, volume 1, précitée à la note 107, p. 264–269. Exposé très utile de l'évolution de ces conceptions dans Kristin Booth Glen, "Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond" (2012) 44 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 93-169.
[125] Ceci soulève toutefois la question de la façon dont les termes « folie » et « idiotie » étaient définis et évalués. Weisstub fait un exposé utile de l'évolution des termes et de ce domaine du droit en général : Enquête Weisstub, précitée à la note 9, annexe III.
[126] La loi britannique *Mental Capacity Act* par exemple prévoit une obligation d'établir que la perte de l'aptitude à décider est due à la déficience ou à des troubles de fonctionnement de l'esprit ou du cerveau : *Mental Capacity Act 2005* (Royaume-Uni), c. 9, par. 2(1). [MCA]
[127] Queensland Law Reform Commission, volume 1, précité à la note 107, p. 265.
[128] Enquête Weisstub, précitée à la note 9.
[129] Un bref exposé des recommandations figure dans le rapport de l'Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 5-21. Nous ne résumons pas ici toutes les recommandations : celles relatives aux protocoles d'évaluation et aux protections procédurales sont résumées aux parties pertinentes du présent document.
[130] LCSS, précitée à la note 4, art. 4; LPDNA, précitée à la note 3, art. 2.
[131] *Starson* c. *Swayze*, [2003] 1 R.C.S. 722, 2003 CSC 32 [*Starson*], par. 80.
[132] Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 421-422.
[133] LPDNA, précitée à la note 3, art. 16.
[134] LPDNA, précitée à la note 3, art. 8.
[135] LPDNA, précitée à la note 3, art. 47.
[136] LPDNA, précitée à la note 3, art. 45.
[137]LCSS, précitée à la note 4, par. 4(1)
[138] Discussion générale de quelques difficultés pratiques de mise en application de la théorie juridique de la capacité : M. B. Kapp, « Decisional Capacity in Theory and Practice: Legal Process versus 'Bumbling Through' » (2002) 6:4 *Aging & Mental Health* 413-17.
[139] *Starson,* précité à la note 131, par. 80.
[140] Brian F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario,* 2ième éd., Toronto, Butterworths, 1997, p. 21.
[141] Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 422.
[142] *Starson*, précité à la note 131, par. 80.
[143] *Starson*, précité à la note 131, par. 15.
[144] Monique W. Dull, « Starson v Swayze, 2003 – 2008: Appreciating the Judicial Consequences » (2009) 17 *Health LJ* 51, p. 61 [Dull]; Jessica W. Berg et autres, *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*, 2nd éd. (New York: Oxford University Press, 2001), p. 102. [Berg et autres]
[145] Berg et autres, précité à la note 144, p. 102.
[146] Loren H. Roth, Alan Meisel, Charles W. Lidz, « Tests of Competency to Consent to Treatment » (1977) 134:3 *Am J Psychiatry* 279, p. 281.
[147] Dull, précité à la note 144, p. 61.
[148] *Starson*, précité à la note 131, par. 78.
[149] Dull, précité à la note 144.

[150] International Disability Alliance, *IDA Letter on Functional Capacity*, correspondance d'International Disability Alliance au professeur Ronald McCallum, Comité des Nations Unies des droits des personnes handicapées, juillet 2010. En ligne à http://www.chrusp.org/home/resources.

[151] Selon Bach et Kerzner par exemple, *[TRADUCTION]* « En interdisant la discrimination fondée sur la déficience dans la jouissance et l'exercice de la capacité juridique, la CRDPH brise le lien entre capacité mentale et capacité juridique. En apparence, les dispositions législatives sur la capacité mentale qui prévoient des critères cognitifs de détermination en vue de faire reconnaître et de protéger la capacité juridique semblent violer la CRDPH ». Bach, Kerzner, *A New Paradigm*, précité à la note 109, p. 67.

[152] Bach, Kerzner, *A New Paradigm*, précité à la note 109, p. 55-58.

[153] Voir par exemple la *Adult Guardianship and Trusteeship Act*, S.A. 2008, c. A-4.2, par. 4(1). [AGTA]

[154] MCA, précitée à la note 126, al. 3(1)*a*)–*c*).

[155] MPG, Lignes directrices, précitées à la note 112, II.1.

[156] MPG, Lignes directrices précitées à la note 112, II.3.

[157] Bach, Kerzner, *A New Paradigm*, précité à la note 109, p. 65-66.

[158] *Representation Agreement Act*, R.S.B.C. 1996, c. 405, par. 8(2). Terre-Neuve-et-Labrador a, par des modifications législatives relatives à l'accès aux comptes de régime enregistré d'épargne-invalidité, adopté un critère très similaire : Bill 3, *An Act to Amend the Enduring Powers of Attorney Act*, 1ière session, 47ième assemblée législative, Terre-Neuve-et-Labrador, 2012, par.15(2) (sanctionné le 27 juin 2012), S.N.L. 2012, c. 4.

[159] VLRC, précitée à la note 107, chap. 7, p. 120.

[160] *Personal Directives Act*, R.S.A. 2000, chap. P-6, par. 7(1) et 9(2) [PDA].

[161] Office of the Public Guardian, *Guide to Capacity Assessment under the Personal Directives Act*, Edmonton, 2008, p. 3. En ligne à http://humanservices.alberta.ca/documents/opg-personal-directives-publication-opg1642.pdf [Office of the Public Guardian, *Guide to Capacity*].

[162] PDA, précitée à la note 160; AltaReg 26/98, Schedule 2.

[163] PDA, précitée à la note 160, par. 9(2).

[164] *Enquête Weisstub*, précitée à la note 9, p. 35-36. Weisstub souligne cependant qu'un certain nombre de mémoires ont recommandé le recours à des commissions dont les membres ont une compétence médicale, juridique ou sociale.

[165] Par exemple, la LPDNA, précitée à la note 3, n'exige pas qu'une évaluation de la capacité soit effectuée par un évaluateur désigné pour déterminer si une personne est capable d'établir une procuration. Une évaluation de la capacité n'est pas requise non plus pour déterminer si une personne est capable de faire son testament ou de donner des instructions à son avocat. Toutefois, lors des entretiens avec la CDO, plusieurs évaluateurs désignés ont indiqué que ces évaluations et d'autres non prévues par la loi représentaient une partie importante (et pour certains la majeure partie) de leur charge de travail. De même, des médecins spécialistes de la psychiatrie et de la gérontopsychiatrie ont indiqué lors d'entretiens avec la CDO qu'ils sont souvent sollicités par d'autres collègues médecins pour évaluer la capacité de patients à consentir à un traitement, même si la LCSS, précitée à la note 4, article 10, établit que « le praticien de la santé qui propose un traitement » ne l'administre que « s'il est d'avis que la personne est capable à l'égard du traitement, et qu'elle a donné son consentement » ou qu'elle est incapable et qu'un mandataire spécial a donné son consentement.

[166] Mona Paré, précité à la note 31, p. 114.

[167] Department for Constitutional Affairs, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Londres, TSO, 2007, p. 53. En ligne à http://www3.imperial.ac.uk/pls/portallive/docs/1/51771696.PDF [COP].

[168] Précité à la note 167, p. 69-70.

[169] Précité à la note 167, p. 189.

[170] AGTA, précitée à la note 153; Alta Reg 219/2009, partie I.

[171] Alexandra Carling-Rowland et Judith Wahl, « The Evaluation of Capacity to Make Admission Decisions: Is it a Fair Process for Individuals with Communication Barriers? », *Medical Law International*, vol. 10, n° 3 (2010), p. 180.

[172] Précité à la note 171, p. 181.

[173] *Flynn et al* v. *Flynn*, (18 décembre 2007) 03-66/07 (Ont. SCJ), cité dans *Abrams* v. *Abrams* (2008), 173 A.C.W.S. (3d) 410, 173 A.C.W.S. (3d) 606, par. 50 (Ont. SCJ) [*Abrams*].

[174] Abrams, précité à la note 173, par. 50.

[175] Weisstub, *Enquête*, précitée à la note 9, p. 39.
[176] Précité à la note 9, p. 70.
[177] VLRC, précitée à la note 107, p. 113.
[178] AGTA, précitée à la note 153; Alta Reg 219/2009, al. 3(1)*a*).
[179] AGTA, précitée à la note 153; Alta Reg 219/2009, al. 4(2)*a*).
[180] AGTA, précitée à la note 153; Alta Reg 219/2009, art. 3. Cela s'applique à *toutes* les évaluations de la capacité.
[181] Weisstub, *Enquête*, précitée à la note 9, p. 35.
[182] Voir par exemple : Alberta, Assemblée législative, Hansard, 27ième législature, 1ière session, no 40a (28 octobre 2008), 1590 (Laurie Blakeman).
[183] AGTA, précitée à la note 153, art. 27; PDA, précitée à la note 160, art. 10.1. Voir Office of the Public Guardian, *Guide to Capacity*, précité à la note 161, p. 12-17.
[184] PDA, précitée à la note 160, par. 21(1).
[185] *Guardianship and Administration Act 1986* (Victoria), par. 61(1) et 63(1).
[186] VLRC, précitée à la note 107, p. 243.
[187] LSM, précitée à la note 6, art. 54-60.
[188] Une personne *doit* avoir un tuteur en vertu de la LPDNA, mais pour ce qui est d'une procuration, le médecin doit croire « en se fondant sur des motifs raisonnables » que le document existe : précitée à la note 6, par. 54(6).
[189] Précitée à la note 6, par. 54(2).
[190] Il faut utiliser la formule 23 pour annuler un certificat. Elle ne requiert que le nom du malade, son adresse et sa date de naissance, ainsi que la signature du médecin : Ministère de la Santé, *Formule 23, Loi sur la santé mentale – Avis d'annulation du certificat d'incapacité de gestion des biens en vertu de l'article 56 de la Loi*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2013. En ligne à http://www.forms.ssb.gov.on.ca/mbs/ssb/forms/ssbforms.nsf/GetFileAttach/014-6442-41~1/$File/6442-41E.pdf.
[191] LSM, précitée à la note 6, par. 57(2).
[192] LSM, précitée à la note 6, par. 54(3). La conclusion d'incapacité pourrait être invalidée si cette exigence n'est pas remplie : Hiltz et Szigeti, précité à la note 118, p. 316 citant l'arrêt *A.P. (Re)*, 2004 CanLII 34872 (ON CCB).
[193] Ministère de la Santé, *Formule 21, Loi sur la santé mentale – Certificat d'incapacité de gestion des biens en vertu du paragraphe 54(4) de la Loi*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2013. En ligne à http://www.forms.ssb.gov.on.ca/mbs/ssb/forms/ssbforms.nsf/GetFileAttach/014-6440-41~2/$File/6440-41F.pdf.
[194] Ministère de la Santé, *Formule 22, Loi sur la santé mentale – État des finances, article 55 de la Loi*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2013. En ligne à http://www.forms.ssb.gov.on.ca/mbs/ssb/forms/ssbforms.nsf/GetFileAttach/014-6441-41~4/$File/6441-41F.pdf.
[195] Ministère de la Santé, *Formule 24, Loi sur la santé mentale – Avis de prorogation du certificat d'incapacité de gérer ses biens en vertu du paragraphe 57(2) de la Loi*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2013. En ligne à http://www.forms.ssb.gov.on.ca/mbs/ssb/forms/ssbforms.nsf/GetFileAttach/014-6443-41~2/$File/6443-41F.pdf.
[196] LSM, précitée à la note 6, par. 54(4).
[197] LPDNA, précitée à la note 3, art. 15.
[198] Commission du consentement et de la capacité, *Révision de la capacité à gérer ses biens (Formulaire 18)*, p. 2. En ligne à http://www.ccboard.on.ca/french/publications/documents/form18.pdf.
[199] LPDNA, précitée à la note 3, art. 6 : « Une personne est incapable de gérer ses biens si elle ne peut pas comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision concernant la gestion de ses biens, ou si elle ne peut pas évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision ».
[200] La Cour d'appel de l'Ontario a adapté dans son arrêt *Khan* v. *St Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303, 87 D.L.R. (4th) 289 (Ont. C.A.) le critère de détermination de la capacité financière exposé dans le rapport Weisstub pour interpréter les dispositions relatives au certificat d'incapacité de gérer des biens. La Cour supérieure de justice de l'Ontario dans sa décision *Roy* v. *Furst* (1999), 87 A.C.W.S. (3d) 1225, [1999] O.J. no 1490 (Ont. S.C.J.) a adopté ce même critère comme il avait été exposé dans *Khan. J.T. (Re)*, 2008 CanLII 5623 (ON CCB), l'a étudié en détail et énoncé un critère en six points, fondé sur la décision du Conseil de révision des établissements

psychiatriques, *In the Matter of SH and the North Bay Psychiatric Hospital* (dont la CDO conserve un exemplaire). Ce critère en six points a été très largement adopté.

[201] Cela est indiqué par l'utilisation d'un langage juridique exécutoire dans le paragraphe 54(1) (« un médecin l'examine » par opposition à « un médecin peut l'examiner ») : LSM, précitée à la note 6, par. 54(1).

[202] Précitée à la note 6, par. 59(1).

[203] Précitée à la note 6, par. 59(2).

[204] Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, *Annual Report 2011: Rights Protection in a Time of Change*, Toronto, 2011, p. 6. En ligne à www.sse.gov.on.ca/mohltc/ppao/en/Documents/PPAO%20Annual%20Report%202011.pdf [BIPEP, *Annual Report*].

[205] R.R.O. 1990, Règlement 741, par. 14.2(1).

[206] Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, « Conseils en matière de droits ». En ligne à http://www.sse.gov.on.ca/mohltc/ppao/fr/Pages/AboutthePPAO/OurServices.aspx?openMenu=smenu_OurServices [BIPEP, *Conseils en matière de droits*].

[207] LSM, précitée à la note 6, par. 60(1).

[208] LSM, précitée à la note 6, par. 60(2). Toutefois, un examen avant une mise en congé « remet le compteur à zéro » – un malade qui subit un nouvel examen avant sa mise en congé peut demander une requête en révision de la prorogation même s'il a déjà présenté une requête dans les six mois précédents : voir *S.L.G. (Re)*, 2005 CanLII 56686 (ON CCB).

[209] LSM, précitée à la note 6, par. 60(3).

[210] Henry Olders, « Comprehensive Assessments of Competence: A Psychiatrist's Perspective », *McGill Jounal of Law and Health*, vol. 5, n° 2 (2011), p. 283, 284.

[211] *V. (Re)*, 2009 CanLII 13471 (ON CCB).

[212] Jude Bursten, « Mental Health Law in the Community: A rights Protection Framework That Falls Apart? » dans Psychiatric Patient Advocate Office, *Mental Health and Patients' Rights in Ontario: Yesterday, Today and Tomorrow*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2003, p. 69. En ligne à https://ozone.scholarsportal.info/bitstream/1873/13331/1/283377.pdf. Au cours des consultations préliminaires de la CDO, certaines parties intéressées ont soulevé des préoccupations semblables à l'égard de l'utilisation abusive potentielle des évaluations en vertu de la LSM comme solution de rechange obligatoire aux évaluations en vertu de la LPDNA. Certains intéressés ont fait la remarque que le recours à cette pratique était généralement bien intentionné – par exemple, les évaluations en vertu de la LPDNA sont difficilement applicables dans certaines circonstances en raison de leurs coûts. Toutefois, la CDO n'a pas trouvé d'exemples documentés de ce type de pratique.

[213] Précité à la note 212, p. 69.

[214] Précité à la note 212, p. 69.

[215] LCSS, précitée à la note 4, art. 10.

[216] Précitée à la note 4, par. 4(3).
[217] L.O. 1992, ch. 31. Abrogée par la LCSS, précitée à la note 4, par. 2(2).
[218] LCSS, précitée à la note 4, par. 15(1).
[219] Précitée à la note 4, par. 15(2).
[220] Précitée à la note 4, par. 2(1).
[221] *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées,* L.O. 1991, ch. 18. Les professions réglementées sont énumérées dans l'annexe 1 de la Loi. Ce sont : audiologie et orthophonie, chiropratique, dentisterie, denturologie, diététique, ergothérapie, hygiène dentaire, kinésiologie, massothérapie, médecine, profession d'opticien, optométrie, pharmacie, physiothérapie, podologie, médecine traditionnelle chinoise, psychologie, profession de sage-femme, soins infirmiers, technologie de laboratoire médical, technologie dentaire, technologie de radiation médicale, thérapie respiratoire.
[222] LCSS, précitée à la note 4, art. 21.
[223] Règlement de l'Ontario 865/93, art. 1.
[224] Voir par exemple : College of Physicians and Surgeons of Ontario, « Determining Capacity to Consent: Guiding Physicians through Capacity and Consent to Treatment », *Dialogue*, CPSO, 2007, p. 32. En ligne à http://www.cpso.on.ca/uploadedFiles/policies/policies/policyitems/capacity_consent_july07dialogue.pdf; College of Physicians and Surgeons of Ontario, *CSPO Policy Statement # 4-05 – Consent to Medical Treatment*, CPSO, janvier-février 2006. En ligne à http://www.cpso.on.ca/CPSO/media/uploadedfiles/policies/policies/policyitems/Consent.pdf?ext=.pdf; Ordre des infirmières et infirmiers de l'Ontario, *Practice Guideline: Consent*, Ordre des infirmières et infirmiers de l'Ontario, 2009. En ligne à www.cno.org/Global/docs/policy/41020_consent.pdf; Ordre des diététistes de l'Ontario, *Guidelines: Health Care Consent Act (HCCA)*. En ligne à http://www.collegeofdietitians.org/Resources/Laws-Regulations-Bylaws/Health-Care-Consent-Act/Guidelines-Health-Care-Consent-Act-%28HCCA%29.aspx; Ordre des diététistes de l'Ontario, *Manuel de jurisprudence pour les diététistes de l'Ontario*, automne 2012. En ligne à http://www.collegeofdietitians.org/Resources/Professional-Practice/Consent-to-Treatment/Jurisprudence-Handbook-Chapter-7.aspx; Ordre des ergothérapeutes de l'Ontario, *Guide sur la législation relative au consentement aux soins de santé et à la prise de décisions au nom d'autrui destiné aux ergothérapeutes*, Ordre des ergothérapeutes de l'Ontario, 1996. En ligne à www.coto.org/pdf/hcca_guide.pdf; Ordre des thérapeutes respiratoires de l'Ontario, *Responsibilities Under Consent Legislation*, décembre 2011. En ligne à http://www.crto.on.ca/pdf/PPG/UnderConsent.pdf; College of Physiotherapists of Ontario, Health Care Consent Act: Briefing Note, 2005, mise à jour en 2007. En ligne à http://www.collegept.org/Assets/registrants'guideenglish/briefing%20notes/BNhealthCareConsentAct.pdf; College of Chiropractors of Ontario, *Standard of Practice: Consent*, novembre 2002, mise à jour en 2004. En ligne à http://ccholive.v51.com/site_documents/S-013%20Consent.pdf.
[225] Ministère de la Santé et des Soins de longue durée de l'Ontario, *Community Care Access Centres: Client Services Policy Manual*, Toronto, 2006, mise à jour en 2007, ch. 4. En ligne à http://www.health.gov.on.ca/english/providers/pub/manuals/ccac/ccac_mn.html.
[226] Dr. E. Etchells, *Aid to Capacity Evaluation (ACE)*, Joint Centre for Bioethics, Université de Toronto, sans date. En ligne à http://www.jointcentreforbioethics.ca/tools/documents/ace.pdf.
[227] Katharine Byrick et Barbara Walker-Renshaw, *A Practical Guide to Mental Health and the Law in Ontario*, Toronto, Ontario Hospital Association, 2012). En ligne à www.blg.com/en/Expertise/Documents/MentalHealthLaw_1033.pdf.
[228] National Initiative for the Care of the Elderly, *Tool on Capacity & Consent: Ontario Edition*, Toronto, Advocacy Centre for the Elderly, 2003. En ligne à http://www.nicenet.ca/files/NICE_Capacity_and_Consent_tool.pdf.

[229] LSM, précitée à la note 6, art. 38, 59.
[230] LCSS, précitée à la note 4, art. 32.
[231] LCSS, précitée à la note 4, par. 32(1), 31(2), 31(5), 31(6); Règles de pratique de la CCC, règle 32.
[232] Hiltz et Szigeti, précité à la note 118, p. 182.
[233] Judith Wahl, « 25 Common Misconceptions about the *Substitute Decisions Act* and *Health Care Consent Act* », Advocacy Centre for the Elderly, mise à jour en novembre 2008, p. 17-24. En ligne à http://www.advocacycentreelderly.org/appimages/file/25%20Common%20Misconceptions.pdf.
[234] Précité à la note 233, p. 19-20.
[235] Précité à la note 233, p. 17-24.
[236] Hiltz et Szigeti, précité à la note 118, p. 178. Voir un exemple de cette dynamique dans *A.F. (Re),* 2005 CanLII 3201 (ON CCB).
[237] Daniel J. Dochylo et Michel Silberfeld, « Capacity, Consent and Health Care Decision-Making » dans Ann Soden, éd., *Advising the Older Client*, Markham, Lexis Nexis, 2005, p. 133, 162.
[238] Advocacy Centre for the Elderly, précité à la note 83, p. 25.
[239] LCSS, précitée à la note 4, par. 2(1).
[240] Hiltz et Szigeti, précité à la note 118, p. 194.
[241] *Heuberger v. Stenn*, [2002] O.J. n° 1285, [2002] O.T.C. 216 (Ont. SC).
[242] LCSS, précitée à la note 4, art. 2.
[243] Règlement de l'Ontario 264/00.
[244] Judith Wahl, *Capacity and Capacity Assessment in Ontario,* document préparé à l'intention du CBA Elder Law Programme, Ottawa, Ontario, 24-25 mars 2006, p. 13. En ligne à http://www.practicepro.ca/practice/PDF/Backup_Capacity.pdf.
[245] Jeffrey Cole et Noreen Dawe, *Assessing Capacity for Admission to Long-Term Care Homes: A Training Manual for Evaluators*, Centre d'accès aux soins communautaires, 2010, révisé en 2011, p. iii. En ligne à www.ccac-ont.ca/Upload/central/General/ConsentandCapacityTrainingManual.pdf. Malheureusement, il n'est pas clair à quelle étude se réfèrent les auteurs.
[246] Carling-Rowland et Wahl, précité à la note 171, p. 171.
[247] Précité à la note 171, p. 182.
[248] L'origine de la formule n'est pas documentée et les souvenirs à ce sujet sont fragmentaires. Toutefois, il semble qu'elle soit utilisée depuis le début du régime actuel et on y fait largement référence comme un document « officiel ».
[249] Dans la décision *H. (Re)*, 2005 CanLII 57737 (ON CCB), la CCC affirme que le fait de poser simplement cinq questions et d'obtenir (ou de ne pas obtenir) des réponses ne produit pas une évaluation juste de la capacité d'une personne. Voir, par exemple, *Starson c. Swayze*, [2003] 1 R.C.S 722, 2003 CSC 32 [*Starson*], par. 77 et 81 (la présomption de capacité ne peut être réfutée par les évaluateurs que par la preuve, selon la prépondérance des probabilités, et ils doivent démontrer que la personne concernée n'est pas *apte* à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision); *Saunders* v. *Bridgepoint Hospital*, [2005] O.T.C. 1108, 144 A.C.W.S. (3d) 555 (ON SC), par. 121 (l'équité procédurale exige que les évaluateurs informent régulièrement les personnes concernées du processus d'évaluation de la capacité).
[250] Judith Wahl, *Capacity*, précité à la note 244, p. 18.
[251] Cole et Dawe, précité à la note 245, p. iii.
[252] Précité à la note 245.
[253] The Dementia Network of Ottawa, *A Practical Guide to Capacity and Consent Law of Ontario for Health Practitioners Working with People with Alzheimer Disease*. En ligne à http://www.community-networks.ca/uploads/L%20consentlawOttAlzheimers.pdf.
[254] Alexandra Carling-Rowland, *Communication Aid to Capacity Evaluation – CACE: A Communicatively Accessible Capacity Evaluation to Make Admissions Decisions*, 2012.
[255] *Health Care Consent Act – Evaluation of Capacity for Admission to a Long-Term Care Home*, Ministère de la Santé et des Soins de longue durée.
[256] Le juge Quinn dans l'affaire *Koch (Re)* a introduit certaines des garanties procédurales prévues dans la LPDNA dans le contexte des admissions, expressément le droit d'être informé des conséquences d'une constatation

d'incapacité, le droit d'avoir un avocat ou un ami présent pendant l'évaluation, le droit de refuser l'évaluation et le droit d'être informé de ces droits avant l'évaluation : *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485, 70 A.C.W.S. (3d) 712 (Div. gén.). Toutefois, certaines personnes estiment qu'il s'agit d'une remarque incidente et la Commission ne s'est pas toujours considérée comme y étant liée : Hiltz et Szigeti, précité à la note 118, citant *I.L.A. (Re)*, 2004 CanLII 29716 (ON CCB).

[257] *Saunders*, précité à la note 249, par. 118.

[258] LCSS, précitée à la note 4, par. 50(1), 50(2).

[259] Hiltz et Szigeti, précité à la note 118, p. 193, citant *In the matter of MD*, TO-10-0096, TO-10-5182, TO-10-5163.

[260] Voir Wahl, *Capacity*, précité à la note 244, p. 19-21. Voir aussi *A.B. (Re)*, 2004 CanLII 29602 (ON CCB) et *S.S.; File TO-05-4570 (Re)*, [2005] O.C.C.B.D. n° 19 pour une mise en évidence de lacunes inquiétantes dans le système d'évaluation de la capacité.

[261] Carling-Rowland et Wahl, précité à la note 171, p. 172, 178, 180.

[262] Advocacy Centre for the Elderly, précité à la note 83, p. 26.

[263] LPDNA, précitée à la note 3, art. 16(1).

[264] Précitée à la note 3, art. 79.

[265] Précitée à la note 3, art. 1(1).

[266] Règlement de l'Ontario 460/05, al. 2(1)*a*), par. 2(2).

[267] LPDNA, précitée à la note 3, art. 17(1).

[268] Précitée à la note 3, art. 24(5).

[269] Précitée à la note 3, art. 55(1).

[270] Règlement de l'Ontario 460/05, al. 2(1)*b*), art. 4.

[271] Règlement de l'Ontario 460/05, al. 2(1)*c*), par. 5(1).

[272] Règlement de l'Ontario 460/05, al. 2(1)*c*), par. 5(2).

[273] Règlement de l'Ontario 460/05, al. 2(1)*d*), art. 6.

[274] Ministère de la Procureure générale, *Lignes directrices*, précitées à la note 112.

[275] Règlement de l'Ontario 460/05, par. 3(1), 3(2).

[276] Règlement de l'Ontario 460/05, par. 3(3).

[277] LPDNA, précitée à la note 3, par. 78(1)-(3).

[278] Précitée à la note 3, par. 78(1)-(3).

[279] Précitée à la note 3, par. 78(2).

[280] Précitée à la note 3, par. 78(5), 16(4).

[281] Précitée à la note 3, par. 16(5)-(6).

[282] Précitée à la note 3, art. 20.2. Il convient de noter que les personnes jugées incapables de gérer leurs biens et qui font ensuite l'objet d'une procuration ne peuvent se prévaloir de ce droit, ni présenter une requête en révision d'une constatation d'incapacité de prendre soin de sa personne. Voir l'analyse dans Hiltz et Szigeti, précité à la note 118, p. 32, 43-44.

[283] Sarita Verma et Michel Silberfeld, « Approaches to Capacity and Competency: The Canadian View », *International Journal of Law and Psychiatry*, 1997, vol. 20, n° 1, p. 35, 42.

[284] Olders, précité à la note 210, p. 285.

[285] Michel Silberfeld et autres, « Capacity Assessments for Requests to Restore Legal Competence », *International Journal of Geriatric Psychiatry*, 1995, vol. 10, n° 3, p. 191, 196.

[286] Voir, par exemple, l'arrêt *Koch (Re)*, précité à la note 256, concernant le cas d'un époux qui a demandé l'évaluation de la capacité de son épouse après que l'avocat de celle-ci a produit une ébauche d'un accord de séparation. L'arrêt *Urbisci* c*. Urbisci*, 2010 ONSC 6130, 67 E.T.R. (3d) 43 concerne aussi une demande d'évaluation en pleine instance de séparation lorsque M^me^ Urbisci constatant que son époux et sa fille étaient plus préoccupés par son argent que son bien-être a décidé de révoquer une procuration en faveur de son époux. L'arrêt *Deschamps* c*. Deschamps* (1997), 52 O.T.C. 154, 75 A.C.W.S. (3d) 1130 (Div. gén.) concerne un fils qui veut être nommé tuteur aux biens de son père dans le cadre d'un énorme effort entrepris pour l'empêcher de se remarier.

[287] Verma et Silberfeld, précité à la note 283, p. 41.

[288] LPDNA, précitée à la note 3, par. 2(1).

[289] Précité à la note 3, par. 2(2).

[290] Précité à la note 3, par. 2(3).
[291] Une personne peut établir une procuration relative au soin de la personne qui contient une disposition selon laquelle le mandant renonce à son droit de demander à la CCC, par voie de requête, la révision de décisions en vertu de la LCSS ou qui autorise le procureur à recourir à la force nécessaire et raisonnable pour déterminer si le mandant est incapable, pour l'emmener à tout endroit pour qu'il y reçoive des soins ou un traitement ou pour le faire admettre à cet endroit. Pour que ces dispositions soient valides, il faut que le mandant ait été jugée capable de prendre soin de sa personne dans les 30 jours suivant la signature de la procuration et que le mandant ait rédigé une déclaration, selon la formule prescrite, indiquant qu'il comprend les conséquences des dispositions et qu'il comprend que la procuration ne peut être révoquée que si, dans les 30 jours précédant la passation de la révocation, il est jugé capable de prendre soin de sa personne. C'est la seule circonstance dans laquelle une personne est obligée en vertu de la loi d'être évaluée pour établir une procuration. LPDNA, précitée à la note 3, art. 50.
[292] Carole A. Cohen et Kenneth I. Shulman, « Capacity Assessments and the Role of the Clinical Expert: The Ontario Experience », *Health Law in Canada*, 1998, vol. 19, n° 1, p. 19, 21; James E. Spar et Andrew S. Garb, « Assessing Competency to Make a Will », *The American Journal of Psychiatry*, 1992, vol. 149, n° 2, p. 169, 174.
[293] Voir *R.V. (Re)*, 2003 CanLII 25699 (ON CCB).
[294] *Knox c. Burton*, 2004 CanLII 35099 (ON SC).
[295] Wahl, *Capacity*, précité à la note 244, p. 19-20.
[296] Spar et Garb, précité à la note 292, p. 172-73.
[297] Olders, précité à la note 210, p. 285.
[298] Voir, par exemple, Weisstub, *Enquête*, précitée à la note 9, p. 73-74, 81.
[299] VLRC, précitée à la note 107, ch. 7, p. 120.
[300] *Mental Capacity Act 2005*, précitée à la note 126.
[301] Kerri Joffe et Edgar-André Montigny (ARCH Disability Law Centre), *Decisions, Decisions: Promoting and Protecting the Rights of Persons with Disabilities Who are Subject to Guardianship*, Toronto, Commission du droit de l'Ontario, janvier 2014, p. 97 [Joffe et Montigny].
[302] Advocacy Centre for the Elderly, précité à la note 83, p. 25-26.
[303] CDO, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*, précité à la note 2, p. 54.
[304] Advocacy Centre for the Elderly, précité à la note 83, p. 24.
[305] Hiltz et Szigeti, précité à la note 118, p. 182.
[306] CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées*, précité à la note 1, p. 189-190.
[307] Ces questions sont approfondies dans CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées*, précité à la note 1, p. 36-37, 70-76, 180-181; et CDO, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*, précité à la note 2, p. 37-41, 60-65.
[308] Minkowitz, précité à note 113.
[309] Voir, par exemple, Michael Bach, *The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Key Concepts and Directions from Law Reform,* Institut de recherche et de développement sur l'intégration et la société, Toronto, 2009, p. 5-6.
[310] Collection des Traités des Nations Unies, précitée à la note 23.
[311] Précitée à la note 23.
[312] Précitée à la note 23.
[313] Jennifer L. Wright, « Guardianship for Your Own Good: Improving the Well-Being of Respondents and Wards in the USA » (2010) 33 *International Journal of Law and Psychiatry* 350, p. 354.
[314] Leslie Salzman, « Guardianship for Persons with Mental Illness – A Legal and Appropriate Alternative? » (2011) 4 *St. Louis U. J. Health L. & Pol'y* 279, p. 291.
[315] CDPH, précitée à la note 19, Préambule.
[316] Terry Carney, « Clarifying, Operationalising, and Evaluating Supported Decision Making Models » (2014) 1:1 *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities* (À paraître). Par exemple, une évaluation d'un projet pilote de deux ans du Bureau du défenseur des personnes handicapées de l'Australie méridionale auquel ont participé 26 personnes « aptes à prendre des décisions» (qui n'étaient pas sous tutelle) et atteintes de déficiences intellectuelles ou qui avaient une lésion cérébrale acquise, a fait l'objet de commentaires

généralement positifs de la part des consommateurs, des accompagnateurs et des fournisseurs de services. Des difficultés opérationnelles ont également été soulignées. Selon le personnel qui supervisait le programme, il fallait une gestion des cas assez considérable pour appuyer le déroulement du processus. Certains membres du personnel ont recommandé l'utilisation « d'indicateurs de vulnérabilité » pour la sélection préalable des participants au programme : Margaret Wallace, *Evaluation of the Supported Decision Making Project,* Office of the Public Advocate de l'Australie méridionale, novembre 2012.

[317] Voir, par exemple, Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal et Amy T. Campbell, « Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship? » (2013) 117:4 *Penn St. L. Rev.*, p. 1111-1157; Anthony Mason, « Avant-propos » (2013) 36:1 *UNSWLJ*, p. 170-174; Carney, Models, précité à la note 316.

[318] Kohn, Blumenthal et Campbell, précité à la note 317, p. 1114. Des préoccupations semblables sont évoquées dans Nidus Personal Planning Resource Centre & Registry, *A Study of Personal Planning in British Columbia: Representation Agreements with Standard Powers,* 2010, p. 4. En ligne à http://www.nidus.ca/PDFs/Nidus_Research_accord de représentation7_InAction.pdf.

[319] Krista James & Laura Watts (Canadian Centre for Elder Law), *Understanding the Lived Experiences of Supported Decision-Making in Canada*, Commission du droit de l'Ontario, Toronto, mars 2014, p. 78.

[320] Voir, par exemple, Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l'homme et Union interparlementaire, *De l'exclusion à l'égalité : Réalisation des droits des personnes handicapée* – Guide à l'usage des parlementaires : La Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif (Genève : Nations Unies, 2007), p. 100 : « Même lorsqu'une personne handicapée doit s'en remettre totalement à une autre personne, celle-ci doit pouvoir permettre à l'intéressée d'exercer ses capacités juridiques dans toute la mesure possible, conformément à ses souhaits ». Voir également Minkowitz, précitée à la note 113, p. 157-158 : *[TRADUCTION]* « Même dans les situations très extrêmes telles que des états végétatifs persistants et le coma ou la perte de conscience, les principes du soutien peuvent s'appliquer pour respecter pleinement toute communication présente de la personne (qui peut parfois être discernée par des proches parents, bien que passée inaperçue pour d'autres) et si ces communications sont indéterminées après les souhaits exprimés antérieurement par la personne, ses valeurs prépondérantes et l'expérience de situations semblables. »

[321] Bach et Kerzner, *A new Paradigm*, précités à la note 109, p. 86-89.

[322]Gerald Quinn, « Personhood & Legal Capacity, Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 *CRPD »,* HPOD Conference, *Harvard Law School*, 20 février 2010. M. Quinn signale que *[TRADUCTION]* « ce qui est pire : étirer une fiction (soutien total) au point où elle est de toute évidence en contradiction avec la réalité – un facteur que les États ne retiendront probablement seulement qu'avec beaucoup de prudence, en faisant des déclarations ou en apportant beaucoup de réserves à l'adoption de la prise de décision au nom d'autrui – ou en admettant l'évidence puis en usant de nos talents pour limiter l'exception et transformer comment nos décisions sont 'prises pour' les gens? »

[323] Office of the Public Advocate, *Supported Decision-Making, Background and Discussion Paper*, Melbourne, (Australie), novembre 2009, p. 24.

[324] *Mental Capacity Act 2005* (R.-U.), chap. 9, par. 1(3).

[325] *Loi sur la tutelle*, L.T.N.-O. 1994, chap. 29, par. 2(3), p. 29.

[326] *Loi sur la prise de décisions, le soutien et la protection des adultes*, L.Y. 2003, chap. 21, annexe A.

[327] Précitée à la note 326, art. 4.

[328] VLRC, précitée à la note 107, 128, art. 8.17.

[329] Au Yukon, un tiers peut présenter une demande pour annuler une convention conclue avec un adulte qui n'a pas consulté son accompagnateur. Pour la maître de conférence Shih-Ning Then, cette disposition crée un compromis précaire : *[TRADUCTION]* « dans ce cas, il existe une tension évidente entre la protection de l'adulte et le fait de laisser cet adulte prendre de 'mauvaises' décisions. Tel est particulièrement le cas parce que la capacité de prise de décision est explicitement préservée par ces conventions ». Shih-Ning Then, « Evolution and Innovation in Guardianship Laws: Assisted Decision-Making » (2013) 35:1 *Sydney L. Rev.* 133, p. 150.

[330] Alberta, « Supported Decision-Making: Adult Guardianship and Trusteeship Act », 2. En ligne à http://humanservices.alberta.ca/documents/opg-guardianship-brochure-opg5609.pdf.

[331] Santé et Affaires sociales du Yukon, « Loi sur la protection des adultes et de la prise de décisions les concernant – Convention de prise de décisions soutenues ». En ligne à http://www.hss.gov.yk.ca/fr/supported_agreements.php.
[332] AGTA, précitée à la note 153, par. 4(1); *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, art. 6.
[333] AGTA, précitée à la note 153, art. 3; *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, art. 1 et 9.
[334] AGTA précitée à la note 153, par. 4(2); *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, par. 5(1).
[335] AGTA précitée à la note 153, par. 4(2); *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, par. 5(1).
[336] AGTA précitée à la note 153, par. 4(2); *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, par. 5(1).
[337] *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, par. 5(1).
[338] Précitée à la note 326, par. 5(1).
[339] Précitée à la note 326, par. 5(1).
[340] Précitée à la note 326, par. 5(2), 11.
[341] AGTA précitée à la note 153, par. 4(2); *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, par. 6(2).
[342] AGTA précitée à la note 153, par. 10(1); *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, par. 13(2).
[343] *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, par. 13(2).
[344] *Loi sur la protection des adultes et la prise de décisions les concernant*, précitée à la note 326, art. 12.
[345] Michelle Browning, *Report to Investigate New Models of Guardianship and the Emerging Practice of Supported Decision-Making,* Winston Churchill Memorial Trust of Australia, 2010, p. 22, 27; consultation de l'Unité des services aux personnes âgées et de la protection des adultes, Santé et Affaires sociales du Yukon.
[346] Browning, précitée à la note 345, p. 23.
[347] VLRC, précitée à la note 107, p. 128.
[348] Consultation de l'Unité des services aux personnes âgées et de la protection des adultes, Santé et Affaires sociales du Yukon; Browning, précitée à la note 345, p. 28-29; VLRC, précitée à la note 107, p. 129.
[349] Nations Unies, précité à la note 320, p. 100.
[350] A.J. McClean, *Review of Representation Agreements and Enduring Powers of Attorney*, préparé pour le Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria, Procureur général, 2002. Voir également Glen, précité à la note 124, p. 1470148; VLRC, précitée à la note 107, p 130, par. 8.31 qui décrit en quoi la démarche de la Colombie-Britannique se distingue de la prise de décision accompagnée.
[351] Décret 2005/78 du Yukon, art. 5. Le placement de fonds est limité aux investissements protégés par la Société d'assurance-dépôts du Canada.
[352] La *Loi sur la prise de décisions, le soutien et la protection des adultes* dit qu'ils peuvent être utilisés pour « habiliter un adulte à accepter de permettre à deux ou plusieurs amis ou membres de sa parenté dignes de confiance de prendre *un ensemble limité de décisions de vie quotidienne concernant les affaires personnelles ou financières de l'adulte* et pour le compte de celui-ci » lorsque l'adulte « n'a pas besoin d'être mis sous tutelle » et « est capable de gérer la plupart ou la totalité de ses affaires dans certaines circonstances, mais a de la difficulté à le faire dans d'autres ». *Loi sur la prise de décisions, le soutien et la protection des adultes*, précitée à la note 326, par. 14 et 15.
[353] Santé et Affaires sociales du Yukon, *Ce qu'il faut savoir sur les conventions de représentation,* p. 2. En ligne à *www.hss.gov.yk.ca/fr/pdf/rep_agreement_booklet_fr.pdf*.
[354] Consultation de l'Unité des services aux personnes âgés et à la protection des adultes, Santé et Affaires sociales du Yukon, *Loi sur la prise de décisions, le soutien et la protection des adultes*, précitée à la note 326, par. 6, p. 15.
[355] *Loi sur les procurations perpétuelles*, L.R.Y. 2002, chap. 73, art. 3.

[356] Consultation de l'Unité des Services aux personnes âgées et à la protection des adultes, Santé et Affaires sociales du Yukon.

[357] Le PEC accordé à d'anciens étudiants a atteint en moyenne 19 412 $ par personne au Canada. Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, « Statistiques sur la mise en œuvre de la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens ». En ligne à http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1315320539682/1315320692192.

[358] Consultation de l'Unité des Services aux personnes âgées et à la protection des adultes, Santé et Affaires sociales du Yukon.

[359] McClean, précité à la note 350, p. 4.

[360] Office of the Ombudsperson, Colombie-Britannique, *No Longer Your Decision: British Columbia's Process for Appointing the Public Guardian and Trustee to Manage the Financial Affairs of Incapable Adults* (Rapport public n° 49 présenté à l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique, février 2013).

[361] *Representation Agreement Act*, R.S.B.C. 1996, chap. 405, par. 9g). Cette version de la *Representation Agreement Act* a été modifiée en 2007. Le 1er septembre 2011, cette disposition avait cessé d'exister. Robert M. Gordon, *The 2008 Annotated British Columbia Representation Agreement Act, Adult Guardianship Act and Related Statutes,* Thomson Carswell Ltd., Toronto, 2008, p. 1; Nidus, « Representation Agreement Act Amendments » (mars 2012). En ligne à http://www.nidus.ca/PDFs/Nidus_01Sept2011_Amendments_and_RA.pdf.

[362] *Representation Agreement Act,* précitée à la note 158, art. 7.

[363] Précitée à la note 158, art. 7.

[364]Consultation du Nidus Personal Planning Resource Centre & Registry. Voir également le formulaire volontaire produit par le Procureur général de la Colombie-Britannique qui permet à un adulte de choisir une sorte de pouvoir ou les deux, et de personnaliser les types de décision que le représentant est autorisé à prendre. Procureur général de la Colombie-Britannique, « Representation Agreement (Section 7) Form ». En ligne à http://www.ag.gov.bc.ca/incapacity-planning/pdf/Representation_Agreement_S7.pdf.

[365] *Representation Agreement Act,* précitée à la note 158, par. 9.1, p. 15.

[366] Précitée à la note 158, par. 8(2).

[367] *Representation Agreement Act,* R précitée à la note 158, par. 8(2); Mona Paré, précitée à la note 31, p. 122-123.

[368] Nidus Personal Planning Resource Centre & Registry, précité à la note 318. Il y a quelques autres sources de données probantes empiriques sur les conventions de représentation. Wendy Harrison a mené une étude détaillée de ces conventions et fourni une foule de renseignements sur les conventions non normalisées relativement au soin de la personne et les directives préalables sur les soins de santé. Voir Wendy Harrison, *Representation Agreements in British Columbia: Who is Using them and Why?* (Projet soumis en réponse partielle aux exigences d'une maîtrise en gérontologie, Université Simon Fraser, automne 2008). Voir aussi Kohn, Blumenthal et Campbell, précités à la note 317.

[369] Voir Community Living British Columbia, « Guide to Individualized Funding - Supporting Choice and Innovation » (mai 2009), p. 7. En ligne à http://www.communitylivingbc.ca/individuals-families/support-for-adults/individualized-funding/.

[370] Voir, par exemple, Mary B. Hamilton, « Incapacity Planning: The New Law Planning for Personal Care Decisions », document préparé pour la Continuing Legal Education Society de la Colombie-Britannique (juin 2011), 3.1.6; Law Society of British Columbia, « The Representation Agreement Act ». En ligne à http://www.lawsociety.bc.ca/page.cfm?cid=1209&t=The-Representation-Agreement-Act; Browning, précitée à la note 345, p. 31.

[371] Inclusion Europe, *Justice, Rights and Inclusion for People with Intellectual Disability* (Bruxelles : 2007), p. 5-6. En ligne à http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=gladnetcollect; Stanley S. Herr, « Self-Determination, Autonomy, and Alternatives for Guardianship » cité dans Stanley S. Herr, Lawrence O. Gostin et Harold Hongju Koh, éd., *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities: Different But Equal,* Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 433.

[372] Herr, précité à la note 371, p. 433; Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 6.

[373] Herr, précité à la note 371, p. 433.

[374] Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 6.
[375] Précité à la note 371, p. 6.
[376] Herr, précité à la note 371, p. 434.
[377] Précité à la note 371, p. 434.
[378] Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 6.
[379] Précité à la note 371, p. 6.
[380] Herr, précité à la note 371, p. 433.
[381] Précité à la note 371, p. 433.
[382] Précité à la note 371, p. 434.
[383] Herr, précité à la note 371, p. 434; Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 6.
[384] Bach et Kerzner, *A New Paradigm,* précité à la note 109.
[385] Michael Bach et Lana Kerzner, *Fulfilling the Promise, Ensuring Alternatives to Guardianship.* Cette description est basée sur une version inédite de ce document, reçu en Mars 2014. Une version révisée de ce document sera disponible à partir de L'Institut de recherche et de développement sur l'intégration et la société (IRIS) dans le début de l'été 2014.
[386] Il s'agit d'un résumé des exigences, exposées en entier ailleurs dans le présent *document de travail* et qu'on trouve dans la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui,* précitée à la note 3, art. 66.
[387] Advocacy Centre for the Elderly, *Comments on the Discussion Paper: Capacity of Adults with Mental Disabilities and the Federal RDSP,* 28 février 2014, p. 9.
[388] Joffe et Montigny, précités à la note 301, p. 66.
[389] James et Watts, précités à la note 319, p. 77.
[390] Terry Carney, « Guardianship, "Social" Citizenship and Theorising Substitute Decision-Making Law », cité dans Israel Doron et Ann M. Soden, éd., *Beyond Elder Law: New Directions in Law and Aging,* Berlin, Springer, 2012, chap. 1 à 10 [Carney, *Guardianship*].
[391] Office of the Public Advocate, *Supported Decision-Making*, précité à la note 323, p. 24.
[392] Joffe et Montigny, précités à la note 301, p. 92.
[393] Cette question est examinée tout au long du document préparé par James et Watts, précités à la note 319. Voir en particulier les explications aux pages 49, 59-60 et 77.
[394] Terry Carney a indiqué que *[TRADUCTION]* « les gens ont déjà une compréhension très nébuleuse de la tutelle d'adultes ou des pouvoirs en matière de soins de santé, il est donc inévitable qu'un régime plus perfectionné n'entraîne un certain mésusage et une certaine incompréhension » : Terry Carney, « Guardianship, "Social" Citizenship and Theorising Substitute Decision-Making Law », cité dans Israel Doron et Ann M. Soden, éd., *Beyond Elder Law: New Directions in Law and Aging,* Berlin, Springer, 2012, chap. 1 à 11.
[395] Voir par exemple James et Watts, précités à la note 319, p. 8.
[396] Carney, *Guardianship*, précité à la note 390, p. 12.
[397] Then, précité à la note 329, p. 151.
[398] VLRC, précitée à la note 107, p. 152.
[399] Then, précité à la note 329, p. 151.
[400] AGTA, précitée à la note 153, art. 13; Alberta Human Services, « Co-Decision Making Brochure ». En ligne à http://humanservices.alberta.ca/documents/opg-guardianship-brochure-opg5610.pdf; *The Adult Guardianship and Co—decision making Act,* S.S. 2000, chap. A-5.3, par. 13, 39.
[401] *The Adult Guardianship and Co-decision-making Act,* S.S. 2000, précitée à la note 400, art. 40.
[402] AGTA, précitée à la note 153, par. 13(4).
[403] VLRC, précitée à la note 107, 156.
[404] Précitée à la note 107, chap. 9, p. 151-169.
[405] Précitée à la note 107, 1169, par. 9.53-54.
[406] *The Adult Guardianship and Co-decision making Act,* précitée à la note 400, art. 42. En Alberta, *[TRADUCTION]* un codécideur peut pas refuser de signer un document […] si une personne raisonnable aurait pu prendre la décision en question et qu'il n'en résultera vraisemblablement aucune perte du patrimoine de l'adulte qui reçoit l'aide » : AGTA, précitée à la note 153, par. 18(5).

[407] *The Adult Guardianship and Co-decision making Act,* précitée à la note 400, art. 41. En Alberta, le tribunal peut préciser si un contrat peut être annulé, s'il n'est pas par écrit et signé par les deux parties : AGTA, précitée à la note 153, par. 17(5).
[408] VLRC, précitée à la note 107, p. 155-156.
[409] VLRC, précitée à la note 107*,* p. 156.
[410] VLRC, précitée à la note 107*,* p. 157.
[411] VLRC, précitée à la note 107, p. 158.
[412] Terry Carney et Fleur Beaupert, « Public and Private Bricolage – Challenges Balancing Law, Services and Civil Society in Advancing *CRPD* Supported Decision-Making » (2013) 36:1 *UNSW Law Journal* 175, p. 184.
[413] Consultation du curateur public de l'Alberta.
[414] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32(1), 38.
[415] Précitée à la note 3, par. 66(1), 67.
[416] LPDNA, précitée à la note 3, par. 37, 66(3)-(4); LCSS, précitée à la note 4, par. 21, 42, 59.
[417] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32, 66.
[418] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32, 66.
[419] LPDNA, précitée à la note 3, par. 33, 38.
[420] Bach et Kerzner, *A New Paradigm*, précités à la note 109, p. 80.
[421] LPDNA, précitée à la note 3, par. 5, 44.
[422] Précitée à la note 3, al. 12(1)*a)*, 53(1)*a)*.
[423] Précitée à la note 3, par. 7(3), 46(2).
[424] Précitée à la note 3, par. 46(3).
[425] Précitée à la note 3, par. 17(1).
[426] Précitée à la note 3, par. 17(4)-(5).
[427] Précitée à la note 3, par. 22, 55.
[428] L'exception étant les requêtes en règlement sommaire, qui ne sont pas contestées.
[429] LPDNA, précitée à la note 3, par. 24, 57.
[430] LCSS, précitée à la note 4, par. 20(1), art. 41, 58.
[431] Précitée à la note 4, par. 20(2).
[432] Précitée à la note 4, par. 20(5).
[433] Chiffres fournis par le Bureau du tuteur et curateur public, d'après le registre des tuteurs que tient à jour le tuteur et curateur public, conformément au Règlement 99/96 pris aux termes de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui.*
[434] Bureau du tuteur et curateur public, *Le rôle du Bureau du tuteur et curateur public,* Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2006, réimprimé en 2013, p. 3.
[435] Chiffres fournis par le Bureau du tuteur et curateur public, d'après le registre des tuteurs que tient à jour le tuteur et curateur public, conformément au Règlement 99/96 pris aux termes de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*.
[436] Chiffres fournis par le Bureau du tuteur et curateur public, d'après le registre des tuteurs que tient à jour le tuteur et curateur public, conformément au Règlement 99/96 pris aux termes de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*.
[437] Bureau du tuteur et curateur public, *Lorsque le Bureau du tuteur et curateur public devient votre tuteur aux biens,* Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2006, réimprimé en 2013, p. 3-4.
[438] Ernest J. Weinrib, « The Fiduciary Obligation », (1975) 25:1 *UTLJ* 1, p. 4. Traduction de l'extrait dans *Guerin c. La Reine*, [1984], 2 R.C.S. 335, p. 384.
[439] Support & Trustee Advisory Services, « What We Do ». En ligne à http://mystas.ca/what.
[440] Précité à la note 439.
[441] Support & Trustee Advisory Services, « Trustee and Advisory Services Brochure ». En ligne à http://mystas.ca/sites/default/files/user_files/pdf/STAS_brochure.pdf.
[442] Cal Bus & Prof Code § 6530 (2014) [CPFA]. (Le chapitre 6 du Business & Professions Code porte le nom de *Professional Fiduciaries Act*, conformément à l'art. 6500).
[443] CPFA, précitée à la note 442, al. 6538*a)*.

[444] CPFA, précitée à la note 442, al. 6538*b)*.
[445] Professional Fiduciaries Bureau, « Pre-Licensing Education Information ». En ligne à Professional Fiduciaries Bureau : http://www.fiduciary.ca.gov/forms_pubs/prelicreq.shtml.
[446] CPFA, précitée à la note 442, par. 6510.
[447] CPFA, précitée à la note 442, par. 6518, 6520.
[448] CPFA, précitée à la note 442, par. 6536.
[449] CPFA, précitée à la note 442, par. 6580, 6582.5.
[450] CPFA, précitée à la note 442, par. 6580.
[451] Professional Fiduciary Association of California. En ligne à http://www.pfac-pro.org.
[452] CPFA, précitée à la note 442, al. 6580*c)*.
[453] CPFA, précitée à la note 442, par. 6560.
[454] CPFA, précitée à la note 442, par. 6561.
[455] Office of the Public Advocate, *Annual Report 2012 – 2013,* Victorian Government Printer, 2013*,* 12 [OPA, *Rapport annuel*].
[456] Office of the Public Advocate, *Community Guardianship Manual.* p. 7.
[457] Précité à la note 456, p. 10, 16.
[458] Précité à la note 456, p. 18.
[459] Précité à la note 456, p. 19.
[460] Précité à la note 456, p. 37.
[461] Précité à la note 456, p. 21-22.
[462] Précité à la note 456, p. 23-24.
[463] *Assisted Decision-Making (Capacity) Bill 2013* (13 juillet 2012), par. 23(3), p. 61 [projet de loi 2013].
[464] Herr, précité à la note 371, p. 441; voir également Kees Blankman, « Guardianship Models in the Netherlands and Western Europe » (1997) 20:1 *International Journal of Law and Psychiatry*, p. 47 à 54; Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 8.
[465] Herr, précité à la note 371, p. 443; Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 8.
[466] Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 8. Voir également Herr, précité à la note 371, p. 443.
[467] Herr, précité à la note 371, p. 443-444.
[468] Précité à la note 371, p. 443-444.
[469] Herr, précité à la note 371, p. 443; Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 9.
[470] Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 8.
[471] Précité à la note 371, p. 8.
[472] Bach et Kerzner, *Fulfilling the Promise*, précités à la note 385, p. 154.
[473] Herr, précité à la note 371, p. 434.
[474] Herr, précité à la note 371, p. 434; Inclusion Europe, précité à la note 371, p. 6.
[475] Précité à la note 371, p. 434.
[476] Précité à la note 371, p. 440.
[477] *The Powers of Attorney Act, 2002*, S.S. 2002, chap. P-20.3, art. 8 [Saskatchewan *Powers of Attorney Act*].
[478] Law Reform Commission of Saskatchewan, *Consultation Paper on Enduring Powers of Attorney*, Saskatoon, janvier 2001, p. 28. En ligne à Law Reform Commission of Saskatchewan http://www.lawreformcommission.sk.ca/Papers.htm.
[479] *The Adult Guardianship and Co-decision-making Act,* précitée à la note 400, art. 30.
[480] *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, chap. 25, Annexe B, par. 12(1).
[481] Précitée à la note 480, par. 12(2).
[482] Social Security Advisory Board, « Disability Programs in the 21st Century: The Representative Payee Program », (2010) 2:1 *Social Security Advisory Board Issue Brief Series*, p. 5.
[483] Bach & Kerzner, *Fulfilling the Promise*, précités à la note 385, p. 37.
[484] Vela Canada, « Microboards ». En ligne à http://www.velacanada.org/vela-microboards.
[485] David et Faye Wetherow, « Microboards and Microboard Association Design, Development and Implementation » (révisé en août 2004). En ligne à http://www.communityworks.info/articles/microboard.htm.

[486] Vela Canada, précité à la note 484.
[487] Office of the Public Advocate, *Supported Decision-Making*, précité à la note 323, p. 24.
[488] Joffe et Montigny, précités à la note 301, p. 105.
[489] Par exemple, il arrive que les spécialistes des soins de santé soient peu conscients de la hiérarchie ou en confondent les niveaux, ne se rendent pas compte qu'ils n'ont pas le droit de choisir entre deux personnes se trouvant au même rang dans cette hiérarchie, connaissent mal les étapes à suivre lorsqu'il existe un doute quant à la capacité juridique de la personne qui se trouve en haut de la hiérarchie, évaluent mal les efforts à déployer pour vérifier si la personne qui se trouve en haut de la hiérarchie est disponible et volontaire, comprennent mal la portée ou l'effet d'une procuration, etc. Pour une analyse de ces questions, consulter Judith Wahl, Mary Jane Dykeman et Brendan Gray, *Health Care Consent and Advance Care Planning in Ontario,* Toronto, Commission du droit de l'Ontario, janvier 2014, p. 244 et suivantes.
[490] Bref historique du régime législatif de l'Ontario en la matière au chapitre II.
[491] Voir par exemple la LPDNA, précitée à la note 3, par. 7(3), 46(2).
[492] Précitée à la note 3.
[493] Précitée à la note 3, par. 7(2).
[494] Précitée à la note 3, art. 4.
[495] Précitée à la note 3, par. 8(1).
[496] Précitée à la note 3, par. 9(1).
[497] Précitée à la note 3, par. 8(2).
[498] Précitée à la note 3, art .5.
[499] Précitée à la note 3, par. 7(4).
[500] Précitée à la note 3, par. 7(5).
[501] Précitée à la note 3, par. 7(3).
[502] Précitée à la note 3, art. 11.
[503] Précitée à la note 3, art. 12.
[504] Précitée à la note 3, art. 7(7.1).
[505] MPG, *Procurations*, précité à la note 111.
[506] LPDNA, précitée à la note 3, par. 7(1).
[507] Précitée à la note 3, art. 10.
[508] Précitée à la note 3, par. 9(3).
[509] Précitée à la note 3, art. 45.
[510] Précitée à la note 3, par. 46(6), 46(7).
[511] Précitée à la note 3, art. 50.
[512] Précitée à la note 3, art. 43.
[513] Précitée à la note 3, art. 47.
[514] Précitée à la note 3, par. 46(8), 46(9).
[515] Précitée à la note 3, art. 48.
[516] Hiltz et Szigeti, précités à la note 118, p. 39.
[517] LPDNA, précitée à la note 3, art. 45, 49.
[518] Précitée à la note 3, art. 49.
[519] Précitée à la note 3, art. 44.
[520] Précitée à la note 3, par. 46(2).
[521] Précitée à la note 3, par. 46(3).
[522] Précitée à la note 3, par. 46(4).
[523] Précitée à la note 3, art. 46(5).
[524] Précitée à la note 3, art. 52.
[525] Précitée à la note 3, art. 53.
[526] Alberta Law Reform Institute, *Enduring Powers of Attorney: Safeguards against Abuse, Final Report No. 88*, Edmonton (Alberta), février 2003, p. 6 et 7.
[527] Pour approfondir cette question, voir Jan Goddard, « Powers of Attorney – Safekeeping & Other Practical Considerations », *The Six-Minute Estates Lawyer 2013.*

[528] *Loi sur les procurations perpétuelles*, précitée à la note 355, al. 3(1)*b)*, p. 4.
[529] Western Canada Law Reform Agencies, *Enduring Powers of Attorney: Areas for Reform, Final Report* (2008) [WCLRA], 20, 25; Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report, Enduring Powers of Attorney in Nova Scotia,* Halifax, 1999, p. 18.
[530] Saskatchewan *Powers of Attorney Act*, note 477, s. 12(1).
[531] Alberta Law Reform Institute, note 526, 7-9.
[532] Présentation du Caxton Legal Centre Inc., cité dans Queensland Law Reform Commission, *A Review of Queensland's Guardianship Laws: Report Volume 3,* Brisbane, septembre 2010, 164 [Queensland Law Reform Commission, volume 3].
[533] En ligne à http://greyflagcampaign.com/poa-qa.html.
[534] Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Powers of Attorney*, Toronto, ministère de la Justice, 1972, p. 26.
[535] *Loi sur les procurations,* CPLM, chap. P97, art. 12.
[536] *Loi sur les procurations*, LNun 2005, chap. 9, par. 14(1) [*Loi sur les procurations* Nunavut].
[537] *Loi sur les procurations,* LTN-O 2001, chap. 15, art. 15 [*Loi sur les procurations*, LTN-O].
[538] Nidus Personal Planning Resource Centre and Registry. En ligne à http://www.nidus.ca/?page_id=238.
[539] *Mental Capacity Act 2005*, précitée à la note 126, art. 9. Pour plus de renseignements sur le registre, voir Office of the Public Guardian, https://www.gov.uk/government/publications/register-a-lasting-power-of-attorney (mis à jour le 1er octobre 2013).
[540] VLRC, précitée à la note 107, chap. 16.
[541] Ontario, Assemblée législative, *Official Report of Debates (Hansard)*, 39ième Parlement, 2ième session, no 16 (15 avril 2010), p. 1530 (David Zimmer). En ligne à http://hansardindex.ontla.on.ca/hansardeissue/39-2/l016.htm.
[542] Précité à la note 541 (Khalil Ramal).
[543] Alberta Law Reform Institute, précité à la 526, p. 21.
[544] *Loi sur les procurations,* précitée à la note 535, art. 22.
[545] Saskatchewan *Powers of Attorney Act*, précitée à la note 477, art. 17.
[546] *Loi sur les procurations,* LTN-O 2001, chap. 15, art., précitée à la note 537, art. 23; *Loi sur les procurations,* Ninavut, précitée à la note 536, par. 25(1).
[547] Alberta Law Reform Institute, précité à la note 526, p. 10-16.
[548] Précité à la note 526, p. 21-22.
[549] WCLRA, précité à la note 529, p. 55-64.
[550] New Zealand Law Commission, *Misuse of Enduring Powers of Attorney, Report No. 17* (Wellington, Nouvelle-Zélande : Avril 2001), p. 15.
[551] Queensland Law Reform Commission, volume 3, précitée à la note 532, p. 191.
[552] *Representation Agreement Act*, précitée à la note 158, par. 12(1), (4).
[553] Précitée à la note 158, par. 12(6), (8).
[554] Précitée à la note 158, par. 20(1).
[555] Précitée à la note 158, par. 20(2)-(3).
[556] Précitée à la note 158, par. 20(4).
[557] Précitée à la note 158, par. 20(5).
[558] VLRC, précitée à la note 107, p. 203.
[559] Queensland Law Reform Commission, volume 3, précitée à la note 532, p. 218-219.
[560] LCSS, précitée à la note 4, par. 33, 51, 66.
[561] Rapport Fram, précité à la note 10, p. 104.
[562] LPDNA, précitée à la note 3, par. 18(1)-(2).
[563] Précitée à la note 3, par. 24, 57.
[564] Précitée à la note 3, art. 59.
[565] Précitée à la note 3, art. 70.
[566] Précitée à la note 3, art. 69.
[567] Les requêtes de règlement sommaire doivent être accompagnées de deux déclarations contenant une opinion selon laquelle l'adulte est incapable. Au moins une de ces deux déclarations doit préciser que les décisions doivent

être prises au nom de l'adulte et au moins une doit avoir été faite par un appréciateur de la capacité. Voir la LPDNA, précitée à la note 3, par. 72, 77-78.

[568] Précitée à la note 3, art. 69.

[569] « Le rôle du Bureau du tuteur et curateur public », document préparé pour le programme de défense des droits des clients âgés du Barreau du Haut-Canada, 24 septembre 2003; BTCP, *Le rôle*.

[570] LDPNA, précitée à la note 3, par. 72-77.

[571] Consultation de Brendon Pooran.

[572] Consultation de Saara Chetner et de Risa Stone (conseillère juridique pour le Bureau du Tuteur et curateur public).

[573] Barreau du Haut-Canada, «How to Have a Guardian of Property Appointed through Court Application », en ligne à http://www.lsuc.on.ca/For-Lawyers/Manage-Your-Practice/Practice-Area/Trusts-and-Estates-Law/How-to-Have-a-Guardian-of-Property-Appointed-through-Court-Application/ (dernier accès : 25 septembre 2013).

[574] Consultation de Brendon Pooran.

[575] LDPNA, précitée à la note 3, par. 77(3).

[576] Précitée à la note 3, par. 25(1), 58(1).

[577] Précité à la note 3, par. 24, 57.

[578] Voir par exemple, *Covello v. Sturino* [2007] O.J. n^{o} 2306 158; *Deschamps*, précité à la note 286.

[579] *Koch (Re)*, précitée à la note 256.

[580] Un « contrat d'Ulysse » permet à une personne de créer une procuration relative au soin de la personne pour renoncer à ses droits de contester une constatation d'incapacité ou permettre le recours à la force pour faciliter le traitement. Il va sans dire que les exigences applicables à la création d'un tel document sont strictes : se reporter à la LPDNA, précitée à la note 3, art. 50; LCSS, précitée à la note 4, par. 32(2).

[581] Assemblée législative de l'Ontario, Comptes rendus : Comité permanent de l'administration de la justice – *Projet de loi de 1992 sur l'intervention et les projets de loi qui l'accompagnent* (5 octobre 1992)

[582] Bach & Kerzner, *Fulfilling the Promise*, précités à la note 385, p. 17-18.

[583] LPDNA, précitée à la note 3, par. 27, 62.

[584] Précitée à la note 3, par. 27, 62.

[585] Précitée à la note 3, art. 20.

[586] Précitée à la note 3, art. 20.

[587] Précitée à la note 3, art. 20.1.

[588] Précitée à la note 3, art. 20.

[589] Précitée à la note 3, art. 20.3.

[590] Précitée à la note 3, par. 28-29, 63-64.

[591] Bach et Kerzner, *A New Paradigm*, précités à la note 109, p. 8.

[592] Kohn, Blumenthal et Campbell, précités à la note 317, p. 1117-1118.

[593] Doug Surtees, « How Goes the Battle? An Exploration of Guardianship Reform » (2012) 50:1 *Alta. L. R.,* p. 115-127.

[594] Chiffres fournis par le Bureau du tuteur et curateur public, d'après le registre des tuteurs que tient à jour le tuteur et curateur public, conformément au Règlement 99/96 pris aux termes de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*.

[595] Bach et Kerzner, *Fulfilling the Promise*, précités à la note 385, p. 90.

[596] Joffe et Montigny, précités à la note 301, p. 61.

[597] Précités à la note 301, p. 61.

[598] AGTA, précitée à la note 153, par. 54(5).

[599] VLRC, précitée à la note 107, p. 192.

[600] Précitée à la note 107, p. 264.

[601] Projet de loi 2013, précité à la note 463, art. 27.

[602] *Guardianship and Administration Act 1986* (Victoria), par. 61(1), 63(1).

[603] VLRC, précité à la note 107, p. 243.

[604] AGTA, précitée à la note 153, par. 33(8), 54(7).

[605] Joffe et Montigny, précités à la note 301, p. 98.

[606] Précités à la note 301, p. 98-99.
[607] Queensland Law Reform Commission, volume 3, précitée à la note 532, p. 97, 108.
[608] Précitée à la note 532, p. 109-110.
[609] Consultation de Doug Surtees.
[610] Alberta Human Services, « Trusteeship Order », Edmonton (Alberta), créé le 4 avril 2013. En ligne à http://humanservices.alberta.ca/guardianship-trusteeship/agta-trusteeship-order.html.
[611] Consultation du curateur public de l'Alberta.
[612] LPDNA, précitée à la note 3, par. 22(3), 55(2).
[613] AGTA, précitée à la note 153. Le paragraphe 46(5) pour les curatelles. Le paragraphe 26(5) établit une disposition parallèle pour les tuteurs.
[614] Règlement de l'Alberta 219/2009, par. 4(2).
[615] Précité à la note 614, par. 4(5).
[616] Bach et Kerzner, *Fulfilling the Promise*, précités à la note 385, p. 88.
[617] Précités à la note 385, p. 151-153.
[618] Cameron Crawford, *When Bad Things Happen, Manitoba Women with Intellectual Disabilities*, Winnipeg, Community Living – Manitoba, 2007, p. 45.
[619] BC Adult Abuse/Neglect Prevention Collaborative, *Vulnerable Adults and Capability Issues in BC, Provincial Strategy Document*, janvier 2009, p. 24. En ligne à http://www.bcli.org/sites/default/files/Vanguard_(16May09).pdf [projet Vanguard].
[620] Précité à la note 619, p. 23.
[621] Initiative nationale pour le soin des personnes âgées, *Defining and Measuring Elder Abuse and Neglect: Synthesis of Preparatory Work Required to Measure the Prevalence of Abuse and Neglect of Older Adults in Canada*, Toronto, 2012. En ligne à file:///C:/Users/Maria/Downloads/mcdonald_defining-measuring%20elder%20abuse_synthesis_final.pdf.
[622] Projet Vanguard, précité à la note 619, p. 23.
[623] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 48.
[624] Podnieks, précité à la note 79.
[625] Charmaine Spencer, *Diminishing Returns: An Examination of Financial Abuse of Older Adults in British Columbia*, Gerontology Research Centre, Université Simon Fraser, 1998, p. 26.
[626] John B. Bond et coll., « The Financial Abuse of Mentally Incompetent Older Adults: A Canadian Study », *Journal of Elder Abuse and Neglect*, p. 23, 33.
[627] John B. Bond et coll., précité à la note 626, p. 27, 32.
[628] Statistique Canada, *Victimisation criminelle et santé : un profil de la victimisation chez les personnes ayant une limitation d'activité ou un autre problème de santé*, Samuel Perreault, Centre canadien de la statistique juridique, Ottawa, 2009, p. 8-9. En ligne à http://www.statcan.gc.ca/pub/85f0033m/85f0033m2009021-fra.htm [Perreault].
[629] Crawford, précité à la note 618, p. 59.
[630] Crawford, précité à la note 618, p. 58.
[631] Voir CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées*, précité à la note 1, chap. VI, et CDO, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*, précité à la note 2, chap. V.
[632] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 57.
[633] Alzheimer's Society (U.K.), *Short changed: Protecting people with dementia from financial abuse*, décembre 2011, p. 46.
[634] Alzheimer's Society (U.K.), précité à la note 633, p. 20, 46.
[635] LPRPDE, précitée à la note 57.
[636] LPRPDE, précitée à la note 57, art. 3.
[637] LPRPDE, précitée à la note 57, annexe 1, principe 4.3.

[638] LPRPDE, précitée à la note 57, al. 7(3)*d*).
[639] LPDNA, précitée à la note 3, al. 83(1)*f*).
[640] Projet de loi C-12, *Loi modifiant la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, ministère de l'Industrie, 29 septembre 2011.
[641] Interview de Doug Melville, OSBI, 21 décembre 2013.
[642] Linda Routledge, « Protecting Bank Clients from Financial Abuse », Forum on the Financial Abuse of Seniors, 26 mars 2013. En ligne à http://www.ifa-fiv.org/wp-content/uploads/2013/03/Routledge-Protecting-Bank-Clients-from-Financial-Abuse-March-26-2013.pdf.
[643] Par exemple, l'Association des banquiers canadiens a lancé un programme de littératie financière pour les aînés qui insiste particulièrement sur l'exploitation financière, voir http://www.cba.ca/fr/media-room/65-news-releases/688-canadian-bankers-association-to-launch-financial-literacy-program-for-seniors.
[644] Voir, par exemple, *Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 215, 264, 323, 328-332, 334, 336, 346, 366, 380, 423.
[645] *Code criminel*, précité à la note 644, art. 718.2.
[646] Margaret Hall, *Developing an Anti-Ageist Approach within Law*, Commission du droit de l'Ontario, juillet 2009, p. 37. En ligne à http://wwww.ontla.on.ca/library/repository/mon/24009/304765.pdf.
[647] Selena Lai, *Final Report: Community Mobilization Empowering Seniors Against Victimization to the National Crime Prevention Centre of Canada Public Safety Canada*, United Seniors of Ontario, mars 2008, p. 11. Voir aussi Donald Poirier et Norma Poirier, *Pourquoi est-il si difficile de lutter contre la violence envers les aînés et en particulier contre l'exploitation économique dont ils sont victimes?*, Commission du droit du Canada, juillet 1999, section 5.3.3. En ligne à http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/law_commission_of_canada-ef/2006-12-06/www.lcc.gc.ca/research_project/99_elder_2-fr.asp#p14 .
[648] Par exemple, dans *R.* c. *Khelawon*, le directeur d'une maison de retraite a été accusé d'agression contre cinq résidents. Toutefois, quand l'affaire est arrivée devant les tribunaux, quatre des victimes étaient décédés et la cinquième n'était plus apte à témoigner. La Cour suprême du Canada a statué que les déclarations enregistrées sur bandes vidéo par les victimes après les agressions n'étaient pas admissibles pour manque de fiabilité. Par conséquent, l'accusé a été acquitté. L'initiative *Justice juste-à-temps* de l'Ontario, qui vise à réduire les lenteurs de la justice, a quelque peu amélioré les délais et l'efficacité. Les mesures prises comprennent ce qui suit : rationalisation du processus de divulgation, communication plus rapide de l'information afin d'accélérer la prise de décision, plus grande disponibilité des tribunaux de plaidoyer, aide juridique sur place, etc. Pour plus de détails sur *Justice juste-à-temps*, voir http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/jot/.
[649] Par exemple, le ministère de la Procureure générale a créé un Fonds d'aide aux victimes vulnérables et à leurs familles afin de dispenser un soutien financier et judiciaire aux victimes d'actes criminels et aux familles des victimes d'homicide. Cette aide comprend les soutiens nécessaires aux victimes handicapées, comme l'interprétation gestuelle ou le sous-titrage en temps réel, afin de leur assurer une participation égale au système de justice pénale.
[650] Perreault, précité à la note 628, p. 11.
[651] DAWN – RAFH Canada, *Response to the Law as it Affects Older Adults Consultation Paper*, Toronto, Commission du droit de l'Ontario, 7 juillet 2008, p. 1.
[652] Perreault, précité à la note 628, p. 10.
[653] Pour plus de renseignements sur la Stratégie ontarienne de prévention des mauvais traitements à l'égard des personnes âgées, consulter les sites Web du Secrétariat aux affaires des personnes âgées de l'Ontario à http://www.seniors.gov.on.ca/fr/elderabuse/strategy.php et du Réseau ontarien pour la

prévention des mauvais traitements envers les personnes âgées à http://onpea.org/french/contactus/stategytocombatelderabuse.html.

[654] *Loi de 2007 sur les foyers de soins de longue durée,* L.O. 2007, chap. 8, par. 24(1).

[655] Précitée à la note 654, par. 24(5).

[656] Précitée à la note 654, par. 24 (3), (4).

[657] Précitée à la note 654, art. 25, 26.

[658] *Code des professions de la santé,* annexe 2, *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, L.O. 1991, chap. 18, art. 85.1 et suivants.

[659] LSSFISPDI, précitée à la note 60; Règlement de l'Ontario 299/10, art. 8.

[660] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32(1), art. 38.

[661] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32(1.1), art. 38.

[662] LPDNA, précitée à la note 3, art. 40.

[663] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32(7) et (8), art. 38.

[664] LPDNA, précitée à la note 3, art. 33, 38.

[665] LPDNA, précitée à la note 3, art. 37, 38.

[666] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32(6), art. 38; Règlement de l'Ontario 100/96, *Comptes et dossiers des procureurs et des tuteurs*.

[667] LPDNA, précitée à la note 3, par. 32(2)-(5).

[668] LPDNA, précitée à la note 3, art. 20.1.

[669] LPDNA, précitée à la note 3, par. 66(2)-(3).

[670] LPDNA, précitée à la note 3, par. 66(9)-(10).

[671] LPDNA, précitée à la note 3, par. 66(2).

[672] LPDNA, précitée à la note 3, par. 66(5).

[673] LPDNA, précitée à la note 3, par. 66(6).

[674] LPDNA, précitée à la note 3, par. 66(8).

[675] LPDNA, précitée à la note 3, par. 66(7).

[676] LPDNA, précitée à la note 3, par. 66(4.1); Règlement de l'Ontario 100/96, *Comptes et dossiers des procureurs et des tuteurs*.

[677] LPDNA, précitée à la note 3, art. 51.

[678] LPDNA, précitée à la note 3, art. 82, 83.

[679] LPDNA, précitée à la note 3, art. 39, 68.

[680] LPDNA, précitée à la note 3, art. 42.

[681] LPDNA, précitée à la note 3, art. 69.

[682] BTCP, Le rôle, précité à la note 569.

[683] Règlement de l'Ontario 100/96, *Comptes et dossiers des procureurs et des tuteurs*, par. 5(2) et (4).

[684] Règlement de l'Ontario 99/96, *Registre*.

[685] Pour un examen approfondi des préoccupations liées aux abus commis par les tuteurs et des possibilités de réforme, voir Joffe et Montigny, précité à la note 301.

[686] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 63.

[687] LCSS, précitée à la note 4, art. 37, 54 et 69.

[688] VLRC, précitée à la note 107, p. 413.

[689] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 100-101.

[690] VLRC, précitée à la note 107, p. 414.

[691] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 63.

[692] VLRC, précitée à la note 107, p. 414.

[693] VLRC, précitée à la note 107, p. 423.

[694] *Mental Capacity Act 2005*, précité à la note 126, art. 49, 58 et 61.

[695] COP, précité à la note 167, p. 248.
[696] Bill 2013, précité à la note 463, art. 56 et 59.
[697] *Guardianship and Administration Act 2000* (QLD), art. 222-224.
[698] Précité à la note 697, art. 224.
[699] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 103-104.
[700] *Guardianship and Administration Act 2000* (QLD), art. 179.
[701] VLRC, précitée à la note 107, p. 424.
[702] LPDNA, précitée à la note 3, art. 83.
[703] LPDNA, précitée à la note 3, par. 62(1).
[704] LPDNA, précitée à la note 3, par. 27(1).
[705] *Zisko* v. *Miksche* [2007] O.J. n° 4276 (ONSC), paragraphe 238.
[706] Philippa Geddie, « Guardianship Investigations by the Public Guardian and Trustee: What They Are and What They Aren't », Association du Barreau de l'Ontario, janvier 2013, p. 1.
[707] Chiffres fournis par le Bureau du tuteur et curateur public sur la base du Registre des tuteurs tenu par le TCP aux termes du Règlement de l'Ontario 99/96 établi en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*.
[708] Advocacy Centre for the Elderly, précité à la note 83, p. 26.
[709] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 67.
[710] *Mental Capacity Act 2005*, précité à la note 126, par. 58 (1).
[711] COP, précité à la note 167, p. 250-251.
[712] *Guardianship and Administration Act 2000* (QLD), par. 224(3).
[713] Précité à la note 700, art. 227.
[714] Précité à la note 700, art. 180.
[715] Précité à la note 700, par. 183(1).
[716] Précité à la note 700, art. 193.
[717] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 104-105.
[718] Dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, paragraphes 146-147, le juge La Forest note que l'obligation fiduciaire comporte certains aspects communs découlant de relations caractérisées par le pouvoir discrétionnaire et la confiance, comme la loyauté et « l'obligation d'éviter les conflits de devoirs ou d'intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire ». Dans *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 RCS 623, 2013 CSC 14, la Cour suprême du Canada réaffirme, au paragraphe 47, que « le fiduciaire est tenu d'agir dans le meilleur intérêt de la personne pour le compte de laquelle il agit, d'éviter tout conflit d'intérêts et de rendre compte de façon rigoureuse des biens qu'il détient ou administre pour le compte de cette personne ».
[719] *Powers of Attorney Act 1998* (Qld), art. 73.
[720] *Guardianship and Administration Act 2000* (Qld), art. 152.
[721] *Powers of Attorney Act 1998* (Qld), art. 118.
[722] Alberta Law Reform Institute, précité à la note 526, p. 37-38.
[723] Queensland Law Reform Commission, volume 3, précité à la note 532, p. 240-241.
[724] Queensland Law Reform Commission, volume 3, précité à la note 532, p. 245.
[725] VLRC, précitée à la note 107, p. 187.
[726] VLRC, précitée à la note 107, p. xlviii.
[727] *The Public Guardian and Trustee Act*, S.S. 1983, ch. P-36.3, art. 40.5 – 40.9.
[728] Alberta Law Reform Institute, précité à la note 526, p. 23.
[729] VLRC, précitée à la note 107, 485.

[730] Cette question a été examinée en détail, par exemple dans *À l'écoute de l'Ontario, Rapport du Projet sur les besoins juridiques civils de l'Ontario*, Comité directeur du Projet sur les besoins juridiques civils de l'Ontario, mai 2010. En ligne à http://www.lsuc.on.ca/fr/media/may3110_pblo_oclnreport_french_final.pdf.
[731] Projet de loi 14, *Loi de 2006 sur l'accès à la justice,* L.O. 2006, chap. 21.
[732] Description de ce service sur le site Web du Barreau du Haut-Canada à http://www.lsuc.on.ca/faq.aspx?id=2147486372.
[733] Description de l'organisme et des services proposés sur le site Web de Pro Bono Law Ontario à http://www.pblo.org.
[734] Voir le site Web de JusticeNet à http://www.justicenet.ca/directory/search/.
[735] Enquête Weisstub, précité à la note 9.
[736] *Rapport Fram*, précité à la note 10.
[737] Enquête Weisstub, précitée à la note 9, p. 244.
[738] Précité à la note 9, p. 240.
[739] *Rapport Fram*, précité à la note 10, p. 74.
[740] Mémoire de l'ABO, précité à la note 110, p. 18.
[741] *Abrams v. Abrams*, [2010] O.J. n° 787, 2010 ONSC 1254, paragraphe 28.
[742] Précité à la note 741, paragraphe 34.
[743] Précité à la note 741, paragraphe 35.
[744] Dale Brazao, « Sister battles caregiver for care of intellectually challenged brother », *Toronto Star*, 20 novembre 2012; Dale Brazao, « Guardianship battle for intellectually challenged man settled », *Toronto Star*, 17 octobre 2013.
[745] CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées*, précité à la note 1, chapitre II C; CDO, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées,* précité à la note 2, chapitre II C.
[746] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 108.
[747] Adapté à partir de l'étape 6 des deux *cadres.*
[748] CDO, *Cadre de droit touchant les personnes âgées*, précité à la note 1. Le ch. VI expose et analyse en détail les dispositions de la LSSDSC, y compris les exigences en matière de plaintes et de mise en œuvre, compte tenu du *cadre.*
[749] Voir le site Web de l'Ombudsman des Services Bancaires et d'Investissement à www.obsi.ca.
[750]Advocacy Centre for the Elderly*,* précité à la note 83, p. 24.
[751] Précité à la note 83, p. 24.
[752] LCSS, précitée à la note 4, arts. 70.
[753] Commission du consentement et de la capacité, « Mandat et énoncé de mission », 28 février 2012. En ligne à CCC <http://www.ccboard.on.ca>.
[754] LCSS, précitée à la note 4, art. 32.
[755] Précitée à la note 4, art. 50, 65.
[756] LPDNA, précitée à la note 3, art. 20.1.
[757] LCSS, précitée à la note 4, art. 33, 51, 66.
[758] LCSS, précitée à la note 4, art. 35, 53,68.
[759] LCSS, précitée à la note 4, art. 37, 54, 69.
[760] LCSS, précitée à la note 4, art. 35, 52, 67.
[761] LCSS, précitée à la note 4, art. 34, 53.1, 54.2. Les dispositions relatives aux unités de sécurité ne sont pas encore en vigueur.
[762] Pour l'exercice 2011-2012, plus de 80 p. cent des requêtes entraient dans ces catégories : Commission du consentement et de la capacité, *Rapport annuel 2011 – 2012,* p. 5.
[763] Nyranne Martin, « The Ethical and Practical Advocate: Considerations for Hospital Counsel in the Mental Health Context », Sommet national sur la santé de l'Association du Barreau Canadien, Montréal, mai 2011, p. 5.
[764] LCSS, précitée à la note 4, art. 80.
[765] *Cuthbertson* c. *Rasouli*, [2013] 3 R.C.S. 341, 2013 CSC 53 [*Cuthbertson*], paragraphes 97-103.
[766] Voir par exemple Richard O'Reilly, « Un système adversatif convient-il aux examens d'internement et de capacité? » dans Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, *La santé*

mentale et les droits des patients en Ontario : Hier, aujourd'hui et demain, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2003, p. 42; Gray J.E., O'Reilly R.L. et Clements G.W. « Protecting the Rights of People with Mental Illness: Can we Achieve Both Good Legal Process and Good Clinical Outcomes? », (2002) 23:2 *Health Law in Canada* 25, p. 30-31.

[767] O'Reilly, précité à la note 766, p. 43-44.

[768] Gray, O'Reilly et Clements, précité à la note 766, p. 30-13. Voir également Lois Hutchinson, « À la recherche d'un équilibre : traitements de santé mentale et droits des patients du point de vue d'un psychiatre » dans Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, *La santé mentale et les droits des patients en Ontario : Hier, aujourd'hui et demain*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2003, p. 41.

[769] Voir Gray, O'Reilly et Clements, précité à la note 766, p. 30.

[770] Voir Hutchinson, précité à la note 768, p. 41.

[771] Voir par exemple John J. Ensminger et Thomas D. Liguori, « The Therapeutic Significance of the Civil Commitment Hearing: An Unexplored Potential » (1978) 6 *J. Psychiatry & L.* 5, p. 6.

[772] Précité à la note 771, p. 17, 20.

[773] Bruce J. Winick, « Therapeutic Jurisprudence and the Civil Commitment Hearing », (1999) 10 *J. Contemp. Legal Issues* 37, p. 44.

[774] Précité à la note 773, p. 46-47.

[775] Lorra Patton, « 'These Regulations Aren't Just Here to Annoy You:' The Myth of Statutory Safeguards, Patient Rights and *Charter* Values in Ontario's Mental Health System », (2008) 25 *Windsor Rev Legal & Soc Issues* 9.

[776] Juge Edward F. Ormston, « Le rôle et la fonction de la Commission du consentement et de la capacité dans le système de santé mentale – Problèmes et tendances » dans Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, *Rendre hommage au passé, bâtir l'avenir : 25 ans de progrès dans la défense et la protection des droits en matière de santé mentale*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2008, p. 120.

[777] Aaron A. Dhir, « Relationships of Force: Reflections on Law, Psychiatry and Human Rights », (2008) 25 *Windsor Review of Legal and Social Issues* 103, p. 110.

[778] Jennifer Chambers, « La prise en charge de soi et le rétablissement — Est-ce relié? », dans Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, *Rendre hommage au passé, bâtir l'avenir : 25 ans de progrès dans la défense et la protection des droits en matière de santé mentale*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2008, p. 82.

[779] Précité à la note 779, p. 107

[780] Voir Ruby Dhand, « Access to Justice for Ethno-Racial Psychiatric Consumer/Survivors in Ontario », (2011) 29:1 *Windsor Y.B. Access Just.* 127, p. 139. Il faut souligner que Statistique Canada a conclu que l'Ontario avait le pourcentage le plus élevé d'immigrants chez les personnes âgées. Voir Turcotte et Schellenberg, précité à la note 73, p. 23.

[781] Ormston, précité à la note 776, p. 224.

[782] Canadian Centre for Elder Law, *Elder and Guardianship Mediation Report*, Vancouver, C.-B., 2011, p. 32.

[783] Lorne Sossin, « Human Rights, Access to Justice & Innovation », 25 janvier 2013. En ligne à http://www.bcli.org/sites/default/files/EGM_Report_Jan_30_2012_0.pdf .

[784] Voir un examen de la mise en application de l'arbitrage actif par le TDPO dans Andrew Pinto, *Rapport d'examen 2012 du système des droits de la personne de l'Ontario*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2012.

[785] Voir JA Jolowic « Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure » (2003) 52:2 *ICLQ* 281; Bruce P Archibald, « Progress in Models of Justice: From Adjudication/Arbitration through Mediation to Restorative Conferencing (and Back) » sous la dir. de Ronalda Murphy et Patrick A Molinari, dans *Doing Justice: Dispute Resolution in the Courts and Beyond*, Institut canadien d'administration de la justice, 2009, p. 129; Michael King et al., *Non-Adversarial Justice*, Leichhardt, The Federation Press, 2009, p. 1.

[786] LPDNA, précitée à la note 3, art. 39, 68.

[787] Précitée à la note 3, par. 39(4), 68(4).

[788] Précitée à la note 3, par. 42(7) et (8).

[789] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 58-59.

[790] Précité à la note 301, p. 62-63.

[791] Précité à la note 301, p. 67.

[792] Voir Toronto Mental Health Court, « Overview of the Court », 2008. En ligne à www.mentalhealthcourt.ca; Justice Richard D. Schneider, « Tribunaux spécialisés dans les problèmes de santé mentale » dans Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, *Rendre hommage au passé, bâtir l'avenir : 25 ans de progrès dans la défense et la protection des droits en matière de santé mentale*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2008, p. 104-106.
[793] Judiciary of England and Wales, *Court of Protection Report 2010*, p. 6.
[794] Précité à la note 793, p. 6.
[795] *Loi de 2005 sur la capacité mentale*, précitée à la note 126, art. 51.
[796] Précitée à la note 126, art. 42.
[797] Précité à la note 126, art. 49.
[798] Précité à la note 126, art. 49.
[799] Précité à la note 126, par. 51(2).
[800] Joffe et Montigny, précité à la note 301.
[801] James et Watts, précité à la note 319, p. 81.
[802] Bach et Kerzner, *A New Paradigm*, précité à la note 109, p. 120-123; Bach et Kerzner, *Fulfilling the Promise*, précité à la note 385, p. 166.
[803] Terry Carney et David Tait, *The Adult Guardianship Experiment: Tribunals and Popular Justice*, Sydney, The Federation Press, 1997, p. 86.
[804] Précité à la note 803, p. 112.
[805] Précité à la note 803, p. 136.
[806] Précité à la note 803, p. 197.
[807] Victorian Civil and Administrative Tribunal, *VCAT Annual Report 2012-2013,* p. 2. En ligne à http://www.vcat.vic.gov.au/system/files/2012-13_complete_annual_report.pdf [VCAT, Annual Report].
[808] *Victorian Civil and Administrative Tribunal Act 1998,* Act n^{o} 53/1998, art. 8-14.
[809] Précitée à la note 807, p. 5.
[810] Précitée à la note 807, p. 42-43. Des 10 942 requêtes présentées au VCAT en 2012-2013, 7 288 (66,6 p. cent) étaient des réévaluations.
[811] VLRC, précité à la note 107, p. 468.
[812] VLRC, précité à la note 107, p. 468.
[813] VLRC, précité à la note 107, p. 493.
[814] VCAT, *Annual Report 2012 – 2013*, précité à la note 807, p. 42.
[815] Précité à la note 807, p. 42-43.
[816] VLRC, précité à la note 107, p. 469.
[817] Précité à la note 107, p. 485-486.
[818] *Vous n'êtes pas seul*, précité à la note 14, p. 62.
[819] Voir, par exemple, Barry Gray et Robin Jackson, « Introduction: Advocacy and Learning Disability », dans *Advocacy and Learning Disability,* sous la dir. de Barry Gray et Robin Jackson, Philadelphie, Jessica Kingsley Publishers, 2002, p. 7, 9. Voir aussi « Enabling Living Independently Today and Everyday, *Advocacy Definition* », p. 4-5. En ligne à http://www.elitestaffordshire.co.uk/uploads/file/Advocacy%20Definition.pdf.
[820] Hansard, précité à la note 14, p. 4255-4256. Voir également *Vous n'êtes pas seuls*, précité à la note 14, p. 162.
[821] Rapport Fram, précité à la note 10, p. 75-80.
[822] *Vous n'êtes pas seul*, précité à la note 14, p. 30-33.
[823] Précité à la note 14, p. 117.
[824] *Loi de 1992 sur l'intervention*, précitée à la note 17, art. 1; abrogée par la LCCS, précitée à la note 4, art. 1.
[825] *Loi de 1992 sur l'intervention*, précitée à la note 17, art. 2-3; abrogée par la LCCS, précitée à la note 4, art. 1.
[826] *Loi de 1992 sur l'intervention*, précitée à la note 17, art. 3; abrogée par la LCCS, précitée à la note 4, art. 1.
[827] *Loi de 1992 sur l'intervention*, précitée à la note 17, art. 7; abrogée par la LCCS, précitée à la note 4, art. 1.
[828] *Loi de 1992 sur l'intervention*, précitée à la note 17, par. 19(1); abrogée par la LCCS, précitée à la note 4, art. 1.
[829] *Loi de 1992 sur l'intervention*, précitée à la note 17, art. 17; abrogée par la LCCS, précitée à la note 4, art. 1.
[830] *Loi de 1992 sur l'intervention*, précitée à la note 17, par. 19(2); abrogée par la LCCS, précitée à la note 4, art. 1.
[831] Lightman et Aviram, précité à la note 18, p. 33.

[832] *LSM*, précité à la note 6; R.R.O. 1990, Règlement 741, art. 14- 14.1.
[833] BIPEP, *Conseils en matière de droits*, précité à la note 206.
[834] Linda Carey, « Conseils en matière de droits » dans Bureau de l'intervenant en faveur des patients des établissements psychiatriques, *La santé mentale et les droits des patients en Ontario : Hier, aujourd'hui et demain*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2003, p. 9-11.
[835] BIPEP, *Rapport annuel*, précité à la note 204, p. 9.
[836] Précité à la note 204, p. 11.
[837] Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, « About the PPAO ». En ligne à http://www.sse.gov.on.ca/mohltc/ppao/en/Pages/AboutthePPAO.aspx.
[838] LSM, précitée à la note 6, art. 59.
[839] LSM, précitée à la note 6; R.R.O. 1990, Règlement 741, par. 16(1).
[840] LSM, précitée à la note 6, art. 1.
[841] LSM, précitée à la note 6; R.R.O. 1990, Règlement 741, art. 14.2.
[842] Lisa Romani, Judith A. Wahl, Jane Meadus (Advocacy Centre for the Elderly), *Submission to the Law Commission of Ontario Concerning: The Law as it Affects Older Adults*, 23 juillet 2008, p. 14-15.
[843] Joffe et Montigny, précité à la note 301, p. 93-94.
[844] Précité à la note 301, p. 95.
[845] Précité à la note 301, p. 94.
[846] Un bref examen de l'intervention systémique faite par le BIPEP se trouve dans David Simpson, « L'intervention systémique, catalyseur de changement » dans Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, *Rendre hommage au passé, bâtir l'avenir, 25 ans de progrès dans la défense et la protection des droits en matière de santé mentale*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2008, p. 43-45.
[847] *Loi de 1998 sur les services d'aide juridique,* L.O. 1998, chap. 26, art. 13.
[848] Aide juridique Ontario, *Stratégie en matière de santé mentale d'Aide juridique Ontario – Document de consultation*, novembre 2013.
[849] *Cuthbertson*, précité à la note 765.
[850] *Zheng v. Zheng*, [2012] O.J. n° 2957, 2012 ONSC 3045 (Cour div.).
[851] *Guardianship and Administration Act 1986* (Victoria), art. 15.
[852] *Guardianship and Administration Act 1986* (Victoria), art. 16.
[853] VLRC, précité à la note 107, p. 447.
[854] À des fins de contexte, la population de l'État du Victoria en 2013 était de 5,7 millions alors que celle de l'Ontario était de 13,5 millions.
[855] OPA, *Annual Report*, précité à la note 455, p. 10.
[856] Précité à la note 455, p. 19.
[857] VLRC, précité à la note 107, p. 452.
[858] Précité à la note 107, p. 461.
[859] Agnes Samler, « L'intervenant provincial de l'Ontario : défenseur indépendant des enfants et des jeunes » dans Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques, *Rendre hommage au passé, bâtir l'avenir, 25 ans de progrès dans la défense et la protection des droits en matière de santé mentale*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2008, p. 46-48.
[860] *Loi de 2007 sur l'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes*, L.O. 2007, chap. 9, art. 3, 6.
[861] Précitée à la note 860, art. 15.
[862] Bureau de l'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes, « À propos du bureau ». En ligne à http://www.provincialadvocate.on.ca/main/fr/about/aboutus.cfm.
[863] *Loi de 2007 sur l'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes*, précitée à la note 860, art. 16.
[864] Intervenant provincial en faveur des enfants et de la jeunesse, 2011-2012 Rapport pour l'Assemblée Législative, p. 9.
[865] *Loi de 2007 sur l'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes*, précitée à la note 860, art. 18.
[866] Précitée à la note 860, art. 19 et 20.
[867] Précité à la note 860, par. 2(3).
[868] COP, précité à la note 167, p. 178.

[869] *Mental Capacity Act 2005*, précitée à la note 126, art. 39.
[870] *The Mental Capacity Act 2005*, *(Independent Mental Capacity Advocates) (Expansion of Role) Regulation 2006*, R.-U., SI 2006 n° 2883.
[871] COP, précité à la note 167, p. 180.
[872] Précité à la note 167, p. 188.
[873] Précité à la note 167, p. 184.
[874] Précité à la note 167, p. 183-184.
[875] AGTA, précitée à la note 153, art. 81.
[876] Règl. de l'Alb. 219/2009, art. 38, 45, 49, 51, 57.
[877] Règl. de l'Alb. 219/2009, art. 38, 46,51, 58.
[878] ATGT, précitée à la note 153, par. 26(7), 46(7).
[879] Précitée à la note 153, art. 27, 48.
[880] Règl. de l'Alb. 219/2009, art. 34.
[881] Règl. de l'Alb. 219/2009, art. 36.
[882] Ministère des Services sociaux et communautaires, *Lignes directrices du Programme de protection des adultes 2012,* (révisées en octobre 2012), p. 11.
[883] Précitées à la note 882, p. 14.
[884] Précitées à la note 882, p. 10, 14.
[885] CDO, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*, précité à la note 2, p. 61.
[886] CDO, *Cadre du droit touchant les personnes âgées*, précité à la note 1, p. 159; CDO, *Cadre du droit touchant les personnes handicapées*, précité à la note 2, p. 61.
[887] Bach et Kerzner, *A New Paradigm*, précité à la note 109, p. 6.
[888] Advocacy Centre for the Elderly, précité à la note 83, p. 45.
[889] Romano, Wahl et Meadus, précité à la note 842, p. 24.
[890] Wahl, Dykeman et Gray, précité à la note 489, p. 243-244.
[891] Advocacy Centre for the Elderly, précité à la note 83, p. 43.
[892] Précité à la note 83, p. 40.
[893] Voir, par exemple, la note 83, p. 19.
[894] Ordre des infirmières et infirmiers de l'Ontario, *Le consentement*, précité à la note 224.
[895] OMCO, *Consent to Treatment*, précité à la note 224.
[896] Ordre des ergothérapeutes de l'Ontario, *Guide sur la législation relative au consentement aux soins de santé et à la prise de décisions au nom d'autrui destiné aux ergothérapeutes*, précité à la note 224.
[897] *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, précitée à la note 221, annexe 2, art. 3.
[898] Wahl, Dykeman et Gray, précité à la note 489, p. 250-253.
[899] Précité à la note 489, p. 237-238.
[900] Précité à la note 489, p. 228-229.
[901] Précité à la note 489, p. 235.
[902] Règl. de l'Ont. 460/05, al. 2(1)b), art. 4.
[903] Règl. de l'Ont. 460/05, al. 2(1)c), par. 5(1).
[904] Règl. de l'Ont. 460/05, al. 2(1)c), par. 5(2).
[905] Règl. de l'Ont. 460/05, al. 2(1)d), art. 6.
[906] Bill 2013, précité à la note 463, par. 56(2).
[907] VLRC, précité à la note 107, p. 444.
[908] *Guardianship and Administration Act 1986* (État du Victoria) art. 15.
[909] Joffe, Montigny, précité à la note 301, p. 103.
[910] *Loi modifiant le Code des droits de la personne*, L.O. 2006, c. 30, art. 57.
[911] Pinto, précité à la note 785.
[912] LAPHO, précitée à la note 33, art. 41.